



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

ANA LUÍZA CANDIDA VAZ DE CARVALHO

DA PRESCRIÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

BRASÍLIA
2022

ANA LUIZA CANDIDA VAZ DE CARVALHO

DA PRESCRIÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Marcus Vinicius Reis Bastos

BRASÍLIA
2022

ANA LUIZA CANDIDA VAZ DE CARVALHO

DA PRESCRIÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador(a): Marcus Vinicius Reis Bastos

CIDADE, DIA MÊS ANO

BANCA AVALIADORA

Professor(a) Orientador(a)

Professor(a) Avaliador(a)

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo verificar a possível chance de tornar o crime de estupro de vulnerável imprescritível, bem como aqueles elencados na Constituição Federal. A metodologia utilizada foi a qualitativa, pois busca examinar a parte subjetiva do problema, através de outras fontes, quanto à possibilidade ou não de tornar o crime de estupro de vulnerável em imprescritível diante do ordenamento jurídico brasileiro. A pesquisa foi desenvolvida através da pesquisa bibliográfica, sendo utilizados livros, jurisprudências e legislações. De início o trabalho busca desenvolver o conceito de estupro bem como suas elementares, em seguida o instituto da prescrição penal do ordenamento jurídico brasileiro. Ao fim, o estudo irá trazer o Projeto de Lei 5102/20, realizando uma abordagem quanto aos seus aspectos, fundamentos e sua finalidade diante a sociedade, a conclusão busca estabelecer um posicionamento quanto ao referido projeto de lei citado.

Palavras-chave: estupro de vulnerável; crimes imprescritíveis; prescrição penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO

1 DO CRIME DE ESTUPRO

1.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

1.2 BEM JURÍDICO TUTELADO

1.3 SUJEITOS

1.4 PROVAS

2 DA PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO PENAL

2.1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL

2.2 ESPÉCIES DA PRESCRIÇÃO

2.3 IMPRESCRITIBILIDADE PENAL E AS HIPÓTESES PREVISTAS NA
CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

3 DA PRESCRIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.1 LEI JOANNA MARANHÃO (LEI 12.650/2012): PRAZO DE PRESCRIÇÃO DO
ESTUPRO DE VULNERÁVEL

3.2 PROJETO DE LEI 5102/20 E A IMPRESCRITIBILIDADE DO ESTUPRO DE
VULNERÁVEL

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa verificar a possibilidade de ampliação do rol de crimes imprescritíveis previsto na Constituição Federal Brasileira de 1988 inserindo o crime de estupro de vulnerável do artigo 217-A do Código Penal Brasileiro. Atualmente, os crimes elencados como imprescritíveis no artigo 5º, inciso XLII e XLIV, da Constituição Federal de 1988, são a conduta tipificada por racismo e a ação de grupos armados civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. Diante disso, entende-se que a prescrição penal é a regra geral em nosso ordenamento jurídico, e o instituto de imprescritibilidade a exceção. Nesse passo, a pesquisa desenvolvida irá abordar a possibilidade de que a prática do crime de estupro de vulnerável seja inserido no rol taxativo dos crimes quais não têm sua punibilidade extinta em razão do decurso do tempo.

Assim, a monografia será realizada com base em pesquisas doutrinárias e jurisprudenciais, sendo o trabalho dividido em três capítulos, no capítulo 1, abordar-se-á o conceito de estupro de vulnerável, o bem jurídico tutelado, sujeitos e bem como destrinchar as provas do crime em questão.

Em seguida, no capítulo 2, serão explicados os conceitos do instituto de prescrição penal e suas espécies previstas no Código Penal. Também será conceituado a imprescritibilidade e suas hipóteses previstas na Constituição Federal. Haverá uma breve explicação sobre as figuras equiparadas aos crimes imprescritíveis e como foram inseridos no mundo jurídico.

E, por último, no capítulo 3, será apresentada a Lei Joanna Maranhão (Lei 12.650/2012) que modificou a prescrição penal do crime de estupro de vulnerável, evidenciando o impacto que gerou na sociedade brasileira. Ao final, ocorrerá o debate acerca da possibilidade ou não de ser inserido o crime em questão no rol de crimes imprescritíveis tendo como ponto de partida o Projeto de Lei 5102/20.

1. DO CRIME DE ESTUPRO

“Estupro não é um ato sexual. É um ato de violência que usa o sexo como uma arma. O estupro é motivado pela agressão e pelo desejo de exercer poder e humilhação” (EASTEAL, s.d. apud NUCCI 2017, p. 177).

Os crimes contra a dignidade sexual possuem natureza mais grave em todos os ordenamentos jurídicos, caracterizando a repugnância em relação ao ato criminoso. Apesar disso, a sua evolução jurídica foi morosa até chegarmos em um ordenamento que institui a devida proteção ao bem jurídico tutelado.

A Lei 12.015/2009 alterou de modo significativo o Código Penal em relação aos crimes contra a dignidade sexual que, por ora, eram intitulados no Título VI como “Dos crimes contra os costumes”.

O crime de estupro, de modo geral, está tipificado no artigo 213 do Código Penal Brasileiro, consistindo na tutela da dignidade sexual da vítima, onde o agente constrange a vítima, mediante violência ou grave ameaça, para fins de conjunção carnal ou para a prática de atos libidinosos:

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, 1940).

O legislador, com a edição da Lei 12.015/2009, resolveu unir o crime de outros atos libidinosos e o de estupro em um só tipo penal, sendo assim o termo estupro possui o significado de conjunção carnal violenta, contra homem ou mulher, e o comportamento de obrigar a vítima, homem ou mulher, a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso. Portanto, a partir desse diploma, o Código Penal passou a ter duas espécies distintas de estupro.

É possível a aplicação da continuidade delitiva para as modalidades “conjunção carnal” e “outro ato libidinoso”, sendo que anteriormente não ocorria, pois tratavam de espécies delitivas diferentes.

O delito de estupro, antes da vigência da nova lei, apenas configuraria se acontecesse o coito vagínico, completo ou incompleto. Entretanto, a nova lei reconhece a prática de qualquer outro ato libidinoso como estupro.

Vejamos a posição de Cezar Roberto Bitencourt:

Libidinoso é todo ato lascivo, voluptuoso, que objetiva prazer sexual, aliás, libidinoso é espécie do gênero atos de libidinagem que envolve também a conjunção carnal. Embora a cópula vagínica também seja ato libidinoso, não é, juridicamente, concebida como ato libidinoso diverso, sendo abrangida pela primeira figura antes examinada. Aliás, as duas figuras – conjunção carnal e ato libidinoso diverso – são espécies do gênero atos de libidinagem (BITENCOURT, 2022, p. 22).

