



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

MIRIAN LEONIDIA DOS SANTOS DO SACRAMENTO

**O VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

Salvador-BA

2017

MIRIAN LEONIDIA DOS SANTOS DO SACRAMENTO

**O VALOR DA PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME DE ESTUPRO DE
VULNERÁVEL**

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado ao curso de pós-graduação
em Ciências Criminais da Faculdade
Baiana de Direito.
Orientador Prof.

Salvador-BA

2017

"Por vezes sentimos que aquilo que fazemos não é senão uma gota de água no mar. Mas o mar seria menor se lhe faltasse uma gota".

(Madre Teresa de Calcutá)

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus que iluminou o meu caminho durante esta caminhada;

Ao professor Gamil Föppel El Hireche pela inspiração na escolha do tema;

À minha família,
pelo apoio integral, principalmente nos diversos momentos de ausência;

Aos amigos fiéis,
que fizeram parte dessa trajetória;

E a todos aqueles que de alguma forma estiveram e estão próximos de mim,
fazendo esta vida valer cada vez mais a pena.

RESUMO

O presente estudo trata das espécies de prova com enfoque na palavra do ofendido, traçando suas características, bem como seu valor probatório no crime de estupro de vulnerável, caso inexistam vestígios para provar a autoria e materialidade do delito; bem como a construção da verdade através do ônus da prova com a paridade de armas entre as partes envolvidas no processo. O objetivo desta pesquisa é demonstrar a necessidade do valor da palavra da vítima como possibilidade de se sustentar a condenação do réu como forma de punir os algozes do crime de estupro de vulnerável. A metodologia aplicada, compreende a pesquisa da jurisprudência dos Tribunais Superiores e da pesquisa bibliográfica, consulta a artigos e doutrina nacional; assim como literaturas especializadas. Antes de adentrar no tema específico, precederam explicações sobre a Teoria Geral da Prova: conceito, objeto, sujeito, ônus, vedação, princípios, sistema de valoração, espécies. Foi feita uma abordagem do crime de estupro: histórico, características, assim como diversas conceituações. Buscou-se ainda restringir o estudo para figura *do caput* do art. 217-A do Código Penal. Conclusivamente, indica aferir a palavra da vítima, confrontando-as, com os demais elementos colhidos na instrução criminal, na averiguação da verdade dos fatos.

PALAVRAS-CHAVE: Estupro. Vulnerável. Prova. Valor. Palavra da vítima.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 TEORIA GERAL DA PROVA	11
2.1 CONCEITO, SUJEITO E OBJETO	11
2.2 PROVAS ILÍCITAS	13
2.3 ÔNUS DA PROVA	18
2.4 PRINCÍPIOS REGULADORES DA PROVA	21
2.4.1 Princípio da liberdade da prova	21
2.4.2 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas	21
2.4.3 Princípio da autorresponsabilidade das partes	21
2.4.4 Princípio da audiência contraditória	21
2.4.5 Princípio da comunhão da prova	22
2.4.6 Princípio da concentração	22
2.4.7 Princípio da oralidade	22
2.4.8 Princípio da publicidade	22
2.4.9 Princípio do livre convencimento motivado	22
2.4.10 Princípio da imediatidade	22
2.4.11 Princípio da verdade real	23
2.5 SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA	23
2.5.1 Sistema Ético (pagão)	23
2.5.2 Sistema religioso	23
2.5.3 Sistema sentimental ou íntima convicção	24
2.5.4 Sistema da verdade legal	24
2.5.5 Sistema do livre convencimento motivado	24
2.5.6 Sistema adotado no Código de Processo Penal	25
2.6 ESPÉCIES DE PROVAS	27
2.6.1 Do ofendido	27
2.6.2 Interrogatório do acusado	29
2.6.3 Prova testemunhal	31
2.6.4 Prova pericial	32
2.6.5 Reconhecimento de pessoas e coisas	34
2.6.6 Acareação	35
2.6.7 Documentos	36

2.6.8 Indícios	37
2.6.8.1 Indícios e presunções	38
2.6.9 Busca e apreensão	39
2.6.10 Confissão	41
3 CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	42
3.1 ESTUPRO	42
3.1.1 Histórico	42
3.1.2 Crimes contra dignidade sexual	48
3.1.3 Estrutura típica (Art. 213 do Código Penal)	49
3.1.3.1 Verbo Constranger	49
3.1.3.2 Violência ou grave ameaça	50
3.1.3.3 Conjunção carnal	53
3.1.3.4 Ato libidinoso	54
3.1.3.5 Qualificadoras	55
3.1.3.6 Sujeitos ativo e passivo da infração	55
3.1.3.6.1 Cônjuge como sujeito ativo	55
3.1.3.7 Consumação	56
3.1.3.8 Causas especiais de aumento de pena	57
3.1.3.9 Concurso de crimes	58
3.2 CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL	60
3.2.1 Crime de estupro de vulnerável	63
3.2.2. Vulnerabilidade	64
3.2.3 Bem jurídico tutelado	65
3.2.4 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo	65
3.2.3 Elementos: objetivos e subjetivos	66
3.2.5. Formas qualificadas	66
3.2.6. Consumação e tentativa	67
3.2.6.1. Pena	67
3.2.6.1.1. Causas de aumento de pena	67
3.2.7. Prova	68
3.2.8. O livre convencimento motivado na avaliação da palavra da vítima em crimes de estupro de vulnerável	69
3.3 A PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL	70
3.3.1 Da declaração de menores	72

3.3.2 Depoimento sem dano	74
4.0 A (IM) POSSIBILIDADE DE SE SUSTENTAR A CONDENAÇÃO DO RÉU APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA	76
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	78
6 REFERÊNCIAS	80
ANEXOS	83

1 INTRODUÇÃO

A violência sexual fez-se presente ao longo da história, por isso se traduz em um dos maiores perigos da humanidade, onde a violência intrafamiliar, no tocante a violência sexual contra vulneráveis, é o reduto de suas vítimas. E, embora o Estado tente dar a estas pessoas uma resposta por essa violência, através do seu aparelho estatal, muitas vezes, encontra óbice em percutir a demonstração da realidade dos fatos, e comprovar a autoria e materialidade desses delitos, porque o crime sexual contra vulnerável, geralmente ocorre sem a presença de testemunha, tendo como única prova a palavra da vítima.

Nessa situação, enquanto problema de pesquisa, temos: qual a necessidade da inquirição da vítima, mesmo na tenra idade, como forma de possibilidade de se sustentar a condenação do acusado, conforme o depoimento colhido na fase de instrução processual e com base nele aplicar o *jus puniendi*? Sendo assim, o presente trabalho tem por escopo a análise da prova, com enfoque na espécie do ofendido, titular do bem jurídico penalmente tutelado, sujeito passivo no crime, considerando que são admitidas todas as provas lícitas admitidas no processo, evitando com isso a impunidade.

A metodologia utilizada, na busca de respostas para a solução do problema, que atendesse aos objetivos deste trabalho de pesquisa foi a pesquisa bibliográfica, doutrina nacional, bem como leituras especializada e a pesquisa em jurisprudência dos Tribunais Superiores. Dessa forma, objetiva-se demonstrar a necessidade de se sustentar a palavra do ofendido nos casos de delito de estupro de vulnerável, mesmo que essa seja a única prova plausível colhida nos autos na fase da instrução probatória.

O trabalho monográfico responde a seus objetivos específicos por meio da estruturação de três capítulos, dispostos da seguinte forma:

No primeiro capítulo conceituamos prova, de forma ampla, abrangendo os aspectos peculiares inerente ao tema: ônus da prova, princípios norteadores, sistema de valoração da prova e o estudo das espécies das provas mais conhecidas, por

estarem dispostas no Código de Processo Penal.

No segundo capítulo buscou-se um entendimento do crime de estupro de vulnerável acerca da conceituação do crime de estupro, através das mudanças ocorridas até os dias atuais; análise do fato típico e conduzindo para o crime de estupro de vulnerável: criação do tipo penal e as observâncias inerente ao conceito de vulnerabilidade. Além disso, observou-se a prova no contexto do tipo do art. 217-A do Código Penal, bem como o livre convencimento motivado no mesmo dispositivo e, ainda, a apreciação da palavra da vítima, envolvendo neste contexto: a declaração de menores e o depoimento sem dano (DSD).

No terceiro e último capítulo, analisou-se a (im) possibilidade de se sustentar a condenação do réu apenas na palavra da vítima. Concluindo-se pela necessidade de maior precisão nas técnicas na hora da escuta da criança ou adolescente envolvido no delito de estupro de vulnerável por diversos fatores apresentados durante a pesquisa.

2 TEORIA GERAL DA PROVA

A prova é um assunto de extrema relevância na seara do processo penal, porque é através da prova que se busca reconstruir as circunstâncias que envolveram um crime, e por meio destas, busca-se a apuração da verdade, pois é a partir daí que o juiz forma a sua convicção para julgar os autos.

2.1 CONCEITO, SUJEITO E OBJETO

Filho (2001, p. 356), menciona que provar é, “antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la”, para mostrar ao julgador o que realmente ocorreu, restaurando a realidade fática. Em outras palavras, Nucci (2013), profere que:

o termo prova origina-se do latim – *probatio* -, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar – *probare* -, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. (NUCCI, 2013, p. 360).

Já para Guimarães (2015) prova é:

Meios regulares e admissíveis em lei, utilizados para demonstrar a verdade ou falsidade de fato conhecido ou controvertido ou para convencer da certeza de ato ou fato jurídico. Objetivamente, é todo meio lícito usado pela parte ou interessado na demonstração daquilo que alega. Subjetivamente, é qualquer meio lícito capaz de levar o juiz a convencer-se da verdade de uma alegação da parte. [...]. (GUIMARÃES, 2015, p.586)

Como se nota, para formar a convicção do juiz é muito importante reconstruir os acontecimentos, já que lidamos com fatos pretéritos, e, mesmo que o acusado se declare culpado, deve se investigar de forma minuciosa a prática do delito, vez que o meliante poderá estar encobrindo o verdadeiro delinquente. Como bem observa Pacelli (2006):

[...] A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A

tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade. (PACELLI, 2006, p. 285)

O sujeito de prova concerne as pessoas que levam ao juiz os meios de prova, por exemplo: o acusado, no interrogatório, o ofendido, na inquirição, a testemunha, no depoimento, o perito, no laudo, o interprete, na tradução, são sujeitos de prova, pois consistem na prática das ações probantes.

Já o objeto de prova são todos os fatos que exijam comprovação judicial, aquilo que se quer provar; podendo ser uma pessoa ou uma coisa. Por isso, a prova pode recair sobre um crime, uma arma, uma insanidade mental etc. Por seu turno, objeto da prova é a certeza da imputação feita ao réu com todas as suas circunstâncias.¹

Melhor ainda, a prova tem como objeto o fato cuja existência quer ver reconhecida, pode ser direta (imediate), quando se refere ao próprio fato que se pretende provar², ou indireta, quando afirma outro fato diferente, e por via de raciocínio indutivo, se chega ao que se deseja provar.

É a veracidade ou não da imputação. Porém, só deve ser objeto de prova as alegações e os fatos pertinentes e relevantes (considerados objetos concretos), que se relacionarem com a causa e possam contribuir para o julgamento da ação.

Registre-se que o Direito Federal não precisa ser provado, pois no ordenamento jurídico (*iura novit curia*), *vige* a máxima de que o juiz conhece o direito. De outra parte exigem comprovações pois podem não ser conhecidos pelo magistrado. Entretanto, outros acontecimentos independem de provas:

Fatos notórios: são os fatos conhecidos pelo público. Ex.: 25 de dezembro

¹ “Os alemães usam como sinônimas as expressões *beweisende Tatsache*, matéria probanda, e *entscheidende Tatsache*, matéria decidenda. Para chegar à prova do crime imputado ao réu é preciso, por vezes, provar outros fatos (indícios), que pela sua ligação com o crime podem levar a uma conclusão sobre ele. Por exemplo, provar a maquinação, a compra da arma, os atos praticados após um homicídio para ocultá-lo etc. Mas esses fatos indiciários não são o *thema probandum*. O que se quer provar, o que é objeto da prova, é o homicídio, é a morte da vítima. Tornaghi, Op. cit. p. 284.

² [...] Assim, por exemplo, se a pessoa que depõe em um juízo afirma ter visto o acusado de arma em punho, ameaçando a vítima e subtraindo seus pertences, confirma-se a existência de uma prova direta do crime de roubo, visto referir-se o depoimento sobre o próprio fato alegado pela acusação”. Barros, Marcos Antônio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, fl. 107 o relógio pertencente à vítima, consuma-se a prova direta do roubo, mediante a utilização do raciocínio indutivo. *Ibidem*. apud Aranha, Adalberto José de Camargo, Da prova no processo penal, p. 23.

comemora-se o Natal;

Fatos intuitivos: são aqueles que se evidenciam por si só. Ex.: o Cadáver em estado de putrefação é prova incontestável de morte;

Fatos presumidos em lei: são os fatos tomados como verdadeiros. Ex.: a inimputabilidade do menor de 18 anos;

Com efeito, as partes envolvidas no processo penal têm liberdade na produção das provas e podem utilizar qualquer meio para demonstrar, ainda que não estejam expressamente previstos na lei, mas, no que diz respeito ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil, como versa o art. 155, parágrafo único do CPP, sendo assim, o estado civil das pessoas se comprova com a devida certidão de casamento.

2.2 PROVAS ILÍCITAS

Inadmite-se a utilização das provas ilícitas, nos termos do art. 5º, LVI, da CF, *in verbis*: “são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Isso porque a Constituição Federal vigente tutela direitos e garantias individuais (intimidade, privacidade, imagem, inviolabilidade do domicílio etc.). É o mesmo que se observa nos textos do art. 157 do CPP:

São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008.)

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

§ 4º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Segundo Aranha (2006):

O termo 'ilícito', usado pelo constituinte, tem sua origem etimologicamente

no latim *illicitus* (il + *licitus*), tendo dois sentidos: um restrito, significando o que é proibido ou vedado por lei, e outro, amplo genérico, indicando o que é contrário à moral e aos bons costumes, reprovável pela opinião pública e proibido pelo direito. (ARANHA, 2006, p. 53)

E acresce o referido doutrinador a respeito da prova proibida: “toda aquela que é defesa, impedida mediante uma sanção, impedida que se faça pelo direito. A que deve ser conservada à distância pelo ordenamento jurídico”. (ARANHA, 2006, p. 50).

Como demonstrado, as partes podem utilizar qualquer meio de prova, salvo algumas exceções: questões prejudiciais cíveis, julgados por juiz não penal, porque cria vínculo ao que resolver na esfera cível; quanto ao estado das pessoas, pois serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil, art. 155, parágrafo único do Código de Processo penal; e as provas obtidas por meios ilícitos, porque ofendem o ordenamento jurídico, seja de natureza material por afrontar a garantia constitucional, ou processual, ao violar a norma no momento de sua obtenção.

À guisa de exemplo de ilicitude material pode-se citar a violação de privacidade, como provas ilegítimas, e tocante ao direito processual, este pode ser ilustrado com a oitiva de testemunha em excesso, ou seja, provas que estejam completamente dissonantes com o disposto na legislação vigente.

Também não é admitida no processo a chamada prova ilícita por derivação inspirada na teoria dos frutos da árvore envenenada, a saber:

Fruit of the poisonous tree, ou simplesmente *fruit doctrine*- fruto da árvore envenenada’ -, adotada nos estados unidos desde 1914 para os Tribunais Federais, e, nos Estados Unidos, por imperativo constitucional, desde 1961, e que teve sua maior repercussão no caso *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 US 385 (1920), quando a Corte decidiu que o Estado não podia intimar uma pessoa a entregar documentos cuja existência fora descoberta pela polícia por meio de uma prisão ilegal. Mediante tortura (conduta ilícita), obtém informação da localização da *res furtiva*, que é apreendida regularmente. Mediante escuta telefônica (prova ilícita), obtém-se informação do lugar em que se encontra o entorpecente, que, a seguir, é apreendido com todas as formalidades legais.... Assim, a obtenção ilícita daquela informação se projeta sobre a diligência de busca e apreensão, aparentemente legal, mareando-a, nela transfundindo o estigma da ilicitude penal. Nisto consiste “a doutrina do fruto da árvore envenenada. (FILHO, 2001, p. 361-362).

Nessa esteira, Sanches (2008), divide a ação da prova ilícita por derivação em dois

momentos diferentes: o primeiro quando há inequívoca ilicitude do ato, e o segundo quando da concretude do acontecimento anterior se consegue atingir uma diligência eficaz, pois o segundo ato reveste-se de legalidade, sendo assim, a segunda prova não tem qualquer ligação com a primeira, conforme exemplo supramencionado na citação.

Nesse sentido a jurisprudência dos Tribunais Superiores estão pacificadas no sentido de não aceitar as provas ilícitas. Confira-se alguns julgados:

No contexto do sistema constitucional brasileiro, no qual prevalece a inadmissibilidade processual das provas ilícitas, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, ao interpretar o sentido e o alcance do art. 5, LVI, da Carta Política, tem repudiado quaisquer elementos de informação, desautorizando-lhes o valor probante, sempre que a obtenção dos dados probatórios resultar de transgressão, pelo Poder Público, do ordenamento positivo (RTJ 163/682 – RTJ 163/709), ainda que se cuide de hipótese configuradora de ilicitude por derivação (RTJ 155/508).

[...] a existência nos autos de prova obtida ilicitamente (escuta telefônica) não basta à invalidação do processo, se a sentença condenatória está baseada em prova testemunhal autônoma, isto é, colhida sem necessidade dos elementos informativos revelados pela prova ilícita (HC 73.311-MS, Rel. Min Néri da Silveira, 30.04.96). (ALMEIDA, 2005, p. 292 e 296).

Busca e apreensão em residência sem mandado judicial. Inviolabilidade do domicílio. Prova ilícita. Repercussão geral admitida. (RE 603616 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/05/2010, DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 EMENT VOL-02418-08 PP-01686 RJSP v. 58, n. 396, 2010, p. 163-168 RT v. 100, n. 905, 2011, p. 495-498). (BRASIL, STF, 2017)

Ementa: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTINÇÃO PREMATURA DA AÇÃO PENAL. ACUSAÇÃO BASEADA EM PROVAS RECONHECIDAS COMO ILÍCITAS PELO STJ. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS IDÔNEOS PARA EMBASAR A DENÚNCIA. INVIABILIDADE DE ANÁLISE DE FATOS E PROVAS NA VIA DO HABEAS CORPUS. PRECEDENTES. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que a extinção da ação penal, de forma prematura, pela via do habeas corpus, somente se dá em hipóteses excepcionais, nas quais seja patente (a) a atipicidade da conduta; (b) a ausência de indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas; ou (c) a presença de alguma causa extintiva da punibilidade, o que não ocorreu no caso. 2. Evidenciada, pela instância ordinária, a ausência denexo de causalidade, não há falar que a prova declarada ilícita contaminou o suporte probatório embasador da sentença condenatória (CPP, art. 157, § 1º). Ademais, não sendo perceptível prima facie a derivação da prova, torna-se inviável, ao menos na via do habeas corpus, cotejar os inúmeros elementos de convicção trazidos aos autos e modificar a conclusão exarada pelo juízo sentenciante. 3. Ordem denegada. (HC 116931, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 03/03/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-

085 DIVULG 07-05-2015 PUBLIC 08-05-2015)³.

O tema das provas ilícitas se funda em garantir a correta reconstrução da busca da verdade no processo, como se nota nos julgados suprarreferidos, todavia não se deve considerar as fontes de provas independentes, considerando sempre a presença de outros elementos de provas idôneas, bem como o exame de aptidão das mesmas para que possam embasar a peça inicial acusatória.

Em relação à qualidade da prova o preceito visa inibir os meios de escolha, tal como a confissão obtida por tortura, uso de substâncias químicas, interrogatórios proibidos (realizados de forma atentatória à liberdade e a dignidade), entre outras, podendo com isso, afetar os resultados alcançados, sendo vedada a sua utilização.

Como bem registra Oliveira (2006):

[...] A vedação da prova não ocorre unicamente em relação ao meio escolhido, mas também em relação aos resultados que podem ser obtidos com a utilização de determinado meio de prova. Uma interceptação telefônica, enquanto meio de prova, poderá ser lícita se autorizada judicialmente, mas ilícita quando autorizada judicialmente, mas ilícita quando não autorizada. No primeiro caso, a afetação (o resultado) do direito à privacidade e/ou intimidade é permitida, enquanto, no segundo, não, disso resultado uma violação indevida daqueles valores. (BRASIL, STF, 2017)

Diante dos grandes avanços tecnológicos merece relevo atentar para as gravações ambientais⁴, aquelas gravadas no meio ambiente (gravações de câmaras de vídeo), pois podem ser gravações clandestinas (não autorizada por um ou todos os interlocutores), atingindo, com isso, o direito à privacidade e intimidade do réu ou terceiro. Porém é preciso analisar a questão da gravação ambiental quando ela é realizada por um dos interlocutores, mais precisamente pela vítima, e quando a gravação foi obtida não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa. Sobre a questão em tela, Adalberto Aranha distingue quatro hipóteses:

a) a gravação deliberada, ou seja, a conhecida de todos os interlocutores

³ Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000270071&base=baseAcordaos>. Acesso em: 14/0817.

⁴A gravação telefônica, como o próprio nome está a indicar, consiste no uso de um meio mecânico que possibilita gravar e, conseqüentemente, perpetuar uma conversação telefônica; já a gravação ambiental, embora também consista em um meio mecânico de gravação e perpetuação, capta uma conversa entre presentes e dentro de determinado ambiente, marcando as vozes dos interlocutores, Adalberto aranha, Op. Cit. p. 56.

que querem marcar o que foi afirmado sobre determinada questão num determinado ambiente, a respeito de um tópico questionado e por um grupo de pessoas. [...].

Exemplo: o previsto no art. 65 da Lei nº 9.099/95, que estabelece a gravação aos depoimentos prestados em audiência. É típica gravação ambiental feita com o conhecimento de todos e marcadamente como meio de provar alguma coisa, em geral o depoimento prestado por alguém.

b) a interceptação ambiental clandestina, que ocorre com a capacitação de conversas feitas entre pessoas presentes, em determinado ambiente e por terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores, microfones ocultos.

c) escuta ambiental de interesse restrito, que é a gravação ambiental feita por terceiro com o conhecimento de um dos interlocutores interessados, porém sem o conhecimento e o consentimento de todos.

d) a escuta ambiental sub-reptícia, quando a conversa é feita no ambiente, por um dos interlocutores, mas sem o conhecimento e consentimento dos outros.

Das quatro formas, somente a primeira delas pode ser considerada como meio lícito de prova, assim mesmo quando a degravação seja realizada por meio pericial previsto na lei processual. (BRASIL, STF, 2017)

Cumpra assinalar que pela inadmissibilidade das provas ilícitas propugnam três correntes:

a) tem seu fundamento numa verdadeira crítica à anterior, a teoria da admissibilidade.

[...] o ilícito, desde que reconhecido, contamina todo o direito e não somente partes separadas. Referida teoria ficou conhecida como da “ ilicitude por derivação” ou dos “frutos da árvore contaminada”. [...]

b) A segunda tem como base o princípio da moralidade dos atos praticados pelo Estado.

O Estado de Direito tem a obrigação de combater o crime e perseguir os criminosos, fazendo-os mediante atos e princípios moralmente inatacáveis. [...]

c) A derradeira parte do princípio de que toda prova ilícita ofende a Constituição, por atingir valores fundamentais do indivíduo, é que, toda vez que uma prova é colhida ilicitamente, a violação atinge um direito fundamental, inserido no capítulo constitucional dos direitos e garantias individuais. [...]

Uma última corrente procura buscar um equilíbrio; é a chamada corrente da proporcionalidade (*verhältnismässigkeitsprinzip*), na Alemanha, ou da razoabilidade, nos Estados Unidos, esta última visando atenuar a rigidez da teoria do “fruto da árvore envenenada” (*fruits of the poisonous tree*). [...]

Por outro lado, o entendimento doutrinário é no sentido de acolher a prova ilícita desde que seja a favor do réu.

2.3 ÔNUS DA PROVA

“O ônus da prova constitui a coluna vertebral do processo”. “A descoberta da verdade, que é a causa *finalis* da instrução processual, está sujeita a limites e restrições no desenvolvimento da atividade processual”. (MARQUES, 1998, p. 262).

