

**INSTITUIÇÃO VALE DO CRICARÉ**  
**FACULDADE VALE DO CRICARÉ**  
**CURSO DE DIREITO**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL A LUZ DA LEI 12.015/09**

**SUELANE RAMOS DA PAIXÃO**

SÃO MATEUS - ES

2020

**SUELANE RAMOS DA PAIXÃO**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL A LUZ DA LEI 12.015/09**

Monografia apresentada como pré-requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito, da faculdade Vale do Cricaré, elaborado sob a orientação do professor Jacó Machado Clementino

**SÃO MATEUS-ES**

**2020**

**SUELANE RAMOS DA PAIXÃO**

**ESTUPRO DE VULNERÁVEL A LUZ DA LEI 12.015/09**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da Faculdade Vale do Cricaré, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovado em 17 de dezembro de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

**PROFESSOR ORIENTADOR  
JACÓ MACHADO CLEMENTINO**

---

**FACULDADE VALE DO  
CRICARÉ**

---

Agradeço primeiramente a Deus, aos meus pais, meu esposo, minha filha, amigos, professores e familiares que contribuíram para que eu pudesse realizar o meu sonho, acreditaram EM meu potencial, me dando a oportunidade de torna o meu sonho em realidade.

Dedico essa presente monografia ao meu esposo que acreditou em mim e em meus ideais, sempre dando o seu máximo para tornar meus sonhos real.

“Portanto, não se preocupem com o amanhã, pois o amanhã trará as suas próprias preocupações. Basta a cada dia o seu próprio mal”.

(Mateus 6:34)

## RESUMO

O presente trabalho em sua essência busca analisar, o crime de *Estupro de Vulnerável* a luz da lei 12015/2009, a qual trouxe consideráveis mudanças para o código penal brasileiro, inclusive no capítulo de trata dos crimes contra a dignidade sexual dos vulneráveis, especificamente no artigo 217A.

De início uma breve reflexão acerca da capacidade absoluta e relativa da pessoa natural, buscando uma análise acerca da vulnerabilidade das pessoas menores de 14 anos, bem como, das pessoas portadoras de deficiência mental e dos enfermos que por qualquer outro motivo não possa oferecer resistência.

Em seguida trouxe uma reflexão acerca do conceito de vulnerável que 12015/2009 trouxe para o ordenamento jurídico, levando a discussão no diz respeito a vulnerabilidade absoluta das pessoas menor de anos.

foi abordado também o tema que trata da valoração da palavra da vítima, uma vez que, esses tipos de delito são praticados as escuras longe de possíveis testemunhas, e a ausência de provas, pois muitas vezes, o que se tem é apenas a palavra da vítima, que se encontra numa situação conturbada, traumatizada e com medo, sem condições psicológicas para narrar o ocorrido, frente ao judiciário que precisa de provas para chegar à autoria do delito. Circunstância que contribui para a fragilidade da prova nesses tipos de crime, podendo causar uma condenação injusta, gerando danos irreparável a vida um inocente.

Dentre os objetivos de trabalho, busca-se trazer uma reflexão sobre os casos de pessoas condenadas injustamente pelo crime de estupro de vulnerável, baseado apenas na palavra da vítima que o reconheceu enganosamente. Bem como, trazer a discussão a alienação parental que as vezes influencia no depoimento da vítima e as falsas memórias, que fazem a pessoa narrar algo que acredita ter acontecido, mais que nunca ocorreram, ou que aconteceram de uma forma diferente da qual a pessoa lembra.

**PALAVRA-CHAVE:** Estupro, vulnerabilidade, Prova, injusta.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>CAPÍTULO 2. ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA CAPACIDADE CIVIL DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....</b>	<b>10</b>
2.1 Previsão legal da capacidade civil. Art. 3º do Código Civil Brasileiro.....	11
<b>3. CAPÍTULO 3. CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....</b>	<b>16</b>
3.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL contra pessoa com deficiência com outra enfermidade.....	19
3.2. A lei 12.015/09 com a criação vulnerabilidade.....	26
3.3. quanto ao erro de tipo.....	34
3.3 Crime praticado na clandestinidade: ausência provas.....	36
<b>4. CAPÍTULO 4. A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....</b>	<b>42</b>
4.1. As falsas Memórias do sujeito passivo.....	45
4.3. Os riscos da condenação injusta: Garantia do Contraditório e da Ampla Defesa.....	47
5. Conclusão.....	52
6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	55



## INTRODUÇÃO

O crime de estupro de vulnerável foi introduzido no código penal brasileiro, com o advento da lei 12015/2009, expressamente no artigo 217-A do código Penal no capítulo que trata dos crimes contra dignidade sexual. violar esse direito é o mesmo que violar o princípio constitucional da “dignidade da pessoa humana”, esse delito é caracterizado como um crime comum, que pode ser praticado por qualquer pessoa.

Esse crime se consuma quando ao pratica conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com pessoa menor de 14 anos de idade, ou com enfermo, deficiente mental ou contra pessoas que por qualquer motivo não pode oferecer resistência.

Com as inovações que a referida lei trouxe, ouve discussões doutrinarias e até mesmo nos tribunais superiores, acerca da incapacidade absoluta dessas pessoas. Parte da doutrina defendia que em alguns casos a vulnerabilidade da vítima poderia ser relativa, como por exemplo casos em que a vítima tinha 13 anos, mais que já havia tido relações sexuais anteriormente, ou aquelas que se dedicava a prostituição. No entanto para acabar com esses tipos de discussões a jurisprudência decidiu, que a faixa etária 14 anos seria definido como absolutamente incapaz para consentir quanto aos atos da vida sexual, independente de qualquer tipo relacionamento precoce.

Esse delito é considerado com um crime hediondo pela forma cruel como é praticado e por causar danos irreparável a vítima, como dano físico e psicológico, e na maioria das vezes ocorre longe da presença de testemunhas as escondidas, tornando-o um crime carente de provas.

Desta forma quando se trata de crimes contra a Dignidade Sexual de Vulnerável, a palavra da vítima torna-se o único meio de prova obtida para elucidação do fato e chegar a um possível culpado, o que muitas vezes leva a prisão de acusados desse de estupro de vulnerável sem provas contundentes que atesta a execução do crime, e que as vezes não foram investigadas de forma adequada, visto que, são muito os casos de condenados injustamente por um delito que tem uma pena consideravelmente alta.

Destarte, quais os riscos que se assume, ao condenar o acusado de crime de Estupro de Vulnerável, baseando-se apenas na palavra da vítima? Condenar o acusado com fundamento apenas na palavra da vítima, assume-se o risco de uma condenação injusta, e muitas vezes causa danos irreparável ao acusado, contudo, esse trabalho busca esclarecer acerca de tais danos, uma vez que isso acontece de forma recorrente em nosso país, tornando necessário uma análise concreta do depoimentos da vítima e as possíveis provas, afim de evitar uma possível condenação injusta.

## **2 ANÁLISE DA APLICABILIDADE DA CAPACIDADE CIVIL, E DA PESSOA COM -DEFICIÊNCIA.**

A Capacidade Civil estar inserido no Código Civil Brasileiro em seu artigo 1º e 6º na parte que trata sobre os Direitos da Personalidade das pessoas Naturais, que diz, “a Personalidade Civil da pessoa começa do nascimento com vida” [...]. E “a existência da Pessoa Natural termina com a morte” [...]. logo, se extrai desses textos que, a capacidade civil estar intrinsecamente relacionada com o direito da Personalidade.

Segundo Tarte (2019) a capacidades Civil pode ser classificada em:

*Capacidade de direito ou de gozo – é aquela comum a toda pessoa humana, inerente à personalidade, e que só se perde com a morte prevista no texto legal, no sentido de que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil (art. 1.º do CC). Capacidade de fato ou de exercício – é aquela relacionada com o exercício próprio dos atos da vida civil.*

Observa-se que a capacidade de direito é diferente de capacidade de exercer tal direito, o que torna algumas pessoas possuidoras do direito, incapazes de exercê-la sozinha. Por motivos que veremos mais à frente.

De acordo com (Diniz, Maria Helena. Código Civil..., p. 12, apud, Tartuce, 2019, p. 201)

*Toda pessoa tem capacidade de direito, mas não necessariamente a capacidade de fato, pois pode lhe faltar a consciência sã para o exercício dos atos de natureza privada. Desse modo, a capacidade*

*de direito não pode, de maneira alguma, ser negada a qualquer pessoa, podendo somente sofrer restrições quanto ao seu exercício. Assim sendo, "A incapacidade consiste na restrição legal ao exercício dos atos da vida civil, devendo ser sempre encarada estritamente, considerando-se o princípio de que 'a capacidade é a regra e a incapacidade a exceção'".*

Nota-se que, a pessoa dotada de capacidade de direito sem a capacidade de exercício, não terá a liberdade de exercer todos os atos da vida civil, quando lhe faltar capacidade de discerni, por exemplo, todas as pessoas humanas e civilmente capaz, tem o direito de viajar em todo o território Brasileiro, mais os menores de 16 anos precisam de autorização dos responsáveis, para que possa realizar a viagem, percebe-se, que houve uma restrição quanto ao exercício da criança ou adolescente em viajar sem autorização dos responsáveis legal. Dando ensejo ao fenômeno da incapacidade de exercer um direito que é inerente ao ser humano.

## 2.1 DA INCAPACIDADE ABSOLUTA

Trata-se das pessoas que por algum motivo se encontra, incapaz de exercer os atos da vida civil, ou que não tenha o real discernimento para decidir sozinho a respeito de negócios jurídicos.

Segundo Stolze e Pomplona (2018) o Código Civil de 2002 indicou as seguintes pessoas como absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil:

- a) os menores de dezesseis anos;*
- b) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos;*
- c) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.*

Observa-se que o legislador não retirou os loucos de todos os gêneros da lista dos absolutamente incapazes, que o Código Civil de 2016 arrolava em seu artigo 5º. Deixou claro que a falta de discernimento para os atos da vida civil, é essencial para determinar a incapacidade absoluta.

No entendimento de Tartucce (2019).

*O rol taxativo dos absolutamente incapazes, constante no art. 3.º do CC/2002, sempre envolveu situações em que há proibição total para o exercício de direitos por parte da pessoa natural, o que pode acarretar, ocorrendo violação à regra, a nulidade absoluta do negócio jurídico eventualmente celebrado, conforme o art. 166, inc. I, do mesmo diploma.*

Disto isso, entende-se que a pessoa que estar descrita no art. 3.<sup>a</sup> do cc/22, praticar os atos da vida civil sem as devidas representações exigidas por lei, o ato poderá ser nulo.

Com o advento da lei 13.146/2015 (ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA) trouxe algumas alterações, quanto a figura dos absolutamente incapazes. Nas palavras de Stolze e Pomplona (2018), “o Estatuto retira a pessoa com deficiência da categoria de incapaz” [...].