O crime de estupro é de ação múltipla, ou seja, com dois verbos (ter e praticar). Na sua redação antiga, admitia somente a mulher como sujeito passivo, à vista disso a nova legislação adotou uma redação mais abrangente, possibilitando com o pronome “alguém” que o homem também possa ser sujeito passivo do crime de estupro.

O termo “conjunção carnal”, citado no caput do artigo em questão, remete a cópula vagínica e exigindo a participação de homem e mulher na relação sexual. Esse conceito não engloba as relações entre mulheres ou entre homens, portanto configurará a prática de “outro ato libidinoso”, diverso de conjunção carnal. Em suma, para configurar a conduta de “ter conjunção carnal” é necessário a introdução do órgão genital masculino na cavidade vaginal, sendo assim, as relações de outra natureza são identificadas como “ato libidinoso diverso de conjunção carnal”. É válido ressaltar que a pena será a mesma tanto para a conjunção carnal entre homem e mulher quanto para o ato libidinoso em relações de outra natureza.

O ato libidinoso é todo ato carnal capaz de produzir a excitação e o prazer sexual, incluindo a conjunção carnal.

1.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei nº 12.015/2009 criou a figura típica de estupro de vulnerável prevista no art. 217-A, caracterizado como crime autônomo e distinto do crime de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal, sendo revogado, portanto, o art. 224.

O antigo art. 224 do Código Penal possuía a seguinte redação: “Presume-se a violência, se a vítima: a) não é maior de 14 (catorze) anos; b) é alienada ou débil mental, e o agente conhecia esta circunstância; c) não pode, por qualquer outra causa, oferecer resistência”. Estabeleceu-se a chamada presunção de violência, ou seja, as vítimas retratadas no art. 224 não tinham como aceitar a relação sexual, portanto presume-se que foram obrigadas ao ato.

Prevê o art. 217-A:

Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 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)

§ 2º (VETADO) (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. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 5º As penas previstas no caput e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018). (BRASIL, 2009)

Com a alteração do artigo, caracterizou-se como vulnerável as pessoas menores de quatorze anos, ou 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.

No entendimento de Bitencourt, o legislador faz uma grande confusão com a idade vulnerável, pois refere-se ao menor de quatorze anos (arts. 217-A, 218 e 218-A) e também ao menor de dezoito (218-B, 230, § 1º). Portanto, compreende-se que o legislador inseriu duas espécies de vulnerabilidade no dispositivo penal, uma absoluta (menor de quatorze anos) e outra relativa (menor de dezoito). Somente a vulnerabilidade no menor de quatorze anos pode ser presumida, as demais deverão ser comprovadas. (BITENCOURT, 2022, p. 50)

Muito se discute sobre a fixação da vulnerabilidade do novo artigo penal, pois o legislador deveria acompanhar as mudanças de comportamento na sociedade brasileira e de seus costumes. É muito comum, principalmente em cidades do interior do país, jovens casais

ainda menores de 18 anos, constituírem família já com discernimento pleno sobre suas responsabilidades. O entendimento de Guilherme de Souza Nucci:

Perdemos uma oportunidade ímpar de equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança é a pessoa menor de 12 anos; adolescente, quem é maior de 12 anos. Logo, a idade de 14 anos deveria ser eliminada desse cenário. A tutela do direito penal, no campo dos crimes sexuais, deve ser absoluta, quando se tratar de criança (menor de 12 anos), mas deveria ser relativa ao cuidar do adolescente (maior de 12 anos). É o que demanda a lógica do sistema legislativo, se analisado em conjunto (NUCCI, 2018, p. 247).

Nota-se que o entendimento do autor, diante do fato de o Estatuto da Criança e do Adolescente considerar adolescente o maior de doze anos, deveria ser concedida “a capacidade de consentimento em relação aos atos sexuais”, pois a norma seria muito rígida em relação a proteção ao menor de quatorze anos.

Sobre as vulnerabilidades os tribunais têm entendido da seguinte forma:

Relativa: TJSP: “Estupro – Vítima menor de 14 anos – Fato ocorrido em agosto de 2006 – Análise sobre a legislação vigente à época dos fatos – Violência presumida decorrente da idade – Presunção de violência que não é absoluta – Menor que, à época dos fatos, possuía plena consciência sobre assuntos relacionados ao sexo – Conhecimento e consentimento da família para manter namoro anterior – Quadro probatório que autoriza afastar a presunção absoluta de violência – Absolvição – Recurso provido (voto n. 12.899)” (Brasil, 2011)

Absoluta: STJ: “A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a anterior experiência sexual ou o consentimento da vítima menor de 14 (quatorze) anos são irrelevantes para a configuração do delito de estupro, devendo a presunção de violência, antes disciplinada no artigo 224, alínea ‘a’, do Código Penal, ser considerada de natureza absoluta” (Brasil, 2012)

Embora o dispositivo penal fale sobre a vulnerabilidade absoluta e relativa em relação aos menores de 18 anos, a lei não concede ao juiz margem de discricionariedade. Contudo,

independentemente o menor de 14 anos e o menor de 18 anos terem maior ou menor discernimento ou até experiência em matéria sexual, serão protegidos como vulneráveis pelo Código Penal.

Por outro lado, o art. 217-A também classifica vulnerável a pessoa que “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência”. Nessa parte da norma, qualquer pessoa que se encontre na situação de não oferecer resistência será protegida no âmbito da vulnerabilidade.

1.2 BEM JURÍDICO TUTELADO

O estupro de vulnerável é um crime previsto no art. 217-A do Código Penal Brasileiro introduzido no ordenamento jurídico pela Lei n. 12.015/09. Está tipificado como crime hediondo pela Lei 8.072/90, em seu art. 1º, inciso VI, cuja pena é de reclusão de 8 (oito) a 15 (anos).

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. (Brasil, 2009)

A tutela do art.217-A é a vulnerabilidade, no âmbito sexual, das vítimas do delito. Protege-se a dignidade sexual da pessoa vulnerável que por estar nessa condição é considerada incapaz de consentir voluntariamente com o ato sexual.

O entendimento majoritário do Supremo Tribunal Federal afirma ser de caráter absoluto a presunção de violência no crime de estupro contra vítima menor de quatorze anos sendo irrelevante o consentimento ou a compleição física da vítima para configurar o delito. (RHC 97.664 AgR/DF, 2ª T., rel. Min. Teori Zavascki, j. 8-10-2013, DJe-208, de 21-10-2013). A lei estabelece que a idade da vítima é um marco objetivo não podendo ser superado por suas condições pessoais e das circunstâncias do caso.

