

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

GUILHERME OLIVEIRA RIBEIRO

**A FRAGILIDADE DA CONDENAÇÃO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

JUIZ DE FORA – MG

2020

GUILHERME OLIVEIRA RIBEIRO

**A FRAGILIDADE DA CONDENAÇÃO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL
NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO:**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues

JUIZ DE FORA – MG

2020

GUILHERME OLIVEIRA RIBEIRO

**A FRAGILIDADE DA CONDENAÇÃO POR ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Artigo apresentado como Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do título de Bacharel em Direito na Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, na área de concentração Direito Processual Penal, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago
Universidade Federal de Juiz de Fora

Juiz de Fora, _____ de _____ de 2020.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a fragilidade da condenação por estupro de vulnerável no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a escassez dos meios de prova. Por se tratar de um delito, comumente, realizado na clandestinidade e com ausência de vestígios, doutrina e jurisprudência, pacificaram entendimento de que a palavra exclusiva da vítima confere motivação suficiente para uma eventual condenação. Entretanto, tal manobra jurídica deve ser encarada com muito cuidado, uma vez que os depoimentos de vítimas vulneráveis podem ser facilmente manipulados ou desfigurados, situações que podem causar enorme prejuízo ao réu, dada a ojeriza inerente ao crime. Por este motivo, faz-se imprescindível um estudo mais assíduo do caso concreto pelos operadores do direito, a fim de evitar uma condenação injusta.

PALAVRAS CHAVE: 1.Fragilidade da condenação 2.Estupro de vulnerável. 3.Clandestinidade. 4.Ausência de vestígios. 5.Palavra exclusiva da vítima.

ABSTRACT

The present work has as objective to analyze the fragility of the conviction for rape of the vulnerable in the Brazilian legal system, in view of the scarcity of evidence. Because it is a crime, commonly carried out in hiding and with no traces, doctrine and jurisprudence, they pacified the understanding that the victim's exclusive word gives sufficient motivation for an eventual conviction. However, this legal maneuver must be viewed with great care, since the testimonies of vulnerable victims can be easily manipulated or disfigured, situations that can cause enormous damage to the defendant, given the dislike inherent in the crime. For this reason, a more assiduous study of the specific case by the operators of the law is essential, in order to avoid an unfair conviction.

KEYWORDS:1.Fragility of conviction 2.Rape of the vulnerable 3.Out in hiding 4.No traces 5.Victim's exclusive word

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	7
2	GENERALIDADES DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL E A DIFICULDADE DE OBTENÇÃO DE PROVAS.....	8
2.1	CRIME CLANDESTINO.....	8
2.2	ATOS LIBIDINOSOS E A AMPLITUDE CONCEITUAL.....	9
3	ESPECIAL RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA.....	10
4	PROBLEMAS RELACIONADOS AO TESTEMUNHO DO VULNERÁVEL	11
4.1	VALIDADE DOS DEPOIMENTOS.....	11
4.2	A MENTIRA SUGERIDA: CONVÍVIO FAMILIAR CONTURBADO.....	11
4.3	POSSÍVEIS FANTASIAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA.....	13
4.4	FALSAS MEMÓRIAS.....	14
5	IN DUBIO PRO REU MITIGADO.....	18
6	CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E FÍSICAS PARA O RÉU CONDENADO INJUSTAMENTE.....	20
	CONCLUSÃO.....	21
	REFERÊNCIAS.....	23

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo analisar a fragilidade da condenação por estupro de vulnerável, tendo em vista a escassez dos meios de prova e, por consequência, a especial relevância dada à palavra da vítima nestes casos específicos.

Nesse contexto, há de se observar que, no processo penal, a condenação é pautada por indícios suficientes de autoria e materialidade, sendo que o primeiro exprime a certeza quanto ao agressor do bem juridicamente tutelado, enquanto o segundo aduz a existência da prova material do crime.

A partir desta tese, propomos que, assim como qualquer outro crime, a condenação deve ser alcançada com ausência de quaisquer dúvidas, seja em relação à autoria ou materialidade.

Dito isso, o ponto central da discussão advém justamente do modo como, especialmente nos crimes de estupro de vulnerável, estas provas são conquistadas, levando-se em consideração a dificuldade de obtenção das mesmas.

