

ISNEYDE DOS SANTOS D'COSTA

**A LEGISLAÇÃO CORRELATA E OS EMBARAÇOS NA REALIZAÇÃO
DA PERICIAL NOS CASOS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA
VULNERÁVEL**

CURSO DE DIREITO - UNIEVANGÉLICA
2018

ISNEYDE DOS SANTOS D'COSTA

**A LEGISLAÇÃO CORRELATA E OS EMBARAÇOS NA REALIZAÇÃO
DA PERICIAL NOS CASOS DE CRIMES SEXUAIS CONTRA
VULNERÁVEL**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico o Curso de Direito da UNIEVANGÉLICA, como exigência parcial para obtenção do grau de bacharel em direito, sob orientação do Prof. Mestre Leonardo Rodrigues de Souza.

ANÁPOLIS
2018

ISNEYDE DOS SANTOS D’COSTA

Título: A LEGISLAÇÃO CORRELATA E OS EMBARAÇOS NA
REALIZAÇÃO DA PERICIAL NOS CASOS DE CRIMES SEXUAIS
CONTRA VULNERÁVEL

Data: Anápolis, ____ de _____ de 2018.

Banca Examinadora

RESUMO

Este trabalho estudou a importância da diminuição dos embaraços à realização pericial nos crimes sexuais de vulnerável à luz da legislação brasileira. O estressante e embaraçoso ônus pela produção da prova no caso de crimes sexuais de vulnerável, visando ao estabelecimento de uma sentença justa e adequada, faz suscitar a discussão do quão relevante é a prova pericial nestes casos e imperiosa participação de psicólogos e psiquiatras especializados para a correta condução da prova pericial.

No Brasil, os crimes sexuais de vulnerável está bem delineado pela Lei nº 12.015/2009, ao se preocupar com a questão da faixa etária no tipo penal. Entretanto, apesar de ser um grave crime que na maioria das vezes, não deixa vestígios durante sua tentativa. A confissão do suspeito é considerada como verdade real. E isso é muito melindroso, pois podem ocorrer mentiras em caso de vingança pessoal. Assim, torna-se ímpar a necessidade obrigatória de uma prova pericial, principalmente por médicos psicólogos e psiquiatras especializados na infância, pois considera a criança sujeito de direitos, assumindo, assim, o estressante ônus pela produção de prova. Sendo assim, o método utilizado quanto à finalidade foi a de uma pesquisa básica, tendo como objetivo uma pesquisa descritiva, numa abordagem qualitativa. Para a sua elaboração, foi feita uma revisão bibliográfica, que consistiu na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, por meio de um levantamento de dados e informações provenientes de sítios eletrônicos governamentais e de plataformas de artigos científicos, além de livros. Percebeu-se a necessidade de peritos psicólogos e psiquiatras na condução das citadas perícias, já que se deve ter todo um cuidado especial com o vulnerável, além do que, as vezes, se faz necessária a anamnese feita por esses especialistas, para que os resultados se juntem ao rol de evidências e provas do cometimento desse abominável crime. O citado rol de evidências e provas visam dar robustez nos julgamentos desses crimes sexuais de vulnerável, dando clareza, e, quando houver, indícios probatórios nos delitos que deixaram vestígios, com mais ênfase nos casos de abusos e violência sexual. Nessa medida a prova pericial é um importante meio de produção de prova, consistente no exame de coisa ou pessoa, realizado por técnicos ou especialistas em determinada área do conhecimento, cabendo fazer afirmações, bem como extrair conclusões relevantes ao processo.

Palavras-chave: Perícia. Embaraços à Perícia. Vulnerável. Legislação Correlata. Crimes Sexuais.

ABSTRACT

This study studied the importance of reducing the embarrassment to expert investigation in the sexual crimes of vulnerable under the Brazilian legislation. The stressful and embarrassing burden of producing evidence in the case of vulnerable sexual offenses, aiming at establishing a fair and adequate sentence, raises the question of how relevant is the expert evidence in these cases and the urgent participation of psychologists and psychiatrists specialized for the conduction of expert evidence. In Brazil, the sexual crimes of vulnerable are well delineated by Law 12,015 / 2009, when worrying about the issue of the age range in the criminal type. However, in spite of being a serious crime that in the majority of the times, leaves no vestiges during its attempt. The suspect's confession is considered as real truth. And this is very touchy, as lies can occur in case of personal revenge. Thus, the mandatory need for expert evidence, especially by psychologists and psychiatrists specializing in childhood, becomes unequal, since it considers the child subject to rights, thus assuming the stressful burden of proof. Therefore, the method used for the purpose was the one of basic research, aiming a descriptive research, in a qualitative approach. For its elaboration, a bibliographical revision was made, that consisted in the exposition of the thought of several authors who wrote on the chosen theme. A bibliographical research was developed, through a survey of data and information from governmental electronic websites and platforms of scientific articles, as well as books. The need for expert psychologists and psychiatrists in the conduct of the aforementioned skills has been noticed, since special care must be taken with the vulnerable, in addition, sometimes anamnesis done by these specialists is necessary, so that the results join the list of evidences and evidence of the commission of this abominable crime. The aforementioned list of evidence and evidence is intended to give robustness to the judgments of these vulnerable sexual offspring, giving clarity, and, when available, probative evidence in crimes that have left traces, with more emphasis on cases of abuse and sexual violence. To this extent, expert evidence is an important means of producing proof, consisting of the examination of a thing or a person, carried out by technicians or specialists in a certain area of knowledge, and it is also important to make statements as well as to draw conclusions relevant to the process.

Keywords: Expertise. Embarrassment to the Expertise. Vulnerable. Related Legislation. Sexual Crimes.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	1
2. TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	5
2.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	5
2.2 -TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	7
2.3 - ESPECIFICIDADE DE UMA PROVA PERICIAL NA TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	9
2.4 - TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO DIREITO COMPARADO	11
2.5 -TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO 12	
3 – A OBRIGATORIEDADE DA PROVA PERICIAL NA TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	21
3.1 – A PROVA PERICIAL	21
4 – CRIMES SEXUAIS DE VULNERÁVEL E A LEGISLAÇÃO CORRELATA	27
4.1 – ESTRUPO DE VULNERÁVEL	27
4.2 A CONTEMPLAÇÃO LASCIVA CARACTERIZA O TIPO PENAL	36
5 - CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	40

1. INTRODUÇÃO

Este trabalho estudou a importância de se diminuir os embaraços à realização pericial nos crimes sexuais de vulnerável à luz da legislação brasileira. O estressante e embaraçoso ônus pela produção da prova no caso de crimes sexuais de vulnerável, visando o estabelecimento de uma sentença justa e adequada, faz suscitar a discussão do quanto relevante é a prova pericial nestes casos e imperiosa participação de psicólogos e psiquiatras especializados para a correta condução da prova pericial.

No Brasil, os crimes sexuais de vulnerável está bem delineado pela Lei nº 12.015/2009, ao se preocupar com a questão da faixa etária no tipo penal. Entretanto, apesar de ser um grave crime que na maioria das vezes, não deixa vestígios durante sua tentativa. A confissão do suspeito é considerada como verdade real. E isso é muito melindroso, pois podem ocorrer mentiras em caso de vingança pessoal. Assim, torna-se ímpar a necessidade obrigatória de uma prova pericial, principalmente por médicos psicólogos e psiquiatras especializados na infância, pois considera a criança sujeito de direitos, assumindo, assim, o estressante ônus pela produção de prova.

Ao abordar o assunto crimes sexuais de vulnerável, o que ainda é relativamente recente ao ordenamento jurídico brasileiro, destaca-se que não só a conjunção carnal. Vai além. A lei penaliza quaisquer outros atos libidinosos, em consonância com a atualizada nomenclatura do abuso e do estupro.

As novas determinações apresentadas pelo art. 213 do Código Penal atribui maior intensidade à reprimenda a este crime. Todavia, o Poder Legislativo, não teve

êxito ao definir, com exatidão, a definição do que significa o termo *vulnerabilidade*, assim surgiram incertezas, principalmente no que se refere ao: Grau da enfermidade; Deficiência; Idade e Quanto aos limites de resistência da vítima.

Mas, ficou evidente a preocupação do legislador, principalmente em atender ao Art. 1º inciso III da CF/88, “Dignidade da pessoa humana”, razão de ser do Estado Democrático de Direito. Haja vista a intensidade das violações submetidas pelas vítimas dos crimes sexuais tendo a pessoa vulnerável como vítimas.

A presente pesquisa justificou-se no fato de que a Lei nº 12.015/2009 se preocupou com a questão da faixa etária no tipo penal, no caso de crimes sexuais de vulnerável, o ordenamento penal, não só prioriza, como ressalta a importância do laudo pericial. A este soma-se outros elementos de convicção, como: prova testemunhal, sinais deixados no corpo ou até mesmo a confissão do ofendido. Tudo isso somado, tem-se a composição das peças-chaves de materialidade do crime e indícios de autoria. Ademais, a caracterização dos crimes é tipificada no Código Penal de 1940, onde os fatos sociais e as circunstâncias históricas eram bem diferentes da realidade atual.

O operador do Direito deve-se dispor dos meios necessários, adequados e válidos para o desempenho da atividade jurisdicional. Assim, o laudo médico assume valor probatório relevante e, somado a este, o depoimento pessoal do vulnerável, vítima de crime contra a dignidade sexual, há de se colaborar para verificação da veracidade dos fatos.

Sendo assim, o método utilizado quanto à finalidade foi a de uma pesquisa básica, tendo como objetivo uma pesquisa descritiva, numa abordagem qualitativa. Para a sua elaboração, foi feita uma revisão bibliográfica, que consistiu na exposição do pensamento de vários autores que escreveram sobre o tema escolhido. Desenvolveu-se uma pesquisa bibliográfica, por meio de um levantamento de dados e informações provenientes de sítios eletrônicos governamentais e de plataformas de artigos científicos, além de livros.