Observa-se a jurisprudência consolidada no STF:

O cerne da controvérsia cinge-se a saber se a conduta do réu, que praticou conjunção carnal com menor de 14 anos de idade, subsume-se ao tipo previsto no art. 217-A do Código Penal, denominado estupro de vulnerável, mesmo diante de eventual consentimento e experiência sexual da vítima. Basta que o agente tenha conhecimento de que a vítima é menor de catorze anos de idade e decida com ela manter conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso para se caracterizar o crime de estupro de vulnerável, sendo dispensável,

portanto, a existência de violência, grave ameaça ou suposto consentimento da vítima para tipificação do estupro de vulnerável, conduta descrita no art. 217-A do Código Penal. Observância à jurisprudência consolidada no Supremo Tribunal Federal que se impõe (princípio da segurança jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas). O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada. Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2013)

De acordo com Julio Fabbrini Mirabete, o art. 217-A visa tutelar o sadio desenvolvimento sexual e a liberdade física e psíquica, em matéria sexual, de pessoas que a lei considera como mais vulneráveis ao abuso sexual. O caput do artigo, tem como objeto central o desenvolvimento sexual do menor de 14 anos o qual não possui maturidade necessária para manter com liberdade relações de natureza sexual. Por sua vez, § 1º, estende a especial proteção às pessoas que em razão de enfermidade ou deficiência mental não possuem discernimento completo sobre as questões sexuais, o que as torna vítimas mais vulneráveis de abusos praticados por terceiro (MIRABETE, 2021, p. 468).

Por esse motivo, o objeto jurídico é a salvaguarda da intangibilidade sexual, ou seja, a liberdade sexual da pessoa. De acordo com os doutrinadores, o objeto material resguardado é a pessoa vulnerável, ou seja, o corpo da vítima, violado pelo agente.

1.3 SUJEITOS

Por se tratar de crime comum, o estupro de vulnerável pode ser cometido por qualquer pessoa, homem ou mulher.

O sujeito passivo necessariamente é uma vítima vulnerável, na forma definida, ainda que exemplificativa, na lei penal. Entretanto, se a conduta for por conjunção carnal, o sujeito ativo somente pode ser homem, e o passivo, só mulher.

O STF entendeu que se o crime é praticado, em virtude de vínculos familiares, fica vedada a dupla aplicação baseado na confiança da vítima, na primeira e na terceira etapas da dosimetria.

Por análise desse dispositivo, vulneráveis são, “as pessoas menores de quatorze anos”, ou aquelas que, independentemente da idade, se encontrem na condição de “enfermos ou

deficientes mentais, sem o necessário discernimento para a prática do ato libidinoso”, ou aqueles que estejam em situação na qual “não podem oferecer resistência”.

Se na data do fato a vítima possuía 14 anos completos, não configura a conduta deste artigo. Contudo, configurará a conduta de atos libidinosos em outros dois casos: se o ofendido, embora voluntariamente, encontra-se em situação de prostituição ou outra forma de exploração sexual, configurando o delito previsto no art. 218-B § 2º, I; 2º; ou se o contato sexual for realizado contra a vontade da vítima, aperfeiçoará o crime de estupro qualificado do art. 213, § 1º ou a violação sexual mediante fraude do art. 215.

O dispositivo penal também considera vulneráveis os portadores de enfermidade ou deficiência mental que lhes retire a capacidade de discernimento para o ato, aqui não importará a idade do ofendido.

Aos possuidores de déficit intelectual, é necessário a falta de discernimento para entender a natureza do ato praticado. Entretanto, o agente deve conhecer o estado doentio da vítima, não bastando o dolo eventual, sendo possível atuar em erro de tipo se não for perceptível a debilidade mental da vítima (art. 20, caput do CP).

Em relação ao Estatuto da Pessoa com Deficiência, deve ser analisada de forma cuidadosa a capacidade civil dos doentes mentais em cada caso concreto, pois o ordenamento jurídico deve respeitar a igualdade material e não prejudicar a autonomia do doente mental. O simples critério biológico ou de constatação clínica da anomalia mental não é suficiente para comprovar a vulnerabilidade e a falta de discernimento para atos existenciais, inclusive os sexuais. Além disso, deve ser analisado, no caso concreto, se houve a presença de um abusador ou manipulador de uma pessoa sem discernimento, ou fora um ato consentido.

Vejamos o entendimento presente no seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO. VÍTIMA DEFICIENTE MENTAL. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Não há que se falar em absolvição quando o contexto probatório demonstra de forma incontestável que o acusado se valendo da relação de confiança com a cunhada, deficiente mental, aproveitando-se da ausência de familiares, a ameaça e a obriga a manter relações sexuais. A manutenção da sentença é medida que se impõe. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (BRASIL, 2005)

A forma mais adequada de apurar a capacidade de discernimento é o exame pericial, mas, segundo tem decidido o STJ, não se trata de condição inafastável:

No processo penal brasileiro, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que o julgador, desde que de forma fundamentada, pode decidir pela condenação, não se admitindo no âmbito do habeas corpus a reanálise dos motivos pelos quais a instância ordinária formou convicção pela prolação de decisão repressiva em desfavor do acusado (AgRg no HC n. 469.930/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 9/10/2018, DJe de 17/10/2018). 3. Para fins de caracterização da vulnerabilidade da vítima maior de idade e portadora de enfermidade mental, é permitido ao Magistrado, mesmo que sem a presença de laudo pericial, aferir a existência do necessário discernimento para a prática do ato ou a impossibilidade de oferecer resistência à prática sexual, desde que mediante decisão devidamente fundamentada, atendendo ao princípio do livre convencimento motivado. (BRASIL, 2019)

A embriaguez somente será considerada causa de exclusão da capacidade de resistência da vítima quando for completa e de tal grau que impossibilite a vítima de lutar ou reagir com o agressor. Para ocorrer o estupro de vulnerável, é preciso que a incapacidade de resistência da vítima seja absoluta, podendo o juiz não considerar a vulnerabilidade quando tiver meios de oferecer resistência. (BRASIL, 2020)

Portanto, deverá ser provado no caso concreto a eficácia para a exclusão do poder de resistência. Nessa modalidade, o consentimento prestado ou não pela vítima é juridicamente irrelevante, pois a situação de vulnerabilidade, por si só, é suficiente para caracterizar o crime.

Um aspecto importante para ser analisado é a existência de relacionamento prévio entre a vítima e o agressor. O consentimento para os atos da vida sexual deve ser inequívoco, portanto inexistente o consentimento presumido ou preestabelecido, ainda que haja um relacionamento prévio.

O mesmo entendimento vale para a vulnerabilidade pelo efeito de entorpecentes. No caso se houver ocorrido a indução para o uso de entorpecentes ou álcool por parte do agente, para que a vítima chegasse ao estado de vulnerabilidade, considera crime premeditado de estupro.