Doutrina e jurisprudência acabaram por corroborar com a ideia de que, em razão das peculiaridades envolvidas nestes crimes, a palavra exclusiva da vítima ocasionaria motivação suficiente para uma eventual condenação.

Entretanto, tal artifício jurídico tem gerado certo desconforto no que diz respeito à prestação jurisdicional em relação ao crime previsto no artigo 217-A do Código Penal brasileiro, principalmente no tratamento conferido às partes e, em especial, ao réu.

Dessa forma, a fim de melhor analisar este dispositivo penalizador, é imprescindível um estudo crítico das nuances que o cercam.

2 GENERALIDADES DO ARTIGO 217-A DO CÓDIGO PENAL E A DIFICULDADE DE OBTENÇÃO DE PROVAS

2.1 CRIME CLANDESTINO

Entende-se a clandestinidade como uma maneira de escusar-se da lei ou percepção pública, ou seja, quando unida à expressão crime, nada mais trata do que delitos em que o ofensor visa a sua prática de maneira a ludibriar as autoridades e a sociedade em geral.

Dessa forma, há de se observar que o crime de estupro de vulnerável, muitas vezes é cometido de maneira clandestina, tendo em vista sua ocorrência em lugares isolados e apenas com a presença dos sujeitos ativo e passivo da relação.

Isso acaba por dificultar a obtenção de provas, até porque não existem testemunhas.

Entende Eudes Quintino de Oliveira Júnior:

Para tanto, deve-se levar em conta que uma das peculiaridades do crime de estupro é que, na maioria das vezes, o fato ocorre na clandestinidade, isto é, envolve apenas os sujeitos ativo e passivo do delito e em lugares isolados - "solus cum sola in solitudine"¹ -, o que dificulta a obtenção de provas, tanto material quanto testemunhal. Daí que a palavra da vítima ganha relevância essencial por ser muitas vezes a única forma de se provar o ocorrido." (JUNIOR, 2020)¹

Enquanto cenário pátrio, este seria um dos principais motivos da expressiva notoriedade dada ao discurso da vítima no que concerne esse tipo de delito.

¹ JUNIOR, Eudes. Estupro de vulnerável e a prova penal - Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/332318/estupro-de-vulneravel-e-a-prova-penal>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

2.2 ATOS LIBIDINOSOS E A AMPLITUDE CONCEITUAL

Outro ponto de destaque encontra-se no fato de o crime previsto no dispositivo 217-A do Código Penal ser tratado como complexo. Com o advento da Lei nº 12.015 de 2009, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor se consubstanciaram em um só tipo penal, de modo que tanto a prática da conjunção carnal, quanto qualquer outro ato de libidinagem já são suficientes para a imputação do delito.

A partir disso, uma consequência direta desse novo regramento baseia-se, justamente, na dificuldade em obtenção de prova material nestes delitos, haja vista o amplo sentido jurídico aplicado pelo que se entende por atos libidinosos.

Segundo Luis Régis Prado:

Ato libidinoso é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência, como por exemplo, sexo oral ou lingual, masturbação, toques e apalpadelas no corpo ou membros inferiores da vítima, usos de instrumentos mecânicos ou artificiais, entre outros. (PRADO, 2011)²

Deste modo, exprime-se que o molestador, ao passar ou apalpar as partes íntimas da vítima já pratica o estupro, o que torna a instrução criminal muito deteriorada, dada a ausência de vestígios. (BENFICA, 2008)³

Por esta razão, Tribunais de todo o país entendem que, diante da impossibilidade da realização do exame de corpo de delito por força de determinados atos libidinosos, a materialidade nestes crimes não estaria ausente, mas restaria suprida pela palavra da vítima, como veremos no bloco seguinte. (ALVES, 2020)⁴

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

3 BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. Medicina legal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

4 ALVES, S. M. Riscos da Condenação pelo Crime de Estupro de Vulnerável Baseada Exclusivamente na Palavra da Vítima. Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/riscos-da-condenacao-pelo-crime-de-estupro-de-vulneravel-baseada-exclusivamente-na-palavra-da-vitima/>>. Acesso em: 26 nov. 2020

3 ESPECIAL RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA

A instrução criminal é uma das partes mais importantes dentro de um processo penal. É ela quem reunirá as provas necessárias, a fim de formar o livre convencimento do magistrado, quando da acusação ou absolvição de determinado réu. Por este motivo, para que se alcance a efetiva prestação jurisdicional, é imperioso que os operadores do direito usufruam de meios válidos e adequados a ensejarem a futura decisão.