Visto que, as pessoas com deficiência ao logo de muitos anos sofreu discriminação, limitações em ter acesso a vida social de maneira digna. O legislador se preocupou em incluir as pessoas com deficiência a sociedade, com direito a educação inclusiva, saúde de qualidade, acesso a transporte público, direito de constituir família, reproduzir e ter um lar e gozar dos direitos fundamentais e sociais garantidos pela Constituição Federal de 1888, expressos nos seus artigos 5.<sup>a</sup> e 6.<sup>a</sup> e seus incisos.

Segundo Stolze e Pomploma (2019), a pessoa com deficiência não pode mais ser tratado como incapaz, pois acredita que:

“Art. 6º A deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive<sup>49</sup> para:

I — casar-se e constituir união estável;

II — exercer direitos sexuais e reprodutivos;

III — exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre

reprodução e planejamento familiar;

IV — conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória;

V — exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária;

VI — exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade

de oportunidades com as demais pessoas”.

(...)

Com isso o Estatuto da Pessoa com Deficiência consagrou como absolutamente incapaz os menores de 16 anos, retirando do ordenamento Jurídico a ideia de que a deficiência de uma pessoa como condição para o tornar incapaz de exercer os atos da vida civil. Ressaltando que em alguns casos, a pessoa com Deficiência seja considerada relativamente incapaz de praticar atos Jurídicos, sendo necessário a presença de um representante ou curador.

O Estatuto em nada impede que isso aconteça, uma vez que o se busca é proteger e combater qualquer tipo discriminação a pessoa do Deficiência, e manter essas pessoas em patamar de igualdade social de forma inclusiva.

Tartuce, (2019) explica que, art. 84 do Estatuto da Pessoa com Deficiência, também em prol da inclusão com a dignidade-liberdade, estabelece que a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. Eventualmente, quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela, conforme a lei. Ademais, é facultada à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada.

Observa-se que, a pessoa com deficiência em casos excepcionais irá se submeter a curatela, se houver necessidade, pois em regra eles são sujeitos dotados de capacidade de direito e de exercer o seu direito sozinho, inclusive direito de constituir família e ter filhos.

Dentre as mudanças trazidas pela 13.146/2015, observa-se que os incisos 3º do Código civil foi totalmente revogado, retirando os portadores de deficiência, do rol de absolutamente incapazes, deixando apenas os menores impúbere (menores de 16 anos).

Bem como, “o art. 4º, que cuida da incapacidade relativa, também sofreu modificação.

No inciso I, permaneceu a previsão dos menores púberes (entre 16 anos completos e 18 anos incompletos);

o inciso II, por sua vez, suprimiu a menção à deficiência mental, referindo, apenas, “os ébrios habituais e os viciados em tóxico”;

o inciso III, que albergava “o excepcional sem desenvolvimento mental completo”, passou a tratar, apenas, das pessoas que, “por causa transitória ou permanente, não possam exprimir a sua vontade”; por fim, permaneceu a previsão da incapacidade do pródigo”. (Stolze e Pomplona, 2019. P. 53).

Em se tratando da incapacidade relativa, prevista no artigo 4ª já mencionado acima, essas pessoas possuem capacidade de direito mais não podem sozinho exercer os atos da vida civil, sendo necessário que estejam acompanhados ou assistidos para realizar negócios Jurídicos, caso realize o ato sozinho, esse negócio Jurídico não será válido, ou não surtirá efeito algum.

Como já visto, a incapacidade absoluta se preocupa com a questão da idade do menor, já a incapacidade relativa estar relacionada a falta de discernimento para expressar sua vontade, não é uma incapacidade de praticar todos os atos da vida civil, são em alguns casos, sendo necessário o análise de cada caso concreto para declarar que uma pessoa é realmente incapaz, pois existe a possibilidade o menor pode praticar atos da vida civil sozinho, conforme explica (Tartuce, 2019).

“há atos que os menores relativamente incapazes podem praticar, mesmo sem a assistência, como se casar, necessitando apenas de autorização dos pais ou representantes; elaborar testamento; servir como testemunha de atos e negócios jurídicos; requerer registro de seu nascimento; ser empresário, com autorização; ser eleitor; ser mandatário ad negotia (mandato extrajudicial)”. (Tartuce, 2019, p. 213)”.

O Código civil de 2002 trais ainda, a possibilidade de o menor de 18 anos, realizar atos da vida civil sozinho, através da emancipação, quando o adolescente constitui família com idade inferior a 18 anos e maior dos 16 anos,

sendo que nesse caso precisa de autorização dos responsáveis legal, adquirindo a capacidade plena para realizar atos da vida civil livremente.

O Estatuto da Pessoa com deficiência manteve os ébrios habituais na lista dos relativamente incapazes, sendo os viciados em tóxicos, e os alcoólatras, pois a pessoa que se encontra nessa situação não tem condições para expressar a sua vontade, pois tem sua lucidez diminuída, tornando-o relativamente incapaz. Para isso é preciso que seja analisado cada caso, a fim de averiguar se realmente a pessoa não consegue discernir. Muitos são os casos de pessoas que perderam suas famílias por causa do vício, preferem orar nas ruas, passar fome, viver em condições sub-humanas, causando-lhes danos sociais e principalmente sua saúde.

A lei se preocupou também em proteger os bens daquelas pessoas que destroem seus bens de forma descontrolada, que são chamadas de “Pródigos”. Possibilitando a sua interdição para evitar que ela destrua todo seu patrimônio, sendo que os atos pessoais não se incluem aqui, pois trata-se da incapacidade relativa.

Segundo a legislação atual “a interdição do pródigo somente o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar atos que não sejam de mera administração. (Stolze e Pomplamo, 2018, p. 58).

Observa-se que a legislação trata os relativamente incapazes aqueles que por alguém motivo, não consegue expressar sua vontade ou que não tem o real discernimento para praticar atos da vida civil, mesmo que forma transitória. Sendo que essa incapacidade pode ser suprida pelo instituto da curatela, tomada de decisão apoiada. Mesmo que a pessoa tenha discernimento para praticar o ato, dependendo da situação em que se encontre, poderá precisar que alguém o acompanhe na hora de realizar algum negócio Jurídico, podendo ser anulável o negócio jurídico realizado com pessoas relativamente incapazes.

### **3 CARACTERIZAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL**

O estupro de vulnerável é o crime praticado contra pessoas que não tem não o necessário discernimento para expressar sua vontade. Tipificado especificamente no artigo 217-A do código Penal Brasileiro, que prevê:

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

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

§ 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com enfermo ou deficiente mental que não tenha discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

§ 2º (VETADO)

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

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

§ 4º Se da conduta resulta morte:

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

Verifica-se que o crime de estupro de vulnerável é comum, podendo ser praticado por qualquer pessoa, e também hediondo, comportando a tentativa, consumando-se quando é praticado o ato sexual ou ato libidinoso contra as pessoas acima relacionadas como vulneráveis, o entendimento jurisprudencial no sentido de que a presunção de violência absoluta não pode ser fator principal para caracterização do delito, vejamos:

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF:** O bem jurídico tutelado no crime de estupro contra menor de 14 (quatorze) anos é imaturidade psicológica, por isso que sendo a presunção de violência absoluta não pode ser elidida pela compleição física da vítima nem por sua anterior experiência em sexo. (Precedentes: HC 93.263, Rel. Min. Carmem Lúcia, 1ª Turma, DJe de 14/04/08, RHC 79.788, Rel. Min. Nelson Jobim, 2ª Turma, DJ de 17/08/01 e HC 101.456, Rel. Min. Eros Grau, DJe de 30/04/10). (grifamos), apud (Gabriel, 2018).

Ficou claro que o que a lei busca proteger é a dignidade sexual do menor de 14 anos, que ainda não se encontra com seu psicológico pronto para discernir quanto ao ato sexual, o STJ, também decidiu quanto a esse assunto:

**O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ:** A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no art. 224, a, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta. (HC 200916/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, 08.11.2011), apud (Gabriel, 2018).



Estudos mostram que muitos são os casos de pedófilos que se aproveitam da ingenuidade de crianças e adolescentes nas redes sociais, para molestá-los e satisfazer seus desejos sexuais. Outros tentam justificar a prática do crime, com o argumento de que desconhecia a idade da criança ou adolescente, ou que a adolescente não era mais virgem, ou que se dedicava a prostituição, vimos que o STJ e o STF tem entendimento consolidado quanto a isso, pois o fato de manter conjunção Carnal ou ato libidinoso contra menor de 14 (quatorze) anos já configura o delito de estupro de vulnerável.

SÚMULA N. 593 “O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente”.

A lei prevê que o crime de estupro de vulnerável é praticado contra menores de 14 anos, enfermo ou deficiente mental que não tenha discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.

Ressaltando que o sujeito ativo pode ser homem ou mulher, não se discute se homossexual ou heterossexual, destacando apenas o fato de a pessoa ter ou não discernimento para a prática do ato sexual. sendo assim, a mulher também pode ser o sujeito ativo do crime, pois muitos se pensam que somente o homem pratica crime de estupro de vulnerável, nos dias atuais são frequentes os relatos de crianças vítimas de estupro praticados no âmbito familiar por seus genitores.

Nabuco, explica a hipótese de uma pessoa responder pelo delito descrito no artigo 217-A por omissão impropria.

É perfeitamente possível que alguém responda pelo crime de estupro de vulnerável, como partícipe por omissão imprópria no crime cometido por outrem. Isso se dá quando alguém encontra-se em uma das situações descritas nas alíneas “a”, “b” e “c” do § 2º, do art. 13, CP. Nesse caso a pessoa tem o dever legal de ação para impedir o resultado e se omite, podendo agir, ante o estupro de vulnerável cometido por outra pessoa. É o triste exemplo da mãe que vive em união estável e se omite, embora saiba e possa evitar, diante dos atos sexuais praticados por seu companheiro contra sua filha. Quanto o homem pratica atos libidinosos contra sua enteada, comete o crime com sua ação e a mãe da criança, ao se omitir, podendo evitar o ato sexual, responde como partícipe do estupro de vulnerável.

São muitos os casos de crianças que sofrem abusos sexuais no meio familiar, crianças de diversas idades, recentemente tivemos o caso da menina de 10 anos de idade no município de São Mateus, que era estuprada pelo tio, que só foi descoberto porque ela engravidou, segundo os noticiários a família que tinha o dever de cuidar e protege-la tinha conhecimento dos abusos, e se omitiu, esse caso comoveu toda a sociedade pelos danos que essa criança sofreu, tendo até que passar por cirurgia para retirar o feto, pois seu corpo ainda não estava preparado para enfrentar uma gestação.

Verifica-se que são diversos os danos que esse delito pode causar a vítima.

### 3.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL CONTRA PESSOA COM DEFICIÊNCIA OU OUTRA ENFERMIDADE.

O artigo 217-A classifica como vulnerável aqueles que por enfermidade ou deficiência mental, não tem o discernimento para a prática do ato sexual, ou que, por qual outra causa, não pode causar resistência.