In casu, o eg. Tribunal de origem consignou que a vítima estava em estágio avançado de embriaguez, inclusive, no momento do suposto crime, estava inconsciente, portanto, era incapaz de oferecer resistência, caracterizando, assim, a situação de vulnerabilidade. Ressalte-se que o ora paciente foi justamente denunciado pela prática, em tese, do art. 217-A, § 1º, do Código Penal, o que enseja uma ação penal pública incondicionada. (Brasil, 2016).

Segundo o STJ, o estado de sono caracteriza a última hipótese prevista no art. 217-A, em que a vítima não pode, por qualquer causa, oferecer resistência. Significa circunstância que retira da vítima a capacidade de oferecer resistência, de acordo com o ministro Ribeiro Dantas em sua decisão (AgRg no HC 489684/ES). No mesmo cenário, considera-se vulnerável a vítima em coma, anestesiada ou sedada.

O Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, explica na decisão monocrática do Recurso Especial Nº 1.519.840 - RS (2015/0054079-7) que a resistência oferecida pela vítima por haver despertado e interrompido a investida sexual resta configurado a repulsa ao ato e, portanto, a ausência de consentimento e o conseqüente constrangimento.

1.4 PROVAS

Prova é tudo aquilo que corrobora para a formação do convencimento do Juiz. Com a atualização do Código de Processo Penal em 2018, coube ao magistrado formar a sua convicção pela livre apreciação da prova, respeitando o contraditório judicial. (CULPI, 2010, p. 21).

As provas produzidas no processo servem para reconstituir fatos que ocorrem na data dos fatos e para convencer o magistrado a uma certeza. Vale ressaltar que a simples probabilidade não embasará uma sentença condenatória, ou seja, o juiz para proferir uma decisão necessita chegar na verdade dos fatos. Cita Carrara, “a certeza está em nós, a verdade está nos fatos.” (Programa del curso de derecho criminal dictado em la Real Universidad de Pisa, v. 2, p. 291).

De acordo com o art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Desse modo, o acusado é presumido inocente até que se prove ao contrário, em consonância ao princípio do *in dubio pro reo*.

Para o juiz alcançar a verdade do processo e dos fatos, inicia-se o sistema de valoração da prova. Três foram os principais sistemas adotados. (RANGEL, 2015, p. 515). Quais sejam:

- Livre convicção ou íntima convicção: Este sistema foi adotado pelo CPP para aplicação nos casos submetidos ao Tribunal do Júri, apenas, já que os jurados não precisam de motivação para suas decisões e podem julgar de acordo com suas convicções, sem ter o dever de fundamentá-las em algum dispositivo da lei;
- Prova legal: Um preestabelecimento já determinando um valor para cada prova produzida dentro de um processo. Assim, o magistrado fica adjunto ao critério estipulado pelo legislador. Neste sistema, vê-se que o Juiz se torna limitado, tendo em vista não poder valorar as provas em consonância com as especificidades do caso concreto;
- Livre convencimento motivado ou Persuasão Racional: Por fim, temos o método misto, adotado majoritariamente pela doutrina e previsto no art. 155 do CPP, caput. Aqui, não há que se falar em valoração prévia de provas, podendo estar livre, o magistrado, para valorizar a prova conforme seu convencimento, sendo fundamentado nos autos.

Sendo a palavra isolada da vítima, sem testemunhas, consistente, firme e harmônica poderá dar margem à condenação do réu. A palavra do ofendido assume papel de relevo na análise da prova, tendo em vista que se trata de infração geralmente cometida às escondidas e, ainda, que, diante da natureza do delito, se costuma entender que não seria natural alguém se expor a ponto de levar a juízo detalhes de sua intimidade sem algum motivo razoável. Entretanto, é necessário cautela no exame da prova, principalmente quando se trata de vítima criança, sempre sujeita à influência de seus familiares, não sendo raro que estes se utilizem de uma falsa denúncia para ajustar contas de outra natureza com a pessoa denunciada por estupro. (MARCÃO, 2021, p. 73)

Toda infração penal que deixar vestígios, não transeunte, é necessário o exame de corpo de delito a fim de apurar os sinais tanto do ato sexual quanto do possível resultado causado pela violência que possa qualificar o crime. O exame de corpo e delito será realizado por perito oficial, portador de diploma de curso superior, assim como versa o art. 159 do Código de Processo Penal. Entretanto, o juiz não fica vinculado às conclusões do perito oficial, podendo

ser completadas ou contestadas por outras provas. Sua decisão será apoiada no princípio do livre convencimento fundamentado.

O delito de estupro é de mera conduta, sendo assim permite-se provar sua materialidade e autoria por depoimentos e declarações quando os vestígios forem inexistentes. A palavra de vítima é suma importância já que na maioria dos casos o delito é praticado às escondidas.

Em 2017, o Estatuto da Criança e Adolescente foi alterado pela Lei n.13.441, a qual possibilitou a infiltração virtual de agentes para combater crimes contra a dignidade sexual, tais como pedofilia, estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação da lascívia, dentre outros. Esse procedimento terá a duração de 90 dias, sem prejuízo a eventuais renovações, desde que não ultrapasse um período de 720 dias e que seja devidamente fundamentada a necessidade de dilação do prazo.

O resultado morte, assim como a idade da vítima, no caso de ser menor de quatorze anos, devem ser demonstrados documentalmente, lembrando-se que, nos termos do art. 155, parágrafo único, do CPP, é remetida à lei civil a forma de fazer prova do estado das pessoas, em que se compreende a menoridade. Quando for rigorosamente impossível a obtenção da certidão emitida pelo registro civil, considera-se uma exceção a aceitação de outros meios que comprovem a idade da vítima. (MARCÃO, 2021, p. 73)

De acordo com o precedente: “ É inócurre nuldade do processo, à ausência da certidão de nascimento da vítima, para configurar o crime de estupro de vulnerável, quando presentes, nos autos, provas aptas a permitir a aferição da idade da ofendida, como a testemunhal, assentamentos, tornando prescindível a juntada do documento específico do registro civil, não afasta a presunção absoluta da violência.” (Brasil, 2011)

A enfermidade e a deficiência mental serão objeto de perícia médica, realizada por psiquiatra. O exame de insanidade mental servirá de constatação da falta de discernimento para a prática de atos sexuais. Ademais, conforme a sexta turma do STJ, o exame pericial inconclusivo não é suficiente para afastar a materialidade do estupro de vulnerável. Entendeu que a palavra da vítima tem especial relevância quando analisada conjuntamente com outros elementos probatórios.