Posto isto, diante da gravidade do delito em comento e por tratar-se de indivíduo vulnerável, doutrina e jurisprudência pacificaram entendimento no sentido de atribuir um juízo de valor maior a um específico tipo de prova, a saber, a palavra da vítima. Justificativa esta, favorecida pela ausência ou debilidade dos demais meios probantes.

Assim decidiu o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PADRASTO QUE É ACUSADO DE ABUSAR SEXUALMENTE DE ENTEADA, ENTÃO COM NOVE ANOS DE IDADE. SENTENÇA CONDENATÓRIA. DEFESA POSTULA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. ADUZ NÃO DEMONSTRADA A MATERIALIDADE DO FATO, EIS QUE ACUSAÇÃO SE PAUTA SOMENTE NO RELATO DA OFENDIDA. RECLAMA AUSÊNCIA DE EXAME DE CONJUNÇÃO CARNAL, ALEGA INDUÇÃO À MENTIRA POR PARTE DA MÃE E ALEGA CONDUTA SOCIAL FAVORÁVEL. INVOCA O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. PEDIDO DESPROVIDO. DEPOIMENTO DA OFENDIDA QUE SE MOSTRA COERENTE EM SEU CERNE DESDE O PRINCÍPIO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVOS A SUPOR FALSA INDUÇÃO POR PARTE DA MÃE. BOA CONDUTA SOCIAL E AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DISPENSÁVEIS A COMPROVAÇÃO DO TIPO. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Recurso desprovido. (TJ-RS – ACR: 70072554058 RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento: 20/06/2018, Quinta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/07/2018)⁵

Em outros termos, significa dizer que, se em determinado caso, não houver possibilidade de extrair vestígio, não houver testemunhas capazes de confirmar ou erradicar os fatos, entre outras provas, o depoimento exclusivo do vulnerável estará apto a lastrear uma futura condenação.

5 TJ-RS – ACR: 70072554058 RS. Relator: João Batista Marques Tovo. DJ: 20/06/2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/599963987/apelacao-crime-acr-70072554058-rs?ref=serp>>. Acesso em: 026.nov.2020.

4 PROBLEMAS RELACIONADOS AO TESTEMUNHO DO VULNERÁVEL

4.1 VALIDADE DOS DEPOIMENTOS

Interessante notar que os menores de quatorze anos, por lei, não estão obrigados a prestar o compromisso de dizer a verdade em seus testemunhos, sendo ouvidos no processo apenas como informantes, conforme previsão no artigo 208 do Código de Processo Penal.

Art. 208, CPP: Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Entretanto, tendo em vista a seriedade do delito e as peculiaridades inerentes, é pacífico o entendimento de que é possível superar determinados conceitos e proceder à oitiva do vulnerável, ainda que de tenra idade. (BITENCOURT, 2007)⁶

Não obstante, tal testemunho possuiria, ainda, motivação suficiente para lastrear a condenação, ultrapassando os limites principiológicos de que deveriam gozar os denunciados.

4.2 A MENTIRA SUGERIDA: CONVÍVIO FAMILIAR CONTURBADO

Em decorrência das diversas problemáticas envolvidas no tema, os acusados, por vezes, ficam fadados a uma condenação penal fragilizada e injusta.

⁶ BITENCOURT, Luciane Potter. Víctima sexual infanto-juvenil: sujeito ou objeto do processo judicial. Revista da AJURIS/Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul. V. 34, n 105. pp. 265-285. Porto Alegre: AJURIS, 2007.

A partir da assunção dos riscos, não são raros os casos repercutidos na mídia nos quais o investigado é equivocadamente condenado, tendo em vista a instrução formada apenas com a palavra da vítima.

Um fator merecedor de destaque nesta seara, é justamente a esfera passiva da sociedade a qual o crime está incutido.

Insta salientar que tanto crianças como pré-adolescentes são facilmente influenciáveis em determinadas situações. Por este motivo, a depender do contexto familiar ou social no qual estão inseridas, acabam sendo pressionadas, mesmo que indiretamente, a depor algo não condizente com a verdade ou omitir algo sabidamente favorável ao(a) suposto(a) agressor(a).