Adentrando ao tema proposto, cumpre-se dessecar o termo “perícia” desde o seu conceito puro até os entendimentos jurisdicionais e doutrinários, assim tem-se sua origem do latim *peritia*, com significado como ciência proveniente da experiência; habilidade, talento. No ordenamento processual penal brasileiro, art. 158, determina a obrigatoriedade da realização do exame de corpo de delito nas infrações que deixar vestígios. Esclarecendo, quanto a prova pericial, a lei se apega ao formalismo como meio de comprovar a materialização delitiva.

Nos entendimentos dos tribunais, a perícia é um meio de prova em Direito admitida, consistente em parecer técnico de pessoa habilitada, de preferência com formatura superior, a formulá-lo e em face da capacidade técnica tem-se fé pública. O perito, por ser portador de conhecimento técnico altamente especializado, é um auxiliar da justiça compromissado, assume os encargos comprobatórios com o fim de determinar identificação, diagnosticar doenças, existência de lesão corporal, e quanto ao tema proposto, o de afirmar se houve ou não conjunção carnal.

Este notável conhecimento de determinado assunto, confere a tal pessoa a denominação de Perito, e sua função é auxiliar ao juiz, suprindo-lhe a insuficiência de conhecimentos específicos sobre o objeto da prova e que sem os mesmos, fica muito difícil dar razão e elaborar um juízo de valor, sem provas cabais e irrefutáveis do caso em tela. São espécies de perícias: exames, vistorias, arbitramentos e avaliações.

Neste estudo, foram observadas algumas etapas para a elaboração da pesquisa bibliográfica, como por exemplo, a seleção do fenômeno objeto da pesquisa e sua posterior delimitação; a identificação de obras; a compilação, consistente na reunião de material; o fichamento ou tomada de notas; a análise e interpretação do tema e, finalmente, a redação do texto, que será submetido à rigorosas revisões, correções e críticas, visando não só a correção de sintaxe, vocabulário, mas principalmente, da disposição de ideias e apresentação de posições, teorias e esclarecimentos a serem feitas da forma mais adequada e satisfatória possível. Salienta-se ainda que todos os procedimentos utilizados foram caracterizados pela precisão de ideias, clareza e concisão dos argumentos.

Destarte, buscou-se pesquisar o maior número possível de obras publicadas sobre o assunto, com o fim de se organizar às várias opiniões, antepondo-as logicamente quando se apresentarem antagônicas, com vistas a harmonizar os pontos de vista existentes na mesma direção. Enfim, tal metodologia apresentou, de maneira clara e didática, um panorama das várias posições existentes adotadas pelas doutrinas, jurisprudências dos Tribunais.

2. TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Este capítulo aborda novidades introduzidas ao Código Penal pela Lei nº 12.015/2009, em seu artigo 217-A, citando os tipos de provas periciais no direito criminal, bem como a tentativa de estupro de vulnerável e a especificidade de uma prova pericial nesse crime. Essa inovação legislativa tem como base as hipóteses de presunção de violência, podendo ser citados os casos em que a vítima é vulnerável nos termos do disposto no caput ou no parágrafo primeiro. (BRASIL. PLANALTO, 2016)

Entendendo que a perícia criminal está a serviço da justiça, é preciso reconhecer o entendimento majoritário dos operadores do direito no sentido de ser essencial a comprovação da materialização do crime que cause algum dano físico a sua vítima penal. (CAPEZ, 2017a)

2.1 – EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Desde os primórdios, o evoluir histórico da indignação ao estupro evidencia um caminho de transformações sociais, com variados sentidos. Entretanto, o que é marcante é o repúdio ao comportamento tão violador do ser humano. Este Capítulo traz abordagens da evolução à reprimenda a este crime que sempre desonra o ser humano. Aborda ainda como os ordenamentos jurídicos tratam o estupro de vulnerável, tendo como desfecho a reflexão de como os estudiosos e legisladores tratavam e tratam o assunto. (NUCCI, 2009).

Tendo como ponto de partida os longos períodos de guerra da Antiguidade, a humanidade evoluiu no sentido de atribuir mais importância às formas de

convivência pacífica e livre de violências; dentre elas, destacam-se as defensivas aos crimes sexuais, normas que deveriam ser de observância de toda sociedade, sob pena de punições altamente severas. (NUCCI, 2009).

Destaca-se a Lei de Talião, a qual tinha como princípio a punição de “olho por olho, dente por dente”, cuja finalidade era retribuir de forma rigorosa e proporcional ao dano sofrido pela vítima. Após, veio o conjunto de leis chamadas de Consolidação das Leis Babilônicas, conhecido de Código de Hamurábi. Assim determinava o artigo 130: “se alguém viola a mulher que ainda não conheceu homem e vive na casa paterna e tem contato com ela e é surpreendido, este homem deverá ser morto e a mulher irá livre” (NUCCI, 2009).

No direito grego, o poder do Estado era garantido por meio de leis criminais cujo fundamento era a intimidação e a vingança, ressaltando que à época se vivia a repressão, expiação e a retribuição, cujo foco era inibir o homem à prática de delitos; porém, primeiro se aplicou a pena de multa, só após a reforma legislativa é que passou a se adotar a pena de morte. Para o direito romano, a conjunção carnal mediante violência era tratada como *stuprum*, cuja pena era morte quando se tratava de uma prática de ato sexual indevido contra mulheres virgens ou viúva honesta. Porém, escravas e criados, tratados como coisas pelos romanos, além das prostitutas, não eram abrangidos pela lei. (NUCCI, 2009).

No direito germânico as leis ajustavam-se aos costumes advindos da Lei de Talião e do Cristianismo. Tinha como destaque a não distinção da culpa com o dolo e o caso fortuito, vez que se havia uma visão objetiva a questão do crime, sendo o agressor punido com a morte. Após houve importantes modificações, como a pena a castração do devido sujeito ativo, e o vazamento dos olhos. No direito moderno, tais penas seriam chamadas penas desumanas ou degradantes. (NUCCI, 2009).

No direito canônico, para aplicação da lei penal, primeiro apurava-se a intenção (hoje chamada de dolo, que equivale ao *animus*, a vontade do agente) do crime para, então, discutir sobre a pena. O reconhecimento do mal causado e o arrependimento, sendo punido o agressor com o casamento com a vítima ou pagamento de dote. (NUCCI, 2009).

O direito canônico, Direito Penal da Igreja, considerava o caráter subjetivo, a intenção criminosa em si, para determinar a aplicação da pena, que tinha como objetivo conscientizar o sujeito sobre o mal praticado e conseqüentemente chegar ao arrependimento. O curioso era que a punição do “deflorador” de mulher virgem era o casamento com a vítima, que mais era uma espécie de dupla punição a própria vítima. Havia o pagamento em dote. (NUCCI, 2009).

2.2 -TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Primeiramente, é importante analisar a redação da Lei Penal Repressora para que se possa apresentar a discussão teórico-doutrinária desenvolvida após a vigência da Lei 12.015/09. É o que se extrai a seguir:

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. (BRASIL. Planalto, 2018)

O estupro de vulnerável é hediondo em todas as suas formas, pois de acordo com a Lei 8.072/90, art. 1º, VI, é um delito mais grave do que os demais. Há uma conduta que atenta contra um bem jurídico extremamente relevante, que é a dignidade sexual. (BRASIL. PLANALTO, 2018).

A progressão que, em crimes comuns, se dá após 1/6 (um sexto) do cumprimento da pena, no estupro de vulnerável ocorrerá após 2/5 (dois quintos), se primário o condenado, ou 3/5 (três quintos), se reincidente. O prazo da prisão temporária salta de 5 (cinco) dias, dos crimes comuns, para 30 (trinta) dias. Para a concessão de livramento condicional, o prazo também é diferenciado: o condenado deve cumprir mais de 2/3 (dois terços) da pena, desde que não seja reincidente específico em crimes hediondos ou equiparados. Ademais, são vedados a anistia, graça, indulto e fiança. (BRASIL. PLANALTO, 2018).

O crime pode se dar pela conjunção carnal (cópula vaginal) ou pela prática de ato libidinoso diverso, não sendo exigido o emprego de violência ou grave ameaça. A Lei 12.015/09 unificou os crimes de estupro (art. 213) e de atentado

violento ao pudor (art. 214), e a mesma fórmula foi adotada no art. 217-A, ao tratar do estupro de vulnerável. (BRASIL. PLANALTO, 2018).

Vale ressaltar, a princípio, na sua completa definição penal o crime de estupro de vulnerável, quando o agente mantém, ou manteve conjunção carnal com vítima menor de quatorze anos; que esteja acometida de enfermidade ou doença mental; e quando tem sua capacidade de resistência reduzida.

Deduz-se do dispositivo penal descrito no art. 217-A não exige o emprego de violência ou grave ameaça para que exista o delito, e considerar viciado o consentimento. Dessa forma, ocorrerá o crime de estupro de vulnerável mesmo que a vítima consinta que o agente tenha conjunção carnal com ela o pratique qualquer outro ato de libidinagem. (CULPI, 2010)

O magistrado, ao aplicar a pena, deve sopesar os fatos ante os limites mínimo e máximo da reprimenda penal abstratamente prevista, o que já é suficiente para garantir que a pena aplicada seja proporcional à gravidade concreta do comportamento do criminoso. Nesta medida, infere-se que o Código Penal, em seu dispositivo que trata dos crimes sexuais contra vulneráveis, ser um crime material, que só se consuma com a produção do resultado naturalístico, consistente na conjunção carnal ou outro ato libidinoso. (BITENCOURT, 2015)

Assim sendo, consuma-se o crime em comento após o constrangimento da vítima, seja mediante violência, ou via de grave ameaça. Na hipótese de conjunção carnal – no momento da penetração completa ou incompleta do pênis na vagina, com ou sem ejaculação. Na hipótese de outro ato libidinoso – no momento em que a vítima pratica em si mesma, no agente ou em terceira pessoa algum ato libidinoso (exemplos: masturbação, sexo oral etc.), ou no instante em que alguém atua libidinosamente sobre seu corpo (exemplos: toques íntimos, sexo anal etc.). (BITENCOURT, 2015)

O concurso de práticas de mais de um ato libidinoso, neste contexto fático e com a mesma vítima, importará em crime único, contudo deverá ser levado em conta pelo juiz na dosimetria da pena.