José Jairo Gomes, (apud, Greco, 2016, p 87) explica o que venha a ser essa “Enfermidade”, que afeta a capacidade de discernimento do ser humano, tornando o vulnerável quanto a prática de atos sexuais.

“Enfermidade é sinônimo de doença, moléstia, afecção ou outra causa que comprometa o normal funcionamento de um órgão, levando a qualquer estado mórbido. Apresentando base anatômica, a doença enseja a alteração da saúde física ou mental. Pode ser provocado por diversos fatores, tais fatores: carência nutricionais, traumas, decorrentes de impactos físicos e emocionais, ingestão de tóxicos (drogas e álcool), parasitários (por ação de vermes, fungos), infecciosos (por ação de vírus, bacilos), degenerativos (inerentes ao próprio organismo, como a arteriosclerose, traumas e câncer em geral).

Logo, por *enfermidade mental* deve-se compreender toda doença ou moléstia que comprometa o funcionamento adequado do aparelho mental. Nessa conceituação, devem ser considerados os casos de neuroses, psicopatias e demências mentais.

*Deficiência*, porém, significa a insuficiência, imperfeição, carência, fraqueza, debilidade. Por *deficiência mental* entende-se o atraso no desenvolvimento psíquico”.

Verifica-se que a enfermidade ou a deficiência afeta diretamente o desenvolvimento psicológico do ser humana, com isso terá sua capacidade de

discernimento afetada, o que torna essa pessoa vulnerável para pratica de alguns atos da vida civil, bem como sexuais.

Em decorrência desse estado de vulnerabilidade que essas pessoas se encontram, eles sofrem muita discriminação, abandona, desafeto, falta de inclusão social (como acesso a saúde, educação e lazer), são impedidos de constituir família, pois mesmo com os avanços que tivemos em nossa legislação a respeito das Pessoas com Deficiência, as pessoas ainda estão com aquelas ideias antigas, cheias de preconceito de que pessoas deficientes não tem condições físicas e psicológica para serem donas de suas vidas. Mais estudos tem mostrados que elas são capazes de ter uma vida normal, sendo livre para casar, ter filhos, trabalhar e estudar. Vejamos o entendimento jurisprudencial:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL EM DESFAVOR DE PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA MENTAL LEVE (ARTIGO 217-A, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ALEGADO ERRO DE TIPO. ATIPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. AUTOR QUE NÃO TINHA CONHECIMENTO ACERCA DA CONDIÇÃO DE LIMITAÇÃO DA OFENDIDA. VÍTIMA QUE À PRIMEIRA VISTA NÃO APARENTAVA POSSUIR DEFICIÊNCIA COGNITIVA. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS QUE ATESTAM QUE A ADOLESCENTE MANTÉM RELACIONAMENTO SOCIAL NORMAL COM OS COLEGAS DA ESCOLA. DEPOIMENTO ESPECIAL COLHIDO COM ENTREVISTADORA CAPACITADA NO QUAL SE VERIFICA QUE A VÍTIMA SUSTENTA DIÁLOGO ESPONTÂNEO NORMALMENTE E TEM CONHECIMENTO ACERCA DO FUNCIONAMENTO DAS RELAÇÕES SEXUAIS. EVIDÊNCIAS DE QUE O AUTOR NÃO SE APROVEITOU DA SITUAÇÃO DA OFENDIDA PARA A PRÁTICA DO ATO. RECONHECIMENTO DA INCIDÊNCIA DO ARTIGO 20, DO CÓDIGO PENAL QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. - "É importante ressaltar que não se pode proibir que alguém acometido de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual" (Rogério Greco, 2014). (Apelação Criminal n. 2013.021881-0, rel. Des. Moacyr de Moraes Lima Filho, j. 25-11-2014).(TJ-SC - APR: 00054763820188240036 Jaraguá do Sul 0005476-38.2018.8.24.0036, Relator.Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 31/10/2019, Primeira Câmara Criminal)

Para Greco (2016), "além do critério biológico (ou deficiência mental), para que a vítima seja considerada como pessoa vulnerável, não poderá ter o necessário discernimento para a prática do ato (critério psicológico)" [...].

Percebe-se que não é o fato uma pessoa ser portadora de deficiência ou enfermidade mental que o classifica como vulnerável, precisa que ela, além da deficiência não seja capaz de expor sua vontade, quanto ao ato da vida sexual. Greco dissertando sobre o assunto, ressalta que,

“Não se pode proibir que alguém acometida de uma enfermidade ou deficiência mental tenha uma vida sexual normal, tampouco punir aquele que com ele teve algum tipo de ato sexual consentido. O que a lei proíbe é que se mantenha conjunção carnal ou pratique outro ato libidinoso com alguém que tenha alguma enfermidade ou deficiência mental que não possua o necessário discernimento para a prática do ato sexual”. (Greco, p. 88, 2016).

Não é todos as pessoas com enfermidade mental ou deficiência que são considerados vulneráveis, precisa que se faça um análise em cada caso, afim de averiguar a real falta de discernimento.

“Deve-se provar, no caso concreto, que, em virtude de tais condições, ela não tem o necessário discernimento para a prática do ato. Cumpre, portanto, que sejam comprovados mediante laudo pericial, sob pena de não restar atestado a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico” (Carpez 2019, p. 67).

Neste interim, a pessoa com enfermidade mental ou deficiência é livre para praticar ato sexual, dito isto, para que ela seja considerado vulnerável e que alguém que cometa ato sexual com ela seja punida, precisa ser comprovado por laudo médico que a pessoa realmente é vulnerável, que não tem capacidade para discernir, afim de se evitar uma condenação injusta do agente.

### **3.2. VÍTIMAS QUE, POR QUALQUER OUTRO CAUSA, NÃO PODE OFERECER RESISTÊNCIA.**

O artigo 217-A também puni quem mantém conjunção carnal ou pratica ato libidinoso contra pessoas que não consegue oferecer resistência.

Verifica-se que aqui não se trata de falta de discernimento nem de menores de 14 (quatorze) anos, o que levando em consideração é se a vítima não pode oferecer resistência por qualquer outra causa, mesmo que de forma transitória.

No entendimento de Moura (2015), a pessoa não pode oferecer resistência, quando se encontrar nas seguintes situações:

“O agente encontra-se privado de capacidade de entender, impedido de se locomover, impossibilitado de se defender. Pode estar fragilizado pela idade, doente, em coma, ter sido drogado, intoxicado etc. assim, incorrerá neste delito, por exemplo o cirurgião plástico que, depois de anestesiá-la para cirurgia, toca em suas partes íntimas aproveitando-o de seu estado de inconsciência”. (Moura, 2015, p. 479).

Não é raro de se ver, noticiários de pessoas que foram colocados em situação de vulnerabilidade para serem explorados sexualmente. Mais o dispositivo penal não leva em consideração se a vítima já se encontrava ou se o agente o colocou em estado de vulnerabilidade, como é o caso de médicos que abusam sexualmente de pacientes em coma, ou sobre efeito de sedativo, de qualquer forma se praticado o ato no momento em que a vítima se encontrava em estado de vulnerabilidade, o agente vai incorrer nas penas do tipo penal Estupro de vulnerável previsto no artigo 217- A.

“Poderão ser reconhecidas, também, como situações em que ocorre a impossibilidade de resistência por parte da vítima, os casos de embriaguez letárgica, o sono profundo, a hipnose, a idade avançada, a sua impossibilidade temporária ou definitiva, de resistir, a exemplo daqueles que se encontra tetraplégicos etc. Greco (2019, p. 890).

Podemos citar alguns exemplos de pessoas que foram colocados em estado de vulnerabilidades, por exemplo, casos em que um homem oferece bebida alcoólica para uma pessoa, com a intenção de que ela fique bêbada a ponto de perder o controle, e se aproveita dessa situação para manter relação sexual com ela, ou se quando ele há encontrou ela já estava bêbada, de qualquer modo ele vai incorrer no crime de estupro de vulnerável. Pois o que é analisado é o consentimento da vítima, e a incapacidade de oferecer resistência.

“O Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Campina Grande condenou a nove anos de reclusão, em regime fechado, um homem

acusado de ter estuprado uma mulher que se encontrava embriagada e que, em função do estado etílico e da perda de consciência, não pode oferecer resistência ao ato. O fato teria acontecido no dia 16 de julho de 2017 em Campina Grande. O acusado e a vítima estavam numa festa de formatura, onde ela teria abusado do consumo de bebida alcoólica. Ao final do evento, o acusado teria insistido para deixá-la em sua residência com segurança, ao que ela concordou, por já conhecê-lo há algum tempo. No entanto, em vez de cumprir o acordado, a levou a um motel.

A vítima informou, em esfera policial e judicial, que uma pessoa, possivelmente segurança da festa, ajudou o acusado a carregá-la até o carro e que ela teria vomitado e passado mal. Consta nos autos que, no percurso da casa de evento ao motel, a vítima caiu em sono profundo. O denunciado teria retirado toda a roupa dela, praticado o ato e, somente, após satisfazer a própria lascívia, levou a vítima para a casa dela". (notícia, Lex Magister, 02/11/20, h 13:37).

Verifica-se que nesse caso, o fato da vítima de forma voluntária ter abusado de bebida alcóolica, ou se o abusador já teria encontrada ela em estado de vulnerabilidade, o que foi levado em consideração foi o fato de o agente ter se aproveitado do estado de vulnerabilidade da vítima para atraí-lo e cometer o estupro de vulnerável.

No entendimento de Nucci (2015), a embriaguez completa que inviabiliza o oferecimento da resistência só é a involuntária. Para o autor, quando o indivíduo se embriaga de forma pré-ordenada sabendo, por exemplo, que vai participar de uma orgia, essa pessoa não pode posteriormente alegar o seu estado de completa embriaguez para incriminar terceiros através do tipo do estupro de vulnerável.

Logo, precisa se fazer um análise do caso concreto para condenar uma pessoa no crime de estupro de vulnerável, pelo fato de ela estar sob efeito de bebida alcóolica, e verificar se realmente ela não tinha condições de oferecer resistência, para não provocar uma condenação injusta, e insegurança jurídica nesses casos. O ordenamento Jurídico aponta ainda como estupro de vulnerável,

"A prática de conjunção carnal ou de atos libidinosos diversos contra vítima imobilizada configura o crime de estupro de vulnerável do art. 217-A, § 1º, do CP, ante a impossibilidade de oferecer resistência ao emprego de violência sexual".

Conforme entendimento o STJ, incorre no crime de estupro de vulnerável quem pratica ato sexual com a vítima imobilizada, de forma a impedir que a vítima ofereça resistência, mesmo que a imobilização seja parcial.