Em certos momentos, até mesmo em razão da pouca idade e do baixo discernimento da realidade, acabam por fantasiar momentos que nunca aconteceram, acreditando como se aquilo realmente tivesse acontecido.

Nesse sentido, o posicionamento de Nucci:

[...] sabe-se que a criança costuma fantasiar e criar histórias, fruto natural do amadurecimento, motivo pelo qual, eventualmente, pode encaixar a situação vivida com o acusado nesse contexto aumentando e dando origem a fatos não ocorridos, mas também narrando, com veracidade, o acontecimento. Discernir entre a realidade e a fantasia é tarefa complexa e, por vezes, quase impossível. Por isso, deve o magistrado considerar a declaração fornecida pelo infante como prova relativa, merecendo confrontá-la com as demais existentes nos autos, a fim de formar sua convicção. Ainda nesse cenário, há pais ou responsáveis pela criança, que a induzem a narrar eventos não ocorridos ou a apontar o réu como autor de crime sexual, quando, na verdade, inexistiu malícia ou libidinagem entre eles. (2014, p. 119)⁷

Isso é muito recorrente em famílias, cujos genitores estão em processo de divórcio e, por conseqüência, pleiteando pela guarda dos filhos ou alienação parental. Nestes casos, um dos conjugues, na tentativa de influenciar os sentimentos do menor e a decisão do aparato judicial contra o outro, acaba por forçar contextos imaginários, fazendo uma profunda confusão mental.

Apesar da ausência de estatísticas mais precisas sobre relação de condenações errôneas por este tipo de delito, uma reportagem publicada no Jornal Extra em maio de 2012, concluiu que, nas 13 Varas de Família do Rio de Janeiro, 80% das denúncias de estupro são falsas. Segundo a psicóloga do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, Glícia Barbosa de Mattos Brazil: “na maioria dos casos, a

⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

mãe está recém-separada e denuncia o pai para restringir as visitas”. (NALON, 2017)⁸

4.3 POSSÍVEIS FANTASIAS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

O delito extirpado do dispositivo 217-A do Código Penal também merece algumas ponderações em relação ao Estatuto do Deficiente.

Crianças e adolescentes acometidos de algum tipo de desordem mental, até mesmo por não concernirem as duras consequências de seus atos, são capazes de inventar uma relação abusiva de contexto sexual. Fazem isso, inclusive, perante o juízo, trazendo testemunhos congruentes durante toda a instrução criminal. (CABETTE, 2017)

Nesse contexto, a pessoa portadora de deficiência surgida como potencial vítima de estupro de vulnerável, necessita de uma especial atenção dos operadores do direito, não somente para avaliar o menor ou maior grau de afetabilidade da doença, mas saber até que ponto suas versões podem ser fantasiosas.

Por este motivo, nestas circunstâncias específicas, mister seria a realização de um exame técnico acompanhado de profissionais capacitados capazes de aduzirem se o deficiente mental estaria ou não dizendo a verdade, bem como se teria ou não, ao tempo dos fatos, o necessário discernimento para a prática do ato.

Pretende-se com isto, extinguir o critério objetivo de determinação da vulnerabilidade nos portadores de deficiência mental. A simples constatação da enfermidade e análise normativa não podem ensejar arcabouço suficiente para o enquadramento do Tipo. Dessa forma, a certeza em relação à moléstia do débil só se concluiria diante do mais minucioso estudo do caso concreto.

Importante ressaltar que o próprio Estatuto da Pessoa com Deficiência, em digno respeito à Constituição Federal, permite que estas possam se relacionar sexualmente. Portanto, se há uma porta aberta na esfera civil, incoerente seria fechá-la na seara penal. A impossibilidade da relação sexual por estas pessoas em

⁸ NALON, T. Dado sobre falsas denúncias de estupro não tem amparo oficial | Aos Fatos. Disponível em: <aosfatos.org/noticias/dado-que-diz-que-80-das-acusacoes-de-estupro-sao-falsas-nao-tem-amparo-oficial/>. Acesso em: 30 out. 2020.

um viés penalista causaria uma profunda discordância entre os ramos do Direito no ordenamento pátrio. Seria, por fim, um tema de severa desarmonia jurídica.

Em última análise, se o débil mental possui o grau mínimo de discernimento necessário para atos sexuais, a conduta perpetrada por aquele suposto molestador seria atípica. Inviável seria a interpretação contrária, sob pena de violação do princípio constitucional da autonomia privada.