Segundo Filho (2001):

“[...] Ônus⁵ da prova nada mais é senão o encargo, que compete à parte que fizer a alegação, de demonstrá-la. Provar não é obrigação; é simplesmente encargo. Se a parte que fizer a alegação não prová-la, sofrerá amarga decepção. Cabe à Acusação demonstrar, e isto de modo geral, a materialidade e a autoria”. (FILHO, 2001, p. 370)

Na busca da realidade fática, o ônus da prova incube a quem acusa, tendo a prova a finalidade de apurar os fatos através das partes, testemunhas, juiz etc, sendo assim, cabe ao Ministério Público (enquanto Órgão acusador), ao querelante (nas ações privadas), e ao juiz (facultativamente), de ofício, conforme versa o art. 156, do CPP, demonstrar a verdade dos fatos através dos diversos meios de provas admitidos no processo, porque para condenar é necessária prova de certeza, e em caso de dúvida sobre o autor do fato praticado, deve o magistrado inocentá-lo por força do princípio *In Dúbio Pro Réu*.

Oliveira (2006, p. 290) menciona que “em um processo informado pelo contraditório e pela igualdade das partes a distribuição do ônus probatório deveria seguir as mesmas linhas de isonomia”. Entretanto, “o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se examine, deve estar atento a exigência constitucional da inocência do réu como valor fundante como sistema de provas”. (OLIVEIRA, 2006, p. 290). Além disso:

O sistema acusatório imposto pela Constituição Federal de

⁵ “A palavra ônus vem do latim *onus*, *oneris*, que significa carga, peso, fardo, encargo, aquilo que sobrecarrega. Sob o ponto de vista jurídico processual, podemos dizer que ônus é o encargo que as partes têm de provar as alegações que fizeram em suas postulações. Trata-se de uma obrigação para consigo mesmo que, se não for cumprida, ninguém, a não ser o encarregado, sairá prejudicado de realizar o ato não faz, apenas ele sofrerá com sua inércia ou ineficiência.

Assim, a título de exemplo, imagine que o réu tem em mãos uma carta que prova, de forma cabal, sua inocência. Porém, não a apresenta em juízo. Na esteira do pensamento tradicional, somente o réu sofrerá com seu não fazer. Pois, o ônus, o encargo, o fardo de sofrer, possivelmente, uma condenação será seu”. RANGEL, Paulo. Direito processual penal, 11ª ed. Rio de Janeiro, 2006, p. 414.

1988, em que se delimitaram as funções do juiz e as atribuições do Ministério Público, deverá funcionar como um redutor e/ou controlador da aplicação do mencionado dispositivo, em face da imparcialidade que deve nortear a atuação judicial. (OLIVEIRA, 2006, p.290).

Neste contexto, entenda-se imparcialidade, no que se refere a atuação concreta do juiz no processo e não nos casos legais de suspeição e impedimentos.

Adite-se o pensamento de Ferrajoli (2014), sobre a dicotomia “acusatório/inquisitório”, como dois modelos opostos de organização judiciária, e conseqüentemente, entre duas figuras de juiz:

Pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e o oral e selecionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. Inversamente, chama-se inquisitório todo sistema processual em que o juiz procede de ofício à procura, à colheita e à avaliação das provas, produzindo um julgamento após uma instrução escrita e secreta, na qual são excluídos ou limitados o contraditório e os direitos de defesa. [...]. (FERRAJOLI, 2014, p. 519,520).

Mas, “entre nosso Direito brasileiro não há juízo de instrução ou jurisdição instrutória, por isso o processo se inicia com a citação do acusado, ou seja, a relação processual não se realiza de forma escalonada, como no Direito Europeu”. (MARQUES, 1998, p. 263). Continua o mesmo doutrinador:

[...]. Tal não ocorre, porém, com o juiz que preside à instrução e depois proferir a sentença definitiva sobre a acusação deduzida na denúncia se ele entregar-se à instrução da causa, com o ardor de um detetive diligente, estará quebrada a garantia da defesa plena e comprometida toda a estrutura acusatória do processo penal. Na instrução processual que se realiza no *judicium causae*, não pode imperar, para a pesquisa probatória, o *fiat justitia pereat mundus*. O magistrado tem que se manter-se sereno, imparcial, comedido, equilibrado e superposto ao litígio, para decidi-lo com a estrita exação de tudo quanto deva imperar na excelsa função de dizer o direito e dar a cada um o que é seu. Pensar que o juiz precise descer à arena das investigações, como se fosse um policial à procura de pistas e vestígios, seria tentar a ressurreição das devassas, do procedimento inquisitivo e criar o risco e perigo de decisões parciais e apaixonadas, com grande prejuízo, sobretudo, para o direito de defesa”. (MARQUES, 1998, p. 264)

Não se pode olvidar, que o Juiz, apenas em casos excepcionais, poderá suprir a

inércia das partes, para evitar a ruptura, e com isso, comprometer toda sua imparcialidade. Mas “alguns doutrinadores” argumentam que diante da nossa jurisdição instrutória⁶ há uma participação veemente do juiz na busca da verdade dos fatos, já que ele pode de ofício, incumbir-se de provar os fatos alegados, art. 156 do CPP. E com essa faculdade, os seus poderes passam a ser inquisitivos, e quase ilimitados, embora a sua função seja eminentemente instrutória.

Registre-se que, o processo requer o exercício da dialética, e esta deve ser exercida de maneira plena pela vítima e o acusado, garantindo a necessária igualdade de armas⁷, para que possam ter as mesmas oportunidades de demonstrar a veracidade dos fatos alegados, e que a partir destas informações colhidas, possa o magistrado, convencer-se ou não, sobre o que ouviu.

Convém ressaltar ainda que:

Ressalvadas as presunções, que invertem o ônus da prova, as alegações relativas ao fato objeto da pretensão punitiva têm de ser provadas pelo acusador e as referentes a fatos impeditivos ou extintivos devem ser provadas pelo réu. Na verdade, o ônus da prova compete àquele a quem o fato aproveita [...] (TORNAGHI, 1983, p. 313).

Sobre a questão suscitada no tocante ao fato extintivo menciona Marques (1998):

O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a ilicitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilícito. Ao réu, porém, incube provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido *secundum jus*. Não lhe cumpre, porém, como lembra ROBERT VOUIN, trazer “uma prova plena e completa em apoio

⁶ Consta no Projeto do Novo Código de Processo Penal a figura do juiz das garantias: bem coerente com a nova estrutura acusatória, o PLS 156 deseja impedir que o juiz do processo tenha relação ou contato com a fase pré-processual, hoje dá-se o contrário, tanto que o artigo do CPP fixa a competência por prevenção ao juiz que tiver antecedido a outro na prática de ato da fase pré-processual.

Daí a criação da figura do juiz das garantias (art.14), como responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário...”. Alves, Leonardo Barreto Moreira e Araújo, Fábio Roque. O Projeto do Novo Código de Processo Penal, ed. JusPODIVM: 2012, p. 84.

⁷Princípio da Paridade de Armas, é a igualdade no tratamento entre as partes no processo, em relação ao exercício de direitos e faculdades, aos meios de defesa, aos ônus, aos deveres e à aplicação de sanções processuais. Sendo assim, tratar os desiguais na medida da sua desigualdade, a fim de oferecer proteção jurídica especial a parcelas da sociedade que costuma figurar em situação de vulnerabilidade, como mulheres, menores, população de baixa renda, consumidores, trabalhadores, rurícolas, idosos. Tal movel disposição legal, elevada agora à categoria de princípios. Pesquisado em: <https://www.passeidireto.com/pergunta/6348810/em-que-consiste-o-principio-da-paridade-de-armas>. Acesso em: 17 de agos de 2017.

de sua defesa, porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim absolvição” [...] . (MARQUES, 1998, p.267).

Ademais, as regras estabelecidas ao ônus da prova, fornecem indicações sobre o conteúdo da sentença a ser proferida, nos quais o princípio sobre o ônus probante orienta a atividade que será desenvolvida pelas partes, evitando, com isso, prejuízos para elas.

2.4 PRINCÍPIOS REGULADORES DA PROVA

2.4.1 Princípio da liberdade da prova

Este princípio quer dizer que é bastante extensiva a liberdade de provar, de forma lícita, a veracidade dos fatos, mas não é plena, haja visto que há resquício do sistema tarifado vigorando nos meios probatórios (art. 155 e 158 do CPP);

2.4.2 Princípio da inadmissibilidade das provas ilícitas

Conforme versa o art. 5º, LVI da CF: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Corroborando com o dispositivo constitucional o art. 157 do CPP, salienta dizendo que: “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas com violação as normas constitucionais ou legais [...]”.

2.4.3 Princípio da autorresponsabilidade das partes

Há a distribuição da responsabilidade de cada parte na atividade probatória, e cada parte assume as consequências pelos erros, omissões ou negligências ocorridas durante o curso do processo;

2.4.4 Princípio da audiência contraditória

Oriundo do princípio do contraditório, toda prova deve ser conhecida pela outra parte,

onde toda prova admite a contra prova.⁸

2.4.5 Princípio da comunhão da prova

Uma vez produzida a prova, ela pertence a ambas as partes, a prova produzida pertence ao processo, podendo, por isso, ser utilizada por qualquer dos litigantes;

2.4.6 Princípio da concentração

Por este princípio, as provas devem ser colhidas em uma única audiência, isto é a audiência é uma, mas em caso de necessidade, nada impede que ela seja desmembrada;

2.4.7 Princípio da oralidade

Ocorre na prova colhida na audiência e, em regra, deverá ser reduzida a termo (transcrita no papel), gravada em mídia, som ou imagem;

2.4.8 Princípio da publicidade

Os atos devem ser públicos, excetos os casos excepcionais em que o juiz poderá decretar segredo de justiça;

2.4.9 Princípio do livre convencimento motivado

A apreciação das provas pelo juiz é livre, porém o magistrado deverá fundamentar a sua decisão, baseando-se nas provas dos autos; cabendo-nos lembrar que não existe uma hierarquia de provas;

2.4.10 Princípio da imediatidade

⁸ “Pena de nulidade o processo-crime há de ser discutido sob o aspecto do contraditório, assegurando-se às partes o direito de manifestação sobre qualquer documento juntado aos autos” (JTACrim, 59:190). Aranha, Adalberto, op.cit. p. 33.

Permite ao juiz colher diretamente e determinar as provas que deverão ser produzidas. O magistrado deve ouvir as partes em interrogatório, inquirir testemunhas, pedir esclarecimento sobre os laudos periciais entre outros.

2.4.11 Princípio da verdade real

O campo de busca da verdade é amplo, na fase investigatória e judicial. Ouve-se o ofendido, o acusado, as testemunhas, determina-se o exame de corpo de delito etc., provas que irão servir para o esclarecimento dos fatos e suas circunstâncias.

2.5 SISTEMA DE VALORAÇÃO DA PROVA

Os registros históricos afirmam que os juízes tiveram maior ou menor participação na busca da construção da verdade dos fatos, e que várias mudanças ocorreram para alcançarmos o sistema de valoração da prova⁹ que utilizamos hoje.

Foram usados, historicamente, vários sistemas de valoração da prova, dos quais destacam-se:

2.5.1 Sistema Ético (pagão)

Corresponde a fase primitiva, no qual prevalecia as impressões pessoais, cujo flagrante delito era considerado como certeza da verdade, e o juiz não tinha nenhuma ingerência na instrução da prova.

2.5.2 Sistema religioso

Julgamento divino, na Idade Média, época das ordálias, dos duelos judiciários e dos juízes de deus (ou deuses). Nesta época, os acusados eram submetidos aos mais

⁹ “Há quem entenda que o correto seria denominar sistema de apreciação das provas o que preferimos intitular sistema de valoração das provas.

Com efeito, a apreciação é algo que se verifica logicamente em momento anterior ao da valoração. Neste é que o juiz irá atribuir alguma medida de credibilidade à prova que apreciou, e calcado nessa credibilidade, geradora de sua convicção, a respeito dos fatos, é que irá decidir e, coerentemente, fundamentar seu veredicto (...).” Nogueira, Paulo Lúcio, Curso completo de processo penal, 3ª Ed., São Paulo: Saraiva, 1987, p. 438.

diversos exames físicos, Filho (2001), exemplifica dizendo que:

Havia a prova da água fria, na qual, jogavam o indiciado à água; se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...]. A do ferro em brasa, o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]. (FILHO, 2001, p. 285)

2.5.3 Sistema sentimental ou íntima convicção

Tem sua origem em Roma, o juiz não estava vinculado a qualquer regra, tinha como critérios a consciência, permitia que o juiz decidisse livremente, dependendo apenas da certeza moral do julgador, e não estava obrigado a exteriorizar os motivos de seu convencimento, podia, inclusive, ir de encontro às provas apresentadas nos autos. É o sistema adotado no julgamento do Tribunal do Júri, os jurados decidem conforme os seus convencimentos, sem a necessidade de fundamentar os votos.

2.5.4 Sistema da verdade legal

Também chamado de sistema da certeza moral do legislador, da verdade formal. Neste sistema cada prova tinha um valor preestabelecido em lei, inalterável e constante, o juiz agia bitolado pela norma e tornava-se um órgão passivo (ARANHA, 2006). Diante de um valor tabelado, cabia ao juiz apenas verificar e aplicar o valor atribuído legalmente. Por exemplo: o valor da confissão era absoluto e valia mais que outra prova; mesmo sem outras circunstâncias que comprovassem os fatos, duas testemunhas de acusação valiam mais que uma de defesa e entre outras;

2.5.5 Sistema do livre convencimento motivado

É uma mescla dos sistemas da íntima convicção e do sistema da verdade legal, e ao que tudo indica teria surgido em Roma, como uma reação contra a liberdade de opinião no sistema do livre convencimento, porém tornou-se legalmente conhecido com os códigos napoleônicos. Neste sistema o juiz tem o livre arbítrio de apreciar as provas pela sua livre convicção, mas está condicionado as provas colhidas nos

autos¹⁰, e, obrigatoriamente, deverá fundamentar e motivar o seu julgamento.

Ressalte-se que o livre convencimento motivado não quer dizer puro impulso de opinião ou mero alvedrio na apreciação da prova. O juiz não pode estar distante do conteúdo das provas coligidas no processo.

Nessa esteira, não se deve confundir íntima convicção com livre convicção. O primeiro já mencionado alhures, não é necessário motivar a decisão, dependendo apenas da certeza moral do julgador, já o segundo, a livre convicção, que decorre da produção de provas apresentadas no curso da instrução do processo para que o juiz forme a sua convicção, deve ser fundamentada, portanto, não pode ser desconsiderada pelo julgador.

2.5.6 Sistema adotado no Código de Processo Penal

O sistema adotado pelo nosso Código de Processo Penal, para a generalidade dos casos, foi o sistema do livre convencimento motivado, uma mescla dos sistemas da íntima convicção e da verdade legal, já discorridos. Vale lembrar que:

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito à prova constante dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído à sua própria consciência. (MARCÃO, 2016, p. 440)

Seguindo os ditames do sistema do livre convencimento motivado, o magistrado que proferir nos autos a decisão, deverá pautar-se em seu conhecimento e fundamento, em qualquer das provas que apresente mais credibilidade.¹¹

¹⁰ “Tal preceito encerra dois princípios: um principal, pelo qual o julgador deve apreciar as provas segundo sua consciência, isto é, através do que for fruto de seu convencimento; outro, secundário, porém limitador e condicionante, pelo qual tal convencimento não pode ir além ou afrontar o valor legal dado às provas. Veda ao juiz, ainda que convencido em contrário, julgar por notícias ou fatos conhecidos fora dos autos ou por provas colhidas ou produzidas contra a norma”. Aranha, op. cit. P. 82.

¹¹ “O simples fato de a legislação, tanto a penal como a civil, exigir a apresentação e exteriorização dos motivos de fato e de direito alicerçadores da decisão já importa na demonstração da adoção do terceiro dos sistemas, pois, se a convicção existe e é respeitada, a revelação das determinantes já indica que o acerto de ser examinado sob certos critérios, que agem como condicionantes limitadoras (JTACrim, 44:94, 62:180, 62:71, 24:203, entre outros)”. Aranha, Adalberto José, op. cit. P.83.

Embora a convicção seja formada livremente, a certeza da verdade está condicionada aos fatos litigiosos contidos nos autos, as provas destes, colhidas na instrução processual por meios legais, bem como a máxima experiência e a fundamentação da decisão.¹² Entretanto, só a prova produzida em juízo poderá formar a convicção do magistrado, sob pena de cerceamento de defesa e violação dos princípios do devido processo legal e contraditório, embora possa conter nos autos provas produzidas na fase da investigação, como por exemplo o exame de corpo de delito.

Vale salientar que o artigo 155 do CPP deixa claro ao dizer que: “o juiz não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação” [...], segundo este dispositivo há a aceitação da prova colhida fora da instrução, desde que não seja exclusiva, e sendo assim, servem de convencimento desde que sejam complementados com outras provas colhidas na instrução do processo.

As provas produzidas na fase de investigação, que não tem o contraditório pleno, poderão ter o contraditório adiado para quando for ajuizada a ação penal e poderão ser atacadas pela defesa. Caso haja discordância de opiniões entre o teor da prova oral, produzida na fase de inquérito e a colhida em juízo, esta última prevalecerá. E, embora o *habeas corpus* seja muito utilizado como ‘remédio’ constitucional, nestes casos, não cabe o reexame de reapreciação do acervo probatório¹³, em face do princípio do livre convencimento motivado.

Destarte, entre nós há resquícios dos outros dois sistemas valorativos da prova: sistema da íntima convicção, pois continua em vigor nas decisões dos jurados no Tribunal de Júri, e o sistema da certeza legal; quando diz que a respeito do estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

¹² “(...) o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que porventura examinem o conteúdo probatório”. Op.cit., Aranha, Adalberto José, p. 84

¹³ “No processo penal brasileiro vigora o princípio do livre convencimento, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não cabendo na augusta via do habeas corpus o exame aprofundado de prova no intuito de reanalisar as razões e motivos pelos quais as instâncias anteriores formaram convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor dos pacientes (STJ, HC 174.849/RJ, 5ª T, rel. Min. Jorge Mussi, j. 14-2-2012, Dje de 29-2-2012)”. Marcão, Renato, op. cit. P. 442.

2.6 ESPÉCIES DE PROVAS

2.6.1 Do ofendido

É o titular do bem jurídico penalmente tutelado, sujeito passivo no crime, e considerado como o terceiro desinteressado no processo, pois tem interesse no deslinde da ação, sendo obrigatória a sua ouvida; oportunidade, na qual, o ofendido é perguntado sobre as circunstâncias da infração, bem como quem seja ou presuma ser o autor do crime, e as provas que possa indicar. Para tanto, faz-se necessário à sua intimação, nos diversos atos inerentes ao processo.

É o que se coaduna com o dispositivo do art. 201 do CPP:

Art. 201 [...]

§ 1º [...]

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação da data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

[...].

Ademais, às vezes, permite-se que a inquirição da vítima seja realizada através de videoconferência em casos de humilhação, temor ou constrangimento, de modo que prejudique a veracidade do depoimento, art. 217 do CPP.

Importante frisar que o ofendido não se confunde com a testemunha, pois não presta compromisso, não estando, por tanto, sujeito ao processo de falso testemunho, além de ser o titular eventual do bem jurídico ameaçado, mas não se ignora o caráter de suas declarações, por isso se for intimado e não comparecer sem motivo justo, poderá ser conduzido coercitivamente, conforme versa o art. 201, § 1º do CPP.

Observe-se que parte da doutrina vê com reserva as declarações da vítima¹⁴, por

¹⁴ “A doutrina mais tradicional recebeu com enormes reservas a palavra da vítima, conferindo-lhe pouco ou nenhum valor probatório. É que a vítima por ter sofrido o crime, não possui a imparcialidade devida para depor,

ser parte interessada no deslinde da ação. Daí deve ter cautelas sobre as suas declarações, devendo a prova ser analisada com as demais provas coligidas nos autos. É o que relata Marcão (2016):

Isoladamente, a palavra do ofendido não basta para fundamentar condenação.

Existindo nos autos apenas duas versões antagônicas, uma apresentada pelo ofendido e outra pelo acusado, sem qualquer elemento seguro de convicção que possa amparar uma ou outra, a absolvição é de rigor. (MARCÃO, 2016, p. 506).

No entanto, nos crimes contra dignidade sexual, nos crimes de violência doméstica e outros ocorridos na clandestinidade, como os roubos ocorridos em lugares ermos, longe dos olhares de testemunhas, em que a vítima é a única que tem condições de depor, o valor da palavra do ofendido tem significativo valor probatório, principalmente quando não há contradições no depoimento da vítima e as demais provas colhidas no processo. Sobre o tema a jurisprudência superior assim tem decidido:

Apelação Criminal. Estupro de Vulnerável (Art. 217-A, caput, CP), praticado contra 16 (dezesseis) crianças, em continuidade delitiva. Sentença condenatória. Insurgência da defesa. Pretendida absolvição. Não acolhimento. Autoria comprovada pelas palavras firmes, coerentes e harmônicas das vítimas, tanto na etapa judicial quanto na extrajudicial, corroborada por ampla prova oral, também produzidas em ambas as fases instrutórias, aliadas à versão dos fatos isolada e inconsistente apresentada pelo réu, postulada desclassificação para as contravenções penais de importunação ofensiva ao pudor ou de perturbação da tranquilidade (art. 61 e 65, LCP). Inviabilidade. Condutas que configuraram atos libidinosos diverso da conjunção carnal (toques e carícias nas partes íntimas das vítimas) e intenção do acusado de satisfazer a sua lascívia evidenciada. Condenação mantida. [...]. (STF- RE com ag: ARE 797764 SC, T., Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11-03-2014, Dje de 4-8-2014)¹⁵.

Apelação Criminal. Estupro. Dúvida em relação à autoria do delito. Aplicação do princípio *in dubio pro reo*. Absolvição por insuficiência de provas. Apelação provida. I- Com relação aos crimes sexuais, geralmente cometidos na clandestinidade, a jurisprudência já firmou entendimento de que a palavra da vítima merece destaque, desde que suas alegações se mostrem coerentes em todas as fases do processo e forem corroboradas por outros depoimentos e provas no mesmo sentido, o que não se vislumbra nos presentes autos, restando por assim dizer, isolada a versão da ofendida em suas próprias palavras. II – No sistema processual penal brasileiro, vige o princípio do *in dubio pro reo*, consubstanciado na tese de que a existência de provas conflitantes nos autos, ou mesmo a ausência de elementos aptos a confirmarem a autoria do delito, conduzem a absolvição do acusado nos termos do Art. 386, VII, do Código de Processo Penal. III -Recurso provido.

movida, não raras várias vezes, por sentimentos de ódio e vingança”. Op. cit. Rogério Sanches, p. 101.

¹⁵ Pesquisado em: <http://stj.jusbrasil.com.br>, acesso em: 06 de agosto de 2017.

[...]. (STJ- AREsp nº 613118/AC (2014/0304071-3), 6ª T., Rel. Min. Ericson Marinho, j. em 26-06-2015, Dje de 30-6-2015¹⁶.

Logo, colhe-se da jurisprudência que embora a palavra da vítima seja de suma relevância, é preciso que ela seja firme, consistente, ou que esteja associada com outras circunstâncias que comprovem a veracidade do depoimento da vítima, sob pena da aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

2.6.2 Interrogatório do acusado

Segundo Andrade (2017, p. 299): “o interrogatório é o meio pelo qual o acusado pode dar ao Juiz criminal a sua versão dos fatos que lhe foram imputados pelo acusador”.

É considerado ato personalíssimo do réu e privativo do juiz no processo.

É meio de prova e de defesa, realizável em qualquer fase do procedimento, antes da sentença. A respeito o Código de Processo Penal destaca momentos próprios, a saber: “no auto da prisão em flagrante (art. 304); no inquérito policial (art 6º, V); logo depois do recebimento da denúncia ou queixa (arts. 394 e 395); no plenário do Júri (art.465); nos tribunais, nos crimes de sua competência originária (art. 616)”. (NOGUEIRA, 1987, p. 100).