“Se completamente inerte e incapaz de usar seu potencial motor (oferecer resistência) contra a violência sexual, **haverá crime de estupro de vulnerável (art. 217-A do CP)**. Se ainda lhe restar capacidade de discernir sobre a ilicitude da conduta, possibilidade de ofertar alguma resistência e não houver elementos biológicos incapacitantes, haverá o crime de estupro do art. 213 do CP. Assim, a agressão sexual contra vítima completamente impossibilitada de esboçar reação (vítima amarrada com as mãos para trás) configura estupro de vulnerável (art. 217-A, § 1º, do CP) (REsp. 1706266/MT, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018)”.

Como exemplo os casos de pacientes que foram abusadas por médicos, durante consultas, não bastando ser uma relação entre médico e paciente, precisa ser provado que a vítima estava numa condição que impedia o oferecimento de resistência.

Vale lembrar, que podem ser considerados vulneráveis os velhinhos com idade avançada, com sua força física reduzida, o que o torna impossibilitado de oferecer resistência contra a prática de atos sexuais, sabe-se que, esse tipo de crime é repudiado por todos, pela gravidade e pela covardia, falta de humanidade, pois causa danos físicos, psicológicos e traumas irreversíveis e irreparáveis na vida da vítima. Mais triste ainda, é que muitos desses casos acontecem no meio familiar, as cuidadoras de idosos, filhos, netos e amigos, uma verdadeira falta de humanidade, os próprios que tinha o dever de cuidar de seus idosos acabam praticando essas atrocidades.

### 3.3. A LEI 12.015/09 COM A CRIAÇÃO DE VULNERABILIDADE

A entrada em vigor da lei 12.015/09 trouxe várias inovações para o nosso ordenamento jurídico, especificamente as mudanças que trouxe Capítulo II do Código Penal, trazendo rubrica de “crimes sexuais contra vulnerável”, passando a constar outros delitos como: estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), a mediação de menor de 14 anos para satisfação da lascívia de outrem (CP, art. 218, sem nomenclatura legal), satisfação da de lascívia mediante presença

de criança ou adolescente (art. 218-A) e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável (CP, ART. 218-B).

Com isso a nova legislação acabou com a presunção de violência ficta ou indutiva, que antes prevista no artigo 224 do CP.

Para Carpez (2016) “vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo”, e Código Penal traís uma definição de quem pratica crime contra vulnerável.

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

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

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

§ 2o (VETADO)

§ 3o Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: Pena – reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos.

§ 4o Se da conduta resulta morte: Pena – reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos.”

Nota-se que, que a lei prevê, que comete crime de estupro de vulnerável quem mantém conjunção carnal, ou outro ato libidinoso com menor de 14 (quatorze) anos, aqui não se fala violência ou grave ameaça, nem consentimento, para a lei a criança ou adolescente com essa idade não possui discernimento formado para consentir acerca de atos sexuais, portanto que assim praticar algum tipo de ato sexuais com menor de 14 anos estar praticado crime de estupro de vulnerável. Pois, conforme a jurisprudência, temos:

"[...] 1. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1480881/PI, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), pacificou o entendimento de que, em crimes sexuais cometidos contra menores de 14 anos, a presunção de violência é absoluta, bastando, para a caracterização do crime de estupro de vulnerável previsto no art. 217-A, caput, do Código Penal, que o agente tenha conjunção carnal ou pratique qualquer ato libidinoso



contra a vítima. 2. 'A modernidade, a evolução moral dos costumes sociais e o acesso à informação não podem ser vistos como fatores que se contrapõem à natural tendência civilizatória de proteger certos segmentos da população física, biológica, social ou psiquicamente fragilizados. No caso de crianças e adolescentes com idade inferior a 14 anos, o reconhecimento de que são pessoas ainda imaturas - em menor ou maior grau - legitima a proteção penal contra todo e qualquer tipo de iniciação sexual precoce a que sejam submetidas por um adulto, dados os riscos imprevisíveis sobre o desenvolvimento futuro de sua personalidade e a impossibilidade de dimensionar as cicatrizes físicas e psíquicas decorrentes de uma decisão que um adolescente ou uma criança de tenra idade ainda não é capaz de livremente tomar.'. [...]" (AgRg no REsp 1427049TO, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015).

Masson, (2019, p. 911) explica que já houve diversas discussões quando a vulnerabilidade da vítima nos crimes de estupro de vulnerável, no sentido de identificar se a vítima era realmente vulnerável, hoje os tribunais não pode mais decidir de forma contrária quando a vítima for menor de 14 (quatorze) anos, pois o tipo Penal já proíbe qualquer tipo de prática sexual voltada a satisfação da lascívia, para ele, existe um critério objetivo para análise da figura típica, a idade da vítima.

Dessa forma não se pode qualificar ou etiquetar comportamento de criança de modo a desviar a análise da conduta criminosa ou justificá-la. Expressões como “amadurecimento sexual precoce da adolescente”, “experiência sexual pretérita da vítima” ou mesmo, a utilização das expressões “criança prostituta” ou “criança sedutora” ainda frequentam o discurso jurisprudencial, como o reconhecimento de tais circunstância, em alguma medida, justificasse os crimes sexuais perpetrados. (Masson, 2017, p. 911).

Para Nucci, mesmo com as inovações trazidas pela lei 12.015/09, não acabou com as discussões que existiam dentre dos tribunais, a respeito da vulnerabilidade das pessoas menos de 14 anos, pois ainda há discussões acerca desse assunto.

A alteração de forma típica de descrição do estupro de pessoa incapaz de consentir na relação sexual foi positiva, mas não houve descriminalização da conduta. Ao contrário, gerou elevação da pena. Portanto, tendo ocorrido simples inovação da redação do tipo, não há força suficiente para alterar a realidade, nem tampouco os debates havidos, há anos, nas cortes brasileiras, ao menos em relação à presunção de violência ser absoluta ou relativa quanto ao menor de 14 anos. (NUCCI, 2016, p. 1155).

Aqui Nucci, critica o conceito de vulnerabilidade absoluta das pessoas menores de 14 anos, pois ele entende que a lei entrou em conflito com o Estatuto da Criança e do Adolescente, que diferencia a Criança como menor de 12 anos, e maior de 12 anos adolescente, logo não teria fundamento classificar os menores de como incapaz absoluto, para ele seria vulnerável os menores de 12 anos, considerados criança, que não tem a capacidade de discernimento, e os maiores de 12 a incapacidade seria relativa.

Moura, acredita que, ainda não ficou definido nas cortes superiores acerca, da presunção de violência absoluta nos crimes de estupro de vulnerável, praticado contra menores de 14 anos, como sendo relativa. E explica:

“A Vulnerabilidade está contida nas exigências de discernimento para a prática de ato libidinoso e possibilidade de resistir, ou seja, só é vulnerável, e por isso, alcançado pela proteção da norma, a pessoa que tem discernimento ou não pode resistir, isto é, quem não pode ter vontade livre. Quem não sabe discernir, isto é, quem não tem capacidade de entendimento e não pode escolher entre fazer e não fazer. E quem, mesmo tendo capacidade de entendimento não pode, por qualquer razão resistir e não tem liberdade de agir. Por isso está na situação de vulnerabilidade. Quem, de outro modo, tem plena capacidade de entendimento, sabendo discernir entre praticar ou não o ato libidinoso, e não esteja, por qualquer razão, impedido de resistir, não precisa da proteção penal e pode exercer livremente a sua sexualidade. Não pode ser vítima de Crime alguém, se praticada o ato libidinoso”. (Ney Moura Teles, apud. Moura, p. 480).

Confere-se que a capacidade de discernimento é essencial para definir a vulnerabilidade da vítima se absoluta ou relativa. Damásio também entende nesse sentido:

“Vítima vulneráveis são os menores de anos (art. A, caput), enfermos ou deficientes mentais e os que, por qualquer razão não podem oferecer resistência, (§ 1º). De observa-se que, quando se trata de enfermos e deficientes mentais, o tipo requer que não possuam o necessário discernimento para a prática de ato (referido (§ 1º). Por razão de coerência, o mesmo requisito deve estar presente quando se cuida de vítima menor de 14 anos de idade. Não lesão ao bem jurídico quando uma adolescente de 13 anos de idade, voluntariamente, passa a morar com o autor e mantém com ele relações sexuais. vítima vulnerável é a que apresenta uma diminuição física, psíquica ou sensorial, estacionada ou progressiva,

configurando causa de dificuldade de aprendizagem, de relacionamento ou de integração laborativa, determinando um processo de desvantagem social ou marginalização”. (Damásio, apud. Moura, p. 480).

Nesse sentido, a presunção de violência absoluta, precisaria ser analisada no caso concreto, pois segundo o autor, ainda há discussões jurisprudenciais acerca da presunção de violência absoluta nesse delito. “Para a Min. Maria Thereza de Assis Moura, relatora de um recurso em que as supostas vítimas de estupro, três meninas de 12 anos de idade, já se dedicavam à prática de atividades sexuais desde longas data”: (Min. Maria Thereza, p. 481, apud. Moura)

“O direito não é estático, devendo, portanto, se amoldar às mudanças sociais, ponderando-as, inclusive principalmente, no caso em debate, pois a educação sexual dos jovens certamente não é igual, haja vista as diferenças sociais e culturais encontradas em um país de dimensões continentais. Com efeito, não se pode considerar crime fato que não tenha violado, o bem jurídico tutelado, a liberdade sexual”.

No entanto, não é esse entendimento que prevalece nos Tribunais Superiores, haja vista, que a experiência sexual anterior a prática do crime, não afasta a vulnerabilidade, pois os doutrinadores entendem que a pessoa menor de 14 anos de idade, ainda não tem capacidade de discernir a respeito do ato sexual. Greco, também entende que os menores de 14 anos não possuem discernimento para consentir quanto ao ato sexual, e explica:

O critério etário, para definição dos vulneráveis é objetivo- não há espaço para discutir eventual, possibilidade de afastar determinadas pessoas, menores de 14 anos, da definição de vulneráveis. A vulnerabilidade decorre do incompleto desenvolvimento físico, moral e mental dos menores de 14 anos, pois estas pessoas ainda não estão prontas para participar de atividades sexuais. A idade da vítima de ser comprovada por documento hábil (art.155, parágrafo único, do CPP). (Masson, 2017, p.904).

Percebe-se que o nessa faixa etária o corpo da criança ou adolescente se encontra em desenvolvimento físico e psicológico também, o contato sexual

precoce levaria a vítima a danos irreversíveis e irreparável na vida adulta. Porém, que por mais que a lei buscou proteger os menores de 14 anos, ainda assim, a realidade é outra, não é difícil ver notícias de criminosos tentando justificar sua conduta criminosa, com argumentos de que a vítima já havia tido experiência sexual antes, que ele não foi o primeiro, ou que a menina se vestia de forma sedutora, que já tinha corpinho desenvolvido e muitas outras desculpas, o que torna ainda mais odioso esse tipo de crime, além da vítima sofre os danos físicos, sociais e psicológicos que esse tipo de delito causa, ainda sofre em saber que o agressor tenta culpa-lo pelo ato.