A Quinta Turma do STJ considerou lícita a utilização de prova extraída de gravação telefônica na apuração de suposta prática de crime sexual. Na gravação, um dos interlocutores é quem grava a conversa, sendo dispensada a autorização judicial. A decisão (AgInt no REsp 1712718/AC) teve como relator o ministro Felix Fischer:

II – A gravação de conversa, in casu, não configura prova ilícita, visto que não ocorreu, a rigor, interceptação por terceiro, mas uma mera gravação pela genitora utilizando-se do próprio celular, objetivando a proteção da liberdade sexual de absolutamente incapaz, sua filha, na perspectiva do poder familiar, vale dizer, do poder-dever de que são investidos os pais em relação aos filhos menores, de proteção e vigilância. (Brasil, 2018).

Diante ao exposto, é notório a evolução do sistema de valoração de provas que estabeleceu parâmetros mais racionais. É necessário que o Direito Penal busque amparo nas demais ciências para adotar métodos mais adequados principalmente aos crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis.

2. DA PRESCRIÇÃO NO CÓDIGO PENAL

O presente capítulo tem como dedicação o esclarecimento dos conceitos que envolvem a prescrição penal e a imprescritibilidade, a fim de que se compreenda a finalidade dos institutos e as previsões legais, as hipóteses de crimes imprescritíveis existentes na legislação brasileira, bem como a possibilidade de inserir novos crimes neste rol.

2.1 CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO DA PRESCRIÇÃO PENAL

A prescrição no Brasil tem a natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade, prevista no art. 107, IV do Código Penal. Trata-se da impossibilidade de se ajuizar a pretensão punitiva devido à ausência de atuação eficiente do Estado. Presta-se também como um instrumento de controle da atuação dos órgãos persecutórios, que se veem obrigados a agir a tempo e modo, a fim de evitarem o perecimento da persecução penal pela leniência do serviço público. (PACELLI, 2020, p. 553)

O direito de punir do Estado é limitado. Existem barreiras penais e processuais, como a representação do ofendido, nos crimes de ação penal pública condicionada, as condições da ação penal e a necessidade de obediência a regras constitucionais e processuais para ser efetivamente exercido. Entretanto, o direito de punir não pode se estender ao longo dos anos. Cabe ao Estado, empreender todos os esforços para que a punibilidade se efetive célere e prontamente. (MASSON, 2020, p. 797)

Em matéria criminal, a prescrição é de ordem pública, podendo ser decretada pelo juiz ex officio ou a requerimento das partes, em qualquer fase do processo, nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal.

A prescrição tem seus fundamentos na teoria política. Várias teorias foram formuladas para buscar legitimar o instituto da prescrição penal, porém todas buscam o efeito da passagem do tempo sobre a pena.

O doutrinador João Paula Orsini Martinelli explica os seguintes fundamentos: (MARTINELLI, 2018, p. 1075-1077)

A teoria do esquecimento sustenta que a gravidade do fato é esquecida pela população depois do decurso de certo tempo e que não restaria motivos para a punição. A punição tardia não surtirá o mesmo efeito sobre a população. A teoria do desgaste probatório diz que a prescrição é um remédio para evitar eventual condenação com base em provas deterioradas. O tempo pode fragilizar as provas, especialmente a prova testemunhal. Devido ao princípio *in dubio pro reo*, a probabilidade de absolvição fica cada vez maior.

A teoria da presunção de correção defende a prescrição com fundamento na finalidade de prevenção especial da pena. Quando o decurso do tempo traz a regeneração do agente, que deixa de praticar outros atos ilícitos, a pena perde sua relevância. A reinserção social do criminoso aconteceu sem a necessidade da intervenção penal; por isso, o castigo passa a ser inútil no caso concreto.

A teoria da expiação moral sustenta que o autor de um crime tem o direito de saber o quanto antes se terá de cumprir uma pena. A prescrição constitui garantia do sujeito de receber uma pena em tempo razoável porque o fantasma da punição não pode acompanhá-lo pelo restante de sua vida.

A Teoria da perda de legitimidade sustenta que a apuração da violência é de responsabilidade estatal, com toda sua soberania, sendo que eventuais falhas não podem sustentar um período indefinido para que a punição seja imposta. Desse ponto de vista, a prescrição serve como punição ao Estado pela negligência na apuração do crime em tempo razoável.

Tendo em vista os pensamentos apresentados, a prescrição é uma causa de extinção da punibilidade do fato que significa o desaparecimento do poder de punir do Estado. É um instituto de suma importância e de complexa matéria que visa evitar a morosidade e o perecimento da persecução penal. A seguir será explicado as espécies de prescrição para maior enriquecimento do contexto debatido.

2.2 ESPÉCIES DA PRESCRIÇÃO

São duas as espécies de prescrições penais que o Código Penal prevê: a prescrição da pretensão punitiva e a prescrição da pretensão executória. O marco de referência que diferencia as espécies de prescrição é o trânsito em julgado da sentença. (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2020, p. 893)

A perda do direito de exercer a ação penal significa a prescrição da pretensão punitiva do Estado. Ocorre antes do trânsito em julgado da sentença criminal e regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime. O prazo começa a fluir no dia (a) da consumação do crime, (b) da cessação da tentativa, (c) da cessação da permanência nos crimes de duração e (d) do conhecimento do fato, nos crimes de bigamia, de falsificação ou de alteração de registro civil. (SANTOS, 2020, p. 664)

Essa modalidade de prescrição impede o exercício da ação penal, seja na fase administrativa (inquérito policial) ou na fase judicial (ação penal). Possibilita a rejeição da denúncia ou queixa, nos moldes do art. 395, II, do Código de Processo Penal. A prescrição da pretensão punitiva apaga todos os efeitos de eventual sentença condenatória já proferida, principal ou secundária, penais ou extrapenais. (MASSON, 2020, p. 803)

A Lei 12.650/2012 acrescentou o inc. V ao art. 111 do CP, que assim prescreve: “V – nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em

legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal”.

Portanto, para a contagem do prazo, no caso de prescrição da pretensão punitiva, considera-se o disposto no artigo 10 do Código Penal, ou seja, o dia do resultado formal ou material do fato punível. Com exceção em se tratando de tentativa, em que se flui da data do último ato de execução ou de tentativa praticado, e o prazo deverá ser extraído da redução mínima, ou seja, de dois terços. (ZAFFARONI; PIERANGELLI, 2020, p. 894)

De seu turno, a prescrição da pretensão punitiva é subdividida em outras modalidades: (1) prescrição da pretensão punitiva propriamente dita ou prescrição da ação penal, (2) prescrição intercorrente e (3) prescrição retroativa. Não há trânsito em julgado da condenação para a acusação tampouco para a defesa na prescrição da pretensão punitiva. Já para a prescrição superveniente ou intercorrente e para a prescrição retroativa há o trânsito em julgado para a acusação, mas não para a defesa. (MASSON, 2020, p. 802)