O réu tem extensa liberdade durante o interrogatório e responde às perguntas que lhe são formuladas se quiser, pois, o silêncio não importará em confissão. É o que preceitua o art. 186, parágrafo único do Código de Processo Penal¹⁷. Entretanto, o silêncio poderá causar-lhe prejuízo, porque o interrogatório também é interpretado como meio de defesa, por isso, para a realização do ato é imprescindível a presença de defensor constituído ou dativo, sob pena de nulidade absoluta do feito. Veja-se a propósito, julgado:

¹⁶ Pesquisado em: <http://stj.jusbrasil.com.br>, acesso em: 06 de agosto de 2017.

¹⁷ *In verbis*: Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Pesquisado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em 06 de agos de 2017.

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. INTERROGATÓRIO JUDICIAL E AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO DA VÍTIMA E DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO.

ALEGAÇÃO DE NULIDADE DO FEITO, POR AUSÊNCIA DE NOMEAÇÃO DE DEFENSOR AD HOC QUANTO À AUDIÊNCIA DE INQUIRÇÃO.

I - A realização do interrogatório do réu, antes da entrada em vigor da Lei nº 10.792/2003, sem a presença do defensor, como tal, não constituía nulidade, porquanto, a teor do art. 187 do CPP, tratava-se de ato personalíssimo, com as características da judicialidade e da não-intervenção da acusação e da defesa. (Precedentes).

II - Por outro lado, se o réu não possuía advogado constituído, por ocasião da audiência em que se procedeu à oitiva da vítima e da testemunha arrolada na denúncia, deveria o MM. Juiz ter nomeado um defensor ad hoc para o ato, sob pena de nulidade absoluta, ainda mais quando se constata que os depoimentos prestados respaldaram a condenação.

III - *In casu*, evidenciado pelo Juízo de primeiro grau, que na audiência realizada aos 09/03/1994 se fizeram presentes a MM. Juíza da Comarca, a Dr^a. Promotora de Justiça, o acusado, a testemunha, e a vítima acompanhada de seu genitor, ausente o defensor público ou qualquer defensor do réu, mister reconhecer a nulidade do feito.

Ordem concedida para anular o processo, a partir da audiência em que se procedeu à oitiva da vítima e da testemunha de acusação. (HC 81.199/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 27/03/2008, DJe 05/05/2008)¹⁸

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. INÉRCIA DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. INTIMAÇÃO PESSOAL DO RÉU PARA NOMEAR NOVO DEFENSOR. REVELIA DECRETADA EM MOMENTO ANTERIOR. INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PARA A APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS. ART. 367 DO CPP. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO EVIDENCIADO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PREJÚZO NÃO DEMONSTRADO. CRIME CONTINUADO. EXAME DOS REQUISITOS DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. (HC 375.563/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 05/04/2017)¹⁹.

O direito de defesa é indisponível, devendo o defensor exercê-lo mesmo contra à vontade do acusado, pois naquele momento, o advogado exerce o papel de representante técnico da parte, e não cabe ao patrono escolhido (*ad hoc*) recusar tal ofício, sob pena de responder infração disciplinar (art. 34, XII do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

¹⁸Pesquisado em:

[Http\http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=acusado+sem+advogado+na+audiencia+de+inquiri%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=45](http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=acusado+sem+advogado+na+audiencia+de+inquiri%E7%E3o&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=45), acesso em 06 de agos de 2017.

¹⁹pesquisado em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=acusado+sem+advogado+na+audiencia&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=9>. Acesso em 17 de agos de 2017.

No segundo caso em exame, o paciente e patrono foram devidamente intimados para comparecerem pessoalmente na audiência de continuação, porém permaneceram inertes, sendo decretada a revelia, e tal ofício foi suprido pela intimação da Defensoria Pública do Estado.

2.6.3 Prova testemunhal

“É toda pessoa que depõe sobre fatos que viu ou ouviu dizer” (Nogueira, 1987, 104). Ou seja, “é toda pessoa física que, em juízo, declara o que sabe sobre os fatos em um litígio no processo penal”. (Sanches, 2008, p.102).

A princípio todas as pessoas podem ser testemunhas: crianças, prostitutas, pessoas abandonadas ou não pelo que presenciaram etc., não podendo eximir-se, pois trata-se de um dever. E caso não compareçam, sem justo motivo, estarão sujeitas a sofrer pena de multa, responder processo por crime de desobediência e condenada a pagar às custas da diligência.

No entanto, podem recusar-se de fazê-lo: o ascendente, ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou entregar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. *In verbis*, art. 207 do CPP. Mas poderão ser ouvidas quando os fatos dependam dos seus esclarecimentos, acrescentando, ainda, a este rol taxativo de excluídos as pessoas incapazes, as impedidas e suspeitas, e os menores de 14 anos.

Além dessas, são proibidas de depor as pessoas que, em razão de suas funções, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pelo principal interessado.

Frise-se ainda, em torno da prova testemunhal: judicialidade, porque é prestada em juízo; oralidade, apresentada a viva voz e objetividade, pois a prova é informativa e não opinativa, mas ressalte-se que o art. 204, parágrafo único do CPP, diz que não será vedada breves consultas a apontamentos (minúcias dos fatos, nomes, datas

etc.); a pessoa deve ser idônea, com capacidade jurídica, além de ser estranha ao feito e conhecedora, direta ou indiretamente, dos fatos, para atestar sobre sua existência.

As testemunhas podem ser numerárias, arroladas pelas partes; extraordinárias, as ouvidas de ofício pelo juiz; informantes, aquelas que não estão obrigadas ou estão proibidas de depor; e referida, a mencionada no depoimento de outra testemunha.

O sistema da inquirição das testemunhas adotado no Processo Penal é o sistema da inquirição direta (Lei 11.690/2008), também chamado de *cross-examination*, de origem norte americana. Nele o juiz se situa em posição secundária na produção das provas, preterindo-se às partes a diligência principal do ato. Antes disso, o sistema que vigora na inquirição das testemunhas era o presidencialista, no qual as perguntas das partes eram dirigidas ao magistrado, e este reperguntava às testemunhas.

2.6.4 Prova pericial

É a prova que tem como determinação, “levar ao juiz elementos instrutórios sobre normas técnicas e sobre fatos que dependem de conhecimento especial” (MARQUES, 1998, p. 324). A perícia é feita através dos técnicos dotados de conhecimentos teóricos que versam sobre matérias diversas do conhecimento jurídico, os profissionais observam documentos, pessoas, objetos etc., e após uma análise minuciosa, emitem seus pareceres ou laudos²⁰, para que o juiz possa conhecer de forma eficaz determinada questão probante.

Tornaghi (1983, p. 320), diz que: “o exame pericial pode recair sobre o próprio corpo de delito (intrínseco) ou apenas sobre pessoas ou coisas que servem à prova do crime, como documentos, por exemplo (extrínseca) ”.

“Os crimes que deixam vestígios são *facta* permanentes; e os que não deixam, *facta* transeuntes”. (TORNAGHI, 1983, p. 321). Pode-se citar como vestígios: o cadáver,

²⁰ “O laudo é a exposição minuciosa do observado pelos peritos. Possui quatro partes: introdução, exposição, discussão e conclusão”. Paulo Nogueira, **Op. cit.** p. 96.

resíduos, a grade contorcida, pegadas, rastros entre outros, já os que não deixam amostras podemos citar: a injúria verbal não gravada, a ameaça oral, corrupção passiva, atentado violento ao pudor²¹ e outros.

Por sua vez, na distinção entre delitos permanentes e transeuntes, torna-se necessário saber o tipo do crime, e, para tanto, basta examinar a descrição contida na lei e adequar a conduta humana ao caso concreto: o homicídio consiste em matar alguém, havendo homicídio haverá cadáver; crime *facta* permanente, que deixa vestígios.

Os peritos são regidos pelo princípio da imediatilidade, e é auxiliar do juízo, estando os mesmos dispostos à disciplina judiciária, art. 275 do CPP, ou seja, o perito é órgão auxiliar para o exercício da função técnica. Marques (1998) salienta que os peritos se desdobram de forma variada no polo processual, podendo, por isso, figurar nos autos de forma direta ou indiretamente:

Percipiend – direta – art.158 do CPP: retratação técnica da impressão pessoal colhida pelos peritos;
Deduciendi – indireta – art. 158 e 172 do CPP, interpretação de documentos e outras perícias;
 Complementares – art. 168§ 1º e 2º do CPP, subsequentes a primeira;
 Contraditória – art. 180, 182 do CPP/436,437 do CC, conclusões divergentes;
 Prospectivas – art. 775 II do CC, cessação de periculosidade. (MARQUES, 1998, p. 324).

Das funções supramencionadas a *deduciendi* (indireta), é a mais prevalecte tecnicamente, isso porque, na forma *percipiend* o especialista atua “substituindo” o juiz ou o delegado. Podem ser realizadas em qualquer fase do processo, bastando,

²¹ “Crime contra a liberdade sexual – atentado violento ao pudor com presunção de violência e de forma continuada (art. 214 c/c 224, ‘a’, na forma do art. 71, todos do código penal)- acusado que, aproveitando-se da condição de padrinho da pequena vítima, à época com 05 anos de idade, para ganhar sua confiança presenteia-lhe com dinheiro e doces, permitindo, assim, sua aproximação e prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal em pelo menos duas oportunidades – declarações seguras e coerentes da ofendida, corroboradas por outros testemunhos, inclusive da própria esposa do increpado – alegada ausência de comparação da materialidade dada a negativa do laudo no tocante à prática da conjunção carnal – tipo penal que não deixa, necessariamente, vestígios, dada sua natureza, podendo ser comprovado por outros elementos probantes, em especial os testemunhos colhidos ao longo da instrução, sob o crivo do contraditório, prescindindo de exame pericial – prova suficiente para dar suporte ao decreto condenatório nos crimes contra os costumes, geralmente cometidos na clandestinidade, os depoimentos testemunhais das vítimas, quando claros, coerentes e harmônicos, com apoio nos autos, são bastantes para embasar o decreto condenatório”.(...). TJ-SC-Apelção Criminal APR 379395 SC 2005.037939-5 (TJ-SC). Pesquisado em: tj-sc.jusbrasil.com.br, acesso em: 29/07/17, às 07:14.

para isso, a determinação feita por ofício por qualquer uma das autoridades (judiciária ou policial), ou pedido de qualquer das partes, neste caso cabe à autoridade verificar se é perícia, e se é necessário, sempre com o objetivo da descoberta da verdade.

Em regra, para a realização da perícia basta apenas um perito oficial, portador de diploma superior e com habilitação técnica relacionada à natureza do exame, mas caso não haja perito oficial, a perícia pode ser realizada por duas pessoas idôneas, preferencialmente, por diploma de nível superior da área específica relacionada à perícia. É o que assevera o art. 159, § 1º do CPP, *in verbis*:

[...].O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. [...].

É importante ressaltar que com o advento da Lei nº 11.690/2008, passou a existir a figura do assistente técnico, indicados pelas partes, podendo, inclusive, estes, serem ouvidos em audiência. (SANCHES, 2008, p. 97).

Existem diversos tipos de perícia: autopsia, exumação (algumas exigem regras especiais), perícia de laboratório (toxológicos, envenenamento), perícia de incêndio (causas e circunstâncias); exames escritos (perícias caligráficas, grafotécnica), classificação da infração (grave, leve ou gravíssima), exames de instrumentos da infração (armas brancas e revolveres). (NOGUEIRA, 1987, p. 96)

2.6.5 Reconhecimento de pessoas e coisas

Está regulado no art. 226 a 228 do CPP, no qual expõe que quando for necessário far-se-á o reconhecimento de pessoas ou coisas. “É o ato pelo qual alguém verifica e confirma a identidade de pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu” (SANCHES, 2008, p. 105). Pode ocorrer na fase de inquérito policial, bem como na fase processual.

Durante o ato convém garantir as condições de certeza. Para tanto, antes da exibição da pessoa ou do objeto, se faz o reconhecimento pelo meio da descrição circunstanciada do que se vai reconhecer e cujo valor só se aprova quando o que se vai reconhecer é de “carne e osso” ou espécie.

Tanto o reconhecimento de pessoas como o de objetos se processam da mesma forma: lavra-se auto circunstanciado, subscrito pela autoridade, pela pessoa a proceder o reconhecimento e por duas testemunhas.

O reconhecimento de pessoas e coisas tem pouco crédito como valor probatório, mas é um tema bastante discutido devido a ação temporal, no qual poderá levar a vítima ao esquecimento ou falhas da memória, alteração física da pessoa a ser identificada. Porém, a jurisprudência tem conferido enorme força ao reconhecimento quando este vem respaldado com outras provas coligidas.

2.6.6 Acareação

A acareação também é chamada de confrontação ou acareamento; tem previsão legal nos arts. 229 e 230 do CPP, consiste no confronto de pessoas, que são colocadas frente a frente, do qual, os depoimentos estão antagônicos; podem ser requisitadas pelas partes ou de ofício pelo magistrado.

Qualquer pessoa que preste declarações no processo pode ser acareada: acusados, acusado e testemunha, testemunhas, acusado ou testemunha com o ofendido. No ato, os acareados serão reperguntados sobre os pontos divergentes.

Dois requisitos são cruciais para acareação: primeiro, que a pessoa que será acareada já tenha prestado as suas declarações e segundo, que o depoimento prestado sobre os fatos e as circunstâncias, estejam divergentes com outro testemunho.

Quanto ao seu valor *probante*, a maioria da doutrina, assistida pela jurisprudência, entende que é praticamente nenhum (SANCHES, 2008, p. 107). Entretanto, o procedimento de acareação pode ocorrer na fase de inquérito ou na judicialização,

durante a instrução criminal; daí porque, as autoridades (delegado ou juiz), somente liberem as testemunhas, após o depoimento de todas, já que poderá ser realizado o ato, de imediato, logo depois dos testemunhos.

2.6.7 Documentos

Segundo o art. 232 do CPP: “consideram-se documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papeis, públicos ou particulares”. Sendo assim, podem ser: originais, escritos conforme materialmente concebidos; e cópia, reprodução do original (traslado, certidão, xerocópia, etc.).

Carnelutti (1951) instrui que:

A palavra documento em sentido amplo significa qualquer coisa que represente um fato. Em sentido estrito, porém, o documento se define pelo fato da representação se fazer pela escrita, por sinais da palavra falada, nas escrituras fonéticas, como é a nossa. Então a ele se opõe o monumento (monere-também instruir), em que a representação do conhecimento a transmitir se faz alegoricamente, simbolicamente. (MARQUES, 1998, p.317 *apud* CARNELUTTI, 1951, p. 167.).

Os documentos escritos distinguem-se em públicos²² e privados, original e cópia. O primeiro são os documentos “lavrados por oficial público, dentro do círculo de suas atribuições, já o particular, é todo aquele que público não for”. (MARQUES, 1998, p. 318).

No tocante ao documento original, Amaral (MARQUES, 1998, p. 318 *apud* Amaral, p. 40) explica ser “aquele lançado em sua origem”, o escrito genuíno. Sobre a cópia, podemos dizer que se refere a qualquer reprodução do original, distinguindo-a: o traslado, o registro de documento, o inteiro teor, a pública-forma, o extrato e a fotocópia autenticada. Corroborando com as distinções, Tourinho Filho (2012) destaca:

Instrumento público: é o lavrado por oficial público competente em razão de seu ofício. Ex.: o testamento público, a escritura pública de compra ou venda de um imóvel.

²² Os documentos públicos gozam da presunção *juris tantum* de autenticidade, ou seja, consiste na presunção relativa ou condicionada, que se admite até prova em contrário; que resulta do próprio direito ou só a ele pertence. Guimarães, op. cit. p. 471.

Instrumento particular: o formado por particulares ou até mesmo por oficiais públicos, não em razão de seu ofício. Ex.: nota promissória, escritura particular de compra ou venda de imóveis, letra de câmbio, etc.

Papéis públicos: são os lavrados por oficial público competente, no exercício de sua função. Ex.: guias de recolhimento de impostos, as publicações de atos administrativos no Diário Oficial etc.

Papeis particulares: todos aqueles que não forem lavrados por oficial público no exercício de seu cargo. Ex.: uma carta, um convite para o baile etc.". (TOURINHO FILHO, 2012, p. 629).

Podem ser meios de prova, quando conter, por exemplo, uma confissão ou objeto de prova, como fato representativo, que visa determinar a autenticidade do documento, além disso:

Pode representar o corpo de delito, como acontece nas cartas que levam ameaças, no documento falsificado (falsidade material), ou nos escritos difamatórios, injuriosos ou que tragam afirmações caluniosas. Também, como instrumento ou meio de prova, o documento se refere, algumas vezes, a circunstância do corpus criminis ou a ele conexa: é o que se chama, então, respectivamente, de documentos circunstancial e de documento indiretamente circunstancial. O documento circunstancial revela um dos elementos do corpo de delito, como no caso da carta amorosa, no adultério, ou do escrito subversivo, em crime de incitamento à rebelião ou a desordem [...]. (MARQUES, 1998, p. 320)

Também são considerados como documentos: "texto escrito ou impressos, em papel ou não (inclusive e-mail); gravações de imagens e/ou áudios, dispostas em CDs, DVDs, hard disk ou outra tecnologia qualquer [...]". (MARCÃO, 2016, p.551).

As partes, podem, a qualquer momento, apresentar documentos em qualquer fase do processo, só havendo exceção expressa para o procedimento do júri, art. 406, § 2º, e 475 do CPP.

Como valor de prova o documento expresso em documento é considerado forte, e por isso, irresistível a sua força de convencimento, no entanto, mesmo que o sistema de valoração da prova seja o do livre convencimento motivado e não da prova tarifada, caberá ao magistrado apreciá-la como qualquer outra.

2.6.8 Indícios

O art. 239 do CPP, conceitua indícios como: " a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias". Ou seja:

O indício tem como ponto de partida um fato provado. Por essa razão, fonte de indícios podem ser as várias provas diretas em que possa descansar a demonstração desse fato. Um trecho de depoimento testemunhal, ou o tópico de um interrogatório; os vestígios materiais que a infração deixou e que o auto de corpo de delito registra, assim como elemento sensível colhido no exame do *corpus strumentorum*; as declarações do ofendido, ou a atitude do réu no interrogatório [...]. (MARQUES, 1998, p. 347).

Além do mais, “nenhum fato é tão isolado que não guarde relação, direta ou indireta, com outro fato ou circunstância. Nessa interrelação inevitável é que o observador encontra o caminho, por meio do fato secundário, e por indução, para chegar ao principal a que aquele remete”. (MARCÃO, 2016, p. 563).

Os indícios constituem meios de provas indireta, já que para chegamos até a circunstância probante, faz-se necessário dados de outros fatos. Hodiernamente, fonte farta dos indícios são as provas periciais, realizada por perito técnico. Destaca-se como exemplo: a datiloscopia, exames de armas, projéteis etc., além de pesquisas sobre a pessoa do indiciado.

Como valor de prova, o indício nos leva a dois caminhos: pelo aceitável ou pelo provável, e neles não há uma certeza plena, por isso certos autores acham-na incompatível com tal exigibilidade, pois não há como chegar a uma decisão ou sentença condenatória, sem uma completa confiança nas provas apresentada no processo, em tais casos, a correta solução é a absolvição do culpado, por fundada dúvida da existência do crime.

2.6.8.1 Indícios e presunções

Segundo Aranha (2006):

A prova se faz não só de maneira direta, mas também por indícios e presunções, que devem ser analisados como todo e qualquer outro elemento de convicção, à luz do princípio do livre convencimento do juiz. Os indícios, quando não contrariados por contra indícios, ou por prova direta, autorizam o juízo de culpa do acusado e sua condenação” (JTACrim, 7:105). (ARANHA, 2006, p. 229)

O indício está fundado pelo legislador, numa regra de direito, já a presunção legal se

identifica a verdadeiro indício cogente²³ previsto no direito. (Frederico Marques, 1998, p.348).

As presunções legais dividem-se em: absolutas, que são as presunções *juris et de juris*, na qual a lei estabelece como verdade, sem aceitar prova em contrário; ou relativas, as *juris tantum*, que abrangem atos e fatos, nelas a lei estabelecem como veracidade, enquanto não há prova em contrário.

2.6.9 Busca e apreensão

Buscar significa procurar e apreensão equivale a retirar, logo a efetividade dos termos é a retirada da coisa ou pessoa do domínio de quem as detém. Saliente-se que poderá haver busca sem apreensão e vice-versa, Sanches (2008) exemplifica muito bem esta questão:

[...] vasculhada a casa de um saudoso traficante, nada é encontrado relacionado ao crime. Pode ocorrer, também, a apreensão sem busca, quando, no mesmo exemplo, antes mesmo de se iniciar a procura o averiguado, espontaneamente entrega o material entorpecente. (SANCHES, 2008, p. 109-110).

A busca e apreensão refere-se a um processo cautelar para produzir a prova e pode recair no indiciado, na vítima ou em uma pessoa suspeita ao crime; note-se que, se essas atitudes de buscar e apreender não forem tomadas de forma rápida, correm o risco de sumir.

O ato visa prevenir o *periculum in mora*²⁴ e o *fumus boni juris*²⁵, e para o cumprimento de determinada diligência é necessário está atento sobre a questão do mandado, documento necessário quando à própria autoridade (policial ou judiciária)

²³Algo que é realmente necessário – algo imposto pela lógica. Exemplo: um argumento totalmente sólido é aquele cujas premissas são todas verdadeiras. **Disponível em:** <http://www.dicionarioinformal.com.br>>cogente. **Acesso em 12 de agost de 2017.**

Em direito, cogente é “a regra que é absoluta e cuja aplicação não pode depender da vontade das partes interessadas, as partes não podem excluí-las ou modifica-las”. Idem.

²⁴“Periculum in mora – (Latim) Situação de fato que se caracteriza pela iminência de um dano decorrente de demora de providências que o impeça. Muito utilizada a expressão em casos de medidas cautelares”. Guimarães, Deocleciano Torrieri, Dicionário técnico jurídico, atualização de Ana Claudia Schwenck dos Santos. 18. Ed. São Paulo: Rideel, 2015, p. 558.

²⁵“Fumus Boni Juris – (Latim) Presunção de legalidade, possibilidade de existência de direito”. Guimarães, Deocleciano Torrier, op. cit. p. 401.

não realizar o ato pessoalmente (art.241 do CPP).

Com efeito, o art. 243 do CPP, assim orienta sobre o mandado:

- I – Indicar, o mais precisamente possível, a casa em que será realizada a diligência e o nome do respectivo proprietário ou morador; ou, no caso de busca pessoal, o nome da pessoa que terá de sofrê-la ou os sinais que a identifiquem;
- II – Mencionar os motivos e os fins da diligência;
- III- ser subscrito pelo escrivão e assinado pela autoridade que o fizer expedir [...]. (BRASIL, 2015, p. 397)

Convém citar vários tipos de buscas e apreensões realizadas, que podem ocorrer por meio domiciliar ou pessoal: apreender coisas achadas, apreender instrumentos de falsificação, apreender armas e munições, apreender cartas, objetos, pessoas etc. (MARQUES, 1998, p. 287).

Por sua vez, observe-se o texto constitucional:

A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial, art. 5º, inc. XI. (BRASIL, 2015, p. 17)

Por tais razões, o art. 245, caput, do CPP, estabeleceu que: “As buscas domiciliares serão executadas de dia, salvo se o morador consentir que se realizem à noite, e, antes de penetrarem na casa²⁶, os executores mostrarão e lerão o mandado ao morador, ou a quem o represente, intimando-o, em seguida, a abrir a porta” (BRASIL, 2015, p. 397). Todavia, em caso de resistência, os executores poderão usar a força e “quando ausente os moradores, procede-se ao arrombamento da casa ou habitação, aposento ou compartimento, bem como de móveis, cofres ou objetos existentes em seu interior e em que se tenha de efetuar a busca do que se procura” (MARQUES, 1998, p. 288), para tanto, intima-se qualquer vizinho para assistir o ato.