Quando da prática de um crime, este deixa vestígios. Melhor explicando, o autor carrega consigo substâncias que denotam a sua presença no local do delito, além de seu contato com a vítima. O corpo de delito é fator desencadeador da perícia. Nessa medida, é qualquer indício material conexo a um delito ou ao próprio fato criminoso no qual é possível realizar uma análise pericial. Por meio das mais diversas ciências, o delito é materializado em prova pericial. Assim, a resolução do crime de estupro, por exemplo, pode estar inserida tanto nas amostras coletadas no corpo da vítima, como no corpo do agressor. (NUCCI, 2009)

Após esta explanação preliminar, entende-se que o delito está consumado com a conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso. E é pacífico o entendimento acerca da sua possível tentativa, fato que se dá quando o agente direciona sua conduta para a execução do delito, mas é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade, vez que se trata de delito plurissubsistente (conjunto de vários atos, que fazem parte de uma única conduta) e admite o fracionamento dos atos antes da consumação. (GRECO, 2017)

2.3 - ESPECIFICIDADE DE UMA PROVA PERICIAL NA TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Como início de análise, deve-se atentar para o seguinte: afastada a vulnerabilidade absoluta pode restar, ainda, a vulnerabilidade relativa, que não se confunde com presunção relativa de vulnerabilidade, e que, nem por isso, pode ser desprezada. Ou seja, são dois aspectos absolutamente diferentes: uma coisa é presunção absoluta e presunção relativa de vulnerabilidade; outra coisa completamente diferente é a vulnerabilidade absoluta e vulnerabilidade relativa, que resultam de dois juízos valorativos distintos. Veja-se cada uma delas:

Presunção absoluta de vulnerabilidade — pela presunção absoluta admite-se que a vítima é, indiscutivelmente, vulnerável e ponto final; não se questiona esse aspecto, ele é incontestável, trata-se de presunção *iure et iure*, que não admite prova em sentido contrário; Presunção relativa de vulnerabilidade — a vítima pode ser vulnerável, ou pode não ser, devendo-se examinar casuisticamente a situação para constatar se tal circunstância pessoal se faz presente nela, ou não. Em outros termos, a vulnerabilidade deve ser comprovada, sob pena de ser desconsiderada, admitindo, por conseguinte, prova em sentido contrário, tratando-se, portanto, e presunção *juris tantum*. (BITENCOURT, 2015, p. 56)

Neste levantamento de indícios probantes, a prova pericial é um meio de produção de prova típico consistente no exame de coisa ou pessoa realizado por técnicos ou especialistas em determinada área do conhecimento, cabendo fazer afirmações ou extrair conclusões relevantes ao processo. Está disciplinada nos arts. 158 ao 184 do Código de Processo Penal, que coloca a prova pericial genericamente e não sistemática, informando inclusive algumas perícias específicas, como o exame de corpo de delito, a autópsia, a exumação, o exame de lesões corporais, o exame do local do crime, exames de laboratório. (COULOURIS, 2010)

Em virtude do princípio da economia processual, somente os fatos que realmente importantes e que possuem o condão de contribuir para o deslinde do processo deverão ser reunidos como um meio probatório. Desta forma, deve-se frisar que se tornam desnecessárias a apresentação ao processo dos fatos notórios, axiomáticos ou intuitivos e as presunções legais. (CAPEZ, 2017b)

Das mais distintas ciências criminais que visam reconhecer os indícios relativos aos crimes e à identificação dos envolvidos, adotam como pilar básico, a prova pericial para materialização do delito. A lei processual penal brasileira determina que nos crimes que deixam vestígios, é indispensável à realização do exame de corpo de delito. E este, por conseguinte, envolve tanto a materialidade dos fatos quanto aos indícios de autoria. É o que se extrai da redação do artigo 158 do Código de Processo Penal: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Quando da prática de um crime, este deixa vestígios. Melhor explicando, o autor carrega consigo substâncias que denotam a sua presença no local do delito, além de seu contato com a vítima. O corpo de delito é fator desencadeador da perícia. Nessa medida, é qualquer indício material conexo a um delito ou ao próprio fato criminoso no qual é possível realizar uma análise pericial. Por meio das mais diversas ciências, o delito é materializado em prova pericial. Assim, a resolução do crime de estupro, por exemplo, pode estar inserida tanto nas amostras coletadas no corpo da vítima, como no corpo do agressor. (TOURINHO FILHO, 2017)

Após esta explanação preliminar, entende-se que o delito está consumado com a conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso. E é pacífico o entendimento acerca da sua possível tentativa, fato que se dá quando o agente direciona sua conduta para a execução do delito, mas é impedido por circunstâncias alheias à sua vontade.

2.4 - TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO DIREITO COMPARADO

Volto a ressaltar da importância da atualização do Código Penal objeto do presente estudo. Assim transcreve-se:

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. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

O bem jurídico tutelado nos crimes sexuais é a liberdade ou dignidade sexual, que foi desdobrado do princípio da dignidade humana. (BITENCOURT, 2017). No caso dos vulneráveis, a intenção do legislador foi proteger a liberdade sexual da criança e do adolescente, bem como do enfermo ou deficiente mental. Considerando a gravidade do crime, o legislador pátrio entendeu por bem considera-lo hediondo, conforme determina o artigo 1º da Lei 8.072/90. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Mostra-se como hediondo é o crime de constranger um vulnerável a manter relações sexuais com emprego de violência psíquica, moral ou física, como determina o inciso VI, artigo 1º da Lei nº 8.072/90. Tornando mais rígida a punição ao sujeito ativo deste crime. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

O Código Penal alemão traz as diferenciações e proporcionalidade do *quantum* penal dos casos mais graves e menos graves no próprio texto legal, que resultam em “penas” com *quantum* penal diferenciado. O tipo penal está nos artigos 176 e 177 do Código Penal alemão e seus respectivos incisos. Ao contrário, as condutas de “maior gravidade” artigo 177 no seu inciso II tem como parâmetro a existência de: penetração corporal da vítima. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

No Código Penal espanhol, a diferenciação das condutas de “menor” gravidade – objeto do estudo – está prevista no Capítulo I - Das Agressões sexuais, nos seus artigos 178, no Capítulo II – De Los abusos Sexuales artigos 181 e 182 e, ainda, no Capítulo II do mesmo diploma legal - Dos abusos e agressões contra menores de treze anos, no seu artigo 183. A Lei Ordinária 5/2010 fez modificações nos apenamentos e das condutas típicas e cria o capítulo II. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

2.5 - TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL NO DIREITO BRASILEIRO

O bem jurídico protegido é a “indemnidad sexual” do menor de treze, pois a este não se pode falar em liberdade de consentir sexualmente. A tipicidade subjetiva é a ausência de consentimento em todos os tipos. A maior proteção penal é para a vítima menor de 13 anos. A classificação dos graus de violência sexual no direito penal espanhol: a) agressão sexual - sem acesso carnal (Art. 178); b) violação sexual – com acesso carnal qualquer via (Art. 179); c) abuso sexual (Art.181, 182), d) abuso e agressão sexual a menor de 13 anos (Art. 183). Todos foram modificados em 2010, sendo o último uma inovação. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

A legislação brasileira, os crimes contra a dignidade sexual encontram-se normatizados desde as Ordenações do Reino (Afonsinas, Manuelinas e Filipinas), e a punição era o casamento da vítima com o seu agressor, e se o agressor não tivesse interesse em se casar com a vítima, deveria lhe pagar um dote, caso não fosse possuidor de bens o suficiente para o pagamento do dote, era açoitado e degredado, salvo se aquele (agente do crime) ocupasse posição social ou fosse nobre seria aplicado apenas o degredo (exílio). (NUCCI, 2017).

Em 1830, com a promulgação do Código Criminal do Império, os crimes de estupro mediante ameaça ou violência, contra qualquer mulher honesta (expressão empregada desde as Ordenações Filipinas, advinda de D. Afonso IV, que era a descrição da cópula carnal por meio de violência contra mulher virgem ou a viúva que vivia com honestidade), acarretaria em penas de prisão do agressor. O crime de estupro era tipificado no art. 222, que dispunha: “Ter copula carnal por meio de violência, ou ameaças, com qualquer mulher honesta. Penas - de prisão por três a

doze anos, e de dotar a ofendida. Se a violentada for prostituta. Penas - de prisão por um mês a dois anos” (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Em 1940, o Código Penal Brasileiro trouxe em sua redação no Título VI, Dos Crimes Contra os Costumes e no seu art. 213, *in verbis*: “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça: Pena: reclusão, de seis a dez anos”. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

A modificação, transformação ou mutação legislativa mais recente foi a trazida pela Lei 12.015/09, que alterou o tipo base do crime, acrescentando a figura do estupro de vulnerável, objeto do presente estudo. O crime de estupro que revelava seu sujeito passivo somente a mulher, sofreu uma significativa mutação, passando a ser utilizada a expressão “alguém”, assim, modificaram todo o sentido desse crime. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Para a caracterização do delito, não interessa o sexo do ofendido, podendo ele ser homem ou mulher, tendo em vista ainda que não exclui o crime a circunstância de ser a vítima menor, inconsciente, débil mental, enfermo, deficiente físico, homossexual ou prostituta, sendo todos protegidos em sua liberdade sexual. Algumas vítimas dessas classes sociais figuram como qualificadora para o autor do delito. Assim determina:

Art. 213 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos.

§ 2º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (BRASIL. Planalto, 2018).