Este foi o entendimento da 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, responsável por absolver um homem acusado de estuprar uma deficiente mental em Bagé (MARTINS, 2012)⁹:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS. ESTUPRO. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. DEFICIÊNCIA MENTAL. AUSÊNCIA DE PERÍCIA ESPECÍFICA. FUNDADA DÚVIDA QUANTO À CAPACIDADE DE CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. ABSOLVIÇÃO. No caso sob exame, apesar de demonstrada a existência material da conjunção carnal e sua respectiva autoria, os elementos de prova aportados aos autos não afastam a dúvida em relação à presença da causa de presunção de violência prevista no art. 224, b, do Código Penal, vigente ao tempo do fato. Embora atestado que a vítima padece de retardo mental moderado, esta não foi submetida a perícia psiquiátrica específica, com o intuito avaliar a intensidade de tal debilidade e de apurar a presença ou não de capacidade para compreender o ato sexual e suas consequências, bem como de consentir com sua prática. Como a dúvida deve ser interpretada em favor do acusado, afigura-se impositiva a reforma da sentença condenatória, com a consequente absolvição do réu. APELAÇÃO PROVIDA. APELAÇÃO CRIME SÉTIMA CÂMARA CRIMINAL Nº 70046149035 COMARCA DE BAGÉ M. .. APELADO O. .. APELANTE A. .. APELADO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

4.4 FALSAS MEMÓRIAS

Existem também casos em que o “ofendido” diz reconhecer o estuprador por fotos ou qualquer outro meio digital e acabam se enganando. Este fenômeno é denominado contaminação por falsas memórias.

Apesar de pouco estudado no ordenamento jurídico brasileiro, as falsas memórias consistem em recordações que, na verdade, nunca ocorreram ou aconteceram de forma diversa na realidade (interpretação errônea).

De acordo com Aury Lopes Jr e Cristina Carla Di Gesu:

9 MARTINS, J. Acusado de estuprar deficiente mental é absolvido. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-03/acusado-estuprar-deficiente-mental-absolvido-tj-gaucha>>. Acesso em: 30 out. 2020.

[...] consistente na sugestão da falsa informação. É a inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa.¹⁰

Uma forma muito comum de surgimento é desencadeada após a colheita dos depoimentos e a descrição das características do autor, quando, em seguida é apresentado um álbum de fotografias de agentes que já passaram por investigações anteriores.

Acontece que, nesta toada, mesmo que o verdadeiro autor não esteja apresentado nas imagens mostradas, a vítima é sensivelmente instigada a reconhecer algum suspeito e, em caso de sinal positivo da mesma em relação a algum, tem-se a instauração de um inquérito prejudicado.

Destaca-se que as falsas memórias podem surgir de dois modos, a saber: espontaneamente, como em casos de lapso temporal extenso entre o fato e a colheita de provas; ou através da sugestão externa, vide parágrafo anterior, em que há a instigação da vítima para o reconhecimento.

É o entendimento de ÁVILA, GAUER e ANZILIERO:

As falsas memórias podem ser formadas de maneira natural, através da falha da interpretação de uma informação, ou ainda por uma falsa sugestão externa, acidental ou deliberada apresentada ao indivíduo. Podem ocorrer de duas formas: através de um procedimento de sugestão de falsa informação, que consiste na apresentação de uma informação falsa compatível com a experiência, passando a ser incorporada na memória sobre essa vivência. De outra forma, podem ser geradas espontaneamente quando resultam do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorção mnemônicas endógenas.¹¹

Uma vez despertada, a falsa memória pode ser tão expressiva, que não há meios de se retirá-la do indivíduo, fazendo com que o mesmo acredite cegamente na realidade e vivência de determinados acontecimentos.

A saber, exemplo disso aconteceu na Apelação Criminal nº 70017367020, julgada pela 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do

10 LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal...

11 ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. Memória(s)... p.382.

Sul. Na ocasião, o padrinho da vítima estava sendo acusado de atentado violento ao pudor, extinto artigo 214 do CP, alterado pela Lei nº 12.015/2009. (JÚNIOR, 2008)¹²

Tudo começou quando a menina tinha 08 (oito) anos de idade, momento em que assistia a um programa de televisão com sua mãe que abordava, justamente, o abuso sexual contra crianças. Ao ver a reportagem, a criança teria ficado impressionada e questionara a genitora se o ato de beijar na boca poderia engravidar. Neste momento, a mãe, muito incomodada, começou a desconfiar que a filha poderia estar sofrendo alguma moléstia e, ao tentar esclarecer a situação, procurou estabelecer alguns suspeitos.