Débora Diniz, professora da UNB e Pesquisadora do Instituto de Bioética, direitos Humanos e Gênero assegura que:

Não há meninas prostitutas. Uma mulher adulta pode escolher se prostituir, uma menina, jamais. O que ocorreria na praça onde as meninas trocavam a escola pelo comércio do sexo, infantil. O estupro de vulneráveis descreve um crime de violação à dignidade individual posterior aquela que se retirou da casa e da escola para o comércio do sexo. O abuso sexual é o fim da linha de uma ordem social que ignora os direitos e as proteções devidas às meninas. Meninas de 12 anos não são corpos desencarnados de suas histórias. As práticas sexuais a que se submeteram jamais poderiam ter sido descritas como escolha autônoma – o bem jurídico tutelado não é a virgindade, mas a igualdade entre os sexos e a proteção infância. Uma menina de 12 anos explorada sexualmente em uma praça, que cabula aulas para vender sua inocência e ingenuidade aponta para uma realidade perversa que nos atravessa a existência. As razões que as conduziam a esse regime de abandono da vida, invisibilidade existencial em uma praça, denunciam uma violação estruturais de seus direitos”. (Débora Dinis, apud. Moreira,2015, p. 481)

A autora aponta uma situação que é presente em nossa sociedade, muitas meninas são exploradas sexualmente, e ainda julgadas e difamadas. uma verdadeira falta de humanidade, pessoas que se aproveitas da situação de vulnerabilidade em que vítima se encontra para cometer o estupro, que muitas vezes podem até levar a uma gravidez indesejada, ou até uma doença sexualmente transmissível etc.

Um dos fatores que contribuem para esse tipo de situação é a pobreza, onde as crianças muitas vezes não tem a proteção dos pais, vivem em situação de vulnerabilidade social, o que o deixa ainda mais vulnerável, tornando-o

vítima desses marginais, que usam o corpo de uma criança para satisfazer seus prazeres sexuais.

Carpez, diz que, “vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo”, aqui o legislador não se preocupou se a vítima tem ou não a capacidade de discerni quanto ao ato sexual, ou se a vítima já teve experiência sexual, ou se tem uma vida sexual precoce dedicada a prostituição, conforme o entendimento do dos Tribunais Superiores, veremos:

**“O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.”** (Súmula 593, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/10/2017, DJe 06/11/2017).

Diversas decisões versam sobre a proibição de manter conjunção carnal com menor de 14 anos, se o agente assim agir, incorrerá no tipo penal, estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do CP. Nesse sentido, a jurisprudência:

"[...] 1. Pacificou-se a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, segundo o sistema normativo em vigor após a edição da Lei n.º 12.015/09, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos configura o crime do artigo 217-A do Código Penal independentemente de grave ameaça ou violência (real ou presumida), razão pela qual tornou-se irrelevante eventual consentimento ou autodeterminação da vítima para a configuração do delito. [...]"  
(AgRg no REsp 1363531 MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2014, DJe 04/08/2014.

Graças as inovações trazidas pela 12.015/09, que proíbe a prática de conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra pessoa com idade menor de

14 (quatorze) anos, esses argumentos não serão mais considerados em nosso ordenamento jurídico, a título de isentar o infrator da culpa.

Pois o que a lei busca a todo tempo é proteger os vulneráveis, os que por algum fator não conseguem ter o discernimento necessário para prática do ato, quando se trata dos menores de 14 (quatorze) anos, sabemos que o corpo deles ainda estão em desenvolvimento, e eles precisam chegar na vida adulta, com sua saúde sexual saudável. E violentar o direito sexual de uma criança em desenvolvimento, com certeza vai lhe trazer consequências, traumas e frustração com a vida sexual.

Acontece que, muitas pessoas que foram exploradas sexualmente na infância não querem ter contato com sexo quando adulto, pelos traumas vividos quando criança, outras sofrem com infertilidade, não podem ter filhos, e são diversos danos que esse tipo de delito causa na vida das vítimas.

#### **3.4. QUANTO AO ERRO DE TIPO.**

No entendimento de Nucci (2016), “além do debate acerca da vulnerabilidade – se absoluta ou relativa -, é preciso considerar a hipótese de ocorrência de *erro de tipo*”. Que consiste, na hipótese, de uma pessoa de 14 anos aparentar ter mais idade, e alguém manter relação sexual com a mesma, ou qualquer ato libidinoso, por não saber que se tratava de menor de 14 anos. Nesse caso se ficar comprovado, que realmente a pessoa aparentava ter mais idade, o dolo poderá ser afastado.

“A norma do artigo 217-A, do Código penal, protege a menor de 14 anos por considera-la vulnerável, razão pela qual seu consentimento mostra-se irrelevante para a configuração do delito. Comprovado que o réu incorreu em erro sobre circunstância elementar do tipo, qual seja, a idade da vítima, resta afastar o dolo de sua conduta, impondo-se a absolvição. Recurso de Apelação provido para absolver o apelante, nos termos do artigo 386, III, do CPP”. (TJAM, Ap. Crim. 004582/2015-MA, 2.ª C. Crim., rel. José Luís de Oliveira de Almeida, 30.04.2015, v.u. apud. Nucci, p.1157, 2016).

Nota-se que, nesse caso não o consentimento da vítima é irrelevante, mas fato de que, em razão desse desconhecimento, o agente venha manter conjunção carnal com a vítima acanhando que é maior de 14 anos, o que torna o delito atípico, com isso, o agente não cometera crime de estupro de vulnerável. com isso, as divergências doutrinárias continuam no sentido de que o fator etário da vítima, por se só não é suficiente para caracterizar a vulnerabilidade. Já dizia José Henrique, (apud. Gilaberte, 2020, P.100). “A fixação de uma idade como limite de validade de consentimento é de pessoas todo inaceitável, pois amadurecimento fisiológico de uma pessoa não segue padrões fixos, variando de indivíduo para indivíduo” (...).

Nesse contexto observamos que, há uma necessidade em o judiciário analisar cada caso concreto, pois a sociedade é composta de pessoas diferentes, tem menina que tem 13 anos de idade, que aparenta ter mais idade, devido ao desenvolvimento hormonal, o que dificultaria na identificação, sendo necessário a comprovação da idade por certidão de nascimento, nesse sentido a Jurisprudência já decidiu:

“Uma vez demonstrado nos autos que pelas circunstâncias fáticas o réu desconhecia ser a vítima menor de 14 (quatorze) anos de idade, mormente em razão de sua avançada compleição física e diante de seu "convite" à prática da conjunção carnal, imperioso o reconhecimento do erro sobre elementar do tipo penal escusável, de modo a se afastar dolo (CP, art. 20), tornando o fato atípico e ensejando a absolvição pela prática do crime de estupro de vulnerável (CP, art. 217-A), com fulcro no art. 386, VI do Código de Processo Penal. A título de reforço argumentativo e em que pese a posição majoritária dos tribunais superiores no sentido de a presunção de vulnerabilidade ser absoluta, com a evolução social e, em vista à transformação da cultura e costumes, referida presunção prevista no art. 217-A do CP deve sofrer relativização em casos excepcionalíssimos, nos quais se é possível visualizar a maturidade sexual da vítima, de modo que, mesmo de idade biológica abaixo daquela elementar do tipo, não detém mais a inocência a ser resguardada por meio do comando normativo em destaque”.

(TJ-SC - APR: 20130867943 Videira 2013.086794-3, Relator: Salete Silva Sommariva, Data de Julgamento: 13/05/2014, Segunda Câmara Criminal).

A doutrina considera também, o afastamento do tipo penal em casos que a vítima menor de 14 anos, mantenha um relacionamento (união estável), quando se tratar dois adolescentes, sendo necessário uma análise no caso concreto, afim de se evitar uma injustiça.

No entanto “não estar se defendendo a união entre um maior e uma criança, mais entre rapaz e uma adolescente. Ao menos nesses casos é preciso que os juízes considerem relativa à vulnerabilidade, atestando a atipicidade do fato”. (Nucci, 2016) Assim descrita na jurisprudência: TJAC:(apud. Nucci, 2016, p. 1158).

“(…) O *erro aetatis* evidencia a ausência do dolo necessário à configuração do delito de estupro de vulnerável. ocasionando, conseqüentemente, o reconhecimento da atipicidade do fato, eis que ausente ameaça ou violência e presente o consentimento da menor.3. Não se mostra plausível a manutenção da condenação do apelante por crime de estupro de vulnerável, quando comprovado a convivência da ofendida com o denunciado, em união estável, notadamente considerando a importância da família que, segundo a própria Constituição Federal, em seu art. 226 tem especial proteção do Estado. 4. Recurso provido”.

(Ap. 0500412-35.2011.8.01.0081-AC, C. Crim., rel. Francisco Djalma, 19.03.2015, v.u. apud. NUCCI, 2016, P. 1158).

No entanto, é notável que uma menina menor de 14 anos que tem uma vida voltada para a vida sexual, ou que decidiu constituir família, e seus pais consentiram, ou não puderam evitar que ela fosse morar com o namorado, de fato, faz se necessário uma análise de cada caso. Pois a sociedade vive em constante mudança, os costumes, as pessoas mudam, precisamos acompanhar o desenvolvimento social, não no sentido de banalizar os direitos a dignidade sexual dos vulneráveis, mas numa forma de ponderar cada situação.

### **3.5 A REVOGAÇÃO TÁCITA DO ART. 9º DA LEI 8.072/1990 – lei dos Crimes Hediondos**



Com as inovações trazidas pela lei 12.015/2009, o estupro de vulnerável foi inserido no rol dos Crimes Hediondos, especificamente no (art.1º, inc. VI, da lei 8.072/1990). Visto que, com as inovações trazidas pela lei 12.015/2009, o estupro de vulnerável foi VI, da lei

O Crime de estupro é repudiado por todos, e se torna mais odioso ainda quando praticado contra vulnerável, pela forma cruel como são praticados, e pelos danos irreparáveis e irreversíveis que causa as vítimas. com isso, o legislador entende há uma necessidade de se punir esse delito com mais rigor.

Grego, afirma que ao longo de anos, sem haver um consenso definitivo, debaterem a doutrina e a jurisprudência se a presunção de violência, prevista no art. 224, em particular no tocante à pessoa menor de 14 anos, seria absoluta (não comportando prova em contrário) ou relativa (comportando prova em contrário).

Visto que as vezes os tribunais decidiam, no sentido de que a vulnerabilidade da vítima menor de 14 anos, como sendo relativa, pois dependendo do caso em concreto, não seria crime de estupro de vulnerável quando um se praticava ato sexual com menor de 14 anos que já tivesse experiencial sexual com outra pessoa. Com as inovações trazidas pela lei 12.015/2009, que caracteriza o estupro de vulnerável a prática qualquer ato relacionando como prazer sexual contra as pessoas previstas no artigo 217-A do código Penal, não será possível mais essa relativização quando se tratar de idade da vítima, deixando de lado qualquer discussão acerca da presunção de violência, para o tipo penal não importa se houve violência ou não.