²⁶ “Nome que se dá, em geral, a todas as construções que se destinam a moradia; habitação, residência, lar. Firma comercial. Diz a lei que a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém podendo nela entrar sem o consentimento do morador. Excetuam-se casos de flagrante delito, desastre, prestação de socorro e, durante o dia, com ordem judicial. Não são consideradas casas, a hospedaria, a estalagem ou outra habitação coletiva (nesta, salvo o aposento ocupado), taverna, casa de jogo e outras do mesmo gênero. Considera a lei como casa qualquer compartimento habitado, aposento ocupado de habitação coletiva, compartimento aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade. Há quem considere, de modo mais amplo, casa o lugar onde alguém exerce profissão ou atividade. Há quem considere de modo mais amplo, casa o lugar onde alguém mora, seja a lona do circo, seja a barraca do campista, seja o barraco do favelado, seja o rancho do pescador”. Guimarães, Deocleciano Torrier, op. cit. p. 181.

2.6.10 Confissão

É o reconhecimento parcial ou total da imputação feita na denúncia ou na queixa da verdade dos fatos que lhe são imputados, geralmente a confissão é oral, mas não existe no CPP dispositivo que impeça que a confissão seja escrita. Tem valor relativo e pode ser retratada, tendo em vista o princípio da livre convicção. No entanto, “a confissão atendível é um raio de luz que ilumina todos os escaninhos dos crimes mais misteriosos, dissipa as dúvidas, orienta as ulteriores investigações e confronta de um só passo os escrúpulos do juiz e as preocupações da justiça dos homens de bem”. (TORNAGHI, 1983, p. 384).

Sempre logrou de grande prestígio, e historicamente, era considerada a “rainha das provas”²⁷, e muitas vezes, para consegui-las usavam meios desumanos²⁸. Na atualidade a confissão, assim como as demais espécies de prova, se relativiza com as demais provas trazidas aos autos. Isso porque, vários fatos podem levar alguém a confessar um crime, tais como: “desejo de morrer (no caso de ser prevista a pena de morte); debilidade mental; vantagem pecuniária; relevante calor moral e social; fanatismo religioso (autopunição); ocultação de delitos mais graves (álibi); desejo de proteção estatal (segurança, alimentação etc.)”. (MOREIRA, 2007 *apud* TOURINHO FILHO, 1998, p.283)²⁹.

A confissão do réu, pode ser feita fora do interrogatório, sendo tomada por termo nos autos, art. 199 do CPP, entretanto, não terá valor algum quando prestada unicamente na fase de inquérito (ou administrativa), se não confirmada perante ao juiz e contextualizada com outras provas (PACCELLI, 2006, p.349).

É retratável e divisível, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto, art. 200 do CPP. Ou seja, uma vez feita a confissão,

²⁷ (...)“Na verdade, a expressão “a rainha das provas” tem o seu sentido pelo conforto que traz à consciência dos que trabalham no processo, pois como meio de prova o seu valor é idêntico ao das demais, avultando-se apenas por sua força tranquilizadora” (...). Aranha, op. cit. p. 112.

²⁸ “Para obtê-la, era permitido, no direito grego, o emprego da tortura, quando o acusado fosse escavo. No Direito romano, a princípio, não se usou a tortura. Com o tempo, entretanto, foi sendo utilizada, inclusive para homens livres(...)”. Tornaghi, op. cit. p.384.

²⁹ Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 1998, Vol.3, p. 283.

poderá o réu arrepender-se e apresentar elementos de convencimento sobre essa nova versão dos fatos.

Demais, grande parte da doutrina identifica e admite a confissão implícita ou tácita. A primeira ocorre quando o acusado repara o dano ou quando outro ato acabasse dando a entender a veracidade dos fatos

Ainda pode ser: simples, quando o sujeito confessa apenas um ato; complexa, quando admite vários atos e qualificada, quando confessa o ato e em seu favor, alega qualquer circunstância que lhe beneficie, como excludentes de criminalidade ou de culpabilidade (MOREIRA, 2007, p. 286).

Pode-se ainda extrair da confissão: ato personalíssimo, terceiro não pode fazê-lo, surge geralmente no interrogatório do acusado; ocorre de forma voluntária, por vontade própria; espontânea, livre de coação; divisível, pois o magistrado pode considerar apenas parte da confissão ao julgar o processo; e, ainda, pode ser retratável, como já foi supra referido.

3 CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 ESTUPRO

3.1.1 Histórico

Desde a antiguidade os crimes sexuais eram punidos com bastante severidade, principalmente os violentos, porque os povos antigos reconheciam que tais crimes atingiam diretamente a honra, a dignidade e a liberdade do ser humano. Sobre o assunto Prado (2011) menciona que:

Na legislação mosaica, se um homem mantivesse conjunção carnal com uma donzela virgem e noiva de outrem que encontrasse na cidade, eram ambos lapidados³⁰. Mas se o homem encontrasse essa donzela nos campos e com ela praticasse o mesmo ato, usando de violência física,

³⁰ A pena de lapidação consistia no apedrejamento do condenado até a morte. Era empregada no antigo Direito mosaico em relação àqueles Delitos que provocassem a ira de Deus e que pudessem fazer com que este retirasse sua mão protetora sobre o povo (cf Von Hentig, H La pena, p.395). Ibidem p. 797.

somente aquele era apedrejado. Se a violência física fosse empregada para manter relação sexual com uma donzela virgem, o homem ficava obrigado a casar-se com ela, sem jamais poder repudiá-la e, ainda, a efetuar o pagamento de 50 siclos de prata ao seu pai.

O Código de Hammurabi, de seu turno, definia o estupro no artigo 130, estabelecendo que, se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre. (PRADO, 2011, p. 797)

Registre-se que os romanos também viam os crimes sexuais com bastante rigor e em relação ao estupro, procuravam diferenciar *adulterius* e *stuprum*, o primeiro, significava a união sexual com mulher casada (BITTENCOURT, 2015, p.46), e o segundo, a conjunção ilícita com viúva. Mas, em verdade, literalmente, achavam que estupro era “toda união sexual ilícita com mulher não casada”. O estupro (conjunção carnal violenta) era tão abominável entre eles que estava no conceito de *crimen vis*, e puniam os mesmos com a pena de morte.

Na Idade Média prosseguiu-se com o que se praticava na antiguidade, seguindo a tradição romana. E até as conhecidas Ordenações Filipinas³¹, puniam o crime de estupro violento, de igual forma, ou seja, aplicava-se a pena de morte ou a pena capital.

Observe-se que sobre o crime de atentado violento ao pudor, os investigadores do Direito Penal não encontraram, nas pesquisas, informações sobre este crime, presumindo-se que romanos e gregos não conheciam o delito. Entretanto, em realidade, o direito romano o inseria na definição de *stuprum ver vim*, impondo pena como *crimen vis*.

Na legislação brasileira até o ano de 1500, prevaleceu a vingança privada com a presença do Talião e da perda da paz (FAYET, 2011, p. 24), punia-se o rapto e o adultério da mulher de forma muito rígida. Sendo importante ressaltar que as origens do direito penal brasileiro foram demarcados na legislação portuguesa pelas Ordenações Afonsinas e as Ordenações Manuelinas, que vigoraram na época

³¹ As Ordenações Filipinas, ou Código Filipino, é uma compilação jurídica que resultou da reforma do código manuelino, por Filipe II de Espanha (Felipe I de Portugal), durante o domínio castelhano. Ao fim da União Ibérica (1580-1640), o Código Filipino foi confirmado para continuar vigendo em Portugal por D. João IV. Pesquisado em: <http://www.pt.wikipedia.org>, acesso em: 22 de agosto de 2017.

colonial, na qual o crime era confundido com o pecado e com a ofensa moral (FAYET, 2011, p. 73 e 76), punindo-se os culpados com penas cruéis, a saber:

[...] Nas normas legais, reunidas, principalmente nas Ordenações, era comum a aplicação da pena de morte, mesmo em casos que hoje seriam considerados leves, como furtar "meio marco de prata" ou "dormir com mulher casada". Existiam vários graus, conforme o delito a punir. O mais comum era o da força, pena infamante que, em pessoa de maior qualidade, podia ser substituída pela decapitação. Em caso mais graves, mandavam-se que o corpo ficasse na força até apodrecer. Delitos contra a Igreja, como heresia e apostasia, ou contra o próprio corpo -considerado sagrado-, como incesto, sodomia ou relação sexual com animais, podiam ser punidos pelo fogo, "até torna-se em pó para que nunca de seu corpo e sepultura possa haver memória", sendo o réu previamente estrangulado, se arrependido ou converso, ou queimado vivo, se pertinaz. Esta sorte de castigo *post mortem* se expressava também pela infâmia dos descendentes e a colocação de efígies dos condenados nos seus lugares de origem, podendo, ainda, tais efígies substituir ao próprio condenado, se prófugo. Nestes casos, as efígies eram submetidas, como punição simbólica, às mesmas penas que estavam previstas para os réus verdadeiros. (CARRILHO, 2003, p. 73 e 76).

Por seu turno, no Título XVIII das Ordenações Filipinas, podia-se ler: "Do que dorme *per* força com qualquer mulher, ou trava *della*, ou a leva *per* sua vontade" (FAYET, 2011, p.25), refere-se ao estupro. Ou melhor, "Todo homem, de qualquer *stado* e condição que seja, que forçadamente dormir com qualquer mulher posto que ganhe dinheiro *per* seu corpo, ou seja *scrava*, morra por *ello*" (FAYET, 2011, p. 25), isto quer dizer que as ordenações puniam com a morte o delito de conjunção carnal forçada³².

Ademais, no Livro V, Título XXIII do mesmo ordenamento, o estupro voluntário de mulher virgem, ocasionava para o acusado a obrigação de se casar com a vítima e, caso fosse impossível contrair matrimônio, tinha o dever de constituir um dote para a ofendida. Se o infrator não possuísse bens, era açoitado e degradado. (PRADO, 2011, p. 798).

Com o advento do Código Criminal do Império, houve uma atenuação do crime em comento. O Código de 1830 passou a punir o estupro violento com a pena de prisão de três a doze anos, com a obrigação de adotar a vítima. Conforme versos do artigo

³² Ademais, distinguia-se os comportamentos sexuais em naturais (relação entre homem e mulher, com objetivos de procriação) e contra natureza (ato libidinoso diferente distinto da conjunção carnal, cuja finalidade não era a procriação). Fayet, op. Cit. P. 26 apud Souza, Carmo Antônio de. Atentado violento ao pudor. São Paulo: IOB-Thompson, 2004, p. 38.

222 do Código Criminal do Império: “ter copula por meio de violência, ou ameaças com qualquer mulher honesta. Penas de prisão por *tres* ou doze annos; e de dotar a offendida; se a violentada for prostituta: pena de prisão por um *mez a dous* annos”. (FAYET, 2011, p. 29).

O Código Penal da República, decretado em 11 de outubro de 1890, reeditou em muitos casos o código anterior³³. Nele se previa os crimes de atentado violento ao pudor e estupro sob o título de “violência carnal”, no âmbito da proteção da “*segurança da honra, honestidade das famílias e do ultraje público ao pudor*”, (FAYET, 2011, p. 31) *in verbis*:

Art. 266. Attentar contra o pudor de pessoa de um ou de outro sexo, por meio de violências ou ameaça, com o fim de saciar paixões lascivas ou por depravação moral: Pena de prisão cellular por um a seis annos. ³⁴ Paragrapho único. Na mesma pena incorrerá aquelle que corromper pessoa de menor idade, praticando com ella ou contra ella actos de libidinagem.
[...]

Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena: de prisão cellular por um a seis annos”. § 1º Si a estuprada for mulher pública ou prostituta: Pena: de prisão cellular por seis mezes a dous annos. § 2º Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte.

Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violência de uma mulher, seja virgem ou não³⁵. Por violência entende-se não só o emprego de força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades physycas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anestheticos e norcoticos.³⁶

Como se nota, buscou-se separar as intenções lascívia de ambos os crimes, e reduziu, ainda mais, a gravidade dos crimes referidos, pois prescreveram penas menores do que as penas cominadas no código anterior.

Já o Código Penal de 1940, ainda vigente, previa os delitos de estupro, no art. 213 e o de atentado violento ao pudor, no art. 214, *in verbis*: “constranger mulher à

³³A saber: aboliu a pena de morte, as penas cruéis e contemplando as penas de prisão cellular, de banimento, de reclusão, de prisão com trabalho, de prisão disciplinar, de interdição de direitos [...]. Fayet, Op. cit. p. 30-31.

³⁴ Decreto n. 847/1890. Apud Fayet, Op. cit. p. 32-33.

³⁵ Decreto n. 847/1890. Ver, nesse sentido: CASTRO, Francisco José Viveiros de. Os delitos contra a honra da mulher. Rio de Janeiro: João Lopes da Cunha, 1897, p. 87, apud Fayet, Op. cit. p. 32.

³⁶ Decreto n. 847/1890. Nesse sentido, ainda: SOUZA, Carmo Antônio de. Atentado violento ao pudor. São Paulo: IOB-Thompson, 2004, p.40. Apud Fayet, op. cit. p. 31.

conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça (...). E, o delito de atentado violento ao pudor consistia em: “constranger alguém mediante violência ou grave ameaça, a praticar ou permitir que com ele se pratique ato libidinoso diverso da conjunção carnal [...]”. (DELMANTO, 2002, p. 458 e 463), Permanecendo a distinção entre os dois crimes: na definição e nas penas.

Com o advento da Lei nº 8.072/90 o estupro e o atentado violento ao pudor passaram a ser considerados Crimes Hediondos³⁷, como reprimenda aos crimes hediondos várias consequências foram estabelecidas em relação aos mesmos:

O cumprimento de pena inicialmente em regime fechado;
A impossibilidade de obtenção de liberdade provisória com fiança;
O considerável aumento de prazo para a obtenção do livramento condicional, impossibilidade de concessão de indulto, graça ou anistia entre outros.

Note-se que a cominação de penas para os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, continuou sendo diferente até a publicação da Lei dos Crimes Hediondos, que passou a considerar a combinação destes com o art. 223, *caput* e parágrafo único do Código Penal (Lei nº 8.072/90, art. 1º), em seu art. 6º, alterar-se a pena das figuras em comento para reclusão de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Com o advento da Lei nº 11.106/2005, foram revogados alguns artigos no Código Penal brasileiro (Decreto-Lei 2.848/1940)³⁸:

[...]
Art. 217 - Seduzir mulher virgem, menor de dezoito anos e maior de quatorze, e ter com ela conjunção carnal, aproveitando-se de sua inexperiência ou justificável confiança: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.
Art. 219 - Raptar mulher honesta, mediante violência, grave ameaça ou fraude, para fim libidinoso: Pena - reclusão, de dois a quatro anos.
Art. 240 - Cometer adultério:
Pena - detenção, de quinze dias a seis meses.
§ 1º - Incorre na mesma pena o co-réu.
§ 2º - A ação penal somente pode ser intentada pelo cônjuge ofendido, e dentro de 1 (um) mês após o conhecimento do fato.

³⁷ “Art. 1º São considerados hediondos os crimes de latrocínio (art. 157, § 3º, *in fine*), extorsão qualificada pela morte, (art. 158, § 2º), extorsão mediante sequestro e na forma qualificada (art. 159, *caput* e seus §§ 1º, 2º e 3º), estupro (art. 213, *caput* e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), atentado violento ao pudor (art. 214 e sua combinação com o art. 223, *caput* e parágrafo único), epidemia com resultado morte (art. 267, § 1º), envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal, qualificado pela morte (art. 270, combinado com o art. 285), todos do Código Penal (Decreto- Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940), e de genocídio (arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956), tentados ou consumados. Fayet, op. cit. p. 37.

³⁸ Pesquisado em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm#art219. Acesso em 31/08/17.

§ 3º - A ação penal não pode ser intentada:

I - pelo cônjuge desquitado;

II - pelo cônjuge que consentiu no adultério ou o perdoou, expressa ou tacitamente(...).

§ 4º - O juiz pode deixar de aplicar a pena:

I - se havia cessado a vida em comum dos cônjuges;

II - se o querelante havia praticado qualquer dos atos previstos no art. 317 do Código Civil³⁹.

[...].

Além disso, foi alterado, o artigo 107, incisos VII e VIII, do Código Penal, como causas extintivas da punibilidade nos casos em que ocorresse o “casamento do agente com a vítima, nos crimes contra os costumes”, a saber os crimes contra a liberdade sexual, como o estupro, à época, crime de sedução, bem como o “casamento da vítima com terceiro”, se cometidos sem violência real ou grave ameaça e desde que a ofendida não requeresse o prosseguimento do inquérito policial ou da ação penal no prazo de 60 dias a contar da celebração do casamento⁴⁰.

Sobre o tema em comento, Franco (2011), argumenta que durante muitos anos o sistema repressor brasileiro tratou a sexualidade por uma perspectiva retrógrada, no qual os tipos penais eram agrupados sob o título de crimes contra os costumes. Frise-se que:

A ideia-força visava a tutela não do exercício pleno da sexualidade, mas a acomodação dessa a parâmetros de ordem moral ou a padrões impostos por posturas religiosas. A essas distorções, acrescentava-se a questão de gênero. Uma sociedade de cariz extremamente machista fazia um corte vertical – e, por isso, explicitamente falso e hipócrita – entre mulheres puras e impuras. “As primeiras vítimas inocentes dos ardis masculinos para satisfazer a sua volúpia. As segundas, criaturas engenhosas e sem escrúpulos, desejosas de enganar o homem, arrastando-o para o casamento ou acusando-o de uma falsa violação”.⁴¹ Até alguns anos atrás – ou precisamente até a Lei 11.106/2005-, protegia-se a virgindade da mulher, como “característica impreterível da mulher solteira. As relações entre sexos assemelhavam-se a uma bolsa de valores, na qual a mulher deflorada

³⁹A saber: Art. 317. A ação de desquite só se pode fundar em alguns dos seguintes motivos:(Revogado pela Lei nº 6.515, de 1977)

I. Adultério.

II. Tentativa de morte.

III. Sevícia, ou

IV. Abandono voluntário do lar conjugal, durante dois anos contínuos.

Pesquisado em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3071.htm#art317

Acesso em: 31/08/2017.

⁴⁰Tomaka, Érica, O descompasso entre lei e sociedade nos crimes contra dignidade sexual,

<http://www.conjur.com.br/2016-jun-29/descompasso-entre-lei-sociedade-crimes-sexuais>. Acesso em 31/08/17.

⁴¹ Idem apud Vera Lúcia Raposo. Da moralidade à liberdade: o bem jurídico tutelado na criminalidade sexual.

Liber discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias. Coimbra: Coimbra Ed., 2003, p. 934.

perdia valor comercial, como se de uma mercadoria defeituosa se tratasse. (FRANCO, 2011, p. 465)

A partir da Lei nº 12.015/2009, as duas figuras: estupro, art. 213 do Código Penal e atentado violento ao pudor, art. 214 do Código Penal, foram unificadas, no art. 213 do mesmo diploma. O legislador optou pela manutenção do nome jurídico do delito, passando a abranger a partir de então, qualquer pessoa, homem ou mulher.

3.1.2 Crimes contra dignidade sexual

Os crimes contra a dignidade sexual estão dispostos no Título VI do Código Penal, Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, cuja mudança do nome ocorreu com o advento da Lei nº 12.015/2009, antes disso, a expressão usada era Dos crimes contra os costumes, (GRECO, 2013, p. 459) tendo como uma das justificativas da mudança a ideia de que o nome anterior já não exprimia o foco da proteção. Em consonância com o acatado Guilherme Nucci salientou que:

[...] Há muito tempo defendíamos que não mais se concretizam no seio social tais sentimentos ou princípios denominados éticos no tocante à sexualidade. A sociedade evoluiu e houve uma autêntica liberação dos apregoados costumes, de modo que o Código Penal estava a merecer uma autêntica reforma nesse contexto. O que o legislador deve policiar, à luz da Constituição Federal de 1988, é a dignidade da pessoa humana, e não os hábitos sexuais que por ventura os membros da sociedade resolvam adotar, livremente, sem qualquer constrangimento e sem ofender direito alheio, ainda que para alguns possam ser imorais ou inadequados. Foi-se o tempo em que a mulher era vista como um símbolo ambulante de castidade e recato, no fundo autêntico objeto sexual do homem. [...]. (NUCCI, 2016, p. 1119).

No mesmo sentido, Bitencourt (2015) afirma que com a alteração do nome do Título VI do Código Penal, extingue-se, a superada terminologia “crime contra os costumes”. “Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano” (BITENCOURT, 2015, p. 46).

Além disso, Greco (2013) mencionou que:

O nome dado a um título ou mesmo a um capítulo do Código Penal tem o condão de influenciar na análise de cada figura típica nele contida, pois, mediante uma interpretação sistemática ou mesmo de uma interpretação

teleológica, em que se busca a finalidade da proteção legal, pode-se concluir a respeito do bem que se quer proteger, conduzindo, assim, o interprete, que não poderá fugir às orientações nele contidas [...]. (Greco, 2013, p.453).

Por derradeiro, as grandes mudanças sociais ocorridas ao longo do tempo trouxeram novas e graves inquietudes, a exemplo da exploração sexual das crianças e adolescentes que se encontravam em situação alarmante, e, por causa disto foi criado no Congresso Nacional uma CPMI (Comissão Parlamentar Mista de Inquérito), por meio do requerimento nº 02/2003, cujas informações obtidas foram assustadoras. Objetivando investigar tais crimes foi elaborado o projeto de Lei. Nº 253/2004, que, posteriormente, transformou-se na Lei nº 12.015/2009.

Como se pode notar, a mudança do nome do título, em comento, demonstra a verdadeira finalidade que se quer proteger: a liberdade sexual das pessoas, fato muito mais relevante do que proteger, apenas, a virgindade das mulheres, como acontecia, por exemplo, no crime de sedução.

3.1.3 Estrutura típica (Art. 213 do Código Penal)

O crime de estupro consiste em constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso. Pena de reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos, (art. 213 do Código Penal), de acordo com a alteração ocorrida através da Lei nº 12.015/2009, que passou a admitir também o homem, já que “alguém” significa ser humano de qualquer sexo. Antes disso, o crime era previsto apenas contra mulher.

Preliminarmente, cumpre observar que o crime de estupro, de acordo com a lei supramencionada, depende de clara interpretação judicial, e para que seja compreendida eficazmente torna-se necessário o exame detalhado de cada um de seus elementos constitutivos.

3.1.3.1 Verbo Constranger

Como se verifica do próprio núcleo do tipo, o verbo constranger é utilizado no

sentido da “expressa conduta humana tendente a obrigar (alguém) a fazer o que não quer, forçar, coagir, compelir” (HOUAISS, 2001, p. 469), ou seja, trata-se de uma modalidade especial de constrangimento ilegal, cuja prática tem por finalidade fazer com que o agente tenha êxito na conjunção carnal ou outro ato libidinoso. (GRECO, 2013, p. 460).

Recentemente, Francesco (2017) exemplificou em um artigo, o significado da palavra *constranger* no crime de estupro:

Se um cara passa um pênis na perna de uma mulher sem ela ver, ela não foi constrangida. Não é estupro. Se um homem obriga a mulher a sentir o pênis em sua perna e vê, mas não pode dizer não, pois está sob ameaça, há estupro. No primeiro caso temos um exemplo de constrangimento sinônimo de situação vergonhosa; no segundo caso, constrangimento sinônimo de forçar alguém a algo. (FRANCESCO, 2017, p. 12).

Verifica-se que o núcleo do tipo é o verbo *constranger*, no sentido de coagir a ofendida a fazer o que não tem vontade; praticar conjunção carnal ou outros atos libidinosos, sem seu dissenso.

3.1.3.2 Violência ou grave ameaça

Para que se configure o crime de estupro é necessário que o executor utilize a violência ou grave ameaça. O primeiro diz respeito a força física, *vis corporalis*; e o segundo, refere-se a uma força intimidativa, *vis compulsiva*, ambas no sentido de forçar, subjugar a vítima a manter relações sexuais, sem consentimento, ou seja, a ter conjunção carnal, ou praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Segundo Guimarães (2015) o termo violência significa:

Uso de força física sobre alguém, para coagi-lo a submeter-se à vontade de outrem, para fazer ou deixar de fazer algo. Pode ser: física, material ou real, quando se emprega força material e outros meios que impossibilitem a resistência do paciente (*vis corporalis*); moral ou ficta, quando o agente intimida o paciente com ameaça grave de mal iminente, ou se é juridicamente incapaz de livre consentimento (*vis compulsiva*); iminente, a que se apresenta com perigo atual, traduzindo na ameaça de consumação imediata... Presume-se a violência no estupro, na violação sexual mediante fraude e no estupro de vulnerável (com redação incluída pela Lei nº

12.015/2009), se a vítima não é maior de 14 anos; se é alienada ou débil mental, e o agente o sabia; se não pode, por qualquer razão, oferecer resistência. (GUIMARÃES, 2015, p. 705).