A partir disso surgiu a figura do padrinho em resposta à suposta violação. Todavia, como a mãe não conseguia falar sobre o tema com a filha, pediu para que ela contasse o ocorrido em um pequeno pedaço de papel e foi neste instante que as coisas começaram a mudar.

Ao descrever a experiência, percebeu-se que de fato houve uma atividade de conotação sexual em relação a mesma, porém não teria sido com o padrinho, e sim na escola a qual frequentava. No bilhete, ela escreveu que as colegas estavam se beijando na boca e mostrando a “bunda” umas para as outras, bem como haviam chamado os meninos para pegarem no “tico” deles.

Acontece que o referido bilhete não foi analisado a título de investigação, o sendo feito apenas em juízo. Ademais, durante a instrução criminal, elucidou-se para além dos fatos anteriormente narrados que: a suposta vítima também beijava o irmão na boca; via, acidentalmente, filmes de conteúdo pornográfico em casa e ainda era acostumada com o pai andando nu na sua frente.

Por este motivo, na análise do caso, a relatora Osnilda Pisa, assídua estudiosa de psicologia e do testemunho infantil, identificou que aquele contexto de acusação era extremamente propício para a surgimento de falsas memórias, haja vista a equivocada indução da própria genitora da criança. Sendo assim, no Acórdão, manteve a decisão no sentido de absolver o réu.

Interessante notar que a contaminação por falsas memórias não advém apenas da estrutura familiar do vulnerável, mas tanto quanto na formação da convicção dos magistrados, senão vejamos com ÁVILA, GAUER E ANZILIERO:

12 JÚNIOR, A. L. Falsas memórias e prova testemunhal: em busca da redução de danos. p. 34, 2008.

Assim como um terapeuta, um investigador ou o juiz pode ter uma hipótese sobre os fatos acontecidos e, com isso, corre o risco de adotar um viés confirmatório em suas entrevistas. A consequência dessa postura é evidente: o investigador pode sugestionar a testemunha, implantando lembranças sobre fatos que não ocorreram.¹³

Portanto, apesar de translúcida, a falsa memória é um problema que circula facilmente e é neste sentido que os responsáveis jurídicos devem prestar atenção. Em razão da substancialidade conferida a palavra da vítima nestes delitos, os riscos de uma condenação eivada de falhas é catastrófico, principalmente quando os demais meios de prova se mostram contrários ou superficiais.

13 ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. Memória(s)... p.383.

5 IN DUBIO PRO REU MITIGADO

A máxima do basilar princípio in dubio pro reu aduz que, na existência da dúvida processual, a garantia de liberdade do réu deve prevalecer sobre a pretensão punitiva estatal. Deste modo, diante da ausência de condições probatórias, ou seja, não havendo indícios suficientes de autoria e materialidade do crime, o *douto* Magistrado deve sempre absolver o réu.

É o que exprime o artigo 386 do Código de Processo Penal:

Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

VII – não existir prova suficiente para a condenação.

Entretanto, esta normativa sofre singela flexibilização no que diz respeito ao delito contido no artigo 217-A do CP. Nos crimes de estupro de vulnerável, a palavra da vítima ganha especial relevância no embasamento do livre convencimento motivado do juiz, isto significa que, na maioria dos casos, a simples oitiva da ofendida e mesmo sem a análise de demais provas, a mesma já ensejaria fundamento suficiente para uma condenação.

Pelo exposto, percebe-se que a palavra da vítima ganha o *status* de prova maior, como se houvesse uma espécie de hierarquia de provas no Direito Penal brasileiro. Resta evidente que tal situação não está de acordo com as diretrizes estabelecidas pelo ordenamento pátrio, uma vez que, inclusive, estar-se-ia violando o princípio da isonomia processual.¹⁴

Ora, se vivemos em um Estado Democrático de Direito, de fato, não faria o menor sentido atribuir maior juízo de valor às provas acusatórias em detrimento das defensivas, até porque todos, em tese, são iguais perante a lei.