Com a redação que lhe deu a Lei n. 12.015/09, o artigo 1º, incisos V e VI, da Lei n. 8.072/90, dispõe que *são considerados hediondos os seguintes crimes [...]: V estupro (art. 213, caput e 1º e 2º); VI estupro de vulnerável (art. 217-A, caput e 1º, 2º, 3º e 4º)*. A menção clara às figuras do *caput* e dos parágrafos não deixa dúvida quanto à hediondez tanto das modalidades simples como das qualificadas desses delitos, pondo fim à controvérsia teórico-jurisprudencial sobre a aplicabilidade da Lei dos Crimes Hediondos ao crime de estupro simples (e atentado violento ao pudor simples), ou com violência presumida, na anterior fórmula com que o Código Penal tratava a matéria. (apud, Nova Criminologia)

Observa-se que o delito tipo penal do artigo 217-A do CP, é considerado crime hediondo independente de sua forma se tentada ou consumada, o fato de ser praticado contra vulnerável já classifica-o como crime hediondo, seja pela falta de capacidade para consentir ou pela idade menor de 14 anos, ou por enfermidade mental ou por qualquer outro meio que lhe impeça de oferecer resistência, pois o ato sexual precisa ser consentido, prazeroso para ambas as partes. Violar o direito à liberdade sexual da pessoa vulnerável, além de ser uma crueldade é uma violação a sua Dignidade Humana garantia dada pela nossa Constituição Federal em seu artigo 1º, inciso III.

*Ter* (conseguir, alcançar) *conjunção carnal* (cópula entre pênis e vagina) ou *praticar* (realizar, executar) outro *ato libidinoso* (qualquer ação relativa à obtenção de prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém *enfermo* (doente) ou *deficiente* (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não possua o *necessário* (indispensável) *discernimento* (capacidade de distinguir e conhecer o que se passa, critério, juízo) para a prática do ato, bem como com alguém que, por outra *causa* (motivo, razão), não possa oferecer *resistência* (força de oposição contra algo). As figuras estão previstas no *caput* e no § 1.º, do art. 217-A. A pena é de reclusão, de oito a quinze anos. (Nucci, p. 694, 2016).

O tipo penal traz a pena base para quem pratica o delito de estupro de vulnerável, o autor traz ainda nos seus parágrafos as formas qualificadas do crime, como no parágrafo 3º, vejamos:

Se da conduta do agente, exercida com violência ou grave ameaça, resultar lesão corporal de natureza grave (são as hipóteses descritas no art. 129, §§ 1.º e 2.º, do CP) para a vítima, a pena é de reclusão, de dez a vinte anos. O delito qualificado pelo resultado poder dar-se com dolo na conduta antecedente (violência sexual) e dolo ou culpa quanto ao resultado qualificador (lesão grave). Logo, são as seguintes hipóteses: a) lesão grave consumada + estupro consumado = estupro consumado qualificado pelo resultado lesão grave; b) lesão grave consumada + tentativa de estupro = estupro consumado

qualificado pelo resultado lesão grave, dando-se a mesma solução do latrocínio (Súmula 610 do STF).

Consultar o item “hipóteses possíveis”, comentando o art. 157 (Capítulo II). O crime é hediondo (art. 1.º, V, da Lei 8.072/90). (Nucci, p. 694, 2016)

Observa-se que nos crimes de estupro de vulnerável, o crime se consuma com a prática de qualquer ato libidinoso, se dar prática ou tentativa causar lesão grave a vítima, o crime será qualificado, com a pena de 10 a 20 anos, sendo que deve ficar claro que a lesão decorreu da prática do estupro ou da tentativa e estupro.

No parágrafo 4º do referido artigo traís a hipótese da qualificadora pelo resultado morte:

Se da conduta do agente, exercida com violência ou grave ameaça, resultar em morte da vítima, a pena é de reclusão, de 12 a 30 anos. O crime pode ser cometido com dolo na conduta antecedente (violência sexual) e dolo ou culpa quanto ao resultado qualificador (morte). Afiguram-se as seguintes hipóteses: a) estupro consumado + morte consumada = estupro consumado com resultado morte; b) estupro consumado + homicídio tentado = tentativa de estupro seguido de morte; c) estupro tentado + homicídio tentado = tentativa de estupro seguido de morte; d) estupro tentado + homicídio consumado = estupro consumado seguido de morte. Tecnicamente, dá-se uma tentativa de estupro seguido de morte, pois o delito sexual não atingiu a consumação. Porém, tem-se entendido possuir a vida humana valor tão superior à liberdade sexual que, uma vez atingida fatalmente, deve levar à forma consumada do delito qualificado pelo resultado. (Nucci, 2016, p. 695)

Verifica-se que aqui mesmo que o delito sexual não tenha se consumado, e dessa tentativa cause a morte da vítima, o agente irá responder pelo delito de estupro de vulnerável seguido de morte, uma vez que o bem maior que o ordenamento jurídico busca proteger é a vida, o que torna o delito qualificado pelo resultado morte.

Muitas vezes o delito de estupro de vulnerável é praticado contra criança ou até bebê, que não resiste as lesões causadas pela pratica do ato sexual, e vem a óbito, ou é acometida de uma doença sexualmente transmissível, nos casos das meninas com 13 anos que já se encontra na puberdade pode lhe ocorrer uma gravidez, e ela ter que se submeter a cirurgias para retirar o feto, são diversas as conseqüências que um estupro praticado contra vulnerável pode causar a vítima.

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL COM RESULTADO MORTE (ART. 217-A, §1º E § 4º, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PLEITO ABSOLUTÓRIO ANTE A INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS FIRMES E COERENTES DAS TESTEMUNHAS ALIADAS AO RESULTADO DOS LAUDOS PERICIAIS CADAVERÍCO, PAPILOSCÓPICO E DE EXAME DE DNA QUE RESPALDAM A PRÁTICA DELITIVA PELO ACUSADO. CONDENAÇÃO INAFASTÁVEL. IGUALMENTE INVIÁVEL A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DESCRITO NO ART. 213 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE RESISTÊNCIA DA VÍTIMA DEVIDO A SUA AVANÇADA IDADE. RESULTADO MORTE DEVIDAMENTE COMPROVADO. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Impossível a absolvição quando os elementos contidos nos autos, corroborados pelos laudos periciais cadavérico, papiloscópico e de exame de DNA, bem como os depoimentos das testemunhas, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação. Logo, se do conjunto probatório emergem incontestes quer a materialidade, quer a autoria delitiva, revela-se correta a decisão condenatória e inaplicável o princípio do in dubio pro reo. 2. Devidamente comprovado que a vítima enquadra-se nas condições descritas nos § 1º e § 4º do art. 217-A do Código Penal, não há falar em desclassificação.

(TJ-SC - APR: 00009671620158240086 Otacílio Costa 0000967-16.2015.8.24.0086, Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 07/02/2017, Primeira Câmara Criminal). (Jus Brasil).

Greco (2016) explica que os resultados que qualificam a infração penal somente podem ser imputados ao agente a título de culpa, cuidando-se, outrossim, de crimes eminentemente preterdoloso. No sentido de que fique provado que os resultados lesões corporais grave ou a morte da vítima só existiu em decorrência do estupro, e que a intenção do agente era praticar ato sexual ou ato libidinoso com a vítima incapaz de praticar tal ato. A classificação de um crime como hediondo traz as seguintes consequências:

É inaplicável a anistia, graça, indulto e fiança (art. 2º, I e II, Lei 8.072/1990), além de impor o regime fechado como obrigatório para o início de cumprimento de pena (art. 2º, § 1º, Lei 8.072/1990).

No cumprimento da pena, o condenado por crime hediondo só terá direito à progressão de regime, após o cumprimento de 2/5 da pena, se for primário, ou de 3/5 se reincidente (art. 2º, § 2º, Lei 8.072/1990). A progressão de regime em crimes não hediondos se dá com 1/6 da pena (art. 112, LEP).

O livramento condicional exige o cumprimento de 2/3 da pena, desde que o apenado não seja reincidente em crime hediondo ou equiparados. Caso seja reincidente em crime hediondo ou equiparado, não terá direito ao livramento condicional (art. 83, V, CP).

No que se refere à prisão temporária, o prazo de duração, em investigação de crime hediondo, será de 30 dias, prorrogáveis por igual período. (art. 2º, § 4º, Lei 8.072/1990). A prisão temporária em crime não hediondo tem o prazo de 5 dias, prorrogáveis por mais 5 (art. 2º, da Lei 7.960/1989)

Observa-se que o indivíduo condenado por crime de estupro de vulnerável, ficará privado de alguns benefícios previstos na LEP (lei de execução penal), pois estará sujeito as regras contidas na lei dos crimes hediondos.

#### **4 A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.**

O crime de estupro de vulnerável geralmente são praticados na clandestinidade, as escuras longe de possíveis testemunhas, e não costuma deixar de vestígios de provas.

Por se tratar de um crime considerado hediondo com penas consideravelmente altas, há uma preocupação acerca da valoração da palavra da vítima, pois existe diversos fatores que podem refletir nas declarações da vítima. Como por exemplo a alienação parental, as falsas memórias bastante utilizadas por crianças, o próprio emocional da vítima, por se sentir pressionada a contar o ocorrido, reviver a situação, o que pode interferir no depoimento da vítima.

Com isso o ordenamento jurídico criou o art. 12 da Lei n.º 13.431/2017 criou a Lei do Depoimento sem Dano, para facilitar ou para minimizar os danos que uma criança ou adolescente passa na quando tem que prestar depoimento da violência que sofreram, nos casos de estupro as vítimas já vão ao judiciário cheias de receios, pois sabe-se que não é fácil para um adulto, pior quando se fala de criança ou adolescente que teve sua dignidade sexual violada, ficar em frente a um Promotor ou até juiz e contar todo o ocorrido. Com isso o artigo 12 da referida lei dispõe:

O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I – os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II – é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III – no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV – findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes

técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V – o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI – o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§1.º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

§2.º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§3.º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4.º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5.º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§6.º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.

Porém, as declarações da vítima nos crimes de estupro de vulnerável, precisam estar alinhadas com as demais possíveis provas, uma vez que o a palavra da vítima vulnerável corre o risco de sofrer influência. Não que o juiz deve ter dúvida quanto a palavra da vítima, mas deve levar em consideração a linearidade do depoimento da vítima com as demais provas contidas nos autos.

O código de Processo penal em seu art. 203 traís em seu texto que, “A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e que lhe for perguntado” [...]. Pois, a prova testemunhal é um meio de prova muito importante em nosso ordenamento jurídico, no entanto, o mais

perigoso, pelo fato de ser fácil de ser manipulado, principalmente quando se trata de depoimento de criança.