Nesse passo, a Lei nº 12.015/09 introduziu, no Código Penal, verdadeira reforma no tocante aos crimes sexuais, tal qual o Decreto-lei nº 2.848 de 1940 (atual Código Penal) havia feito em relação ao Código Penal Republicano (Decreto nº 847, de 11.10.1890). (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Determina o art. 213, do Código Penal, constranger alguém (não mais só a mulher), mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar

ou permitir que com ele (a) se pratique outro ato libidinoso, ou seja, quando ao agente ativo, constranger o passivo, mediante violência ou grave ameaça, venha a ter relação sexual, ou até mesmo qualquer outro ato libidinoso, está sendo praticando o estupro, tendo em vista a violência empregada ou a grave ameaça, não sendo este ato sexual consentido pela vítima. Desta forma, as antigas definições dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, com a nova Lei transformaram-se com a citada junção das suas redações na recente definição do crime de estupro, gerando assim uma nova interpretação jurídica. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Com o advento da Lei 12.015/09, a hipótese passou a ser contemplada no art. 217-A, *caput*, que assim estabelece: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos. Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos” (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Parte da doutrina acentua que embora a Lei 12.015/09 tenha substituído a questão da moralidade pela tutela da dignidade e da liberdade sexual, o legislador continuou adotando uma postura proibitiva e moralista sobre a sexualidade infanto-juvenil, partindo da consideração de que o exercício da sexualidade pelos menores de 14 anos é irregular, desviante e deve ser objeto de proibição. O artigo 224, alínea “b”, do Código Penal, estabelecia a presunção de violência quando a vítima fosse alienada ou débil mental, e o agente conhecesse tal circunstância. Atualmente, a hipótese encontra previsão no § 1º do artigo 217-A, que prevê como vulnerável a pessoa que “por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato”. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Por fim, o parágrafo 1º do artigo 217-A assinala que é vulnerável quem, “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. A hipótese, anteriormente, era prevista na alínea “c” do artigo 224 do Código Penal (“presume-se a violência, se a vítima não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”). (BRASIL. PLANALTO, 2018)

É preciso cuidado ao interpretar o dispositivo, já que as incertas *outras causas* podem dar margem a inúmeras situações, algumas de cunho até mesmo

insignificante para o Direito Penal. Imagine-se a hipótese de um sujeito que, ao embriagar-se por livre e espontânea vontade, ainda que incompletamente, aceite praticar sexo com terceiro. Posteriormente, poderá ser considerado vítima de estupro contra vulnerável, apenas por ter ingerido voluntariamente algumas doses de álcool. (BITENCOURT, 2011)

Da mesma forma, incluem-se no âmbito de proteção pessoas viciadas em drogas ou que estejam ingerindo medicamentos em virtude de tratamento médico – antidepressivos, calmantes, dentre outros –, as quais não poderiam manter relações sexuais, visto que amplamente abrangidas pelas elementares deste tipo penal. Em se tratando de crime de ação penal pública incondicionada, chegando ao Ministério Público a informação da prática sexual entre o dependente químico, o embriagado ou o doente em tratamento, com o parceiro de sua escolha, deverá o representante do *parquet* ajuizar ação penal contra este pela prática de crime de estupro contra vulnerável, dada a desconsideração volitiva do consentimento da suposta vítima. (BITENCOURT, 2011)

Com o advento da Lei 12.015/05, tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos ativo e passivo do crime de estupro. Parece-nos ser a modificação benéfica, pois melhor atende à isonomia, tratando homens e mulheres de forma igualitária. Outra modificação importante refere-se ao fato de que o art. 213 passou a se caracterizar como crime de ação múltipla ou tipo penal misto alternativo. Logo, a prática de uma ou mais condutas descritas no tipo, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, caracteriza crime único. (BITENCOURT, 2011)

Ademais, as objetividades jurídicas dos ilícitos, anteriormente tipificados nos artigos 213 (estupro) e 214 (atentado violento ao pudor), são semelhantes, e, muitas vezes, as condutas previstas nesses dispositivos ocorriam contra a mesma vítima, no mesmo contexto fático. Portanto, mostra-se benéfica a junção das referidas condutas em um só dispositivo penal, permitindo o reconhecimento de crime único, cabendo ao magistrado levar em consideração as peculiaridades de cada caso na individualização da pena. (BITENCOURT, 2011).

De acordo Pfeiffer (2004), apud Manual de Segurança da Criança e do Adolescente, os sinais específicos, embora nem sempre presentes, os sintomas e sinais de lesão física são muito conclusivos no diagnóstico de abuso sexual na infância e adolescência e devem sempre ser estudados. Tem que se fazer o diagnóstico de violência sexual sempre que se encontra:

Lesões em região genital. Edema, hematomas ou lacerações em região próxima ou em área genital, como partes internas de coxas, grandes lábios, vulva, vagina, região escrotal ou anal, tanto em meninas como em meninos. Dilatação anal ou uretral, ou rompimento de hímen dão o diagnóstico de abuso sexual, mas esses nem sempre são sinais evidentes dentro das variações da normalidade, necessitando muitas vezes de uma avaliação minuciosa por profissionais especializados da área de perícia médica. Lesões como equimoses, hematomas, mordidas ou lacerações em mamas, pescoço, parte interna e/ou superior de coxas, baixo abdome e/ou região de períneo. Sangramento vaginal ou anal em crianças pré-púberes, acompanhado de dor, afastados os problemas orgânicos que possam determiná-los. Encontro de doenças sexualmente transmissíveis como gonorreia, sífilis, HPV, clamídia, entre outras. Aborto a perda de embrião ou feto, de forma natural ou provocada. Gravidez.

Para Bernet (2010), os psiquiatras infantis, de forma frequente, são procurados para analisar crianças que podem ter sido abusadas física ou sexualmente. O objetivo da avaliação pode ser clínico, para determinar se a criança tem um distúrbio emocional e a causa para o distúrbio; ou forense, para ajudar a determinar se o abuso aconteceu e quem o fez. Um relevante aspecto clínico e forense na avaliação destas crianças deve-se ao estudo da credibilidade do testemunho infantil. As crianças podem fazer falsas afirmações nas avaliações psiquiátricas. Elas também podem fazer uma falsa negação a respeito do abuso.

Pela nova Lei, tanto o estupro (art. 213) quanto o estupro de vulnerável (art. 217-A) são crimes hediondos, na forma simples ou qualificada. Eliminou-se, assim, a discussão existente, pelo menos quanto aos crimes praticados sob a égide da nova Lei. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

No tocante ao estupro de vulnerável, ao introduzir o artigo 217-A no ordenamento jurídico, o legislador teve o claro intuito de proteger aquelas pessoas que, em razão de pouca idade, deficiência física ou psíquica, ou por outra causa, não podem validamente consentir com a prática do ato sexual ou a ele resistir. No entanto, é preciso ter cuidado com as interpretações que serão dadas ao inédito tipo

penal, pois sua redação pode levar à equivocada conclusão de que qualquer relação sexual praticada com as pessoas nele previstas, ainda que consentida, será criminosa, merecedora de tutela penal. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Determina o Código de Processo Penal a necessidade de perícia aos delitos que deixarem vestígio. A complexidade legal da prova pericial nos crimes de abuso e violência sexual de vulnerável possuem repercussões no mundo jurídico por meio do Estado de Direito.

De acordo com ABRAPIA - Associação Brasileira Multiprofissional de Proteção à Infância e à Adolescência (1997, p. 25), pode-se conceituar abuso ou violência sexual na infância e adolescência como:

A situação em que a criança, ou o adolescente, é usada para satisfação sexual de um adulto ou adolescente mais velho, (responsável por ela ou que possua algum vínculo familiar ou de relacionamento, atual ou anterior), incluindo desde a prática de carícias, manipulação de genitália, mama ou ânus, exploração sexual, voyeurismo, pornografia, exibicionismo, até o ato sexual, com ou sem penetração, sendo a violência sempre presumida em menores de 14 anos. Nem sempre acompanhado de violência física aparente, pode se apresentar de várias formas e níveis de gravidade, o que dificulta enormemente a possibilidade de denúncia pela vítima e a confirmação diagnóstica pelos meios hoje oferecidos pelas medidas legais de averiguação do crime.

Importante observar o fato de a Constituição Federal ter dado resguardo à entrada em vigor do Estatuto da Pessoa com Deficiência representou um divisor de águas no ordenamento jurídico brasileiro, na medida em que trouxe consigo uma carga axiológica repleta de reconhecimento de direitos tendentes a romper paradigmas, promovendo igualdade e propiciando ferramentas para a inserção das pessoas com deficiência no contexto social. (BITTENCOURT, 2012)

A perícia criminal está a serviço da justiça. Tanto o é que os juristas tecem seus entendimentos no sentido de ser essencial a comprovação da materialização do crime que cause algum dano físico a sua vítima penal. Entendimento referendado no próprio Código de Processo Penal, em seu artigo 158: “Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito,

direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado” (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Assim, confere a indispensabilidade do exame de corpo de delito. Nesta medida, somente após a realização da Perícia Legal, torna-se possível e concreto a tipificação do crime, bem como indiciar o seu autor, e servir de elemento de convicção do juiz competente. Assombrosas são as cicatrizes deixadas pelos delitos de contra a dignidade sexual. Sem dúvida trata-se de um evento extremamente traumático para as suas vítimas, e com maior reprovabilidade quando se tratar de crianças e/ou adolescentes, além das pessoas cuja capacidade de resistência seja diminuída. Por conseguinte, como era de se esperar, a atualização da legislação criminal, passou a punir com mais gravidade seus autores. (BITTENCOURT, 2012)

Reforçando o acima descrito, importante destacar a natureza jurídica da prova pericial. A perícia está alocada no ordenamento jurídico brasileiro como um meio de prova, a qual possui destacada valoração, cuja posição é intermediária entre a prova e a sentença. Melhor explicando, representa um *plus* (um algo mais) em relação à prova e um *minus* em relação à sentença. Diante deste exposto, tem-se a prova oriunda de perícia a denominação de prova crítica. E neste levantamento de indícios probantes, a prova pericial se destaca como meio de produção de prova típico (como descrito na norma penal), e ressaltando, consiste no exame de coisa ou pessoa realizado por técnicos ou especialistas em determinada área do conhecimento, cabendo fazer afirmações ou extrair conclusões relevantes ao processo. (BITTENCOURT, 2012)

Para Bittencourt (2012), é importante frisar da inevitabilidade de um eventual momento onde o ser humano fica numa situação vulnerável. Mas não seria esta vulnerabilidade o objeto do legislador, que leva em conta critérios objetivo de vulnerabilidade tais como idade, enfermidade mental ou estado de incapacidade. Desta forma, sendo a pessoa considerada vulnerável, a violência será considerada presumida. Sendo a pessoa não considerada vulnerável, a violência a ser observada deverá ser a violência real para ser configurado o crime. Pode-se afirmar ainda que

houve uma substituição da violência presumida para a violência implícita, também chamada pela doutrina majoritária de presunção implícita. (BITTENCOURT, 2012)

Qualquer pessoa em determinadas circunstâncias pode ser tornar vulnerável. Contudo, há outro tipo de vulnerabilidade, distinta da eventual. Esta pertence aos indivíduos que pela faixa etária (menor que 14 anos) ou por suas limitações como ser em desenvolvimento intelectual em desenvolvimento. O que é importante dizer é que não resta dúvida de que o legislador encontra resguardo legal para punir quaisquer condutas conferidas à integridade física e mental do menor, altamente comprometido pela submissão ao abuso sexual por parte de adultos, ainda que essas práticas fossem intermediadas pelo seu consentimento. (BITTENCOURT, 2015).