A prescrição depois do trânsito em julgado da sentença penal condenatória representa a prescrição da pretensão executória, regula-se pela pena aplicada e é regida pelos mesmos prazos de prescrição da pena abstrata (art.109, CP), aumentando de um terço para condenados reincidentes. O prazo começará a fluir da data do trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação, ou a que revogue a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional, da interrupção da execução da pena e da evasão do condenado, também pelo tempo restante da pena. (SANTOS, 2020, p. 665)

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se:

I - em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze;

II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze;

III - em doze anos, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito;

IV - em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;

V - em quatro anos, se o máximo da pena é igual a um ano ou, sendo superior, não excede a dois;

VI - em 3 (três) anos, se o máximo da pena é inferior a 1 (um) ano. (Brasil, 2010)

Serão consideradas para a verificação do prazo prescricional, as causas de aumento e de diminuição de pena. No caso do concurso de crimes e de crime continuado, as penas são consideradas isoladamente, sem o acréscimo da causa de aumento de pena ou sem a soma das penas. (BRANDÃO, 2010, p. 445)

O Supremo Tribunal Federal tem o seguinte entendimento em relação ao crime continuado:

Súmula 497: Quando se tratar de crime continuado, a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença, não se computando o acréscimo decorrente da continuação.

O início do cômputo do prazo prescricional será como previsto no art.111 do próprio Código Penal, a saber:

Art. 111 - A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa a correr:
I - do dia em que o crime se consumou;
II - no caso de tentativa, do dia em que cessou a atividade criminosa;
III - nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência;
IV - nos de bigamia e nos de falsificação ou alteração de assentamento do registro civil, da data em que o fato se tornou conhecido.
V - nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal. (Brasil, 1984)

Na primeira hipótese, se o tipo penal exigir um resultado, o prazo prescricional começa a correr a partir da realização dele, por outro lado, se o tipo penal não exigir um resultado, o prazo prescricional começará a correr a partir da realização da conduta típica. A segunda hipótese diz a respeito dos casos de tentativa, portanto o prazo prescricional começará a correr a partir da prática do último ato de execução. A terceira hipótese trata dos crimes permanentes que só começará a contar a prescrição a partir da prática do último ato criminoso, ocasião em que cessa a permanência. A quarta hipótese diz a respeito aos delitos de bigamia e dos crimes nos quais há alteração de assentamento no registro civil, por isso o início do prazo se dá na data da publicidade do fato. (BRANDÃO, 2020, p. 446)

A prescrição da pretensão punitiva retroativa acontecerá quando for possível retroceder no tempo para considerar como prazo prescricional um período já apreciado anteriormente. O tribunal poderá reconhecer que entre a data do recebimento da acusação e a data da sentença já tiver transcorrido o prazo prescricional, levando-se em conta a pena aplicada na condenação de

primeiro grau. Portanto, o acórdão condenatório, interrompe a prescrição (art. 117, IV, CP), a prescrição retroativa poderá ocorrer nos casos em que haja redução da condenação nas instâncias superiores. (PACELLI, 2020, p. 560)

2.3 IMPRESCRITIBILIDADE PENAL E AS HIPÓTESES PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A imprescritibilidade é a ausência da prescrição, podendo o Estado punir a qualquer tempo. É entendida como a inidoneidade do discurso do tempo sobre o jus puniendi, a imprescritibilidade é sanção permanente do Estado, que pode punir a qualquer tempo. (TRIPPO, 2004, p.57)

Na literatura observa-se que o principal argumento para considerar imprescritível certo crime é a permanência da periculosidade social. A Escola Positiva Italiana explica que a defesa social precisava que a prescrição estivesse baseada na classe do criminoso, ou seja, se ausente a temibilidade, era cabível o instituto, caso contrário, não se aplicaria a prescrição. Ademais, seria necessária a prova real de que o delinquente teve mudança de caráter. No Brasil houve o Projeto Galdino Siqueira que sustentava a mesma ideia, sendo assim negava a prescrição em casos de reincidência, sendo que os criminosos reincidentes precisam provar boa conduta para que pudessem usufruir daquele instituto. Porém, com a imprescritibilidade, uma tardia instauração de um processo poderia não levar à prova adequada e convincente, propiciando erros judiciais, os quais são opostos à justiça social (TRIPPO, 2004, p. 62)

Contudo, nota-se que a imprescritibilidade se fundamenta na gravidade da conduta perpetrada pelo agente e na necessidade do Estado de um longo período de tempo para conseguir punir determinada conduta. A Constituição Federal de 1988 prevê, no Título II, Capítulo I, no art. 5º, XLII e XLIV, duas situações onde ocorrerá a imprescritibilidade penal. Sejam elas: a prática do racismo; e a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático. (PACELLI, 2020, p. 599)

Tendo em vista o contexto da escravidão no Brasil, tornar o crime de racismo imprescritível foi essencial. Entretanto, a imprescritibilidade prevista no art 5º XLII, da Constituição Federal, alcança os crimes de preconceito ou discriminação por cor ou etnia, raça e religião.

Tendo em vista o notório repúdio e compartilhada censura, o legislador entendeu tornar imprescritíveis esses delitos. Alguns doutrinadores estudaram a possibilidade ou não de ampliação das hipóteses de crimes imprescritíveis.

Baseado no pensamento do autor Fernando Capez, a prescrição penal é um direito individual do agente consagrado pela Constituição Federal. Como se trata de direito individual, as hipóteses de imprescritibilidade não poderão ser ampliadas, nem mesmo por meio de emenda constitucional, por se tratar de cláusula pétrea, conforme se verifica da vedação material explícita ao poder de revisão, imposta pelo art. 60, §4º, IV, da CF. (CAPEZ, 2010, p. 584-585).

Todavia, não há previsão de prescritibilidade como sendo direito fundamental do réu na Constituição Federal de 1988. O direito individual previsto na norma constitucional é das vítimas e não dos autores de todos os outros crimes. Portanto, não há que se falar em “direito individual à prescritibilidade dos delitos”. (SANTOS, 2010, p. 98)

Nesse sentido, os incisos XLII e XLIV do art. 5º previstos na Carta Magna, são passíveis de alteração, podendo assim, ser estendido o rol de crimes imprescritíveis. Por outro lado, caso se entenda que se tratam de cláusulas pétreas, ainda assim não haveria uma vedação imposta pelo legislador constituinte originário. A Constituição permite que seja possível a modificação dos direitos fundamentais no sentido de abrangê-los.

O Supremo Tribunal Federal já entendeu no julgamento do Recurso Extraordinário nº 460-971/RS que não há nenhum fator impeditivo para a ampliação do rol de crimes imprescritíveis por meio de lei ordinária.