A par disso, Bitencourt (2015) expõe que:

Essa violência pode ser produzida pela própria energia corporal do agente que, no entanto, poderá preferir utilizar outros meios, como fogo, água, energia, elétrica (choque), gases etc. A violência poderá ser imediata quando empregada diretamente contra o próprio ofendido, e mediata, quando utilizada contra terceiro ou coisa a que a vítima esteja diretamente vinculada. Não é necessário que a força empregada seja irresistível: basta que seja idônea para coagir a vítima a permitir que o sujeito ativo realize seu intento. (BITENCOURT, 2015, p. 53).

Ressalte-se ainda que: “as vias de fato e as lesões corporais de natureza leve são absorvidas pelo delito de estupro, pois que fazem parte da violência empregada pelo agente”. (GRECO, 2013, p. 460). Colhe-se da jurisprudência os seguintes julgados inerentes ao assunto:

Estupro. Tentativa. Caracteriza-se a violência real não apenas nas situações em que se verificam lesões corporais, mas sempre que é empregada força física contra a vítima, cerceando-lhe a liberdade de agir, segundo a sua vontade. Demonstrado o uso de força física para contrapor-se à resistência da vítima, resta evidenciado o emprego de violência real. Hipótese de ação pública incondicionada. Súmula 608-STF” (HC 81.848/PE, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, j. 30-4-2002)”. (MARCÃO, 2015, p. 61).

Com efeito, o emprego de força física em relação a vítima, não descaracteriza o crime em estudo se a agredida não conseguir resistir até o último momento ao importuno, conforme já decidido em julgamento do TJSP: “exigir-se como regra que as estupradas lutem contra seus ofensores até ‘al l’ ultimo momento’ é inteiramente desconhecer reações psicossomáticas femininas” (RT 523/363). (MARCÃO, 2015, p. 64).

A presença de violência no crime de estupro, é um fator importante que auxilia na configuração do tipo penal, pois, provavelmente, deixará vestígios da materialidade do delito, embora, não seja necessário, para sua comprovação, deixar lesões corporais na agredida.

Entretanto, quando a vítima tem condições de resistir ao inoportuno, e não o faz, surgem dúvidas sobre o dissenso do ato, pois: “duvidam alguns da possibilidade de

um só homem dominar a mulher mediante violência física empregada contra ela e, ao mesmo tempo, conseguir praticar o estupro de forma de cópula vagínica” (SALVADOR, 2015, p. 62). Contudo, não há necessidade que a vítima esgote toda a sua força física para conseguir evitar o estupro, conforme jurisprudência supra colacionada.

Já em relação a grave ameaça Marcão (2015) diz que:

Ameaçar é prometer algo a alguém, com o intuito de intimidá-lo. Quem ameaça tem por objetivo produzir no ânimo do ameaçado uma reação de medo, que diminua a sua capacidade de resistência. Portanto, ameaçar significa sempre prometer coisa que represente um mal para a vítima. Não se deve perder de vítima o vocábulo latino original, *minacia*, palavra que está associada a *minaxacis*, a significar “a que faz saliência, que está iminente sobre; daí, em sentido geral: ameaçador [...]”. (MARCÃO, 2015, p. 73)

Por sua vez, Greco (2013) corroborando com o que já foi referido menciona:

A grave ameaça, *vis compulsiva*, pode ser direta, indireta, implícita ou explícita. Assim, por exemplo, poderá ser levada a efeito diretamente contra a própria pessoa da vítima ou pode ser empregada, indiretamente, contra pessoa ou coisas que lhe são próximas, produzindo-lhe efeito psicológico no sentido de passar a temer o agente. Por isso, a ameaça deverá ser séria, causando na vítima um fundado temor do seu cumprimento. (GRECO, 2013, p. 460).

Ainda sobre o tema presente, Bitencourt (2015) enumerou alguns requisitos⁴² que devem ser apresentados em caso de mal proposto, a título de ameaça. Neles, além do mal futuro e imediato, o mal deve ser:

a) determinado: pois sendo indefinível e vago, não terá grandes efeitos coativos; b) verossímil, ou seja que se possa realizar, e não fruto de mera fanfarronice ou bravata; c) iminente, isto é, suspenso sobre o ofendido: nem em passado, nem em futuro longínquo, quando, respectivamente, não teria força coatora, ou esta seria destituída do vigor necessário; d) inevitável, pois, caso contrário, se o ofendido puder evita-lo, não se intimidará; e) dependente, via de regra, da vontade do agente, já que, se depende da de outrem, perderá muito de sua inevitabilidade. (BITENCOURT, 2015, p. 54).

Do exposto, observa-se que a grave ameaça deverá ser futura e determinada, com o ânimo de amedrontar a vítima, produzindo-lhe com isso efeitos psicológicos para

⁴² “A enumeração não é taxativa nem *numerus clausus*, podendo, no caso concreto, apresentar alguns requisitos e em outros não...”, *ibidem*.

alcançar determinado fim, no caso, o êxito na prática delituosa do estupro.

3.1.3.3 Conjunção carnal

A conjunção carnal está definida no dicionário técnico jurídico como: conjunção - união, ligação. Carnal: cópula, relação sexual completa, coito, congresso sexual. (GUIMARÃES, 2015, p. 237)

Nessa esteira, Bitencourt (2015) explica que alguns doutrinadores têm conceituado a conjunção carnal como o relacionamento sexual normal entre homem e mulher, com a penetração completa ou incompleta, do órgão genital masculino na cavidade vaginal” (BITENCOURT, 2015, p. 47). Por sua vez, Nucci (2016) destaca que:

É um termo específico, dependente de apreciação particularizada, que significa a introdução do pênis na vagina. “Restritivo é o critério pelo qual apenas se admite como conjunção carnal a cópula *secundum naturam*; amplo, o compreensivo da cópula normal e da anal; e amplíssimo o que engloba o ato sexual e qualquer equivalente do mesmo; assim, a cópula vaginal, a anal e a *fellatio in ore*”. (cj. João Mestieri, do delito de estupro, p. 59). O critério prevalente, no Brasil, é o restritivo. Tal interpretação advém, dentre outros motivos, do fato de o legislador ter utilizado, no mesmo art. 213, a expressão “outro ato libidinoso”, dando mostras de que, afora a união pênis-vagina, todas as demais formas de libidinagem estão compreendidas nesse tipo penal. Não importa, para a configuração do estupro, se houve ou não ejaculação por parte do homem e muito menos se o hímen rompeu-se (no caso da mulher virgem). (NUCCI, 2016, p. 1130).

Algumas jurisprudências esclarecem ainda mais a questão, a saber: “a ‘imissio pênis’, mesmo parcial, sem que tenha havido o rompimento da membrana himenal, não desclassifica o crime de consumado para tentado” (STF, RE 100.090/RJ, 1ª T., rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 4-12-1984). (MARCÃO, 2015, p. 86). Ademais:

Se a ofendida é portadora de hímen complacente, o fato de o laudo médico-legal silenciar sobre desvirginamento recente não exclui a prova de materialidade se a prova testemunhal (que vale como corpo de delito indireto) é firme quando se refere à prática sexual ou ao emprego de grave ameaça para a conseguir” (ApCrim, rel. Des. GAMA MALCHER, EJTJRJ7/285). (MARCÃO, 2015, p. 86-87).

Além disso: “a consumação do delito de estupro independe de ejaculação do agente. Basta, para configurá-lo, a *intromissio penis in vaginam*” (TJSP, rel. Des. SILVA LEME, RT 582/317). (MARCÃO, 2015, p. 87).

Assim sendo, entende-se por conjunção carnal a cópula vaginal (introdução do pênis na vagina), praticada por homem e mulher. Entretanto, a diferença entre os atos que caracterizam a conjunção carnal perdeu parte de sua importância por conta da reforma ocorrida com a Lei nº 12.015/2009, que unificou os crimes de estupro e de atentado violento ao pudor.

3.1.3.4 Ato libidinoso

“Ato libidinoso é todo ato carnal que, movido pela concupiscência sexual, apresenta-se objetivamente capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, no sentido mais amplo, incluindo, logicamente, a conjunção carnal (...)”. (Bitencourt, 2015, p.47).

Já para Guilherme de Nucci (2016) ato libidinoso é:

O ato voluptuoso, lascivo, que tem por finalidade satisfazer o prazer sexual, tais como o sexo oral ou anal, o toque em partes íntimas, a masturbação, o beijo lascivo, a introdução na vagina dos dedos ou de outros objetos, dentre outros. Quanto ao beijo, excluem-se os castos, furtivos ou brevíssimos, tais como os dados na face ou rapidamente nos lábios (“selinho”). Incluem-se os beijos voluptuosos, com “longa e intensa carga de libido”, nas palavras de Hungria, dados na boca com a introdução da língua. (NUCCI, 2016, p. 1130).

Saliente-se ainda que na expressão “outro ato libidinoso” estão abarcadas todas as ações de natureza sexual, ficando de fora, apenas a conjunção carnal. Prado (2011) elenca como exemplos de atos libidinosos:

a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal; o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. (PRADO, 2011, p. 803).

Sobremais, a aplicação do fato típico no agente, ressalte-se que a incriminação do mesmo, alcança tanto o comportamento do causador que constrange a vítima a realizar as ações libidinosas, bem como, as que submete a vítima a uma situação passiva, quando obriga a vítima a permitir que com ela se pratique determinado ato.

3.1.3.5 Qualificadoras

O tipo penal do art. 213 do Código Penal está sujeito a duas qualificadoras, que somadas ao crime principal, cominam novas penas mínimas e máximas. Assim estabelece os parágrafos primeiro e segundo do Código Penal: se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de dezoito ou maior de quatorze anos. Pena – reclusão, de oito a doze anos; se da conduta resultar em morte da vítima. Pena – reclusão, de doze a trinta anos⁴³.

Observe-se que são três situações que podem qualificar o crime de estupro: duas no parágrafo primeiro (lesão corporal grave e a idade da vítima); e uma no parágrafo segundo (resultado morte decorrente da conduta praticada).

3.1.3.6 Sujeitos ativo e passivo da infração

Qualquer pessoa pode ser sujeito ativo do crime, do mesmo modo que sujeito passivo, ou seja, o ato pode ser praticado ou sofrido, por homem ou mulher, pois com o advento da lei 12.015/2009, o crime de estupro transformou-se em crime comum.

Mas se a ação do crime de estupro for a conjunção carnal, teremos como sujeito ativo e passivo, o homem e a mulher; que poderá atuar em qualquer dos polos (ativo-passivo ou passivo-ativo) porque, nesse caso, por pressupor uma relação heterossexual, deverá ser do sexo oposto.

3.1.3.6.1 Cônjuge como sujeito ativo

O chamado “débito conjugal”, previsto no Código Civil de 1916, nos art. 231, II e no atual Código Civil de 2002 no art. 1.566, II, no qual alegava-se o exercício regular de

⁴³ Estupro. Art. 213 (...). § 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. § 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 07 de set de 2017.

direito, encontra-se revogado, e, por conta disso se perdeu totalmente o sentido a discussão sobre esse assunto.

O marido só poderá manter relações sexuais com a sua esposa com o consentimento desta, caso a esposa não cumpra com suas obrigações conjugais, só poderá ter como forma de sanção, a separação e o divórcio.

Sobre o tema Nucci (2016) diz:

Deve-se incluir o marido ou a esposa, uma vez que o cônjuge não é objeto sexual, cada qual possuindo iguais direitos no texto da sociedade conjugal, como lhe assegura a Constituição Federal de 1988 (art. 226, § 5º). (...). Os direitos à incolumidade física e à liberdade sexual estão muito acima do simples desejo sexual que um cônjuge possa ter em relação ao outro, pois, acima da sua condição de parte na relação conjugal, prevalece a condição de ser humano, possuidor, por natural consequência, do direito inviolável à vida, à liberdade, à igualdade e à segurança (art. 5º, *caput*, CF). (NUCCI, 2016, p. 1128-1129).

Assim sendo, ambos os cônjuges podem ser sujeitos ativo ou passivo nos crimes de estupro; Quer se trate da modalidade outros atos libidinosos, quer seja, pela prática da conjunção carnal. Porém, torna-se necessário frisar a dificuldade de provar tal fato devida a ação se dar no âmbito doméstico.

3.1.3.7 Consumação

O delito de estupro se consuma quando estão reunidos todos os elementos da sua definição legal, conforme preceitua o art. 14, I do Código Penal. No crime de estupro, consuma-se o crime com o efetivo constrangimento da vítima, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Insta salientar que:

Dada a amplitude conceitual com que foi detalhado no tipo penal estudado, dá-se no primeiro ato de libidinagem capaz de tolher a liberdade sexual da vítima, podendo consumir-se com o contato violento e danoso, com o contato normal (sem violência ou dano físico), ou mesmo, para alguns, sem contato físico entre autor e vítima. Essa última hipótese, à guisa de exercício, teria lugar na situação em que o sujeito constrangesse a vítima, mediante grave ameaça, a praticar ato libidinoso, perfectibilizando o tipo de estupro.

[...]. (FAYET, 2011, p. 73)

Assim sendo, Marcão (2016) menciona que:

Hoje, com a conjunção carnal e os atos libidinosos açambarcados todos, em igualdade de condições e com idênticas penas, por um único tipo penal, parece mais adequado considerar qualquer ato libidinoso como capaz de ensejar a consumação..., segundo já observado, não é exigível um dolo específico para a prática do ato libidinoso. (MARCÃO, 2016, p. 112).

Logo, devido a forma mais ampla dos atos libidinosos no crime de estupro, o mesmo poderá se consumir a partir do primeiro ato realizado com o cunho sexual lascivo, meio suficiente para constranger a vítima na sua liberdade sexual. Entretanto, os casos executórios devem ser analisados concretamente.

Note-se ainda que, ao que se refere a tentativa, a apreciação da mesma, no crime em comento, inicia-se pela delimitação do *inter criminis*,⁴⁴ ou seja, o agente inicia a execução do crime pretendido, mas por circunstância alheias a sua vontade não concretiza essa etapa⁴⁵.

Por sua vez, o crime de estupro trata-se de crime formal: aquele que o tipo penal descreve a conduta e o resultado, mas só se exige a prática da conduta para se consumir o delito. No caso de estupro, se comportarem um *inter criminis* que possa ser interrompido, pode ocorrer.

3.1.3.8 Causas especiais de aumento de pena

O crime em estudo está sujeito a causas especiais de aumento de pena, são as majorantes, dispostas no artigo 226 e art. 234-A, ambas do Código Penal⁴⁶, *in verbis*:

⁴⁴ “*Inter criminis*”: Trajetória, caminho, percurso da infração penal. Compreende quatro fases, desde o momento em que o agente idealiza cometer o ilícito até a respectiva consumação. Cogitação (cogitatio), momento de simples imaginação do delito. Preparação (conatus remotus), momento em que o sujeito ativo reúne os elementos necessários à prática da ação criminosa. Execução (conatus proximus), realização da ação típica. Consumação (meta optata), reunião de todos os elementos da definição legal da infração. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/296194/iter-criminis>. Acesso em: 11 de set de 2017.

⁴⁵ “Seja em função da execução iniciada e abandonada; iniciada e impedida pelo próprio agente; iniciada e não consumada por problemas relativos a esfera pessoal do agente, ou, ainda, iniciada e não consumada por interferência de terceiros”. Fayet. Op. cit. p. 76.

⁴⁶ DECRETO-LEI No 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em 07 de set de 2017.

Art. 226. A pena é aumentada: I de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; II, de metade, se o agente é ascendente, padrasto, ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor ou empregador da vítima ou por qualquer outro título tem autoridade sobre ela;

[...].

Art. 234-A. nos crimes previstos neste Título a pena é aumentada: (...). III - de metade, se do crime resultar gravidez; e IV- de um sexto até a metade, se o agente transmite à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber portador.

A primeira hipótese de aumento de pena, composta no art. 226 I do Código Penal, refere-se ao concurso de pessoas, na qual, presume-se a maior facilidade no cometimento do delito, quando realizado por dois ou mais participantes. A segunda hipótese versa sobre o aumento de pena nos casos em que o crime for cometido pelos agentes suprarreferidos, ou tenha qualquer outro tipo de autoridade sobre a vítima.

Os outros casos de majorantes estão dispostos no art. 234 do Código Penal, respectivamente, nos incisos III, que determina o aumento da metade, em caso de gravidez da vítima e inciso IV, quando o agente transmitir a vítima doença sexualmente transmissível, terá aumentada a pena em um sexto até metade; para que seja aplicada esta majorante se faz necessário exame pericial.

3.1.3.9 Concurso de crimes

Há possibilidade de concurso no crime de estupro com muitos delitos. Tratar-se-á de concurso material, formal ou crime continuado, resultante de uma ou diversas condutas, de múltiplos desígnios ou não que ocasionará as mesmas ou variadas consequências (MARCÃO, 2016, p. 136). Por exemplo, pode ocorrer em um único ato o concurso com o crime de perigo de contágio e moléstia grave (arts. 130 e 131 do Código Penal), em concurso formal⁴⁷, decorrente de uma única ação.

Mirabete (2003, p. 314), explica que o concurso material de crime “ocorre quando o agente realiza duas ou mais conduta e dois ou mais resultados”. Como no caso do

⁴⁷ “Ocorre quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. [...]”. Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Robert Cúria, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

sujeito que furta um automóvel, atropela um transeunte na fuga e arrebatada uma mulher com o fim de praticar a conjunção carnal violenta. Neste caso, há o concurso material de furto, lesão corporal culposa e rapto, artigos. 155, 129, § 6º e 219, todos do Código Penal.

Note-se que, se cuidando de espécies diferentes, contra bens jurídicos dispares, como crimes contra o patrimônio, a pessoa e contra a dignidade sexual; à hipótese será de concurso material. Mas se a intenção era de estuprar e não de roubar, porém, não se realizando a ação por circunstâncias alheias a vontade do agente, haverá a tentativa de executar o fato típico e não a desclassificação do delito para outra espécie.

Com efeito, Fayet (2011) exemplifica que:

[...] o sujeito, utilizando-se de um revólver para constringer cinco vítimas diferentes em cinco dias diferentes (uma por dia), e com elas mantenha conjunção carnal e atos libidinosos no mesmo contexto de ação, poderemos ter, relativamente ao conjunto da obra concurso material ou crime continuado, dependendo, cada uma das hipóteses, do reconhecimento, pelo legislador, das circunstâncias do art. 71. Entretanto, na conduta contra cada vítima individualmente, mesmo que se tenha a prática desses atos libidinosos e conjunções carnavais múltiplas, no mesmo contexto de ação, teremos crime único. Explica-se: caso o sujeito arraste uma das vítimas do exemplo acima para seu covil, onde a mantém amarrada por doze horas, e pratica com ela, a cada hora, um ato libidinoso diverso, incluindo a conjunção carnal, teremos crime único de estupro contra esta vítima (atendidas, evidentemente, suas circunstâncias pessoais). Isso porque a lesão à sua liberdade sexual é una, e cada ato pode lesionar mais, mas não outra vez o bem jurídico (haja vista o mesmo contexto de ação), devendo ser punida tal lesão com a medida da pena. (FAYET, 2011, p. 120).

Explicita o art. 71 do Código Penal que:

Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.⁴⁸ [...].

Logo, da análise do exemplo com o artigo supracitado, percebe-se que há

⁴⁸ Códigos 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Robert Cúria, Livia Céspedes e Juliana Nicoletti. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2015, p. 255.

continuidade delitiva do crime de estupro, ou seja, houve crime único. O cometimento de várias ações, em dias diferentes, equivalente modo de praticar o ato delituoso, em circunstâncias de tempo e lugar semelhantes.

3.2 CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

A violência traduz-se em um dos maiores perigos do ser humano, fazendo-se presente em todos os períodos da História da civilização humana como se viu no ponto 3.1.1. Pode-se dizer que a violência retrata a trajetória humana através dos tempos, sendo inseparável do desenvolvimento do ser humano em sociedade. Como parte disso, inserida em um contexto histórico-cultural, encontra-se a violência familiar que se manifesta através de maus-tratos infantis, abuso sexual intrafamiliar entre outros.

Este fenômeno da violência, principalmente quando envolve criança e adolescente, é bastante complicado e multifacetado, em razão de alcançar todas as classes sociais e todos os níveis sócios educativos, pois, apresenta-se de diversas formas. Destaca-se como exemplo: maus-tratos físicos, psicológicos, abuso sexual infanto-juvenil (intrafamiliar e extrafamiliar) etc., além de se tratar de um crime que deixa mais do que marcas físicas, atinge a alma das vítimas. (BITENCOURT, 2015, p. 95-96).

O tipo penal estupro de vulnerável não era antevisto de forma autônoma na legislação penal passada; quando se praticava quaisquer dos atos que hoje abrange o crime, remetia-se ao delito de estupro ou atentado violento ao pudor, artigos. 213 e 214 do antigo Código Penal (antes da Lei 12.015/2009). (PRADO, 2011, p. 829). Por outro lado, na legislação brasileira previa-se presunção de violência nos crimes sexuais contra as vítimas de violência sexual menores:

O Código de 1890, disciplinado no artigo 272 que a violência era ficta quando o ato sexual fosse perpetrado contra menor de dezesseis anos. O Código de 1940 – redação anterior – manteve o critério da presunção da violência, diminuindo, porém, a faixa etária, de forma que a tutela recaía sobre a vítima até o dia que completasse 14 (catorze) anos. Acresceu também a hipótese em que a vítima é alienada ou débil mental ou não pode, por qualquer motivo, oferecer resistência (art. 224). (PRADO, 2011, p. 830).

Em linhas gerais, Nucci (2016) menciona que:

O fulcro da questão era, simplesmente, demonstrar que tais vítimas (enumeradas nas alíneas a, b e c) não possuíam consentimento válido para ter qualquer tipo de relacionamento sexual (conjunção carnal ou outro ato libidinoso). A partir dessa premissa, estabeleceu o legislador a chamada presunção de violência, ou seja, se tais pessoas, naquelas situações retratadas no art. 224⁴⁹, não tinham como aceitar a relação sexual, pois incapazes para tanto, naturalmente era de se presumir tivessem sido obrigadas ao ato. Logo, a conduta do agente teria sido violenta, ainda que de forma indireta. Muita polêmica gerou essa expressão, pois em Direito Penal torna-se difícil aceitar qualquer tipo de presunção contra os interesses do réu. [...]. (NUCCI, 2016, p. 1154).

Em relação a polêmica gerada acerca da presunção de violência no crime supra, registre-se que, desde a década de 80 do século passado, os Tribunais brasileiros, principalmente os Superiores⁵⁰, passaram a questionar tal fato, entendendo-a, em muitos casos, como relativa, tendo como fundamento a justificativa de que a sociedade do final do século XX e início do século XXI havia se transformado de maneira significativa; na qual, os menores de 14 anos, não exigiam a proteção de outrora, época da edição do Código Penal de 1940 (NUCCI, 2016, p. 1154). Por sua vez, Franco (2011) ressalta:

O motivo principal para a proibição está focado no fato de que o exercício da sexualidade antes do menor ter completado catorze anos poderá “afetar o desenvolvimento da personalidade do menor” e nele produzir alterações importantes que incidam em sua vida e em seu equilíbrio no futuro. Trocando em miúdos, o texto legal proíbe que o menor de catorze anos exerça qualquer atividade sexual, sob fundamento de que não tem para tanto a suficiente maturidade. (FRANCO, 2011, p. 501).

Com o advento da Lei nº 12.015/2009, que instituiu novas figuras típicas, ficaram revogadas as disposições anteriores; visando acabar de vez com as discussões acerca da presunção, se era de natureza relativa (*juris tantum*), ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), nos casos referentes aos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, contra os menores de catorze anos.

⁴⁹ [Art. 224](#) - Presume-se a violência, se a vítima: (Vide Lei nº 8.072, de 25.7.90), (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) **a)** não é maior de catorze anos; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) **b)** é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; **b)** é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009) **c)** não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. **c)** não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência. (Revogado pela Lei nº 12.015, de 2009). Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40#art-224>. Acesso em: 11 de set de 2017.