E como ciência humana o Direito é dinâmico e evolui a cada novo momento histórico vivido pela sociedade e, na busca por esse constante enquadramento aos progressivos fenômenos sociais, o legislador verificou a necessidade de ampliar a tutela ao vetor de proteção à criança e ao adolescente em relação aos crimes sexuais que coibi ofensas à dignidade da pessoa humana. O Código Penal agravou o tipo penal. (BITTENCOURT, 2015).

Nesta medida, tem-se que a tutela penal na esfera sexual possui maior preocupação com relação aos indivíduos sem a incapacidade de externar o seu pleno consentimento. Neste caso, não se pode pretender uma tipificação perfeita no modelo comum de estupro e seus desdobramentos, representado pela conjunção carnal ou na prática de ato libidinoso diverso, com emprego de violência e grave ameaça. Mas os *indivíduos* capazes podem relacionar-se sexualmente sem qualquer espécie de coação física, o que não ocorre com as crianças e pessoas com necessidades especiais, as quais além do emprego da coação física há também coação psicológica, para a realização de um ato sexual, que está além de sua compreensão. Na nova legislação objetivou superar essas controvérsias e consagrar a norma, pela lei nº 12.015/2009, dispôs uma nova redação para “os crimes contra a dignidade sexual”, superando o título anterior “dos crimes contra os costumes”. Assim, surgiu o art.217-a referente ao estupro de vulnerável. O legislador retirou a

atacada expressão presunção de violência surgindo desta forma o conceito de vulnerabilidade. (NUCCI, 2009).

Importante lembrar que antes da referida lei, a prática sexual com pessoa vulnerável, ou seja, ter conjunção carnal ou ato libidinoso com menor de quatorze anos era relativizado, podendo ser considerado estupro, se houvesse conjunção carnal (Art. 213, CP) ou atentado violento ao pudor (Art. 214 CP), havendo então, uma análise do caso concreto para tipificar tal conduta. Sendo que a violência na prática desses atos era presumida pelo legislador, presente no artigo 224 CP, revogado com a promulgação da Lei nº 12.015/2009. (SANCHES, 2015).

3 – A OBRIGATORIEDADE DA PROVA PERICIAL NA TENTATIVA DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 – A PROVA PERICIAL

A prova pericial é essencial para a reconstituição fatos passados. Em qualquer processo criminal sua relevância é reconhecida, principalmente por meio do exame de corpo de delito, como um elemento fundamental nos crimes que deixam vestígios, como no crime de estupro. A prova pericial nos crimes contra a dignidade sexual é essencial e visa o suporte técnico de uma sentença justa e adequada, uma vez que qualquer prova pericial inserida em juízo possui repercussões no universo jurídico por meio do Estado de Direito, e que estabelece as normas que deverão ser seguidas (CAPEZ, 2017).

De acordo com Capez (2017), o objeto pelo qual a perícia está a prestar colaboração com a justiça para elucidação dos crimes sexuais estão assinalados nos arts. 158 ao 184 do Código de Processo Penal, confirmando inclusive algumas perícias específicas, como o exame de corpo de delito, a autópsia, a exumação, o exame de lesões corporais, o exame do local do crime, exames de laboratório. Em virtude do princípio da economia processual, somente os fatos que realmente importantes e que possuem o condão de contribuir para o deslinde do processo deverão ser reunidos como um meio probatório. Desta forma, deve-se frisar que se tornam desnecessárias a apresentação ao processo dos fatos notórios, axiomáticos ou intuitivos e as presunções legais. (CAPEZ, 2017).

Entre os elementos de prova e que são aceitos jurisprudencialmente abrangem: a) prova da conjunção carnal; b) prova da violência empregada; c) prova da violência moral; d) prova da tentativa do crime de estupro nos casos em que não ocorreu contato corporal; e) prova de autoria; e f) palavra da vítima. Enquanto o exame de corpo de delito registra no laudo a existência e a realidade do delito, o corpo de delito representa o próprio crime em na sua tipicidade. E o resultado redigido e autuado da perícia, visando evidenciar a realidade da infração penal e informar sobre a culpabilidade ou não do agente. Também é o conjunto de vestígios materiais deixados pelo crime, que podem ser permanentes (*delicta factis permanentis*), ou temporárias (*delicta factis transeuntis*). (BITTENCOURT, 2017).

Entre os crimes que deixam vestígios, informa o art. 158 do Código Penal sobre a obrigatoriedade da confecção de laudo por peritos especialistas. Desta forma, a inexistência do exame de corpo de delito direto ou a sua elaboração fora do referido permissivo legal torna nula a prova de materialidade do crime, sendo vício insanável que não pode ser superado nem através da confissão do suspeito. Nesta medida, a inovação trazida pela Lei nº. 12.015/09, em sua exposição de motivos, descreve como maior motivação há também a nítida preocupação em proteger o sujeito passivo do delito de estupro que se encontra em estado de vulnerabilidade, como as vítimas menores de quatorze anos e aquelas que por enfermidade, ausência da capacidade em discernir ou outra razão que impossibilite a resistência, que as torna vulneráveis. Não é necessário considerar a violência, nem mesmo sua presunção. (BITTENCOURT, 2015).

Nesta medida a prova pericial, também chamada de técnica, busca por meio da análise científica de vestígios produzidos e deixados na prática crimes. Sendo atividades de enorme complexidade, devido à responsabilidade e capacitação especializada entre os peritos por ela responsáveis. Destarte, da prova pericial procede a sustentação técnica/complementar à carência de conhecimentos científicos do juiz para que possa sentenciar o réu do delito. A prova pericial possui uma enorme força probatória, da qual o magistrado não pode desprezar para buscar verdade dos fatos. Deve-se, pois dar mais ênfase aos trabalhos médico-legais, pois, além de auxiliar no estressante ônus da produção da prova deste tipo de crime, as

perícias visam confirmar ou não demonstrar a materialidade do crime de estupro e do estupro de vulnerável, ao localizar vestígios no local do crime ou corpo da vítima. Mister é informar sobre os procedimentos relevantes da perícia, o qual pode assim discriminar: iniciativa, realização e corporificação. (CAPEZ, 2017)

Na iniciativa, será sempre da autoridade policial, em se tratando de inquérito policial, ou da autoridade judiciária, se a ação for instaurada. No caso de ser prova obrigatória, a autoridade deve agir de ofício e de imediato. Obs.: A Lei n. 11.690/2008 trouxe significativas alterações no sistema da prova pericial, dentre elas, no art. 159, § 3º, do CPP, passou a facultar ao MP, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e somente após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas dessa decisão (§ 4º). Os assistentes técnicos poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência (§ 5º, II). Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito oficial e a parte indicar mais de um assistente técnico (§ 7º). (BRASIL. PLANALTO, 2018)

De acordo com o art. 422, 2ª parte, do CPC, os assistentes técnicos são de confiança da parte, não sujeitos a impedimento ou suspeição. A realização da perícia tem como regra imperiosa a formulação de quesitos, que são as perguntas a serem respondidas pelos peritos. De acordo com a nova redação do art. 159, § 3º, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008, “serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos”. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Além disso, autorizou-se às partes, no curso do processo judicial, requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de dez dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar (§ 5º,I). A perícia corporifica-se, materializa-se,

por uma peça técnica denominada laudo pericial, que pode ser definida como toda a peça escrita na qual os peritos lançam o resultado do exame efetivado, mencionando o que observaram e consignando suas conclusões. Nesta medida, tem-se o regramento do art. 158 do CPP que torna obrigatória a realização do exame de corpo de delito quando a infração deixar vestígios excepciona o princípio da livre apreciação da prova pelo juiz (CPP, art. 155, caput, com a redação determinada pela Lei n. 11.690/2008), bem como o da verdade real. (BRASIL. PLANALTO, 2018)

Dá-se melhor explicação ao que acima foi mencionado o artigo 167 do CPP, que autoriza o juiz a buscar outro meio de prova que não a pericial, quando não há vestígio ou quando tinha, o mesmo desapareceu. E o artigo 158 que determina se há vestígio, dever-se-á proceder a perícia. Fundamenta-se a necessidade da perícia no princípio da economia processual, somente os fatos que realmente importantes e que possuem o condão de contribuir para o deslinde do processo deverão ser reunidos como um meio probatório. Desta forma, deve-se frisar que se tornam desnecessárias a apresentação ao processo dos fatos notórios, axiomáticos ou intuitivos e as presunções legais. (CAPEZ, 2017)

Nessa linha de raciocínio e em cumprimento dos princípios do direito penal é indiferente o comprovante da idade da vítima para identificá-lo como vulnerável. Tem que auferir seu grau de discernimento mental e sua maturidade sexual. Em outras palavras, tem que ser analisado cada caso concreto. Não pode ter caráter geral nem abstrato. Então, para os Tribunais, há uma relativização da vulnerabilidade arguida pela vítima. Mais uma vez, chega-se à conclusão da indispensabilidade do laudo pericial. (NUCCI, 2009).