No estupro de vulnerável como visto anteriormente os vulneráveis para fins de classificação do delito de estupro de vulnerável estar previsto no artigo 217-A do CP, por isso, deve se analisar cada caso concreto no tocante ao depoimento da vítima, que o juiz ao se deparar com o crime de estupro de vulnerável, possa dar o real valor as declarações prestadas pela da vítima e fazer uma comparação com as demais provas, analisar o estado emocional e psicológico vítima, afim de evitar a insegurança jurídica.

“O depoimento infantil tem valor probante quando se mostrar consistente e harmônico com outros elementos de provas (TJMT, Ap nº 5553/2010 – Primeira Câmara Criminal – 19.1.2012). Somente deve ser relativizado ou até desconsiderado quando: a) a imaturidade orgânica da criança implicar em imaturidade funcional, ocasionando desenvolvimento psíquico incompleto; b) a imaginação atuar de forma dúplice, como meio de defesa (mentira defensiva ou interesseira) ou de satisfação de desejos (brinquedos fantasiosos); c) houver sugestibilidade acentuada das crianças; d) existir imaturidade moral (TJDFT, APR nº Apelação Criminal nº 20090111884089 – Relator : Des. George Lopes Leite – 16.4.2012). “Nos delitos de natureza sexual a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a teimosa e isolada inadmissão de responsabilidade do réu”. [...]

(TJ-MT - APR: 00048045920108110040 MT, Relator: MARCOS MACHADO, Data de Julgamento: 03/09/2019, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 04/09/2019). [...] (Jus Brasil,).

É notável que o entendimento dos tribunais acerca das declarações da vítima é de fundamental importância, uma vez que, na maioria dos casos, a palavra da vítima é o único meio de prova, o que dificulta o processo de investigação para se chegar a autoria do delito, pois o ordenamento jurídico entende que há uma necessidade de o depoimento da vítima ter consonância com as demais provas.

Estudos mostram que é comum as crianças acreditar em fantasias, situação em que a criança relata algo, que nunca existiu como se fosse real, pois parte do imaginário e ela realmente acredita que viveu aquela situação (as



falsas memórias) um fenômeno existencial no meio infantil, o que leva a necessidade de uma análise minuciosa das provas testemunhal, quando elas forem as únicas possíveis para o juiz se basear. Outro fator corriqueiro que tem levado o judiciário a erro, são os casos em que a mãe com a intenção de se vingar do ex. esposo, influencia a criança a acusar o pai de violência sexual. situação que pode levar o juiz a condenar um inocente de forma severa.

Vale ressaltar que o objeto do trabalho não é fazer com o juiz duvide da palavra da vítima, mais que seja observada de forma minuciosa levando em consideração todos esses fatores que podem atrapalhar o real discernimento do juiz. Com isso a presença de profissional em psicologia durante o depoimento da vítima é de fundamental importância, no sentido de entender quando a criança está fazendo referência a fatos reais e quando se tratar de imaginário da criança, ou que a criança está falando algo só para agradar alguém.

#### 4.1 CRIME PRATICADO NA CLANDESTINIDADE: AUSÊNCIA DE PROVAS

A prova é um instrumento é um instrumento fundamental no processo penal brasileiro, utilizado para a busca da autoria e materialidade do crime e serve como base para o convencimento do juiz no momento de aplicar uma sentença.

É notável que nos crimes de estupro de vulnerável há uma carência de prova testemunhal, pelo fato de serem praticados longe de possível testemunha. Uma vez que esse tipo penal, se consuma de várias formas, não exigindo o resultado a prática do ato sexual em si, sendo considerado estupro a prática de qualquer ato libidinoso contra uma pessoa vulnerável. Ocorre que, além da palavra da vítima, constitui meio de prova o exame de corpo de delito e outros, sendo que pode haver situações em que não exista mais vestígio do delito em decorrência do tempo, ou por não ter deixado vestígios mesmo, exemplo casos em que o agente pratica apenas atos preliminares ao sexo com a vítima.

"Provas médico-legais que comprovem o abuso sexual de crianças e adolescentes são de grande importância na identificação e na responsabilização do agressor, que pode ser o pai, o padrasto ou o

irmão. É comum que a ausência de comprovação da violência seja entendida como falsa alegação ou inexistência de crime sexual por médicos legistas policiais e promotores de justiça. O fato de que uma das características dos crimes de abuso sexual seja de não deixar traumas físicos severos, devido a não resistência de suas vítimas, não tem sido corretamente avaliado pelas instâncias competentes." (de Ferrari, Dalka Chaves Almeida, Pere... A violação de direitos de crianças e adolescentes)

O código de Processo Penal traz expressamente no seu a seguinte redação: "Não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá supri-lhe a falta".

Segundo Stenier (2019, p. 117) "do ponto de vista etimológico a palavra prova vem do *latim proba*, cujo significado é aquilo que possui força suficiente para demonstrar que uma dada afirmação é verdadeira". Extrai-se desse entendimento que a prova testemunhal em alguns casos pode ser usada como único meio de prova, quando faltar outro.

Para o autor a prova visa à tem uma tarefa reconstrutiva, uma missão histórica, havendo profunda analogia entre a missão do juiz e a do historiador, pois ambos reconstróem e interpretam fatos pretéritos.

Observa-se que o principal objetivo da prova é levar ao conhecimento do juiz declarações de fatos tidos como verdade, pois a parti delas que o juiz irá se basear para tomar a decisão, claro que existe outros meios de prova que o juiz faz a junção a para assim tomar a decisão, mas uma declaração que não condiz com a verdade, poderá levar o juiz a erro e condenar um inocente, ou absolver um culpado.

"O alicerce que estriba a acusação repousa exclusivamente na palavra da criança. Por esta razão, a valoração do depoimento da menor vítima será apreciada pelo juiz de acordo com a verossimilhança com os fatos narrados, sua coerência e a harmonia com o conjunto probatório levado aos autos". (publicado por, Quintino, 2020)

Vale destacar a importância no tocante a comparação do depoimento da vítima com outros elementos que levam a materialidade e a autoria do crime, pois vimos que o juiz dar um valor probatório a palavra da vítima, quando não encontra vestígios da prática do delito.

Segundo o autor “a jurisprudência está assentada que a palavra da vítima, mesmo contando com tenra idade, merece credibilidade e assume papel de grande importância na apuração dos fatos, compondo, quando possível, o material probatório que lastreará a condenação”. Uma vez que, o estupro de vulnerável muitas vezes são praticados logos de possível prova.

#### 4.2 OS RISCOS DA CONDENAÇÃO INJUSTA. GARANTIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

A garantia do contraditório e ampla defesa decorre do texto do art. 5º LV da Constituição Federal que prevê:

“Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

**LVII** - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória [...] (CF/88).

Nos crimes de estupro de vulnerável a jurisprudência tem entendimento consolidado, no sentido de mesmo quando não há provas indicando a materialidade do delito, é possível que o juiz decida tendo como base apenas a palavra da vítima, o que fica evidente uma possível condenação injusta, pois existe casos em que a vítima depois de ter dado depoimento relatando que fora vítima de estupro, se arrepende, e voltar a falar a realidade dos fatos, sendo que pode o acusado já estar cumprindo pena por um crime que não cometeu.

Dito isto, ver-se uma necessidade de o juiz fazer um comparativo entre o depoimento da vítima e as possíveis provas, pois o princípio da presunção de inocência traz a reflexão de que ninguém será considerado culpado até que se prove em contrário. Deixando claro a grande importância dos meios de prova para o Processo Penal.

A doutrina define a prova como um meio para buscar a realidade dos fatos, nas quais, o juiz irar formar sua convicção.

Lopes explica que o contraditório pode ser tratado como um método de confrontamento da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo protestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune as penas arbitrárias e desprovidas). É impossível para a própria existência da estrutura dialética do processo. (Lopes, p. 97, 2017).

O autor esclarece que o próprio princípio evidencia a necessidade de se comparar as provas existentes, afim se chegar a verdade dos fatos, pois os efeitos de uma condenação injusta pode trazer danos irreparáveis para o acusado, pois sabe-se que os acusados desse tipo de delito não são bem recepcionados dentro das selas, pois os próprios colegas de sela os repudiam. Muitos são os relatos de pessoas acusadas de crime de estupro de vulnerável que sofreram retalias dentro do cárcere, as vezes até estuprados pelos outros presos.

APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR. DEFESA TÉCNICA DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO CONCRETO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. IMPROCEDÊNCIA. Estupro. Palavra da vítima. Conjunto probatório harmonioso. Hímen complacente. Condenação mantida. Continuidade delitiva. Fração máxima. Redução. Impossibilidade. Constatado o oferecimento de defesa prévia, o comparecimento à audiência e a apresentação de alegações finais, devidamente bem fundamentadas, fica afastada a alegação de deficiência da defesa por parte do defensor nomeado, porquanto não caracterizado prejuízo. Descrevendo a peça acusatória claramente a conduta do réu que praticava conjunção carnal e outros atos libidinosos com a vítima, consistente em sexo anal e oral, chantageando a ofendida, de modo a permitir o exercício da ampla defesa, não há falar em inépcia da denúncia. Mesmo que o laudo pericial tenha apontado ser a adolescente virgem, por apresentar hímen complacente, a palavra da vítima que sustentou, durante todo o processo, a mesma narrativa dos fatos, em harmonia com o conjunto probatório, mostra-se suficiente para condenar o réu, não subsistindo a tese da fragilidade probatória. É cabível a fixação da fração máxima de aumento pela continuidade delitiva, quando comprovado nos autos que o réu manteve relações sexuais com a vítima, inúmeras vezes, pelo período de cinco anos. (Apelação, Processo nº 0033884-42.2007.822.0501, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Criminal, Relator (a) do Acórdão: Des. Valdeci Castellar Citon, Data de julgamento: 06/09/2016)

(TJ-RO - APL: 00338844220078220501 RO 0033884-42.2007.822.0501, Relator: Desembargador Valdeci Castellar

Citon, Data de Julgamento: 06/09/2016, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 14/09/2016.)

Vale dizer, que o princípio do contraditório e ampla defesa é o direito que o acusado tem para contradizer as acusações feitas a ela, pois vimos que a nossa Carta Magna não faz distinção de pessoa, todos devem ser respeitados e fazer jus ao direito a ele pertencente. Lopes afirma que, “o juiz deve dar “ouvido” a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido”, pois é a através do exercício do contraditório que surge a defesa, e conseqüentemente ao ouvir as duas partes e o juiz terá condições para proferir uma sentença justa.

Ouro situação que pode ocorrer nos crimes de estupro de vulnerável é quando a vítima erra ao fazer a prova de reconhecimento do acusado, visto que a vítima desse tipo de delito, muitas vezes sofre danos físicos, sociais e psicológicos, e um dos meios de obtenção de provas contra o acusado é o reconhecimento, nesse momento a vítima já se encontra com seu emocional alterado, acometida de ressentimento, ódio, nojo e vergonha, querendo que a justiça seja feita. O que pode ocorrer de é a vítima se equivocar, e apontar como acusado uma pessoa parecida com o criminoso, ou qualquer outra pessoa com a intenção de se livrar daquele transtorno, ou para fazer a vontade de outrem.