⁵⁰ Doutrina e jurisprudência se desentendiam quanto a esse ponto, discutindo se a aludida presunção era de natureza relativa (*juris tantum*), e que cederia diante da situação apresentada no caso concreto, ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*), não podendo ser questionada. Greco, Rogério, Op. Cit. p. 531.

Por outro lado, Nucci (2016):

A modificação introduzida pela Lei 12.015/2009, eliminando a terminologia relativa à presunção de violência e inserido o conceito de vulnerabilidade, num primeiro momento, parece ter colocado um fim a tal debate. Porém, assim não nos parece. Somente pelo fato de ter a lei assumido outra roupagem na descrição da presunção de violência passaria a vulnerabilidade a ser considerada absoluta? Ter relação sexual com menor de 14 anos seria, sempre, estupro (art.217-A). [...]. (NUCCI, 2016, p. 1155).

Ainda sobre a questão suscitada continua o mesmo doutrinador:

[...] É viável considerar o menor, com 13 anos, absolutamente vulnerável, a ponto de seu consentimento para a prática sexual ser completamente inoperante, ainda que tenha experiência sexual comprovada? Ou será possível considerar relativa a vulnerabilidade em alguns casos especiais, avaliando-se o grau de conscientização do menor para a prática? A posição que nos parece acertada é a da vulnerabilidade relativa. A lei não poderá, jamais, modificar a realidade e muito menos afastar a aplicação do princípio da intervenção mínima e seu correto princípio da ofensividade. [...].
[...] Pode-se argumentar que o casamento somente se daria a partir dos 16 anos, razão pela qual inexistiria reflexo no âmbito penal. De outra sorte, não há expressa previsão para a idade mínima no tocante à união estável, sabendo-se da existência de muitos casais constituídos entre jovens com 12, 13, 14 anos e idades superiores. Diante disso, ao mesmo tempo em que a Lei 12.594/2012 autoriza a visita íntima (relação sexual) para todo adolescente, desde que viva em união estável (ou casamento), a Lei 12.019 estipula constituir estupro ter qualquer ato libidinoso com menor de 14 anos. Ora, para o Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se adolescente, permitindo-se a internação, a pessoa com, pelo menos, 12 anos. Diante desse conflito aparente de normas, parece-nos razoável concluir que a partir dos 12 anos o indivíduo é adolescente, tem responsabilidade maior e pode até mesmo responder, internado, por seus atos infracionais. Logo, não deve ser considerado um completo incapaz para ter relação sexual, como faz crer o preceituado pelo art. 217-A do Código Penal. Eis a razão pela qual parece-nos sustentável apontar como relativa a vulnerabilidade do menor de 14, porém maior de 12. (NUCCI, 2016, p. 113-115).

Diferente disso, Greco (2013) menciona que sempre defendeu a posição de que tal presunção era de caráter absoluto, por não haver elemento mais objetivo do que a idade:

Assim, não se justificavam as decisões dos Tribunais que queriam destruir a natureza desse dado objetivo, a fim de criar outro subjetivo. Infelizmente, deixavam de lado a política criminal adotada pela legislação penal, e criavam suas próprias políticas. Não conseguiam entender, permissa vênua, que a lei penal havia determinado, de forma objetiva e absoluta, que uma criança ou mesmo um adolescente menor de 14 (quatorze) anos, por mais que tivesse uma vida desregrada sexualmente, não era suficiente

desenvolvido para decidir sobre seus atos sexuais. Sua personalidade ainda estava em formação. Seus conceitos e opiniões não haviam, ainda, se consolidado.

Dados e situações não exigidos pela lei penal eram considerados no caso concreto, a fim de se reconhecer ou mesmo afastar a presunção de violência, a exemplo do comportamento sexual da vítima, do seu relacionamento familiar, da sua vida social etc. o que se esquecia, infelizmente, era que esse artigo havia sido criado com a finalidade de proteger esses menores e punir aqueles que, estupidamente, deixavam aflorar sua libido com crianças ou adolescentes ainda em fase de desenvolvimento. (GRECO, 2013, p. 531-532).

Ademais, a nova Lei criou o delito de estupro de vulnerável, para identificar e punir com maior rigor, a situação de vulnerabilidade que se encontra a vítima nos casos tipificados no art. 217-A do Código Penal, assim:

Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de catorze anos + “b) é alienada ou débil mental e o agente conhecia essa circunstância” + c) não pode por qualquer outra coisa, oferecer resistência (antiga violência ficta ou presumida)] = novo delito de estupro de vulnerável (art. 217- A, CP). (PRADO, 2011, p. 830).

É inegável, que a proteção penal no campo sexual se ampliou em relação às pessoas impossibilitadas de externar sua aceitação racional e segura de forma plena, porque não se pode almejar a tipificação perfeita no modelo comum de estupro, que significa: ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso, com violência ou grave ameaça, para os casos que envolvem as vítimas tidas como “vulneráveis”. Além do mais, embora as pessoas incapazes, possam relacionar-se sexualmente sem qualquer restrição a sua liberdade, ainda poderá ocorrer uma coação psicológica (moral), diante da falta de compreensão dos mesmos sobre o ato. (NUCCI, 2014, p. 111).

3.2.1 Crime de estupro de vulnerável

O crime que ora se analisa está disposto no Capítulo II, intitulado de: Dos Crimes Sexuais Contra Vulnerável, no qual, foi criado com a finalidade de proteger os menores de catorze anos, os enfermos ou deficientes mentais que não tenham o necessário discernimento para a pratica do ato sexual, ou ainda, por aqueles que por qualquer outra causa não possa oferecer resistência.

3.2.2. Vulnerabilidade

Segundo Antônio Houaiss vulnerável “provém da palavra latina *vulnerabilis*, isto é, que causa lesão, possuindo, na língua portuguesa, duas acepções: aquele que pode ser fisicamente ferido” ou “o sujeito a ser atacado, derrotado, prejudicado ou ofendido”.⁵¹

Como se verifica o conceito de vulnerabilidade⁵² é impreciso, devendo ter, em princípio, as delimitações dadas pelo legislador. À vista disso, o próprio tipo penal estabelece quem são as pessoas consideradas vulneráveis, e faz taxativamente quanto ao *caput* do artigo 217-A: menores de catorze anos. Já em relação a vulnerabilidade pela situação de enfermidade, deficiência mental, ou qualquer outra causa que exclua a capacidade de resistência da vítima, preceituado no parágrafo primeiro do artigo supra, a determinação implica maior conteúdo valorativo. (PRADO, 2011, p.832).

Continua o mesmo doutrinador:

A vulnerabilidade, seja em razão da idade, seja em razão do estado ou condição da pessoa, diz respeito a sua capacidade de reagir a intervenção de terceiros quando no exercício de sua sexualidade. É dizer: o sujeito passivo é caracterizado como vulnerável quando é ou está mais suscetível à ação de quem pretende intervir em sua liberdade sexual, de modo a lesioná-la. (PRADO, 2011, p. 832).

⁵¹ Antônio Houaiss. Dicionário Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 2884. José Carlos Teixeira Giorgis esclarece, por sua vez, que a vulnerabilidade é a palavra de origem latina, derivando de *vulnus (eris)* que significa ferida, sendo irredutivelmente definida como suscetibilidade de ser feito, significação etimológico-conceitual, originária e radial que se mantém em todas as evocações do termo, na linguagem corrente ou especializada. Crimes sexuais e a pessoa vulnerável. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre, fev/mar., 2010, ano VI, n. 34, p. 30. Apud Franco, Alberto Silva, Crimes Hediondos, 7. Ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 504.

⁵² Entretanto, pode-se dizer que: “a vulnerabilidade é a qualidade de vulnerável (que é susceptível de ser exposto a danos físicos ou morais devido à sua fragilidade). O conceito pode ser aplicado a uma pessoa ou a um grupo social conforme a sua capacidade de prevenir, de resistir e de contornar potenciais impactos. As pessoas vulneráveis são aquelas que, por diversas razões, não têm essa capacidade desenvolvida e que, por conseguinte, se encontram em situação de risco. Considera-se que as crianças, as mulheres e os idosos são sujeitos em situação de vulnerabilidade. Esta concepção é atribuída pelas carências ou diferenças físicas perante os homens, os quais estão naturalmente preparados para enfrentar certas ameaças. Um exemplo típico para explicar o conceito que a sociedade tem relativamente à vulnerabilidade é o de um barco que esteja prestes a afundar e que os primeiros a ser resgatados são os grupos mencionados acima (crianças, mulheres e pessoas idosas). Crê-se que os homens têm maiores possibilidades de resistir e de ajudar os outros (mais frágeis). (...). Disponível em: [Conceito de vulnerabilidade - O que é, Definição e Significado http://conceito.de/vulnerabilidade#ixzz4sEens37x](http://conceito.de/vulnerabilidade#ixzz4sEens37x). Acesso em 09 de set de 2017.

Verifica-se que o legislador buscou dar “abrigo”, através do novo tipo penal, aos sujeitos tidos como vulneráveis, por serem mais susceptível de ser expostos a danos físicos ou morais e não possuírem discernimento suficiente para consentir no ato sexual, ser ou estar incapacitado de reagir no momento da ação delituosa, devido à sua fragilidade. Tudo isso, com o propósito de proteger veementemente a dignidade sexual destas pessoas.

3.2.3 Bem jurídico tutelado

O bem jurídico penalmente tutelado no caso de estupro de vulnerável visa preservar a liberdade sexual em sentido amplo, das pessoas que não tenham suficiente capacidade de discernimento para aceitar de forma efetiva a pratica de qualquer ato sexual, seja conjunção carnal, seja outro ato libidinoso.

3.2.4 Sujeito Ativo e Sujeito Passivo

O crime pode ser praticado tanto por homem quanto por mulher, ou seja, por qualquer pessoa, já que a norma do art. 271-A não estabelece expressamente. Apenas deve-se ressaltar que quando se tratar de conjunção carnal, a relação deverá ser heterossexual, exige-se a cópula vagínica como no crime de estupro, art. 213 do CP, explicado no item 3.1.3.3; nas demais hipóteses, no caso de se ter praticado outro ato libidinoso, qualquer pessoa poderá figurar no polo ativo da peça inicial acusatória.

Em relação ao sujeito passivo: a pessoa deve ser menor de 14 (quatorze) anos, até a zero hora do dia em que a vítima do estupro completa catorze anos, independentemente de sua vontade; ou estar acometida de enfermidade; ou ser deficiente mental, que não possua discernimento necessário para prática do ato sexual; ou ainda que, por outra causa, não possa resistir ao ato. Logo, trata-se de crime próprio, pois qualquer pessoa pode praticá-lo, desde que se enquadrem nas condições especificadas.

3.2.3 Elementos: objetivos e subjetivos

Como elementos objetivos, pune-se a conduta de ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com pessoa vulnerável, com as pessoas tipificadas no art. 217-A.

Os elementos subjetivos do crime de estupro de vulnerável é o doloso. A intencionalidade que se deve observar no agente é o dolo descrito no verbo do tipo. Inexistindo no delito de vulnerável a forma culposa, pois a lei não previu esta modalidade.

3.2.5. Formas qualificadas

Versam nos parágrafos 3º e 4º do art. 217-A do Código Penal, duas modalidades de qualificadoras no crime de estupro de vulneráveis, a saber: “(...). § 3º se a conduta resulta lesão corporal de natureza grave: pena – reclusão de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos”⁵³.

Deve-se observar que lesões corporais graves são aquelas previstas no art. 129, §§ 1º e 2º, do Código Penal. As do § 1º são as de lesões leve e a do § 2º as de lesões gravíssimas⁵⁴, *in verbis*:

Art. 129 [...].
 §1º Se resulta:
 I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;
 II - perigo de vida;
 III - debilidade permanente de membro, sentido ou função;
 IV - aceleração de parto. [...].

[...]. § 2º Se resulta:
 I - Incapacidade permanente para o trabalho;
 II - enfermidade incurável;
 III - perda ou inutilização do membro, sentido ou função;
 IV - deformidade permanente;
 V - aborto. [...].

Frise-se que para configurar a qualificadora, o agente deve ter dirigido no sentido de

⁵³ Disponível em: <https://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40#art-224>. Acesso em: 11 de set de 2017.

⁵⁴ Disponível em: <https://prespublica.jusbrasil.com.br/legislacao/91614/codigo-penal-decreto-lei-2848-40#art-129>. Acesso em: 11 de set de 2017.

estuprar ou praticar outro ato libidinoso, vindo culposamente a cometer as lesões ou a morte da vítima.

3.2.6. Consumação e tentativa

O delito de estupro de vulnerável se consuma com a efetiva conjunção carnal, da mesma forma que o crime de estupro, art. 213 do Código Penal; e nesse caso, não importa se a penetração foi total ou parcial, bem como se houve ejaculação. Ou com a prática de outro ato libidinoso praticado pelo agente contra a vítima vulnerável.

Sobre a tentativa observe-se que, no caso do crime de estupro de vulnerável, torna-se perfeitamente admissível se nos atos preparatórios, tendo o agente iniciado a prática delituosa, com atos libidinosos preparatórios, e é impedido por circunstância alheias a sua vontade, conforme versa o art. 14, II do Código Penal⁵⁵. No entanto, se a prática for qualquer ato lascivo for a única pretensão do agente, não é possível o crime de forma tentada.

3.2.6.1. Pena

Sobre a pena do crime de estupro de vulnerável assim dispõe o Art. 217-A do Código Penal: [...]. a pena prevista para o caput é reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. Ademais, no § 3º se a conduta resultar em lesão corporal de natureza grave a pena é de reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. E ainda, no § 4º se da conduta resulta morte a reclusão é de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.

3.2.6.1.1. Causas de aumento de pena

As causas de aumento de penas, do crime de estupro de vulneráveis são as mesmas que as de estupro e encontram-se dispostas nos arts. 226 e 234-A do Código Penal, abordadas no ponto 3.1.3.8. Nelas há um aumento de penas quando:

⁵⁵ Art. 14 - Diz-se o crime:

(...)

II - tentado, quando, iniciada a execução, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente. (...).

Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10638135/artigo-14-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940>. Acesso em 11 de set de 2017.

o crime é praticado por concurso de pessoas, no primeiro artigo (de quarta parte), e no segundo, aumenta-se a pena (de metade) quando o delito é praticado por ascendente, descendente, tio, irmão etc.

O legislador buscou punir com maior rigor essas pessoas que deveriam ter o dever de cuidado; seja pelo convívio com as vítimas, seja por serem ou terem a responsabilidade sobre as mesmas: fato que causa maior repugnância e reprovação da conduta. Infelizmente, a violência intrafamiliar, aquela que se dá no interior do grupo da família, tem contribuído, consideravelmente, para o aumento dos crimes sexuais contra vulneráveis.

3.2.7. Prova

Como já mencionado na parte que trata da Teoria Geral da Prova, são admitidas todas as provas lícitas admitidas no processo, devendo-se respeitar todas as formas de produção. Ou seja, as partes envolvidas no processo têm plena liberdade na produção da prova para demonstrar a verdade dos fatos, e podem fazê-lo por qualquer meio lícito admitido no direito, ainda que não estejam expressamente previstos na lei.

Assim sendo, podem ser utilizados todos os meios de provas admitidos no direito: exame de corpo de delito, obrigatório, nos crimes que deixarem vestígios, prova testemunhal, documental (fotos, laudos periciais, vídeo), interrogatórios, declarações, etc., conforme se viu no item 2.6.

Ressalte-se sobre o assunto, a obrigatoriedade do exame de corpo de delito nos crimes que deixar vestígios: “A realização da perícia será, no entanto, obrigatória se presentes tais vestígios, caso em que deverá seguir as regras contidas nos art. 159 e seguintes do CPP, mas o juiz não fica vinculado às conclusões do laudo”. (MARCÃO, 2015, p.165).

Caso inexista vestígios, deverá o autor da ação penal⁵⁶, provar a autoria e materialidade do delito por outros meios: depoimento ou declarações (como por exemplo o testemunho infantil)⁵⁷. Considerando-se, esta última, muitas vezes, como ato de grande relevância nos crimes de estupro de vulneráveis, principalmente, quando ela é a única prova existente, e se reveste de força ou estão coligidas com outras provas colhidas no processo.

Por seu turno, o valor da palavra do ofendido tem significativo valor probatório nos crimes de estupro de vulnerável, considerando que, na maioria das vezes, ocorrem na clandestinidade, longe dos olhares de testemunhas, em que a vítima é a única que tem condições de depor.

3.2.8. O livre convencimento motivado na avaliação da palavra da vítima em crimes de estupro de vulnerável

“O livre convencimento motivado é o sistema reitor do Brasil” (TÁVORA, 2016, p. 650) na avaliação da prova. Ele é composto da reunião de dois sistemas: da verdade legal e íntima convicção, com base nele o magistrado tem a total liberdade de apreciar as provas, desde que decida de maneira motivada, sob pena de nulidade, art. 93, IX, da Constituição Federal vigente.

Frise-se ainda que o juiz tem soberania na apreciação das provas, que julga de acordo com seu convencimento no Brasil⁵⁸, permitindo ao julgador: “avaliar o

⁵⁶ Nos crimes de estupro de vulnerável a ação penal é promovida pelo Ministério Público, independentemente de qualquer manifestação da vontade: Art. 225. (...). Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm. Acesso em: 11 de set de 2017.

⁵⁷ O testemunho infantil, efetivamente, sempre preocupou a justiça penal, em todas as fases de sua evolução histórica, constituindo-se um fator (ao lado do sexo, da situação civil, da vida pregressa etc.) que muitas vezes incapacitava a pessoa de testemunhar. Hodiernamente, o nosso ordenamento jurídico não estabelece obstáculos à participação de menores, como testemunhas, no processo criminal. E isto porque, segundo o Código de Processo Penal, qualquer pessoa pode ser testemunha. Prova Criminal: o testemunho infantil. Disponível em: <http://www.juridicohightech.com.br/2012/11/prova-criminal-o-testemunho-infantil.html>. Acesso em 11 de set de 2017.

⁵⁸VII – O projeto abandonou radicalmente o sistema chamado da certeza legal. (...) nem é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade. Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material. O juiz criminal é, assim, restituído a sua própria

conjunto probatório em sua magnitude e extrair da prova a sua eficácia, transcendendo ao formalismo castrador do sistema da certeza legal. (TÁVORA,2016, p.650).

Desta maneira, o juiz não tem impedimentos em decidir apenas com a palavra da vítima, em casos de crimes sexuais contra vulneráveis, desde que se ampare no acervo probatório colhido e fundamente a sua decisão, saliente-se que, nestes casos, o relato do ofendido “assume papel de grande importância na apuração dos fatos, compondo, quando possível, o material probatório que lastreará a condenação”.⁵⁹

3.3 A PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Segundo Filho (2001, p. 417): “o valor da palavra acusado e ofendido são os sujeitos da relação jurídico-material. Ambos têm interesse em dar à autoridade a versão que bem quiserem e entenderem”. Continua o ilustre doutrinador:

Por isso, o valor probatório, tanto do ofendido como do interrogatório do réu, não está adstrito às demais provas colhidas. É certo, também, que aquele que foi sujeito passivo do crime, que sofreu a ação violatória da norma, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes. Às vezes a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa que o ofendido, julgando está narrando com fidelidade, omite ou acrescenta circunstâncias desvirtuando os fatos. Desse modo a sua palavra deve ser aceita com reservas, devendo o Juiz confrontá-la com os demais elementos de convicção, por se tratar de parte interessada no desfecho da questão.

Nos crimes contra os costumes, contudo, e que se cometem longe dos olhares curiosos, a palavra da ofendida constitui o vértice de todo o acervo probatório, desde que fiquem demonstradas seus precedentes bons costumes e sua honestidade. (FILHO, 2001, p.417-418).

Sendo assim, nem o interrogatório do réu, nem tampouco o depoimento do acusado está adstrito a outras provas colacionadas aos autos, porém, deve-se aceitar a

consciência. Nunca é demais, porém, advertir que livre convencimento não quer dizer puro capricho de opinião ou mero arbítrio na apreciação das provas. O juiz está livre de preconceitos legais na aferição das provas, mas não pode abstrair-se ou alhear-se ao seu conteúdo. (...). Disponível em: http://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf. Acesso em 12 de set de 2017.

⁵⁹ Eudes Quintino de Oliveira Júnior e Pedro Bellentani Quintino de Oliveira. A palavra da vítima no crime de estupro de vulnerável e sua valoração no processo penal. Disponível em: <https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/121823264/a-palavra-vitima-no-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-sua-valoracao-no-processo-penal>. Acesso em: 12 de set de 2017.

palavra do ofendido com ressalvas, pois como mencionada na citação pode conter uma “carga” emocional, provenientes de vários motivos: raiva, ódio, ressentimento etc.

Observe-se que a citação supra foi extraída de uma obra elaborada antes da entrada em vigor da Lei nº 12.015/2009, que ainda não tinha ocorrido a mudança do nome do título do crime. Mesmo assim, o entendimento é bastante esclarecedor e bastante atual. Ainda sobre a questão é importante salientar que:

É natural e óbvio que não se peça num tribunal a exibição direta de uma lesão física nem se toque em uma ferida para ver se realmente ocorreu. Se houve lesões, elas são examinadas fora do tribunal, com técnicos e técnicas especializados, num ambiente adequado ao recolhimento do material, e ao juiz e advogados são liberadas as fotos, os laudos, os pareceres. [...]. Na doença física, em geral, o parecer médico, é respeitado e acatado. Já na doença mental, todos se acham apto a diagnosticar, tratar e opinar com sua experiência prática. (Violência sexual e escuta judicial de crianças..., 2012 p. 201).

[...]. Da mesma forma, o exame físico íntimo de uma pessoa é algo que se acredita deve ser feitos por médicos, em condições de consultório e não numa sala de tribunal. [...]. O mesmo não se dá no caso do sofrimento psíquico, apesar de ele ser real, poder ser observado e estar cada vez mais comprovado que é o resultado de um dano cerebral físico e concreto. Na avaliação da criança e do adolescente vítimas, um laudo hoje tão técnico, científico e objetivo, como o estudo social, o laudo psicológico e psiquiátrico, não é, muitas vezes, considerado prova material, exigindo-se que criança renove suas afirmações através da inquirição judicial. Assim como não mais se encontrará o esperma se formos esperar pelo exame produzido no ambiente forense, a memória também estará diferente em condições especiais que não sejam de depoimento. E o mais provável é que se distorça pela confusão e distanciamento, pela imaturidade, e não pela falsificação. (NASCIMENTO, 2012, p. 201-202).

A citação supracitada foi extraída de um estudo realizado pela Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça de São Paulo- CRESS/9ª Região, na qual, critica a maneira da inquirição judicial de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual, na direção de fortalecimento de proposta de ação que se apresenta como uma real proteção dessas crianças vitimadas.

No entanto, Divan (2010, p. 55) assevera que: “é pueril crer que existam evidências (“verdade”) que não sejam sequer em parte corroídas e alteradas pela sucessão de recognições efetuadas no Processo Penal até que se chegue a decisão de mérito

(sendo ela própria uma reconhecimento).⁶⁰

De acordo com o entendimento supra, é preciso perceber que, entre o lapso temporal em que ocorre a marcha processual, na qual, se dá a colheita das provas, até a decisão; há corrupção de informações oriundas das recognições, perdendo-se “verdades”.

3.3.1 Da declaração de menores

Segundo o art. 202 do CPP toda pessoa pode ser testemunha: “mesmo os menores, os insanos e os amorais podem ser arrolados para testemunhar, cabendo ao Juiz, com critério avaliar a prova colhida de acordo com a sua convicção e fundamentando sempre a sua decisão”. (MOREIRA, 2007, p. 327).

Frise-se que Aranha (2006) assinala que: “o testemunho infantil merece ressalvas: é deficiente e perigoso. Por conter defeitos psicológicos e morais não pode ser recebidos como um juízo de plena certeza”. (2006, p.176). E para esclarecer a questão suscitada o ilustríssimo doutrinador cita vários fatores, a saber:

Os fatores psicológicos que tornam deficientes os testemunhos infantis são os seguintes: a) a imaturidade psicológica: a imaturidade orgânica do infante traz a imaturidade funcional, com o que o desenvolvimento psíquico será incompleto; b) a imaginação: atua duplamente na criança: meio de defesa (mentira defensiva ou interesseira) ou de satisfação de desejos (brinquedos fantasiosos); e c) sugestibilidade: é bem acentuada nas crianças, surgindo mais ou menos aos cinco anos de idade, atinge seu ponto máximo em torno de oito anos para, a partir de então, entrar em decréscimo. (ARANHA, 2006, p.176).