O legislador atribui, de início, a condição de vulnerável ao menor de quatorze anos ou a quem, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o essencial discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência. Entretanto, já no artigo 218-B depara-se, de novo, com a adjetivação de vulnerável para outra faixa etária, isto é, menor de dezoito anos, aparentemente, sem qualquer justificativa razoável. Desse modo, são situações

completamente diferentes a condição de menor de quatorze anos, comparada à condição do menor de dezoito. De forma inegável, o legislador ampliou a definição de vulnerabilidade — que define, de forma satisfatória, a condição do menor de quatorze anos — para alcançar, incompreensivelmente, o menor de dezoito (art. 218-B). (BITTENCOURT, 2015).

Na verdade, o legislador usa a definição de *vulnerabilidade* para diversos enfoques, em condições distintas, sem qualquer justificativa razoável. Esses aspectos autorizam a concluir que *existe* concepções diferentes de vulnerabilidade. Na visão do legislador, devem haver duas espécies ou modalidades de vulnerabilidade, isto é, uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa; aquela se refere ao menor de quatorze anos, configuradora da hipótese de estupro de vulnerável (art. 217-A). Essa se refere ao menor de dezoito anos, empregada ao contemplar a figura do favorecimento da prostituição ou outra maneira de exploração sexual (art. 218-B). (BITTENCOURT, 2017).

Aliás, os dois dispositivos legais utilizam a mesma fórmula para contemplar a equiparação de vulnerabilidade, nas respectivas minoridades (quatorze e dezoito anos), qual seja, “ou a quem, 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”. Nos dois dispositivos, o legislador cria hipóteses de interpretação analógica (ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência) que, entretanto, deve obedecer aos atributos dos respectivos paradigmas. (BITTENCOURT, 2015).

Não se trata, dessa forma, de “qualquer outra causa”, propriamente, mas de qualquer outra causa que guarde similitude ao paradigma “enfermidade ou deficiência mental”. Desse modo, exemplificativamente, aproveitar-se do *estado de inconsciência* da vítima (v. g., desmaio, embriaguez alcoólica — não aquela do Big Brother em que ambos beberam juntos, estado de coma etc.), em que a vítima não possa oferecer resistência. Dito de outra forma, a elementar “que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”, aparentemente, com uma abrangência sem limites, é restrita ao seu paradigma, com o qual deve guardar similitude, por

exigência da interpretação analógica e da tipicidade estrita. Com efeito, essa “qualquer outra causa” deve ser similar a “enfermidade ou deficiência mental”, isto é, algo que reduza ou enfraqueça sua capacidade de discernimento, e, conseqüentemente, impossibilite oferecer resistência, nos moldes dessas enfermidades mentais. (BITTENCOURT, 2015).

Para Nucci (2017), quando da prática de um crime, este deixar vestígios, principalmente nos crimes sexuais que tenham por vítima criança, adolescente ou incapaz de defender-se, necessitar-se-á de exame pericial. Melhor explicando, o autor carrega consigo substâncias que denotam a sua presença no local do delito, além de seu contato com a vítima. O corpo de delito é fator desencadeador da perícia. Nessa medida, é qualquer indício material conexo a um delito ou ao próprio fato criminoso no qual é possível realizar uma análise pericial. Deste modo, a resolução do crime de estupro de vulnerável, por exemplo, pode estar inserida tanto nas amostras coletadas no corpo da vítima, como no corpo do agressor. Por meio das mais diversas ciências, o delito é materializado em prova pericial.

4 – CRIMES SEXUAIS DE VULNERÁVEL E A LEGISLAÇÃO CORRELATA

4.1 – ESTRUPO DE VULNERÁVEL

Estupro de vulnerável é o Delito previsto no artigo 217-A do Código Penal. São elementos objetivos do tipo: “ter” (conseguir, alcançar) conjunção carnal (cópula entre pênis e vagina) ou “praticar” (realizar, executar) outro ato libidinoso (qualquer ação que objetive prazer sexual) com menor de 14 anos, com alguém enfermo (doente) ou deficiente (portador de retardo ou insuficiência) mental, que não tenha o necessário (indispensável) discernimento (capacidade de distinção e conhecimento do que se passa, critério ou juízo) para a prática do ato sexual, assim como alguém que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (força de oposição contra algo). O vulnerável é a pessoa incapaz de consentir validamente o ato sexual, ou seja, é o passível de lesão, despido de proteção. (NUCCI, 2009)

CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL -ESTUPRO DE 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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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

Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. § 4º Se da conduta resulta morte: Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)" (SAMPAIO, 2016)

Antes da Lei 12.15, de 2009 a conduta típica do art. 217-A integrava o tanto o crime de Estupro, quando a vítima possuísse menos de 14 anos e o crime de

Atentado Violento ao pudor, quando a vítima tivesse a mesma característica. Com a referida lei, as condições acima aludidas passaram a compor um tipo autônomo e único, qual seja, Estupro de Vulnerável. (SAMPAIO, 2016)

Mencione-se que a criação do art. 217-A do CP foi acompanhada, de outro lado, pela revogação expressa do art. 224 do CP pela Lei n. 12.015/2009, mas como veremos abaixo, de uma forma ou de outra, todas as condições nele contempladas passaram a integrar o atual dispositivo legal, que não mais se refere à presunção de violência, mas às condições de vulnerabilidade da vítima, daí a rubrica "estupro de vulnerável". (SAMPAIO, 2016, P. 33)

Nos crimes sexuais contra vulneráveis, não há que se falar em proteção a liberdade sexual dos ofendidos, pois possuem uma condição que os difere das pessoas que tem total discernimento, seja devido a sanidade mental, seja devido ao completo desenvolvimento psicológico. O Estupro de vulnerável obviamente é abarcado por esse gênero, como resultado disso o Bem jurídico tutelado por esse tipo, como dos demais crimes contra vulneráveis, é a dignidade sexual da vítima vulnerável, que se menor, terá seu desenvolvimento emocional perturbado. Falando-se de vulnerabilidade intelectual ou passageira a dignidade é protegida, tendo em vista que a vítima não pode exprimir a sua real intenção, repetindo, não se falando aí de liberdade. (SAMPAIO, 2016)

Em tudo se assemelha ao elemento objetivo desse crime ao que foi dito dos crimes de Estupro e Violação Sexual Mediante Fraude. Contudo, há uma grande diferença, o meio da prática da conduta, que no crime de estupro é por violência ou ameaça e no crime de posse sexual mediante fraude é a fraude. Aí reside a diferença, o referido tipo penal não exige que a conduta seja praticada com violência ou fraude, nem dissenso da vítima, mas sim de uma especial característica da vítima que, é a sua vulnerabilidade. (SAMPAIO, 2016)

O elemento subjetivo deste crime é o dolo na prática das condutas (Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso) com menor de 14 anos, ou pessoa"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". Trata-se de um crime de Tendência, exigindo para que o dolo se aperfeiçoe o especial fim de exigir, que é" possuir sexualmente vítima (homem ou

mulher), sabendo que o agente é considerado vulnerável, sob pena de não se configurar essa infração penal." (SAMPAIO, 2016)

Da mesma maneira que o Estupro e a violação sexual mediante fraude, consuma-se o crime na modalidade constranger a conjunção carnal, com a introdução completa ou incompleta do pênis do agente na vagina da vítima. Na modalidade constranger a ato libidinoso diverso, consuma-se com a pratica do ato libidinoso diverso. Na mesma linha que os outros crimes sexuais contra vulnerável, não há liberdade a ser tutelada aqui, pois a criança ainda não possui sua personalidade formada e portanto não pode discernir as consequências do ato sexual praticado. O bem jurídico protegido por esse tipo é a Dignidade sexual do menor. (SAMPAIO, 2016)

Segundo Bitencourt, aquele que tem sua lascívia satisfeita, não é considerado coautor dessa figura típica, pois a finalidade exigida pelo tipo e satisfazer a lascívia de outrem. Contudo, poderá responder pelo crime do estupro de vulnerável se houver praticado conjunção carnal com a vítima ou praticar ato libidinoso diverso a este. Do sujeito passivo exige-se especial característica para a tipificação desse crime. Deve ser menor de 14 anos, podendo ser do sexo feminino ou do masculino, pouco importando. (SAMPAIO, 2016)

A conduta tipificada no tipo penal é "induzir "alguém, que seja menor de 14 anos, a satisfazer a lascívia de um terceiro. O verbo induzir na referida tipificação significa" suscitar a ideia, tomar a iniciativa intelectual, fazer surgir no pensamento do autor uma idéia até então inexistente, que não deixa de ser uma forma ou espécie de instigação (está mais abrangente), que os autores tradicionais têm denominado "determinação", que nós preferimos chamar de induzimento. Este induzimento não pode possuir elementos de violência ou fraude, consiste no emprego de suas promessas, engodos, dádivas, súplicas, propostas reiteradas, numa palavra: todo o expediente (não violento ou fraudulento) que tenha sido idôneo ou eficiente para levar a vítima a satisfazer a lascívia de outrem". (SAMPAIO, 2016)

É importante ressaltar que, lascívia de outrem não deve ser satisfeita por meio de conjunção carnal ou ato libidinoso de diverso, caso seja, o agente do induzimento responde por estupro de vulnerável de acordo do comando da norma do art. 29 CP. (SAMPAIO, 2016)

Seguindo outra linha de raciocínio Nucci (2009), se coloca em posição oposta, alegando que se trata de exceção pluralística a teoria monística:

Ocorre que o legislador, possivelmente por falta de orientação, criou a figura do art. 218, excepcionando o indutor e concedendo-lhe a pena de reclusão, de dois a cinco anos. Cuida-se de uma exceção pluralística à teoria monística. Concedeu pena menor ao indutor. (SAMPAIO, 2016)

O tipo subjetivo é composto pelo dolo, que se traduz na vontade consciente de praticar a conduta incriminada, qual seja, induzir. Diferentemente dos tipos penais apresentados anteriormente nessa monografia, não se trata de um crime de tendência, não carecendo o Elemento subjetivo especial. Se consuma esse crime de acordo com Cezar Roberto Bitencourt, com o efetivo induzimento da vítima a satisfazer a lascívia de outrem." a eventual satisfação da lascívia alheia representará simples exaurimento do crime. A tentativa em tese é admitida, porém pelas próprias características desse crime, é de difícil constatação. (SAMPAIO, 2016)