Vejamos o trecho do voto do Ex-Ministro Sepúlveda Pertence:

A “forma federativa de Estado” — elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República — não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, §4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. (Brasil, 2007)

Além das hipóteses expressamente previstas na Constituição Federal, no art. 5º, incisos XLII e XLIV, há outras previsões decorrentes do acolhimento em nosso sistema jurídico de tratados e convenções internacionais. Tendo como exemplo o Estatuto de Roma e suas regras para o Tribunal Penal Internacional que foi incorporado no ordenamento jurídico em posição

inferior à Constituição, porém superior às leis ordinárias. Foi aceito em todos os seus termos, inclusive que tange à imprescritibilidade. (SANTOS, 2010, p. 100)

O Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu no Habeas Corpus (HC) 154.248 que o crime de injúria preconceituosa é imprescritível e inafiançável, pois entendeu que seria uma categoria do crime de racismo. Portanto, o prazo para condenação de ofensa racista, xenofóbica, homofóbica ou antirreligiosa passa a ser ilimitado. Vejamos a visão do Ministro Luiz Fux em seu voto:

A imprescritibilidade é imposta pela Lei Maior com o firme e justo propósito de orientar nossa sociedade no sentido da superação desta mácula e da eliminação dos preconceitos raciais, como único caminho para uma sociedade livre, em que todos tenham igual direito ao pleno desenvolvimento de sua personalidade. (Brasil, 2021)

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), o Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que a homofobia e a transfobia estão enquadradas no art. 20 da Lei do Racismo (7.716/1989), sendo assim outras hipóteses de crimes imprescritíveis no ordenamento brasileiro.

Entende-se que as hipóteses previstas na Constituição Federal como crimes imprescritíveis são mandados de criminalização que reforçam a ideia de máxima proteção a determinados bens jurídicos e não devem ser vistas como um “direito individual à prescritibilidade”.

3. DA PRESCRIÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Cabe ao último capítulo evidenciar o debate sobre a importância e a possibilidade de inserir o crime de estupro de vulnerável no rol de crimes imprescritíveis, uma vez que já foram expostos todos os conceitos necessários para se compreender o contexto. Desse modo passa-se a expor as mudanças das regras de prescrição do crime em questão e por fim a possibilidade de sua imprescritibilidade.

3.1 LEI JOANNA MARANHÃO (LEI 12.650/2012): PRAZO DE PRESCRIÇÃO DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

A Lei 12.650, de 17 de maio de 2012, tem esse nome em homenagem a uma mulher que sofreu abuso, enquanto criança, mas denunciou somente após a vida adulta. No tempo da violência sexual, Joanna contava com seus nove anos de idade e o ato foi praticado por seu então treinador esportivo.

A *novatio legis*, alterou o Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, no sentido que os prazos prescricionais só começam a contar após as vítimas completarem 18 anos. O artigo 111, do Código Penal, que versa sobre os termos iniciais da prescrição antes de transitar em julgado a sentença final, teve o acréscimo do seguinte inciso V: “nos crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos neste Código ou em legislação especial, da data em que a vítima completar 18 (dezoito) anos, salvo se a esse tempo já houver sido proposta a ação penal”.

Essa alteração legislativa concretizou o mandado de criminalização preconizado no artigo 227, parágrafo quarto, da Constituição da República Federativa do Brasil. De acordo a Comissão de Defesa dos Direitos da Criança, Adolescente e Juventude da OAB/DF (2019, p. 09, online):

A importante alteração determinada pela lei obedece ao comando do § 4º do artigo 227 da nossa Constituição Federal que determina que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente”. Sem dúvida alguma, podemos considerar que em muitos casos a criança ou adolescente que é vítima de abusos sexuais pode por diversos motivos ficar em silêncio sobre a violência sofrida nessa fase tão vulnerável de sua vida.

O então inciso V adotou como conceito de “criança e adolescentes”, o definido no artigo 2º, da Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescentes, *in verbis*: “Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos,

e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”. Nota-se que esse novo dispositivo somente é aplicável quando as condutas delituosas versarem sobre crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes, previstos no Capítulo II do Título VI do Código Penal ou em legislação especial, sobretudo aqueles previstos no Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 241-A até 241-D, da Lei n. 8.069/90).

O crime de estupro de vulnerável previsto no artigo 217-A do Código Penal tem pena máxima abstrata de 15 (quinze) anos, portanto, de acordo com o artigo 109, inciso I, a prescrição é de 20 anos para esse delito. De acordo com a alteração legislativa, o prazo de vinte anos começará a contar quando a vítima completar dezoito anos.

Os motivos para a vítima não procurar o órgão competente para tomar as providências necessárias são inúmeros. A nova lei possibilita maior oportunidade, pois dependendo da data que o crime ocorreu a vítima não tinha maturidade para sequer entender a complexidade do fato, por medo da reação dos pais ou até por vergonha da situação que foi submetida. O prazo prescricional começando a correr a partir dos dezoito anos da vítima permite mais tempo para a compreensão e amadurecimento psicológico.

3.2 PROJETO DE LEI 5102/20 E A IMPRESCRITIBILIDADE DO ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 5102/20, apresentado pelo deputado Guiga Peixoto em 05/11/2020, que torna imprescritível o crime de estupro de vulnerável. Tal projeto acrescenta o art. 119-A ao Código Penal que tem a seguinte redação: “São imprescritíveis os crimes previstos no art. 217- A, caput e §§ 1º, 2º, 3º e 4º, deste Código.”

O projeto acabará com a prescrição para o crime de estupro de vulnerável, a violência sexual cometida contra menores de 14 anos ou pessoas que, por qualquer motivo, não possam oferecer resistência. Sendo assim, esses crimes poderão ser julgados a qualquer tempo, independente da data do crime ou do decorrer do processo.

O deputado justifica com base em uma estimativa feita pelo IPEA que, a cada ano, no mínimo 527.000 mulheres são estupradas no Brasil. Entretanto, apenas 10% chegam ao conhecimento da polícia. Outro dado apresentado no teor do projeto é do Anuário da Segurança Pública 2019 do Fórum Nacional de Segurança Pública (FNSP), de acordo com os registros 63,8% dos estupros são cometidos contra vulneráveis.

Segundo o deputado Guiga Peixoto, o fato de que a maioria das vítimas de estupro no Brasil têm menos de 13 anos, e que os autores são conhecidos, indicam o enorme desafio no

enfretamento deste tipo de crime. Os dados demonstram que o abuso sexual em geral é praticado por membros da família ou de confiança das crianças, o que revela padrões assustadores de violência familiar.

De acordo com o Projeto de Lei, a pessoa pode levar anos para denunciar o crime, pois muitas vezes, depois de dos traumas sofridos, após a bravura de romper o ciclo com a família e ter a coragem de denunciar pais, padrastos, tios, primos, avós e outros abusadores existentes no núcleo familiar, denunciar o crime e se deparar ao final do processo com a prescrição é frustrante e revoltante, é contribuir para a impunidade e permitir que este ciclo prossiga e inspire mais violência. (BRASIL, ano)

O deputado acredita que tornando o crime de estupro de vulnerável imprescritível, contribuirá para que a cultura da conduta seja completamente extinta, pondo fim a naturalização e a tolerância social a este tipo de violência.