O segundo fato atuante em sentido negativo é a imaturidade moral. A moralidade não é um fato inato, porém adquirido pela criança com base em estímulos ambientais e pressões externas.

Ao início, na tenra idade, a criança mente, sem a menor intenção, mas porque age com força imaginativa, como defesa, como uma arma etc. depois,

⁶⁰ O processo penal é uma máquina retrospectiva, onde através do seu ritual, busca-se desenvolver uma atividade re-cognitiva dirigida ao julgador”. LOPES JR., Aury. DI GESU, Cristina. “Prova Penal e Falsas Memórias: em busca da redução de danos”. In Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 15, n. 175, Junho/2007. São Paulo: IBCCrim, p.14. Apud Divan, Gabriel Antinolfi. Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2010, p. 55.

fatores ambientais e pressões sociais exógenas (família, escola, meio religioso etc.) indicam que a mentira deve ser relegada, ainda que prejudicando o prazer e as vantagens que pode proporcionar; por fim, a censura exterior interioriza-se e o superego cuida de evitar a mentira. [...]. (ARANHA, 2006, 176-177).

As citações colacionadas, assinala o dever de cuidado que se deve ter ao aferir depoimentos infantojuvenis, pois os relatos podem não ser totalmente verdadeiros: conter imaginação, imaturidade psicológica, satisfação de desejos etc., Neste passo:

Práticas recepcionadas pela velha Carta Constitucional, como a inquirição da criança com o fim de produzir a prova da autoria e da materialidade, permanecem sendo reproduzidas pela Justiça Criminal, que não se beneficia por conhecimentos desenvolvidos por outras áreas do saber. No processo Penal Inquisitivo, “não se encontram exigências comunicacionais, pois o inquirido é tratado por seu inquisitor como um objeto de investigação e não como uma pessoa em processo de compreensão recíproca, isto é, como sujeito de direito [...] (POTTER, 2010, p. 51 apud NASCIMENTO, 2012, p. 17)⁶¹

Dessa forma:

a utilização do velho método da inquirição, além de prejuízos emocionais que pode causar à criança, dá ensejo a que abusador ou outros familiares atribuam a ela a responsabilidade pela prisão do autor dos fatos, levando a vítima a ser responsável pelos prejuízos causados ao grupo familiar, além de mascarar o real motivo da condenação do abusador, ou seja, a prática do crime. ((POTTER, 2010, p. 51 apud NASCIMENTO, 2012, p. 17).

Nucci (2014) corrobora com o supracitado dizendo ainda que sobre a colheita das declarações de vítimas infantojuvenis:

[...]. Há vários elementos a considerar: a) o grau de veracidade dessas informações; b) o trauma gerado à vítima pela própria colheita em juízo; c) o confronto entre a palavra da criança ou adolescente e do réu adulto; d) a consideração de princípios constitucionais, nesse cenário, como o da prevalência do interesse do acusado.

Quanto ao primeiro aspecto, sabe-se que a criança costuma fantasiar e criar histórias, fruto natural do amadurecimento, motivado pelo qual, eventualmente, pode encaixar a situação vivida com o acusado nesse contexto, aumentando e dando origem a fatos não ocorridos, mas também narrando, com veracidade, o acontecimento. Discernir entre a realidade e a fantasia é tarefa complexa e, por vezes, quase impossível. Por isso, deve o magistrado considerar a declaração fornecida pelo infante como prova relativa, merecendo confrontá-la com as demais existentes nos autos, a fim de formar a sua convicção. (NUCCI, 2014, p. 119).

Segue ainda o renomado doutrinador:

Ainda nesse cenário, há pais ou responsáveis pela criança, que a induzem a narrar eventos não ocorridos ou a apontar o réu como autor de crime sexual, quando, na verdade, inexistiu malícia ou libidinagem entre eles. O infante,

⁶¹ Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescente: a proteção de direitos segundo especialistas..., p.17.

para agradar o adulto, termina confirmando os fatos induzidos, embora não corresponda à realidade.

Nem todos os adultos, assim agem e, por óbvio, nem toda criança falseia a verdade, provocando a culpa do agente, onde não existe. Muitas declarações correspondem exatamente ao que aconteceu, mas nem por isso se deve deixar de tomar cautela de harmonização com outras evidências processuais. (NUCCI, 2014, 119).

O cerne da questão levantada é que diante do cenário de violência sofrida por essas vítimas, às vezes, as mesmas não tem: maturidade suficiente para narrar os fatos com a precisão que o caso requer; sofrem interferências exógenas; e a forma em que são inquiridas, muitas das vezes, contribui para “mascarar” a realidade fática.

3.3.2 Depoimento sem dano

Sobre esta questão assim menciona Bitencourt (2015):

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 denomina-se vitimização secundária, que outra coisa não é senão a violência institucional do sistema processual penal, fazendo das vítimas infatojuvenis novas vítimas, agora do estigma procedimental-investigatório; [...].

[...] para se evitar a vitimização secundária, precisa-se aprimorar o procedimento investigatório; buscar-se a participação efetiva de terapeutas, assistentes sociais, psicólogos e psiquiatras para fazerem o trabalho preliminar de preparação adequada dessas vítimas, e, inclusive, a interlocução nas audiências, que devem ser informais, distintas, sem a liturgia tradicional das conhecidas audiências de foros, delegacias e gabinetes do Ministério Público.

[...]. Na verdade, deve-se criar uma sala paralela e contígua à sala de audiência, onde devem ficar as pequenas vítimas, acompanhadas dos profissionais, antes mencionados, sendo visualizados pelos atores da audiência (juiz, Ministério Público, defensores etc.) por uma parede de vidro: suas perguntas devem ser dirigidas aqueles profissionais que, brincando na sala com as crianças, repassam-nas, na sua linguagem coloquial, sem aparentar que se trata de investigação ou inquirição de qualquer natureza. [...]. (BITENCOURT, 2015, 96-97).

Em rápidas pinceladas:

A experiência do Depoimento Sem Dano (DSD) consiste basicamente em realizar a inquirição da criança e do adolescente, vítimas ou testemunhas de abuso sexual, em sala distintas daquelas em que ficam as partes processuais, a qual é ambientada para recebê-las de modo a lhe proporcionar mais “tranquilidade” antes, durante e após o depoimento.

Neste método: o psicólogo ou assistente social, ao tempo da inquirição, já terá entrevistado a criança ou o adolescente por cerca de 15 minutos a trinta minutos. São objetivos dessa fase de “acolhimento inicial”: evitar o encontro,

ainda que fugaz, da criança com o réu nos corredores do fórum; fornecer ao depoente um esclarecimento geral sobre a audiência (participantes, papéis por estes desempenhados, exibição da sala de audiência vazia etc.); e propiciar ao técnico entrevistador a oportunidade de se familiarizar com “a linguagem que a criança utiliza para nomear os órgãos genitais masculino e feminino” ou para referir-se ao fato sobre o qual testemunhará. (BRITO, 2012, p.12.).

[...] pode ser um método criativo de contornar o problema, evitando que a criança (ou adolescente) sofra a pressão natural do depoimento formal, em ato processual solene. Entretanto, não cremos deva se tornar regra obrigatória aos juízes, dependendo de cada caso concreto. Uma criança em tenra idade (5 anos por exemplo) pode-se abrir mais facilmente diante do profissional de psicologia; uma criança de 11 anos, entretanto, pode ter condições de se manifestar diretamente ao juiz. Ademais, a eventual obrigatoriedade do sistema estaria em desarmonia com a capacidade do Judiciário, em todas as Comarcas, de adotar os mecanismos para a sua concretização (NUCCI, 2014, p. 120).

Ainda sobre o tema saliente-se que:

Entre as técnicas de depoimento especial encontra-se, além do DSD, a audiência sem trauma, usada em Curitiba, a audiência interprofissional protetiva à vítima, empregada em Brasília, e o atendimento não revitimizante de crianças e adolescentes vítimas de violência, projeto iniciado em alguns municípios de São Paulo. Como justificativa para surgimento dessas novas técnicas, alguns reconheciam que os debates e as discussões em torno do DSD, travados nos últimos anos, conduziram a que fossem cogitados outros modelos de trabalho, alterando-se algumas etapas ou intervenções próprias daquele procedimento. (BRITO, 2012, p.61).

O Depoimento Sem Dano, conforme visto, trata-se de uma modalidade de colheita de prova de criança e adolescente vítima ou testemunha de delito sexual; busca-se através dele evitar a vitimização secundária: violência institucional do sistema processual penal, as vítimas de delitos sexuais, já que a primeira é a que ocorre no ambiente intrafamiliar, onde se dá a maioria dos crimes sexuais, ou não.

Através da participação técnica de: psicólogos, assistentes sociais, psiquiatras, terapeutas etc., em sala adequada para esse fim e não em salas em foro.

Há ainda, semelhantes técnicas de depoimentos, sobredita, que surgiram devido as discussões em torno do DSD, travados nos últimos anos, tendo como objetivo: inquirir as vítimas mediante acolhimento técnico.

4.0 A (IM) POSSIBILIDADE DE SE SUSTENTAR A CONDENAÇÃO DO RÉU APENAS NA PALAVRA DA VÍTIMA

Partindo da ideia de que todas as provas são relativas; nenhuma delas tem maior relevância que outra, o magistrado está devoluto as provas colhidas durante a instrução criminal e a sua própria consciência, sendo livre para decidir, desde que fundamentado e aprecie as provas colhidas no processo. Pode-se dizer que o juiz, tanto pode condenar como absolver o acusado. No entanto, não podemos olvidar que nos processos que envolvem delitos de crimes contra a liberdade sexual:

[...] há, nas decisões dos processos que tratam sobre esses delitos, o nítido envolvimento da situação psíquica do julgador, dado o fato de que “por se tratar de área criminal, em que as situações críticas afloram mais agudamente, as emoções quase podem dizer-se à flor da pele”, aduzindo ainda que as mesmas são, “ao contrário das decisões de mérito prolatadas em outras áreas do direito, um veículo vivo e palpável do que se passa, simultaneamente, no físico e no psiquismo dos envolvidos com o problema que ela busca solucionar”.⁶² (DIVAN, 2010, p. 140-141).

Além disso, o mesmo doutrinador registra ainda que:

Bueno de Carvalho vai além e discorre sobre o fato de que, no momento em que o julgador se depara com a necessidade de atuar em processos envolvendo crimes onde o objeto gira em torno das questões sexuais “tornam-se presentes as próprias fantasias, frustrações, temores, prazer (sofrido ou não). Ou seja, ao falar de crimes sexuais, por maior que seja a busca do possível distanciamento (talvez até distanciamento crítico em viés brechtiano) sempre explode a minha sexualidade”.⁶³ Pode-se dizer que se trata, em termos de jurisdição penal, da extremidade máxima onde o sujeito-julgador se afasta do fictício e insustentável modelo (neutro) de sujeito cartesiano, uma vez que, na construção da decisão judicial, não há (mais do que nunca) como separar a decisão de quem a profere em um movimento ilusório de afastamento científico. (DIVAN, 2010, p. 141).

Salientes que o ponto de relevo sobre a temática, de se sustentar ou não a condenação do réu no crime de estupro de vulnerável, se dar no plano avaliativo das provas, que deve ser aferida entre as partes envolvidas no delito:

Outro lado do tema envolve o confronto direto entre a palavra da criança ou adolescente e a do réu. Não se deve adotar uma postura absoluta. Sob nenhum prisma: prevalece sempre a vítima, porque o acusado sempre mente;

⁶² SOUZA, José Guilherme de. Vitimologia e violência nos crimes sexuais. Uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor 1998, p. 126. Apud Divan, Gabriel Antinolfi, p.140-141.

⁶³ CARVALHO, Amilton Bueno de. “As majorantes nos crimes sexuais violentos, in CARVALHO, Amilton Bueno de. CARVALHO, Salo de Aplicação da Pena e Garantismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, 3. ed., ampliada, p.101. APUD Divan, Gabriel Antinolfi. Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior, ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre: 2010, p. 141.

prevalece sempre a palavra do réu, porque ele é adulto. A regra é a valorização desse confronto, feita pelo magistrado, com o auxílio interpretativo das partes, extraindo-se das entrelinhas de ambos ou declarantes os dados relevantes para a solução do feito.

Há contradições de ambos os lados, a explorar em contraste com as demais provas coletadas, chegando-se à conclusão de quem forneceu a versão mais plausível, independentemente de ser vítima ou réu.

No mais, embora sejam graves os delitos sexuais contra a criança e adolescente não se pode olvidar o princípio constitucional da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), que inspira e norteia o processo penal. Portanto, em caso de confronto integral entre a palavra da vítima e a do acusado, sem maiores dados probatórios, deve-se promover a absolvição. (NUCCI, 2014, p. 120).

Assim sendo, embora o alto grau de complexidade envolve o delito sexual de estupro de vulnerável, o magistrado não pode abster-se de decidir: deve aferir as provas colhidas, confrontá-las e de acordo com o seu convencimento motivado, aplicar o que preceitua a lei.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Muitos debates se travaram ao longo da história em prol da violência sexual: honra, honestidade, presunção de violência; que não tinha um tipo penal específico para o delito, bem como a palavra da vítima ser vista por alguns doutrinadores do direito com certas ressalvas: a forma que é colhida, a postura do juiz diante da inquirição das vítimas infanto-juvenil, imaturidade psicológica das vítimas e, ainda, a grande polêmica da relativização da presunção de violência no crime de estupro de vulnerável diante de adolescentes de 11, 12 e 13 anos de idade; tendo como justificativa a evolução sociocultural e o acesso a informação.

É nesse cenário que a palavra da vítima ganha relevo nos crimes de estupro de vulnerável, porque passa a ter significativo valor probatório, em caso que, a maioria dos algozes, são pessoas do convívio das vítimas, oriundas de famílias desestruturadas pelas drogas, miséria, prostituição etc., ou não, simplesmente, com a intenção de satisfazer a sua lascívia.

A prova trazida aos autos na fase da instrução criminal objetiva comprovar a autoria e a materialidade do crime, através da reconstrução dos fatos pretéritos. No entanto, no crime contra a dignidade sexual, há uma grande dificuldade de comprovar esses elementos, porque, geralmente, são delitos que ocorrem sem a presença de testemunhas: em lugar ermo ou no ambiente intrafamiliar.

Hodiernamente, tem ocorrido caso de estupro de vulnerável que tem motivado alguns juízes a relativizar a presunção de violência, mesmo que fique provado que há crime. São aqueles episódios em que a vítima namora com o acusado, denominado de “namoro precoce”, no qual, se confirma pela vítima e seus familiares; tendo como fundamento da decisão a evolução dos costumes e o maior acesso à informação.

Pelo sistema do livre convencimento motivado o juiz não está adstrito às demais provas colhidas nos autos, podendo julgar conforme o seu convencimento, no entanto, sabe-se que um julgamento como o supramencionado, abre precedentes para outros julgados. Passando a “contribuir” de forma indireta para que haja casos

similares, e com isso, o aumento da impunidade. É preciso olvidar os altos índices de pedófilos que pagam para se divertir, o abandono e a alta situação de pobreza que vivem essas crianças e adolescentes vitimizados, quando decidir uma questão como essa.

O que se pretende com o depoimento da palavra da vítima nos crimes de estupro de vulnerável é aferir a sua declaração com as demais provas coligidas nos autos. E para tanto, que seja observado os princípios norteadores da prova aliado com uma figura de um juiz acusador e não inquisitorial, para que assim, possa decidir de forma plena e eficaz sobre o fato que lhe é apresentado.

Muitas das vezes, o magistrado está atrelado a sua formação técnica, religião, crenças e tradições, e encontram-se inábil para decidir alguns casos que aprecia. No entanto, o juiz não pode se abster de dar uma resposta para este delito, porque é dever dele enquanto representante do Estado aplicar a lei.

É preciso mais precisão na escuta da vítima; um olhar mais técnico, para perceber o que a criança ou adolescente está querendo dizer, mas, só consegue falar, principalmente, as crianças de tenra idade, nas entrelinhas. Só assim, a veracidade da informação prestada será eficaz.

6 REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Luiz da Silva e Outro, **Código de processo penal, comentários consolidados e crítica jurisprudencial**, RJ: Lumen Juris, 2005.

ARANHA, Adalberto José Q.T. Camargo, **Da prova no processo penal**, ed. Saraiva, 2006.

BARROS, Marco Antônio de. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, César Roberto, **Tratado de Direito Penal**, v.4: parte especial. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRITTO, Leila Maria Torraca de (Org.). **Escuta de crianças e de adolescentes: reflexões, sentidos e práticas**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2012.

CARRILHO, Carlos Alberto, **Memória da justiça brasileira**, Salvador: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, Gerência de Impressão e Publicações, 2003.

CÓDIGOS 3 em 1 Saraiva: Penal; Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Saraiva, 2015.

CUNHA, Rogério Sanches e outro, **Processo Penal Doutrina e Prática**, ed. JusPODIVM, 2008.

DELMANTO, Celso e outros, **Código Penal Comentado**, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Decisão judicial nos crimes sexuais: o julgador e o réu interior**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

DUCLERC, Elmir, **Direito processual penal**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FAYET, Fábio Agne, **O delito de estupro**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**, 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho, **Código de processo penal comentado**, Saraiva: 2001.

GRECO, Rogério, **Curso de direito penal: parte penal**, vol. III, 10ªed. Niterói, RJ: Impetus, 2013.

GUIMARÃES, Deocleciano Torrieri, **Dicionário técnico jurídico**; atualização de Ana Cláudia Schwenck dos Santos, 18ª ed., São Paulo: Rideel, 2015.

HOUAISS, Antônio. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.

MARCÃO, Renato, **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal**, 2 ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**, vol. II, 1998.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**, 19 ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MOREIRA, Rômulo Andrade, **Direito Processual Penal**, 2007.

NASCIMENTO, André (Org.). **Violência sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes: a proteção de direitos segundo especialistas**. São Paulo: AASPTJ-SP – Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo: CRESS-SP. 9ª Região – Conselho Regional de Serviço Social do Estado de São Paulo, 2012.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio, **Curso completo de processo penal**, São Paulo: Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Crimes contra a dignidade sexual**, 5 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza, **Código penal comentado**, 16 ed., Rio de Janeiro: 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli, **Curso de processo penal**, Belo Horizonte: 2006.

PRADO, Luis Regis, **Curso de direito Penal brasileiro**, vol. 2: parte especial, arts. 121 a 249, 10ª ed., São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2011.

SALVADOR, Humberto. **Esquema sexual**. Providência: Zig-Zag, 1939, apud MARCÃO, Renato. Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal, 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.62.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 11 ed. Salvador: JusPODIVM. 2016.

TOMAKA, Érica. **O descompasso entre lei e sociedade nos crimes contra dignidade sexual**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jun-29/descompasso-entre-lei-sociedade-crimes-sexuais>. Acesso em 31/08/17.

TORNAGHI, Hélio Bastos, **Curso de Processo Penal**, São Paulo: Saraiva, 1983.

MARIZ, Renata. **Consentimento não interfere em caso de estupro de vulnerável**, decreta STJ. pesquisado em: <https://oglobo.globo.com/sociedade/consentimento-nao-interfere-em-caso-de-estupro-de-vulneravel-decreta-stj-17312846>, acesso em :17 de agosto de 2017.

FRANCESCO, Wagner, **O que significa “Constranger” no crime de estupro?** Disponível em: <https://wagnerfrancesco.jusbrasil.com.br/artigos/494635851/o-que-significa-constranger-no-crime-de-estupro>. Acesso em 07 de set de 2017.

BRASIL, **Jurisprudência** - Pesquisada em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178430665/agravo-regimental-no-recurso-especial-agrg-no-resp-1303954-mg-2012-0026937-8>. Acesso em: 05 de set de 2017.

BRASIL, **Jurisprudência** - Pesquisada em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/339734680/recurso-ordinario-em-habeas-corporis-rhc-133810-df-distrito-federal-0052240-1820161000000>. Acesso em 05 de set de 2017.

ANEXO

JURISPRUDÊNCIA Stj e Stf

Estupro de vulnerável – continuidade delitiva

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. CONTINUIDADE DELITIVA. PRÁTICA DO DELITO POR DIVERSAS VEZES DURANTE O PERÍODO DE DOIS ANOS. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE CRIMES. IRRELEVÂNCIA.

1. É assente neste Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que nos crimes sexuais envolvendo vulneráveis é cabível a elevação da pena pela continuidade delitiva no patamar máximo quando restar demonstrado que o acusado praticou o delito por diversas vezes durante determinado período de tempo, sendo inviável exigir a exata quantificação do número de eventos criminosos, sobretudo porque em casos tais, os abusos são praticados incontáveis e reiteradas vezes, contra vítimas de tenra ou pouca idade.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1640747/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 06/04/2017, DJe 20/04/2017)

PESQUISADO

EM:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conjuncao+carnal+estupro&b=ACOR&p=true&l=10&i=21> Acesso: 05/09/17.

Estupro de vulnerável contra a enteada – continuidade delitiva - afirmativa da fragilidade da prova delitiva

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL, CONTRA SUA ENTEADA, EM CONTINUIDADE DELITIVA. ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA.

DESCABIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. MODUS OPERANDI. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.

IRRELEVÂNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. RECURSO IMPROVIDO.

1. A afirmativa, a respeito da fragilidade da prova da materialidade e autoria, consiste, em suma, em alegação de inocência, a qual não encontra espaço de análise na estreita via do habeas corpus ou do recurso ordinário, por demandar exame do contexto fático-probatório.

2. O simples fato de o laudo pericial concluir pela ausência de vestígios de prática de conjunção carnal, não afasta, por si só, a materialidade do delito de estupro, até porque a consumação do referido crime pode ocorrer com a prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

3. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art.

93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais

pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perflhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

4. No caso, as decisões que decretaram/mantiveram a prisão preventiva do recorrente encontram-se fundamentadas na gravidade concreta do delito (praticar atos libidinosos com sua enteada de apenas 7 anos, dentro do ambiente familiar pelo período de 2 anos), reveladora da periculosidade social do agente.

5. As circunstâncias concretas demonstram o preenchimento dos requisitos autorizadores da segregação cautelar (art. 312 do CPP).

Com efeito, se a conduta do agente - seja pela gravidade concreta da ação, seja pelo próprio modo de execução do crime - revelar inequívoca periculosidade, imperiosa a manutenção da prisão para a garantia da ordem pública, sendo despiciendo qualquer outro elemento ou fator externo àquela atividade (HC n. 296.381/SP, Relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 26/8/2014, DJe 4/9/2014).

6. Eventuais condições subjetivas favoráveis do recorrente, por si sós, não obstam a segregação cautelar, quando presentes os requisitos legais para a decretação da prisão preventiva.

Precedentes.

7. Recurso improvido.

(RHC 80.817/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2017, DJe 29/03/2017)

PESQUISADO

EM:<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conjuncao+carnal+estupro&b=ACOR&p=true&l=10&i=29>

Acesso em : 05/09/17

Desclassificação estupro vulnerável para contravenção

PROCESSUAL E PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 214, CAPUT, E ART. 224, "A", E ART. 71, C.C. ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DOS CRIMES PARA CONTRAVENÇÃO. EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO QUANTO A UMA DAS VÍTIMAS. AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ DAS CONDUTAS PRATICADAS. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. TEMAS NÃO SUSCITADOS/ENFRENTADOS NA ORIGEM.

COGNIÇÃO. INVIABILIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONTINUIDADE DELITIVA. INCIDÊNCIA INDIVIDUAL COM RELAÇÃO À 4 VÍTIMAS. CONCURSO MATERIAL. SOMADAS AS PENAS DAS 6 VÍTIMAS. UNIDADE DE DESÍGNIOS. AUSÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

1. Não é possível a esta Corte debruçar-se sobre tema não enfrentado pela Corte local, sob o risco de supressão de instância. Na hipótese, as questões relativas à desclassificação dos crimes para contravenção penal, a exclusão da condenação quanto à vítima N. N.

C. P., o afastamento do caráter hediondo das condutas praticadas e o regime de cumprimento de pena não foram enfrentadas pelo Tribunal a quo, sendo que a matéria referente à desclassificação não pode sequer ser apreciada nesta estreita via processual.