Dispõe o código penal a respeito da modalidade de Ação Penal para os crimes dos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI:

"Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.
Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. " (SAMPAIO, 2016)

Com efeito, tendo em vista as especiais qualidades da vítima na presente figura típica se procede por Ação Penal Pública incondicionada. (SAMPAIO, 2016)

Satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente
Art. 218-A. Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. (SAMPAIO, 2016)

Assim como os outros crimes sexuais contra menor vulnerável, não se fala aqui em liberdade sexual, mas apenas de dignidade sexual. Razão disso é que o menor não está plenamente desenvolvido, portanto seu desenvolvimento deve ser protegido, para que se assegure sua liberdade futura. Como se trata de crime comum, qualquer pessoa pode ser sujeita ativo desse crime. Em relação ao sujeito passivo, se exige especial qualidade deste, deve ser menor de 14 anos. (SAMPAIO, 2016)

Detalhe importante é que não deve haver a prática de qualquer ato libidinoso com o menor. Caso em que estaria caracterizado estupro de vulnerável e ainda, mesmo que elemento subjetivo do tipo, se faz importante abordar esse tema neste tópico. A respeito dispõe Nelson Hungria (Comentários, cit., V. 8, p. 186): (SAMPAIO, 2016)

"Deve-se comprovar no caso que o agente determinou a vontade do menor. Assim, se este, por acaso, surpreende um indivíduo praticando atos libidinosos, e se mantém na espreita para assisti-los, não há aqui qualquer ato de induzimento do menor". (SAMPAIO, 2016)

O crime exige um fim especial, sem o qual não se aperfeiçoa. É necessário que a presença do menor seja elemento de satisfação da lascívia do agente praticante do ato sexual, ou do agente que o induziu a assistir. Ou seja, a lascívia do agente reside não apenas no ato sexual em si, mas também da própria presença do menor. Tendo em vista que há duas modalidades distintas de condutas nesse crime," praticar e induzir "convêm abordá-las separadamente. (SAMPAIO, 2016)

Consuma-se o crime na modalidade "praticar" com a efetiva prática de ato libidinoso na frente do menor de 14 anos. Tratando-se da conduta "induzir" o crime se consuma com o efetivo induzimento, segundo CEZAR ROBERTO BITENCOURT (L.4. P.118) quando a vítima menor é convencida pelo agente a presenciar a prática da relação sexual. (SAMPAIO, 2016)

Dispõe o código penal a respeito da modalidade de Ação Penal para os crimes dos crimes definidos nos Capítulos I e II do Título VI: (SAMPAIO, 2016)

"Art. 225. Nos crimes definidos nos Capítulos I e II deste Título, procede-se mediante ação penal pública condicionada à representação.

Parágrafo único. Procede-se, entretanto, mediante ação penal pública incondicionada se a vítima é menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa vulnerável. " (SAMPAIO, 2016)

Com efeito, tendo em vista as especiais qualidades da vítima na presente figura típica se procede por Ação Penal Pública incondicionada. (SAMPAIO, 2016)

A violência parece cada vez mais assolar a existência humana. A cada dia toma proporções maiores, afetando a sociedade com um todo, grupos ou famílias e, ainda, o indivíduo isoladamente. Entre os fatores que contribuem para desencadear a violência, encontram-se as desigualdades sociais, econômicas e culturais, desemprego, propagação das drogas, ou mesmo atos de perversidades cometidos pelo homem (MONTEIRO; TELES; CASTRO; VASCONCELOS; MAGALHÃES; DEUS, 2008)

A violência se apresenta sob várias formas, como física, psicológica, social e sexual. Entre estas, a violência sexual se destaca, já que se configura como um tipo de agressão que atinge a parte mais individual e reservada do ser humano – sua sexualidade. A violência sexual limita ou anula o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher. No contexto da violência sexual, atualmente tem-se dado ênfase para o abuso contra criança e adolescentes, tornando-se um dos aspectos importantes no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres, pelos agravos na saúde, pelo aumento das denúncias e por ser considerado pela sociedade como moralmente reprovável, além de um grave delito do ponto de vista jurídico. (MONTEIRO; TELES; CASTRO; VASCONCELOS; MAGALHÃES; DEUS, 2008)

O estupro cometido contra pessoa sem capacidade ou condições de consentir, com violência ficta, deixou de integrar o art. 213 do CP para configurar crime autônomo, previsto no art. 217-A, sob a nomenclatura "estupro de vulnerável". Seu teor é o seguinte:

"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". (CAPEZ, 2017)

Dessa forma, as condições acima aludidas passaram a integrar o tipo penal do art. 217-A, com sanções próprias, distintas das reprimendas impostas ao crime sexual praticado com violência real. Antes, o operador do direito necessitava lançar mão da ficção legal contida no art. 224 do CP para lograr enquadrar o agente nas penas do art. 213 ou do revogado art. 214 do CP. Agora, a subsunção típica do fato será direta no 217-A do CP. Mencione-se que a criação do art. 217-A do CP foi acompanhada, de outro lado, pela revogação expressa do art. 224 do CP pela Lei nº 12.015/09, mas, como veremos mais adiante, de uma forma ou de outra, todas as condições nele contempladas passaram a integrar o atual dispositivo legal, que não mais se refere à presunção de violência, mas às condições de vulnerabilidade da vítima, daí a rubrica "estupro de vulnerável". (CAPEZ, 2017)

Há, contudo, que se fazer uma distinção. Vulnerável é qualquer pessoa em situação de fragilidade ou perigo. A lei não se refere aqui à capacidade para consentir ou à maturidade sexual da vítima, mas ao fato de se encontrar em situação de maior fraqueza moral, social, cultural, fisiológica, biológica etc. Uma jovem menor, sexualmente experimentada e envolvida em prostituição, pode atingir à custa desse prematuro envolvimento um amadurecimento precoce. Não se pode afirmar que seja incapaz de compreender o que faz. No entanto, é considerada vulnerável, dada a sua condição de menor sujeita à exploração sexual. (CAPEZ, 2017)

Por esse motivo, não se confundem a vulnerabilidade e a presunção de violência da legislação anterior. São vulneráveis os menores de 18 anos, mesmo que tenham maturidade prematura. Não se trata de presumir incapacidade e violência. A vulnerabilidade é um conceito novo muito mais abrangente, que leva em conta a necessidade de proteção do Estado em relação a certas pessoas ou situações. Incluem-se no rol de vulnerabilidade casos de doença mental, embriaguez, hipnose, enfermidade, idade avançada, pouca ou nenhuma mobilidade de membros, perda momentânea de consciência, deficiência intelectual, má formação cultural, miserabilidade social, sujeição a situação de guarda, tutela ou curatela, temor reverencial, enfim, qualquer caso de evidente fragilidade. (CAPEZ, 2017)

É o indivíduo menor de 14 anos ou aquele 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. Tanto o homem quanto a mulher podem ser sujeitos passivos do crime em exame. (CAPEZ, 2017)

Vejamos, agora, cada uma das circunstâncias legais previstas no art. 217-A do CP, de onde se depreende a vulnerabilidade da vítima:

a) Vítima com idade inferior a 14 anos. O menor de idade, pela imaturidade, não pode validamente consentir na prática dos atos sexuais. Verifique-se que o legislador incorreu em grave equívoco, na medida em que, se o crime for praticado contra a vítima no dia do seu 14º aniversário, não haverá o delito do art. 217-A nem a qualificadora do art. 213 do CP. Poder-se-á configurar, no caso, o estupro na forma simples, havendo o emprego de violência ou grave ameaça. Se houver o consentimento do ofendido, o fato será atípico, sendo a lei, nesse ponto, benéfica para o agente, devendo retroagir para alcançá-lo. (CAPEZ, 2017)

Vale notar que a tendência na doutrina era emprestar valor relativo a essa presunção (*juris tantum*), corrente essa minoritariamente partilhada pela jurisprudência. Assim, afastava-se essa presunção nas seguintes hipóteses: vítima que aparentava ser maior de idade; que era experiente na prática sexual; que já se demonstrava corrompida; vítima que forçou o agente a possuí-la; que se mostrava despudorada, devassa. Para essa corrente, a presunção não poderia ser absoluta, sob pena de adoção indevida da responsabilidade objetiva. (CAPEZ, 2017)

O dispositivo em questão teria como intuito proteger o menor sem qualquer capacidade de discernimento e com incipiente desenvolvimento orgânico. Se a vítima, a despeito de não ter completado ainda 14 anos, apresentasse evolução biológica precoce, bem como maturidade emocional, não haveria por que impedir a análise do caso concreto de acordo com suas peculiaridades. Por exemplo: rapaz de 18 anos, que namorasse uma menina de 12 anos há pelo menos um ano, e com ela mantivesse conjunção carnal consentida. Se a garota tivesse um desenvolvimento bem mais adiantado do que sugerisse sua idade, e se ficasse

demonstrado seu alto nível de discernimento, incomum para sua fase de vida, para essa corrente não haveria por que considerar o autor responsável por estupro, já que a presunção teria sido quebrada por circunstâncias específicas do caso. (CAPEZ, 2017)

Entretanto, os Tribunais Superiores vinham adotando entendimento no sentido de que a presunção de violência seria absoluta quando o crime fosse praticado contra vítima menor de idade (*juris et de jure*). Assim, sustentava-se que o consentimento de menor de 14 anos para a prática de relações sexuais e sua experiência anterior não afastariam a presunção de violência para a caracterização do estupro ou do atentado violento ao pudor; da mesma forma, o comprovado concubinato do réu com a vítima menor de 14 anos não teria o condão de elidir a presunção de violência. (CAPEZ, 2017)

Note-se que, se houvesse erro de tipo, não haveria a configuração típica, uma vez que nesta o agente desconhece a idade da vítima, ignorando, assim, a existência da elementar típica. Por exemplo: sujeito inexperiente vai a uma casa noturna, na qual só podem entrar maiores de 18 anos; lá conhece uma prostituta muito bem desenvolvida fisicamente, combina um "programa" e com ela se dirige a um motel; após apresentarem seus respectivos documentos de identidade na portaria, chegam ao cômodo; tão logo se encerra o ato sexual (negocial), a polícia invade o quarto e prende o agente, uma vez que a moça tinha apenas 13 anos de idade. (CAPEZ, 2017)