14 MELHEM, P. M.; ROSAS, R. H. Palavra da vítima no estupro de vulnerável: retorno da prova tarifada? Disponível em: <https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/19.pdf>

Se elevarmos um pouco mais a discussão, há de se pensar em ausência até mesmo do contraditório, em claro desrespeito ao “Devido Processo Legal”, tendo em vista que, por vezes, as provas em favor do réu, sequer, são requeridas.

Assim sendo, é de se pensar que estaríamos muito mais próximos de uma presunção de culpabilidade, do que propriamente de inocência, a tanto estimada. Isso porque o denunciado já é inserido no processo como culpado e, como se não bastasse, ainda tem suas garantias constitucionais mitigadas. Uma vez neste crime, na medida em que basta ao Ministério Público ouvir a vítima, tem-se uma inversão do ônus da prova, devendo o réu produzir a contraprova e lutar pela sua liberdade, quase sempre sem sucesso.

6 CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS E FÍSICAS PARA O RÉU CONDENADO INJUSTAMENTE

Os condenados injustamente pelo delito em comento, arcam não só com uma pena demasiadamente alta, de 08 a 15 anos, como também são alvos marcados nas penitenciárias do país. Uma vez encarcerados por esta razão, eles se transformam em alvos marcados para os mais diversos maus-tratos, da violência física à sexual.

Além disso, mesmo que consigam sair dessa situação, o que por vezes nem conseguem, eles ainda sofrem com o preconceito social inerente a este tipo de crime. Não convém e muito menos seria prudente generalizar, mas em muitos casos, o principal objetivo do dito Direito Penal Mínimo consubstanciado com o Sistema Garantista de Luigi Ferrajoli, a ressocialização, não existe.

Ao cumprir a integralidade da pena e reaparecer na sociedade, esse indivíduo enfrenta um desafio tão grande quanto o próprio encarceramento, ser aceito. Isso porque, naquele momento, ele é visto como um ser estranho e estigmatizado, desprovido de qualquer reputação que um dia ousou possuir.

Não bastasse, ainda deve conviver com a constante recusa do mercado de trabalho, haja vista o estampado semblante de ex-presidiário, fato ainda mais repulsivo se tratando de um ex-molestador.

Desse modo, restam nítidas que as consequências por trás de uma condenação injusta por estupro de vulnerável arrasam com a vida do cidadão inocente. Significa, por fim, a completa perda de sua dignidade.

Posto isso, fica o questionamento: falta assiduidade e tratamento relevante às condenações frágeis pelo artigo 217-A ou está sendo cômodo exercer o punitivismo do Estado de forma indiscriminada?

CONCLUSÃO

Insta salientar que o presente artigo não tem o escopo de defender uma impunidade nestes crimes e muito menos predispor que todo vulnerável possui alguma falha em seu depoimento. O objetivo se limita a questionar os mecanismos pelos quais as provas são conquistadas, bem como o trato que lhes são conferidas.

Desse modo, por mais sério e sórdido que seja o crime, existem prerrogativas, inclusive constitucionais, que devem ser respeitadas. As manobras jurídicas aplicadas sob o viés do estupro de vulnerável ferem preceitos primários do ordenamento brasileiro. O descaso evidente em relação a presunção de inocência, o afastamento da isonomia e a falta de zelo com o contraditório revelam um sentimento de obsolescência das normas, como se estivéssemos retomando aos primórdios da legislação penal.

Apesar da inviabilidade de uma absoluta solução a curto prazo, pode-se pensar em algumas medidas que vislumbrariam uma melhora neste cenário. Ora, se existem lacunas legislativas neste sentido, porquê não usá-las de maneira mais justa e harmônica.

O Direito deve ser entendido como um campo aberto, uma ciência ampla, de modo a dissolver conflitos da maneira menos onerosa possível. Nesse sentido, a interdisciplinariedade e o trabalho conjunto entre as ciências sociais e humanas comporia um arcabouço muito mais completo e adequado em relação ao delito. Isso porque os operadores jurídicos analisariam com mais afinco os dois pólos da relação, uma vez que a superproteção estatal conferida as vítimas, por vezes, impede um olhar mais atencioso em relação ao réu. Um estudo menos técnico e mais humano, permitiria perceber que, da mesma forma que existe um vulnerável merecedor de maiores cuidados de um lado, do outro, existe um indivíduo possuidor de garantias que são obrigatórias e devem ser respeitadas.