Vejamos exemplos de pessoas condenadas injustamente pelo crime de estupro:

**Artista plástico Eugênio Fiúza de Queiroz foi acusado injustamente por 5 crimes. Segundo Justiça, inocência ficou comprovada quando o verdadeiro autor dos crimes, Pedro Meyer, foi reconhecido em 2012.**



Segundo a Justiça, Queiroz ficou preso enquanto o verdadeiro estuprador, Pedro Meyer, que ficou conhecido como "maníaco do Anchieta", estava solto. Somente em 2012, o ex-bancário foi preso ao ser reconhecido pelas vítimas como o verdadeiro autor dos crimes.

Na ação, ele citou ainda que, durante o período em que esteve preso, perdeu o contato com a família, em especial com o filho. Só depois de sair da prisão, ele descobriu a mãe dele e cinco irmãos haviam morrido. (Por **G1 Minas** — Belo Horizonte 11/10/2019 10h01).

Percebe-se que essa pessoa foi acusada de praticar vários crimes de estupro, apontado como suspeito ao ser reconhecido na rua, e ficou 18 anos preso por um crime que não cometeu, perdeu esse tempo todo se sua vida, perdeu familiares e muitos danos psicológicos e sociais também. O que nos leva a refletir acerca da responsabilidade que se assume ao analisar a palavra da vítima como único meio de provar um crime de tanta repercussão social e moral, tanto para a vítima quanto para o acusado, trazendo para o judiciário a necessidade de se investigar mais, de procurar outros meios que leve a autoria do crime, pois a condenação injusta também trais danos irreparáveis na vida do ser humano que tem os mesmos direitos que a vítima tem em prestar seu depoimento e ser ouvido, vejamos mais exemplos:

Condenado a dez anos de prisão após uma acusação de estupro inventada por uma adolescente, Cleber Michel Alves, 41 anos, foi inocentado e solto. A informação é do site Ponte.

O homem foi preso em 20 de setembro de 2016, acusado de estuprar uma menina de 13 anos em 2 de setembro daquele ano. No último 16 março, a adolescente que o havia denunciado desmentiu a história

junto ao Ministério Público Estadual em Cerquilha, no interior de São Paulo.

A adolescente esclareceu que havia inventado a denúncia de estupro para que a família não descobrisse que ela havia passado a tarde com o namorado.

Em seu primeiro depoimento, a jovem contou que Cleber a havia encontrado perto de sua escola, em Cerquilha, por volta das 13h, e a teria forçado a entrar em seu carro. Em seguida, de acordo com a denúncia da adolescente, ele a teria amarrado-a em uma árvore e a violentado até o anoitecer. (Publicado em 22/04/2020 às 7:09 Por Redação Jornal de Brasília).

Esso tipo de caso continua acontecendo dentro do judiciário brasileiro, uma certa falha nas investigações, em um crime de tão repudiado pela sociedade, com penas extremamente altas. Torna evidente que o judiciário deve analisar com mais cautela as provas apresentadas e os depoimentos de vítimas desses crimes tão odiosos pela sociedade, pois muitas vezes a mídia também contribui para o erro judicial, uma vez que quando se ouve falar de estupro de vulnerável, todos querem que prenda o acusado, não se preocupando que o acusado, naquele momento ainda não é culpado, e sim suspeito. Mais a mídia ao anunciar de forma a entender que o suspeito realmente é culpado, pode interferir no resultado das investigações, pois o ódio já está enraizado na cabeça das pessoas, por se tratar de um crime tão covarde e cruel.

## CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou em sua essência o estudo acerca do crime de estupro de vulnerável, com destaque especial no tema a respeito do conceito de vulnerável introduzido no ordenamento jurídico, através da lei 12015/2009, que introduziu o artigo 217-A no código Penal brasileiro.

Trazendo consigo algumas modificações no tocante ao conceito de vulnerável, especificamente quanto a idade da vítima, qual seja, comete crime de estupro de vulnerável quem mantém conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso contra menor de 14 anos, enfermo, deficiente ou que por qualquer motivo não possa oferecer resistência.

durante a pesquisa verificou-se que o legislador ao trazer essa definição para o crime de estupro de vulnerável, ele quis proteger todos aqueles que não tem a real capacidade para consentir quanto ao ato sexual. deixando de lado a presunção de violência antes trazida pelo artigo 224 do código penal, pois agora a violência não é pré-requisito para caracterizar o delito.

Houve mudança também quanto a consumação do delito, não precisa que a conjunção carnal aconteça para o crime se consumir, basta qualquer ato libidinoso contra qualquer desses vulneráveis descritos anteriormente, que o crime já se consuma.

vimos também que com o advento do estatuto da pessoa com deficiência, as pessoas portadoras de deficiência mental são consideradas relativamente incapaz, não sendo impedido de construir família e ter filhos. Pois o que a lei 12015/2009 quis proteger é a dignidade sexual dessas pessoas consideradas vulneráveis, que não tem a real capacidade de discernir quanto ao sexo, ou que por algum motivo estar impedida de resistir.

No entanto, observamos também que existe casos em que a vítima desse tipo de delito são crianças ou adolescentes, e que esses crimes costumam acontecer na clandestinidade longe de possíveis testemunhas e sem deixar vestígios para possíveis provas. Ocorre que nesses casos o resta para o judiciário analisar é o depoimento da vítima, essa que já se encontra em estado emocional abalado, traumatizada, com medo e vergonha. o que poderá interferir significativamente nos resultados da investigação.

Como vimos esse tipo de crime é grave, trais consequências gravíssima para a vítima, é tanto, que esse delito estar no rol dos crimes hediondos, com



penas consideravelmente altas, e com cumprimento de pena de forma mais rigorosa.

Com isso, ao se condenar um indivíduo utilizando-se somente um meio probatório, há grande risco, que podem resultar numa condenação injusta de um inocente atribuindo-lhe a carga de culpado por a prática de um crime tão odioso e repugnante pela sociedade.

Contudo, percebe-se que há uma dificuldade na apuração do desse tipo de delito, a ponto de identificar a real veracidade dos fatos, principalmente quando se trata de criança. Com isso, o judiciário pode utilizar o método de apuração o depoimento sem dano, pois sabe-se que, não é fácil para uma criança enfrentar uma sala de audiência relatar tudo que ocorreu, de forma a reviver aquele momento, aquelas lembranças drástica.

Considerando todo o estudo realizado, verifica-se que, há uma necessidade muito grande em se fazer uma apuração minuciosa nesses tipo de crime, a fim de se chegar mais próximo possível da realidade dos fatos, dando a importância necessária a todos os meios de provas, levando em consideração não só a palavra da vítima, mas também o depoimento do acusado. De forma a observar se há uma linearidade entre o depoimento da vítima as possíveis provas e o depoimento do acusado. Pois sabe-se que os riscos uma condenação injusta existe quando estamos diante de um crime com carência de provas. Principalmente quando se trata de crime hediondo, o qual o condenado irá receber penas altíssimas e com regimes de cumprimento de pena bastante rigorosa.

Vale destacar aqui, que o objetivo da pesquisa jamais é defender a impunidade do agente. Mas uma reflexão acerca dos riscos iminente de uma condenação injusta nos casos em que não há provas suficientes para incriminar o acusado. Visto que existe casos de pessoas condenadas injustamente por um crime tão desprezado pela sociedade, e que pode causar danos irreparáveis para o acusado.

Desta forma, o que se busca é evitar a insegurança jurídica e o respeito a garantia constitucional que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” [...].

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

[josenabucofilho.com.br/home/direito-penal/parte-especial/estupro-de-vulneravel-art-217/](http://josenabucofilho.com.br/home/direito-penal/parte-especial/estupro-de-vulneravel-art-217/)

<https://anabirolli.jusbrasil.com.br/artigos/925441056/mariana-ferrer-a-importancia-das-provas>

MASSON, Masson. Código Penal comentado, rev. atual. e ampl. 5ª ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Método, 2017.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, parte especial, arts. 213 a 359-H.14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. (livro digital)

GRECO, Rogério. Curso de parte especial, volume 3. rev. ampl. e atual. arts. 213 a 361. ed. 13ª. Niterói, RJ: Impetus, 2016.

STOLZE, Pablo, e PAMPLONA, Gagliano. Manual de Direito Civil, volume único. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (livro digital)

<https://blog.grancursosonline.com.br/12-teses-solidificadas-no-stj-sobre-os-crimes-contr-a-dignidade-sexual/>

[https://ww2.stj.jus.br/docs\\_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017\\_46\\_capSumulas593-600.pdf](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2017_46_capSumulas593-600.pdf)

MOREIRA, Guaracy filho. Código Penal Comentado. 5ª ed. São Paulo: Rideel, 2015. (Série Descomplicada).

[http://www.lex.com.br/noticia\\_27861712\\_ACUSADO\\_DE\\_ESTUPRAR\\_UMA\\_MULHER\\_EM\\_ESTADO\\_DE\\_EMBRIAGUEZ\\_E\\_CONDENADO\\_A\\_NOVE\\_A\\_NOS\\_DE\\_RECLUSAO.aspx](http://www.lex.com.br/noticia_27861712_ACUSADO_DE_ESTUPRAR_UMA_MULHER_EM_ESTADO_DE_EMBRIAGUEZ_E_CONDENADO_A_NOVE_A_NOS_DE_RECLUSAO.aspx) hora 02/11/20 13:37.

<http://crianca.mppr.mp.br/pagina-2068.html> (05/11/2020, 10:57)

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. (livro digital)

NUCCI, Guilherme de Souza, código penal comentado. - 16.ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.

GILABERTO, Bruno, Crimes Contra a dignidade Sexual, ed. 2ª. Rio de Janeiro: Freitas Batista Editora, 2020.

<https://leogsb96.jusbrasil.com.br/artigos/648777646/analise-do-artigo-217-a-do-codigo-penal-aspectos-polemicos-em-relacao-aos-vulneraveis> (02/11/20, 15:48)

GILABERTE, Bruno, Crimes Contra a pessoa. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, 2013.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860215136/recurso-em-habeas-corporis-rhc-118361-go-2019-0289027-0/decisao-monocratica-860215146>. (visto- 08/11/2020).

<https://nova-criminologia.jusbrasil.com.br/noticias/2160760/o-novo-estupro-e-a-lei-dos-crimes-hediondos-problemas-de-sobra>

<https://pt.scribd.com/document/148370135/Revogacao-Tacita-do-artigo-9%C2%BA-da-Lei-dos-Crimes-Hediondos> (José Donizeti da Silva).

<https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/923363638/estupro-de-vulneravel-e-a-prova-penal>. (17/11/2020).