De 2020 para 2021 observa-se o aumento no número de registros de estupro de vulnerável no Brasil, que passou de 43.427 para 45.994, sendo que 61,3% foram cometidos contra meninas menores de 13 anos, segundo o Anuário de Segurança Pública de 2022.

Conforme a análise da pesquisa realizada, a violência sexual é causada por homem (95,4%) e conhecido da vítima (82,5%), sendo que 40,8% eram pais ou padrastos; 37,2% irmãos, primos ou outro parente e 8,7% avós. Esse dado deixa claro que o maior índice dos casos de estupros contra vulneráveis ocorrem dentro da própria casa da vítima e preponderantemente intrafamiliar.

O Professor Tilman Fűrnis (1993) conceitua o abuso sexual de crianças e adolescentes como uma síndrome de segredo. As vítimas guardam o segredo, ou por medo ou por se sentirem culpadas. O agressor se utiliza de formas de coação para que a criança não revele o abuso ou cria uma dependência psicológica em relação a criança ou adolescente. A manutenção do segredo durante toda a infância é fundada pelo temor da criança de não ser compreendida pelos adultos e tendo, desta forma que, conviver com o agressor.

O projeto de Lei 5102/20 proporcionará maior segurança jurídica às vítimas, pois a qualquer tempo os agressores poderão ser denunciados. Como explicado anteriormente, muitos casos não são denunciados por falta de conhecimento em relação ao prazo prescricional ou até mesmo traumas psicológicos causados pela agressão sexual.

Quando enfim a vítima sente-se confiança e encorajada para tomar a decisão de denunciar o abuso sexual sofrido em sua tenra idade é abalada com a informação que o Estado

não poderá mais punir o seu agressor. A prescrição deve ser vista como uma sanção imposta ao Estado por sua ineficiência no exercício de seu *ius puniendi*.

Há a possibilidade de legislação ordinária afastar a prescrição para determinados crimes, desde que devidamente justificado no âmbito de uma política criminal direcionada pela mínima intervenção, mas, também, pela efetiva tutela penal dos direitos fundamentais. (PACELLI, Eugênio, 2015, p. 628.)

O Ministro Relator Sepúlveda Pertence em seu voto em Recurso Extraordinário de nº 460971 julgado em 13/02/2007, esclarece que a Constituição Federal se limitou, no art. 5º, XLII e XLIV, a excluir os crimes que enumera da incidência material das regras da prescrição, sem proibir, em tese, que a legislação ordinária crie outras hipóteses.

Inserindo o crime do artigo 217-A do Código Penal no rol de crimes imprescritíveis, o legislador busca proteger aquelas pessoas que não estão aptas a se relacionar sexualmente por serem menores de quatorze anos ou por estarem em situação de vulnerabilidade. Os agentes não sairão impunes deste crime de natureza hedionda

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aprovação do Projeto de Lei 5102/20 acarretará na possibilidade efetiva de que o crime de estupro de vulnerável seja considerado imprescritível. Como fora conceituado, a prescrição trata-se da perda da pretensão punitiva ou da pretensão executória, em virtude da inércia do Estado durante o prazo previsto em lei. Portanto, inserindo o crime de estupro de vulnerável no rol dos crimes imprescritíveis da Constituição Federal, a pretensão executória do Estado, será ilimitada, assim o agente poderá sofrer a penalização a qualquer tempo.

É notória a divergência entre juristas e doutrinadores sobre a ampliação do rol dos crimes imprescritíveis presentes na Constituição Federal, o racismo e a prática de ação de grupos armados, pois alguns entendem que a prescrição penal é um direito individual do agente, tratando-se de cláusulas pétreas, conseqüentemente a impossibilidade à ampliação do rol dos crimes imprescritíveis. Entretanto, verificou-se que não há a previsão de prescritibilidade como sendo direito fundamental do réu na Carta Magna.

Nesse sentido, como afirmado anteriormente neste trabalho, os incisos XLII e XLIV do artigo 5º da Constituição, não possuem feição de “direito e garantia individual”, portanto passíveis de alteração e de ser estendido o rol de crimes imprescritíveis. Em relação ao aumento do rol, não há que se falar em violação de cláusulas pétreas, pois a vedação somente proíbe projetos de lei que abolissem algum direito ou garantia individual, o que não ocorreria, uma vez que, não existe um direito à prescrição.

O crime de estupro de vulnerável precisa de maturação do psicológico da vítima, pois a publicidade e a denúncia podem causar mais danos a ela, sendo que a maioria dos casos são intrafamiliar e ocorridos durante a infância. Depois de anos tratando traumas, tentando tomar coragem para romper laços, a vítima depara-se com a frustração diante a prescrição do delito e, conseqüentemente, seu agressor impune.

Por fim, tornar esse crime imprescritível será um grande avanço em meio ao atual cenário brasileiro apresentado. A prescrição penal aplicada nesse caso, apesar ter sofrido mudanças para se adequar, ainda não se encaixa na realidade de muitas vítimas que tiveram sua dignidade sexual violada quando vulneráveis. O grande jurista brasileiro Rui Barbosa disse “justiça atrasada, não é justiça senão injustiça qualificada”. Seria um meio para frear a criminalidade trazendo certo temor aos agressores por saberem que poderiam ser denunciados a qualquer tempo e ao mesmo uma medida visando a diminuição de casos na sociedade brasileira.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito Penal: Parte especial** (arts. 213 a 311-A): crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública. 16. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2022.
- BRANDÃO, Claudio. **Curso de direito penal: parte geral** Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRASIL. **Projeto de Lei 5102/20, de 05 de novembro de 2020**. Alteração, Código Penal, crime imprescritível, estupro de vulnerável. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020.
Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2265038>.
Acesso em: 30 ago. 2022.
- FURNISS, T. **Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar**. Porto Alegre: Artes Médicas, 1993.
- MARCÃO, Renato. **Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal** 3. ed. São Paulo: Saraiva Jur, 2018.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal, v. 2** : parte especial, arts. 121 a 234-B do CP. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito penal, v. 3: parte especial: arts. 213 a 361 do Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.
- OLIVEIRA, L. M. A. **Imprescritibilidade no crime de estupro: uma análise acerca da necessidade de mudança no inciso XLII, do art. 5º, da Constituição Federal**.
- PACELLI, Eugênio; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- SANTOS, Christiano Jorge. **Prescrição penal e imprescritibilidade**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal: parte geral**. 9. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.
- TRIPPO, Mara Regina. **Imprescritibilidade penal**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.