Outro ponto passível de melhora está na condução da oitiva do infante. Considerando a existência das falsas memórias, das mentiras sugeridas pela família e dos acometimentos de enfermidade mental, é imprescindível que a tomada de

depoimento dos vulneráveis seja exercida por profissionais capacitados e com os meios adequados.

Nesse sentido, existe o projeto denominado “depoimento sem dano”. A partir dele, defende-se que o testemunho da vítima seja colhido em sala especial, por um psicólogo ou assistente social, sendo este transmitido simultaneamente através de vídeo, para o magistrado e as partes. Interessante notar que, neste caso, a oitiva é feita por profissionais desvinculados do processo, não havendo brechas para construção de perguntas tendenciosas ou sugestivas.¹⁵

Mesmo que dispendioso, tal estratégia deveria ser estabelecida antes mesmo da fase pré-processual, tendo em vista que a primeira análise do caso será feita em sede policial.

Ainda assim, há de se destacar que o julgador deverá ser capaz de filtrar, minuciosamente, todas as informações fornecidas e formar a sua convicção. Em análise do conjunto probatório, deve averiguar a real consonância da palavra da vítima com os demais meios de prova, a fim de aproximar-se, ao máximo, da verdade processual. No surgimento de qualquer dúvida, o princípio do *in dubio pro reu* deverá ser aplicado, sob pena de uma responsabilização injusta do denunciado.

15 PIERI, R. S. DE; VASCONCELOS, P. E. A. **Estupro de vulnerável: a palavra da vítima e os riscos da condenação** - Jus.com.br | Jus Navigandi. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56869/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao>>. Acesso em: 30 out. 2020.

REFERÊNCIAS

ALVES, S. M. **Riscos da Condenação pelo Crime de Estupro de Vulnerável Baseada Exclusivamente na Palavra da Vítima** *Âmbito Jurídico*, 2020. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/riscos-da-condenacao-pelo-crime-de-estupro-de-vulneravel-baseada-exclusivamente-na-palavra-da-vitima/>>. Acesso em: 26 nov. 2020

BELO, W. **O segredo das cartas**. Florianópolis, SC: Bookess, 2015.

BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

CABETTE, E. L. S. **Estupro de Vulnerável diante do Estatuto da Pessoa com Deficiência**. Disponível em: <<https://eduardocabette.jusbrasil.com.br/artigos/524951581/estupro-de-vulneravel-diante-do-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia>>. Acesso em: 30 out. 2020.

GARBIN, A. V. **Estupro de vulnerável, a palavra da vítima e os riscos da condenação - Por Aphonso Vinicius Garbin** *Canal Ciências Criminais*, 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao/>>. Acesso em: 30 out. 2020

JUNIOR, EUDES. **Estupro de vulnerável e a prova penal - Migalhas**. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/332318/estupro-de-vulneravel-e-a-prova-penal>>. Acesso em: 25 nov. 2020.

JÚNIOR, A. L. **Falsas memórias e prova testemunhal: em busca da redução de danos**. p. 34, 2008.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal...**

MARTINS, J. **Acusado de estuprar deficiente mental é absolvido**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mai-03/acusado-estuprar-deficiente-mental-absolvido-tj-gaucha>>. Acesso em: 30 out. 2020.

MELHEM, P. M.; ROSAS, R. H. Palavra da vítima no estupro de vulnerável: retorno da prova tarifada? p. 12, [s.d.].

NALON, T. **Dado sobre falsas denúncias de estupro não tem amparo oficial | Aos Fatos**. Disponível em: <aosfatos.org/noticias/dado-que-diz-que-80-das-acusacoes-de-estupro-sao-falsas-nao-tem-amparo-oficial/>. Acesso em: 30 out. 2020.

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

PIERI, R. S. DE; VASCONCELOS, P. E. A. **Estupro de vulnerável: a palavra da vítima e os riscos da condenação - Jus.com.br | Jus Navigandi**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/56869/estupro-de-vulneravel-a-palavra-da-vitima-e-os-riscos-da-condenacao>>. Acesso em: 30 out. 2020.

TJ-RS – **ACR: 70072554058 RS**. Relator: João Batista Marques Tovo. DJ: 20/06/2018. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/599963987/apelacao-crime-acr-70072554058-rs?ref=serp>>. Acesso em: 026.nov.2020.