2. Com o advento da Lei n.º 12.015/09, as práticas de conjunção carnal e de

ato libidinoso passaram a ser tipificadas no mesmo dispositivo legal, deixando de configurar crimes diversos, de estupro e de atentado violento ao pudor, para constituir crime único, desde que praticados no mesmo contexto fático. Na espécie, a pena-base foi fixada no mínimo legal, aplicando-se a exasperação decorrente da continuidade delitiva, tendo em vista que com relação a quatro vítimas, individualmente, as condutas criminosas foram praticadas por várias vezes ao longo do tempo, não havendo falar em crime único, no que diz respeito a cada uma das vítimas.

3. Reconhecido o concurso material de crimes, que na espécie refere-se ao total de vítimas (seis), tal instituto não pode ser afastado para incidência da continuidade delitiva, eis que identificada a presença de desígnios autônomos e contextos diversos.

Este Sodalício pacificou sua jurisprudência no sentido de que o reconhecimento da continuidade delitiva demanda o preenchimento cumulativo dos requisitos objetivos e subjetivos, negando a concessão do benefício quando evidenciada a presença de desígnios autônomos e contextos diversos, como no caso dos autos. Para se concluir de maneira diversa demandaria revolvimento fático-probatório, não condizente com a via do writ.

4. Ordem denegada.

(HC 385.327/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017)

Pesquisado

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conjuncao+carnal+estupro&b=ACOR&p=true&l=10&i=27> – acesso em: 05/09/17

Estupro de vulnerável pratica delituosa diversa da conjunção carnal

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL.

ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRÁTICAS DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL, SEXO ORAL OU SEXO ANAL. RECONHECIMENTO DA FORMA CONSUMADA NESTA CORTE. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. "É inadmissível que o julgador, de forma manifestamente contrária à lei e utilizando-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, reconheça a forma tentada do delito, em razão da alegada menor gravidade da conduta (REsp 1.313.369/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, 6T., DJe 5.8.2013). Nessa linha, ao contrário do decidido pela Corte de origem e também em respeito ao princípio da proporcionalidade, a gravidade da conduta não pode ser considerada para a tipificação do delito, mas deve incidir na culpabilidade do agente, para aplicação da sanção penal. (REsp 1.561.653/SP, Rel.

Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 24/05/2016)" (AgRg no REsp 1.588.214/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 29/08/2016).

Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1597135/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 07/04/2017)

pesquisadoem:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conjuncao+carnal+estupro&b=ACOR&p=true&l=10&i=28> Acesso em 05/09/17

Estupro de vulnerável. Desclassificação para o tipo previsto no Art. 65 do Decreto-Lei n. 3.688/1941. impossibilidade

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 65 DO DECRETO-LEI N. 3.688/1941. IMPOSSIBILIDADE.

INTUITO DE PERTURBAR A PAZ DA VÍTIMA. AUSÊNCIA. PROPÓSITO LASCIVO. OCORRÊNCIA. CONDUTA QUE SE ALCANÇA AO ART. 217-A DO CP. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. Reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo com fundamento na intempestividade recursal.

2. Conforme orientação deste STJ, o ato libidinoso diverso da conjunção carnal, que, ao lado desta, caracteriza o crime de estupro, inclui toda ação atentatória contra o pudor praticada com o propósito lascivo, seja sucedâneo da conjunção carnal ou não, evidenciando-se com o contato físico entre o agente e a vítima durante o apontado ato voluptuoso (AgRg REsp n. 1.154.806/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 21/3/2012).

3. Não se verificando, nas condutas praticadas, a intenção de violar a tranquilidade pessoal da criança, mas sim que o acusado acariciou, por mais de uma vez, uma criança de 8 anos por baixo do cobertor, enquanto esta dormia, confessando seu propósito lascivo a testemunhas, revelam-se presentes os elementos constantes no tipo descrito no art. 217-A do Código Penal.

4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial, restabelecendo a sentença condenatória.

(AgRg no AREsp 398.710/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2017, DJe 16/03/2017).

pesquisado

em:

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conjuncao+carnal+estupro&b=ACOR&p=true&l=10&i=31>

Acesso: 05/09/17.

Comprovação da autoria e materialidade do delito.

PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS PALAVRAS DA VÍTIMA, ALIADAS À DE TESTEMUNHAS E INFORMANTES, QUE DEMONSTRAM SOBREMANEIRA AS PERPETRAÇÕES DELITUOSAS. LAUDO PERICIAL

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E A LIBERDADE PESSOAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL PRATICADO COM EXERCÍCIO DE AUTORIDADE SOBRE A VÍTIMA E AMEAÇA (CÓDIGO PENAL, ARTS. 217-A, CAPUT, COMBINADO COM ART. 226, II, COM INCIDÊNCIA DO ART.

1º, VI, DA LEI 8.072/1990, E 147, CAPUT, AMBOS EM CONTINUIDADE DELITIVA, NA FORMA DO ART. 69, CAPUT, DAQUELE DIPLOMA LEGAL). SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGIMENTO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. AVENTADA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO ANTE A INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES À CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. ACERVO PROBATÓRIO ROBUSTO COLIGIDO EM AMBAS AS ETAPAS PROCEDIMENTAIS. PALAVRAS DA VÍTIMA, ALIADAS À DE TESTEMUNHAS E INFORMANTES, QUE DEMONSTRAM SOBREMANEIRA AS PERPETRAÇÕES DELITUOSAS. LAUDO PERICIAL QUE COMPROVA RUPTURA HIMENAL ANTIGA. NEGATIVA DO RÉU ISOLADA NOS AUTOS. ARBITRAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA FIXADA PELA MAGISTRADA A QUO. MAJORAÇÃO DEVIDA EM VIRTUDE DA ATUAÇÃO NESTE GRAU DE JURISDIÇÃO. OBSERVÂNCIA DOS TERMOS DA DELIBERAÇÃO 01/2013 DA SEÇÃO CRIMINAL DESTA CORTE DE JUSTIÇA. PRONUNCIAMENTO MANTIDO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

(TJ-SC - APR: 00008924820168240051 Ponte Serrada 0000892-48.2016.8.24.0051, Relator: Luiz Cesar Schweitzer, Data de Julgamento: 04/09/2017, Quinta Câmara Criminal)

<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/495933884/apelacao-criminal-apr-8924820168240051-ponte-serrada-0000892-4820168240051/inteiro-teor-495933973>
Acesso em 07 de set de 2017

Insuficiência de provas para a condenação

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO COMETIDO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS EM HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. 2. O habeas corpus não é instrumento jurídico que se preste a revisar os elementos de prova invocados e valorados pelas instâncias ordinárias de mérito, somente sendo cabível a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de equívoco flagrante ou de decisão teratológica. 3. In casu, a) o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no arts. 213 do Código Penal, pois “constrangeu a vítima de 10 anos, mediante violência presumida, a prática de ato libidinoso e posteriormente no curso da ação delitiva, a prática de conjunção carnal”. b) Segundo a denúncia, “o acusado, por ser primo da vítima,

costumava passar as férias escolares com a família desta. (...) aproveitando-se da situação de proximidade familiar e da ausência dos genitores da menor, chamou-a para ir à sua casa e, mediante violência presumida, obrigou (...) a tirar a roupa e com ela praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, ainda, não satisfeito tão somente com os atos libidinosos, no curso da ação delitiva, mediante violência, constrangeu a vítima à conjunção carnal". 4. A pena-base foi devidamente fixada, sendo reconhecida a prática de apenas um delito de estupro e, em razão das peculiaridades existentes no caso, em especial o número e o tipo das condutas praticadas pelo paciente (conjunção carnal e outros atos libidinosos cometidos contra criança de 10 anos de idade), foi aumentada em dois anos, nos termos do art. 59 do Código Penal. 5. É cediço que a via estreita do habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; e RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009. 6. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido. (RHC 117748, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 21-02-2014 PUBLIC 24-02-2014) pesquisado em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000227015&base=baseAcordaos> ACESSO em 05/09/17.

Absolvição do acusado em decorrência da ausência de elementos necessários para a configuração do crime, dada a não comprovação de conjunção carnal - único ato descrito na denúncia.

RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A, § 3º, DO CP. SÚMULA N. 7 DO STJ. NÃO INCIDÊNCIA. CORRELAÇÃO ENTRE DENÚNCIA E SENTENÇA. OCORRÊNCIA. ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL. CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A controvérsia prescinde do reexame de provas; é suficiente a reavaliação de fatos incontroversos explicitados no acórdão recorrido. 2. O Tribunal a *quo* concluiu pela absolvição do acusado em decorrência da ausência de elementos necessários para a configuração do crime, dada a não comprovação de conjunção carnal - único ato descrito na denúncia. 3. É lúdima a sentença e em perfeita correlação com a denúncia, ao concluir pela condenação do acusado, porquanto a exordial acusatória não deixou dúvidas acerca da prática de atos libidinosos diversos, com violência presumida em razão da menoridade da vítima (que contava 4 anos ao tempo dos fatos), além das ameaças proferidas e lesões resultantes. 4. É pacífica a compreensão de que o delito de estupro de vulnerável se consuma com a prática de qualquer ato de libidinagem ofensivo à dignidade sexual da vítima. 5. Recurso especial provido, para restabelecer a sentença de primeiro grau. (STJ - REsp: 1671920 SC 2017/0119083-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 17/08/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 29/08/2017)

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/494391901/recurso-especial-resp-1671920-sc-2017-0119083-0/inteiro-teor-494391927>. Acesso em 07 de set de 2017.

No delito de estupro de vulnerável é irrelevante o consentimento da vítima no tocante à consumação da prática sexual, porque absoluta a presunção de violência

APELAÇÃO CRIMINAL - ESTUPRO DE VULNERÁVEL - PRELIMINAR - CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE - NÃO CABIMENTO - VIA INADEQUADA - PREFACIAL REJEITADA. Diante da orientação jurisprudencial adotada pelo Supremo Tribunal Federal durante o julgamento do Habeas Corpus de nº 126.292/SP, após a prolação de Acórdão condenatório (ou de Acórdão que mantém a condenação), torna-se inviável conceder ao réu o direito de recorrer em liberdade. MÉRITO - PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS - DECLARAÇÕES DA VÍTIMA CORROBORADAS POR OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO - ERRO DE TIPO - INEXISTÊNCIA - CONDENAÇÃO MANTIDA - REDUÇÃO DA PENA - NECESSIDADE - QUANTUM DE AUMENTO PELO CRIME CONTINUADO - OBSERVÂNCIA AO NÚMERO DE RESULTADOS EFETIVAMENTE OBTIDOS PELO AGENTE - ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS - MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, REDUZIDA A REPRIMENDA. 01. Comprovadas a materialidade e a autoria do delito, bem como o dolo na conduta do agente, torna-se imperiosa a condenação do acusado, mormente quando as declarações firmes e coerentes da vítima estiverem corroboradas pelas demais provas carreadas aos autos. 02. No delito de estupro de vulnerável é irrelevante o consentimento da vítima no tocante à consumação da prática sexual, porque absoluta a presunção de violência. 03. Incabível o reconhecimento da figura jurídica do erro de tipo quando a reiteração das condutas delitivas e a tenra idade da vítima evidenciarem ser impossível que o acusado não tivesse conhecimento da elementar própria à vulnerabilidade daquela. 04. O quantum de aumento da pena corporal, em se tratando de continuidade delitiva, deve ser modulado pelo número de resultados típicos efetivamente obtidos pelo agente, aplicando-se a fração de aumento de um sexto (1/6) pela prática de duas (02) infrações; de um quinto (1/5) para três (03) infrações; de um quarto (1/4) para quatro (04) infrações; de um terço (1/3) para cinco (05) infrações; de um meio (1/2) para seis (06) infrações e, finalmente, de dois terços (2/3) para sete (07) ou mais infrações, conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça (HC 265.385/SP). 05. A isenção das custas e demais despesas processuais é matéria afeta ao Juízo da Execução e por ele deve ser analisada.

(TJ-MG - APR: 10696150003148001 MG, Relator: Rubens Gabriel Soares, Data de Julgamento: 18/07/2017, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 28/07/2017)

<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/482626615/apelacao-criminal-apr-10696150003148001-mg/inteiro-teor-482626841> acesso em 07 de set de 2017.

MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO INQUESTIONÁVEL. CONSONÂNCIA COM A PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 214 C/C O ART. 224, AMBOS DO CPB. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CRIME CONTINUADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DO *IN DUBIO PRO REO*. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. LAUDO DE CONJUNÇÃO CARNAL E DE ATO LIBIDINOSO DIVERSO DA CONJUNÇÃO CARNAL NEGATIVOS. PLEITO IMPROCEDENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. PALAVRA DA VÍTIMA. VALOR PROBATÓRIO INQUESTIONÁVEL. CONSONÂNCIA COM A PROVA TESTEMUNHAL COLHIDA NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ATO LIBIDINOSO QUE NÃO TEM A MESMA GRAVIDADE QUE EVENTUAL CONJUNÇÃO CARNAL. INOCORRÊNCIA DE CRIME. IMPOSSIBILIDADE. DELITO DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR CONFIGURADO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 61 DA LEI DE CONTRAVENCOES PENAIAS. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 218-A DO CPB. INVIABILIDADE. CRIME CONSUMADO. APELANTE QUE PASSOU A MÃO NAS PARTES ÍNTIMAS DA VÍTIMA MENOR DE IDADE. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL DE 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CPB VALORADAS NEGATIVAMENTE PELO JUÍZO A QUO DE FORMA ERRÔNEA, SEM FUNDAMENTAÇÃO. CORREÇÃO. REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS, RESTANDO 02 (DUAS) DESFAVORÁVEIS AO APELANTE. APLICAÇÃO DAS RECENTES SÚMULAS DO TJE/PA. MODIFICAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO DO QUANTUM APLICADO NA SENTENÇA. PENA JUSTA E PROPORCIONAL À PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME. AFASTAMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. IMPROCEDÊNCIA. REGIME PRISIONAL INICIAL FECHADO MANTIDO, VEZ QUE INALTERADO O PATAMAR DA PENA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. Em se tratando de crime contra a dignidade sexual, a palavra da ofendida ganha especial relevo, prevalecendo sobre a do acusado, se verossímil e compatível com os demais elementos de prova, bastando, por si só, para alicerçar o decreto condenatório. Ademais, coerente e harmônico os depoimentos das testemunhas ouvidas no decorrer da instrução criminal. 2. Nos crimes sexuais, principalmente os concernentes a prática de atos libidinosos, muitas vezes o laudo pericial não consegue atestar o abuso, considerando que são atos que não deixam vestígios. Portanto, para se chegar a conclusão da culpa no mencionado delito, busca-se provas em outros meios, quais sejam depoimentos testemunhais e especialmente na palavra da vítima. A palavra da vítima tem especial relevância, uma vez que, esses abusos, na maioria das vezes, ocorrem de forma clandestina, longe dos olhos de possíveis testemunhas. 3. O crime sob julgamento ocorreu no ano de 2003, época em que não existia o art. 217-A (Estupro de Vulnerável), acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 12.015/2009. O estupro ou a prática de outro ato libidinoso eram previstas nos artigos 213 e 214, sendo que, pelo art. 224 presumia-se a violência se a vítima não fosse maior de 14 (quatorze) anos, dentre outras hipóteses. A conduta do apelante, em passar as mãos nas partes íntimas da vítima menor de idade, se adequa perfeitamente ao referido tipo penal previsto no art. 214 c/c o art. 224, ambos do CPB. Logo, não há como se falar em absolvição por insuficiência probatória ou atipicidade da conduta, posto que o conjunto probatório acostado nos autos é apto suficiente a embasar a condenação do apelante no delito imputado. 4. A alegação de importunação pública de modo ofensivo ao pudor não ocorreu, uma vez que o acusado praticou ato libidinoso diverso da conjunção carnal com a vítima menor de 14 (quatorze) anos, sem o seu

consentimento, mediante grave ameaça, configurando, assim, o crime de atentado violento ao pudor, previsto no art. 214 do CP. Do mesmo modo, não há como acolher a tese de desclassificação para o art. 218-A do CPB (satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente). Conforme se extrai da prova produzida nos autos, restou comprovado que o acusado praticou conduta muito mais grave e muito mais danosa à vítima, tendo com ela praticado ato libidinoso diverso da conjunção carnal (apalpar suas partes íntimas), mediante violência e grave ameaça, sem o consentimento da mesma, quando esta possuía apenas 05 (cinco) anos de idade, conforme relato em juízo da própria vítima e de sua genitora. 5. Analisando-se a sentença recorrida, deve ser revista a análise quanto às circunstâncias judiciais feita pela magistrada a quo, já que foi vazada de forma lacônica e sem fundamentação em alguns pontos, o que viola o princípio da individualização da pena. Ao se proceder tal correção? tendo-se, agora, como favoráveis os antecedentes, a conduta social, a personalidade, os motivos, as circunstâncias e o comportamento da vítima? de rigor seria a redução da sanção imposta ao recorrente. Contudo, observando os princípios da proporcionalidade, razoabilidade, necessidade e suficiência a reprovação e prevenção do crime, verifico que, em que pese o equívoco na valoração de alguns critérios judiciais suso mencionados, ainda existe a presença de 02 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis, quais sejam: a culpabilidade e as consequências do crime. Assim, entendo que a mensuração da reprimenda inicial realizada pelo juízo monocrático merece ser mantida, pois, suficiente à reprovação e prevenção do crime, uma vez que sua pena inicial foi fixada em 07 (sete) anos de reclusão, isto é, bem próxima do mínimo legal estabelecido pelo legislador para o crime em questão, sendo o patamar compreendido entre 06 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão. 6.a4 Impossível de se afastar a causa especial de aumento de pena referente à continuidade delitiva, prevista no art. 71 do CP, pois os crimes foram praticados, no mínimo, 02 (duas) vezes, conforme depoimento da vítima em juízo, com mesmo modus operandi, mesmas condições de tempo e lugar e contra a mesma vítima, preenchendo os requisitos do mencionado dispositivo legal, restando a pena definitiva em 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, pelo quantitativo da pena final e nos termos do art. 33, § 2º, alínea "a", do CPB. 7. Recurso conhecido e improvido, à unanimidade.

(TJ-PA - APL: 00001541720098140030 BELÉM, Relator: VANIA LUCIA CARVALHO DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 25/07/2017, 1ª TURMA DE DIREITO PENAL, Data de Publicação: 28/07/2017)

<https://tj-pa.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492476901/apelacao-apl-1541720098140030-belem/inteiro-teor-492476912>.

Conduta múltiplas - aplicação da pena acima do mínimo legal

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. CRIME DE ESTUPRO.

DOSIMETRIA DA PENA. REPRIMENDA BÁSICA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. AFIRMAÇÕES CONCRETAS RELATIVAS À CULPABILIDADE, ÀS

CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. 1. A jurisprudência desta Corte Superior, à luz da orientação da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, exarada no julgamento do HC 109.956/PR, com o fito de conceder efetividade ao disposto no art. 102, II, "a", da Constituição da República, e nos arts. 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, assentou-se no sentido de que o habeas corpus não pode ser utilizado como substituto de recurso próprio, com vistas a não se desvirtuar a finalidade desse remédio constitucional. No entanto, quando a ilegalidade apontada é flagrante, excepciona-se tal entendimento, justificando-se a atuação deste Superior Tribunal, caso em que se concede a ordem de ofício. 2. Na esteira da orientação jurisprudencial desta Corte, por se tratar de questão afeta à certa discricionariedade do Magistrado, a dosimetria da pena é passível de revisão em habeas corpus apenas em hipóteses excepcionais, quando ficar evidenciada flagrante ilegalidade, constatada de plano, sem a necessidade de maior aprofundamento no acervo fático-probatório. 3.

Nos termos da orientação desta Casa, com a entrada em vigor da Lei n. 12.015/2009, o crime de estupro passou a ser de conduta múltipla ou de conteúdo variado. Desse modo, praticando o agente mais de um núcleo do tipo, dentro de um mesmo contexto fático, imperioso o reconhecimento de crime único, sendo facultado ao magistrado sentenciante valorar eventual pluralidade de condutas na fixação da reprimenda básica, a título de culpabilidade do acusado.

4. No caso em desfile, o magistrado sentenciante afirmou ser acentuada a culpabilidade do paciente, tendo em vista que, no mesmo contexto fático, praticou contra a vítima, além da conjunção carnal, coito anal e sexo oral. Tal fundamentação extrapola os elementos inerentes ao tipo incriminador, anunciando o maior grau de reprovabilidade da conduta perpetrada e menosprezo especial ao bem jurídico tutelado pela norma. Precedentes.

5. O magistrado sentenciante também considerou desfavoráveis as circunstâncias do crime, pois praticado no interior da residência da vítima, tendo o acusado se aproveitado da condição de padrasto da amiga de escola da ofendida, encomendando um bolo para ter acesso à propriedade. Foram delineadas as particularidades do delito e as atitudes assumidas pelo condenado no decorrer do fato criminoso, as condições do local em que ocorreu o crime, bem como a maior gravidade da conduta espelhada pela mecânica delitiva empregada pelo agente, justificando o julgador o aumento operado na origem.

Precedentes.

6. Por derradeiro, igualmente suficiente a motivar a exasperação da pena-base a afirmação de que as consequências do delito foram graves, "sendo que a adolescente frequenta psicóloga há mais de cinco meses e que, segundo relatou a genitora, sequer dorme sozinha no quarto" (e-STJ fl. 50), pois não inerentes ao crime sexual, revelando a maior intensidade da lesão jurídica causada.

7. Habeas corpus não conhecido.

(HC 218.148/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/03/2017, DJe 21/03/2017)

<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=conjuncao+carnal+estupro&b=ACOR&p=true&l=10&i=33> acesso em 05/9/17.

Dosemetria da pena estupro de vulneravel

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO COMETIDO CONTRA VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DO CONTEXTO FÁTICO PROBATÓRIO DOS AUTOS EM HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes: HC 97058, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010. 2. O habeas corpus não é instrumento jurídico que se preste a revisar os elementos de prova invocados e valorados pelas instâncias ordinárias de mérito, somente sendo cabível a intervenção corretiva do Supremo Tribunal Federal nas hipóteses de equívoco flagrante ou de decisão teratológica. 3. In casu, a) o paciente foi condenado à pena de 8 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no arts. 213 do Código Penal, pois “constrangeu a vítima de 10 anos, mediante violência presumida, a prática de ato libidinoso e posteriormente no curso da ação delitiva, a prática de conjunção carnal”. b) Segundo a denúncia, “o acusado, por ser primo da vítima, costumava passar as férias escolares com a família desta. (...) aproveitando-se da situação de proximidade familiar e da ausência dos genitores da menor, chamou-a para ir à sua casa e, mediante violência presumida, obrigou (...) a tirar a roupa e com ela praticou atos libidinosos diversos da conjunção carnal e, ainda, não satisfeito tão somente com os atos libidinosos, no curso da ação delitiva, mediante violência, constrangeu a vítima à conjunção carnal”. 4. A pena-base foi devidamente fixada, sendo reconhecida a prática de apenas um delito de estupro e, em razão das peculiaridades existentes no caso, em especial o número e o tipo das condutas praticadas pelo paciente (conjunção carnal e outros atos libidinosos cometidos contra criança de 10 anos de idade), foi aumentada em dois anos, nos termos do art. 59 do Código Penal. 5. É cediço que a via estreita do habeas corpus não comporta reexame de fatos e provas para alcançar a absolvição, consoante remansosa jurisprudência desta Corte: HC 105.022/DF, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, 1ª Turma, DJe de 09/05/2011; HC 102.926/MS, Rel. Min. LUIZ FUX, 1ª Turma, DJe de 10/05/2011; HC 101.588/SP, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, 1ª Turma, DJe de 01/06/2010; HC 100.234/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, 2ª Turma, DJe de 01/02/2011; HC 90.922, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 18/12/2009; e RHC 84.901, Rel. Min. CEZAR PELUSO, 2ª Turma, DJe de 07/08/2009. 6. Recurso ordinário em habeas corpus desprovido.

(RHC 117748, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 26/11/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-038 DIVULG 21-02-2014 PUBLIC 24-02-2014) pesquisado em:
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000227015&base=baseAcordaos> – acesso em 05/09/17