Duas alegações seriam possíveis: (a) a moça tem desenvolvimento físico e psicológico prematuro e já possui razoável experiência sexual, de modo que não haveria como o agente supor a menoridade; (b) o agente não sabia, nem tinha como saber, que mantinha conjunção carnal com uma menor, pois ela estava em um local onde só ingressariam maiores, apresentou documento falso e tinha físico de adulto. A segunda hipótese seria a do erro de tipo essencial, o qual excluiria o dolo e tornaria o fato atípico, diante da ausência de previsão legal. Não poderia incidir a agravante do art. 61, II, h (crime contra criança). A menoridade seria provada mediante certidão do registro civil. (CAPEZ, 2017)

Em recente decisão, de 26-8-2014, o ministro Rogério Schietti, da 6ª Turma do STJ, reformou decisão absolutória de primeira e segunda instâncias que absolviam o agente acusado de estupro de vulnerável diante de peculiaridades do caso concreto. Para o STJ, a presunção de vulnerabilidade de menor de 14 anos é absoluta e não admite prova em contrário nem sequer pode ser relativizada. (CAPEZ, 2017)

b) Vítima que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato. O art. 224, b, do CP fazia menção à vítima alienada ou débil mental e exigia que o agente devesse conhecer essa circunstância. O art. 217-A, § 1º, do CP abrangeu a referida hipótese, mas também incluiu a vítima enferma, que, na realidade, já era tutelada pelo art. 224, c, do CP. 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 comprovadas mediante laudo pericial, sob pena de não restar atestada a materialidade do crime, por se tratar de elementar, a qual integra o fato típico. Vejam que, pela própria redação do tipo penal, não há como não se exigir uma análise concreta acerca da caracterização ou não da situação de vulnerabilidade da vítima. (CAPEZ, 2017)

c) Vítima que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. Trata-se de hipótese que já constava do art. 224, c, do CP. Por vezes, a vítima não é menor de idade nem tem enfermidade ou deficiência mental, mas, por motivos outros, está impossibilitada de oferecer resistência. Exemplos: embriaguez completa, narcotização etc. A presunção aqui também era relativa, e devia ser provada a completa impossibilidade de a vítima oferecer resistência. Cremos que, com as modificações legais, tal necessidade permanece, pois não há como não se exigir a comprovação no caso concreto de que a vítima não tenha condições de oferecer qualquer oposição. (CAPEZ, 2017)

4.2 A CONTEMPLAÇÃO LASCIVA CARACTERIZA O TIPO PENAL

Para o STJ, sim!

Eis a decisão do STJ:

A conduta de contemplar lascivamente, sem contato físico, mediante pagamento, menor de 14 anos desnuda em motel pode permitir a deflagração da ação penal para a apuração do delito de estupro de vulnerável. Segundo a posição majoritária na doutrina, a simples contemplação lasciva já configura o "ato libidinoso" descrito nos arts. 213 e 217-A do Código Penal, sendo irrelevante, para a consumação dos delitos, que haja contato físico entre ofensor e ofendido. (STJ. 5ª Turma. RHC 70.976-MS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 2/8/2016 (Info 587).

Entende-se por contemplação lasciva o ato de, sem tocar na vítima, mesmo a distância, satisfazer a sua libido com a nudez alheia. Quando essa contemplação lasciva é realizada junto com o ato de constranger a vítima, teremos o tipo penal contra dignidade sexual. E se a vítima se enquadra no conceito legal de vulnerável, estarão preenchidas todas as elementares típicas do crime de estupro de vulnerável - art. 217-A. Reza o tipo penal: "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".

Por certo, a contemplação lasciva não se enquadra na expressão conjunção carnal, mas, de acordo com a maioria da doutrina e do STJ, pode ser caracterizada como ato libidinoso diverso da conjunção carnal e, nesse caso, não se exige contato físico entre ofensor e vítima para fins de tipificação. Realizada a adequação típica, o fato de o agressor não ter tocado na vítima não serve para isentá-lo de responsabilidade criminal, mas pode influenciar a dosimetria da pena, respeitando a proporcionalidade entre um infrator que tocou na vítima e o outro que apenas a contemplou lascivamente. (CAPEZ, 2017)

5 - CONCLUSÃO

Esta monografia estudou a importância de se diminuir os embaraços e dificuldades quando da realização da necessária perícia nos casos de crimes sexuais de vulnerável, já que essa se faz imprescindível, na maioria das investigações e obtenção de evidências e provas nos casos de cometimento desses crimes, para que ocorra o devido processo legal em trâmite no Poder Judiciário.

Percebeu-se a necessidade de peritos psicólogos e psiquiatras na condução das citadas perícias, já que se deve ter todo um cuidado especial com o vulnerável, além do que, as vezes, se faz necessária a anamnese feita por esses especialistas, para que os resultados se juntem ao rol de evidências e provas do cometimento desse abominável crime.

O citado rol de evidências e provas visam dar robustez nos julgamentos desses crimes sexuais de vulnerável, dando clareza, e, quando houver, indícios probatórios nos delitos que deixaram vestígios, com mais ênfase nos casos de abusos e violência sexual. Nessa medida a prova pericial é um importante meio de produção de prova, consistente no exame de coisa ou pessoa, realizado por técnicos ou especialistas em determinada área do conhecimento, cabendo fazer afirmações, bem como extrair conclusões relevantes ao processo.

Está disciplinada nos artigos 158 ao 184 do Código de Processo Penal, no qual expõe o tema tanto numa abordagem geral como, inclusive, algumas perícias específicas, como o exame de corpo de delito, a autópsia, a exumação, o exame de lesões corporais, o exame do local do crime, exames de laboratório.

Fundamenta-se a necessidade da perícia no princípio da economia processual, somente os fatos que realmente importantes e que possuem o condão de contribuir para o deslinde do processo deverão ser reunidos como um meio probatório. Desta forma, deve-se frisar que se tornam desnecessárias a apresentação ao processo dos fatos notórios, axiomáticos ou intuitivos e as presunções legais.

Deve-se reforçar o acima descrito, das mais distintas ciências criminais que visão reconhecer os indícios relativos aos crimes e à identificação dos envolvidos, adotam como pilar básico, a prova pericial para materialização do delito. Por determinação do código de processual penal brasileiro nos crimes que deixam vestígios, é indispensável à realização do exame de corpo de delito. E este, por conseguinte, envolve tanto a materialidade dos fatos quanto aos indícios de autoria.

Por conseguinte, quando da prática de um crime, este deixar vestígios, principalmente nos crimes sexuais que tenham por vítima criança, adolescente ou incapaz de defender-se, necessitar-se-á de exame pericial. Deve-se evitar maiores danos psicológicos às essas possíveis vítimas e também, por meio das técnicas adequadas, obter indícios mais robustos e obscuros.

Melhor explicando, o autor carrega consigo substâncias que denotam a sua presença no local do delito, além de seu contato com a vítima. O corpo de delito é fator desencadeador da perícia. Nessa medida, é qualquer indício material conexo a um delito ou ao próprio fato criminoso no qual é possível realizar uma análise pericial. Deste modo, a resolução do crime sexuais de vulnerável, por exemplo, pode estar inserida tanto nas amostras coletadas no corpo da vítima, como no corpo do agressor. Por meio das mais diversas ciências, o delito é materializado em prova pericial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAPIA. **Abuso Sexual**: Guia para orientação para profissionais da Saúde. Rio de Janeiro: Autores e Agentes Associados; 1997.

BERNET, William. **Falsas denúncias e o Diagnostico diferencial das alegações de abuso sexual**. **PSIC. REV.** V19, n.2, pp. 263-288, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal-Parte Especial**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**, 6ª ed., São Paulo, Saraiva, 2012, vol. 4, p.

BRASIL. PLANALTO. **Lei nº 12.015/2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm>. Acesso em: 13 mai. 2018.

BRASIL. PLANALTO. **Lei nº 8.072/1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8072.htm>. Acesso em: 13 mai. 2018.

BRASIL. PLANALTO. **Decreto-Lei nº3.689/1941**. Código de processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 mai. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Direito Penal**. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2017b.

CAPEZ, Fernando. **Estupro de vulnerável e a contemplação lasciva**. 2017. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI253038,101048-Estupro+de+vulneravel+e+a+contemplacao+lasciva>>. Acesso em: 19 mai. 2018.

COULOURIS, Daniella Georges. **A Desconfiança em Relação à Palavra da Vítima e o Sentido da Punição em Processos Judiciais de Estupro**. 2010, 24f. Tese (Doutorado em Sociologia). Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Universidade de São Paulo-USP, São Paulo, 2010. Disponível em: Acesso em: 13 set. 2017.

CULPI, Aline Rossana. **Validade da prova testemunhal nos crimes de pedofilia no direito penal brasileiro**. 2010, 55f. Monografia (Graduação em direito). Curso de

Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade Tuiuti do Paraná, Curitiba, 2010. Disponível em: Acesso em: 13 set. 2017.

GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. 11 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

MONTEIRO, Claudete; TELES, Delma; CASTRO, Karoline; VASCONCELOS, Nayane; MAGALHÃES, Rosilane; DEUS, Maria. **Violência sexual contra criança no meio intrafamiliar atendidos no DAMVVIS**, Teresina, PI. Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/2670/267019605011/>. Acesso em: 19 mai 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

PFEIFFER L, Waksman R. **Violência na Infância e Adolescência**. Manual de Segurança da Criança e do Adolescente, Sociedade Brasileira de Pediatria. São Paulo, 2004;195-267.

SAMPAIO, Caio. **Crimes sexuais contra vulnerável**. 2016. Disponível em: <https://shogumbr.jusbrasil.com.br/artigos/299931393/dos-crimes-sexuais-contra-vulneravel>. Acesso em 19 mai 2018.

SANCHES, R. C. **Manual de Direito Penal Parte Especial**. 7ª Ed. Salvador. Editora Juspodivm, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.