

A PROVA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL: UMA ABORDAGEM DOS ASPECTOS POLÊMICOS ENVOLVENDO A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NOS CRIMES DE NATUREZA SEXUAL.

Marina Teles COIMBRA¹
Florestan Rodrigo do PRADO²

RESUMO: o presente artigo busca relacionar o processo penal brasileiro no âmbito da fase probatória nos crimes sexuais. Bem como, salientar aspectos históricos da criminologia com o direito penal brasileiro. Verificar como o homem torna-se um criminoso em potencial, com base na análise da psicologia jurídica criminal. Avaliar aspectos polêmicos no campo das provas de delitos sexuais, utilizando os princípios da persecução penal. Analisar cada tipificação autônoma de cada crime sexual, como: estupro, estupro de vulnerável, assédio sexual, em cumulação com o constrangimento ilegal, fazendo um apanhado geral do conteúdo desde os primórdios até os dias de hoje.

Palavras-chave: processo penal brasileiro; Crimes sexuais; Erro no judiciário; Provas nos crimes sexuais; Criminologia.

1 INTRODUÇÃO

Com a vivência em sociedade, nascem divergências de pensamentos e choques de personalidade que implicam em uma afetação moral e social, podendo resultar em confronto, entrando na criminalidade propriamente dita. A criminalidade hoje em dia é vista como algo trivial na sociedade moderna, mesmo que ainda acometidos com as diversas manifestações de violência no dia a dia das pessoas.

Levando em consideração a cultura e os costumes atuantes no campo moral, as legislações sofreram inúmeras modificações, ou seja, o que era escabroso, atualmente pode não ser. Por conta da mudança de pensamento, interpretação e da sociedade em geral, o legislador tem que se adaptar a transmutação da coletividade.

¹ Marina Teles Coimbra: Discente do sétimo termo do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. E-mail: marinacoimbra1@hotmail.com

² Florestan Rodrigo do Prado: Docente do curso de direito do Centro Universitário “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UNEP. Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo – ESMP/SP. Bacharel em Direito pela Instituição Toledo de Ensino de Presidente Prudente – ITE/SP. Advogado público da Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel – FUNAP. E-mail: florestan@toledoprudente.edu.br Orientador do trabalho.

No presente trabalho, procura-se saber as alterações que o legislador trouxe em junção aos aspectos probatórios do crime contra a dignidade sexual, buscando, também, relacionar questões pertinentes a vítima, por exemplo: há estupro no matrimônio?; Há estupro se não houver contato físico?; O beijo lascivo caracteriza o delito de estupro?; Há assédio sexual entre professor e aluno?; Caracteriza estupro de vulnerável quando a vítima tem exatos 14 (quatorze) anos?.

Nessa conjuntura analisa-se os pontos comprobatórios ao qual o código de processo penal brasileiro traz aos casos em concreto e de modo geral, porém, não apenas a letra da lei em mãos, levando em consideração, os aspectos emocionais contidos na teoria da psicologia criminal. Tratando-se, também, da síndrome de Potifar, que é um pensamento no que remete a índices probatórios nos crimes sexuais.

2 DA PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

A prova é um elemento importante para que o processo penal caminhe de forma correta, sendo ela um componente fundamental no processo.

Inicialmente, vale citar o pensamento de Fernando Capez:

Do latim *probatio*, é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, destinados a levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou inexistência de um fato, da falsidade ou veracidade de uma afirmação. Trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação. (2011, p. 344)

Então as provas são conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros e até pelo juiz para averiguar a verdade e ter uma decisão. O destinatário direto das provas são o magistrado, que tomará sua persuasão pelo material trazido nos autos, porém o magistrado também pode pedi-la de ofício. No entanto o destinatário indireto são as partes, pois convencidas daquilo que ficou comprovado no processo, aceitarão a decisão. A natureza jurídica das provas é processual, com uma aplicação imediata.

A finalidade da prova é a convicção do juiz, porém também é o convencimento das partes, como a apuração dos fatos da verdade formal e a verdade também, definindo a responsabilidade criminal ou a própria inocência do réu.

2.1 DA CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

O valor probante, dispomos da prova plena ou completa, que seria a demonstração de forma inequívoca a realidade do fato que se pretende demonstrar em juízo, como exemplo a prova pericial.

Já a prova semiplena seria uma prova mais frágil, porém, suficiente para convencer o juiz, no entanto, não serve para condenação de alguém, prevista no artigo 239 do Código de Processo Penal. Em relação ao objeto, temos prova direta que quando por si só demonstra um fato, o testemunho presencial seria um exemplo. E a prova indireta, na qual, alcança um fato principal por meio de um raciocínio dedutiva, exemplo: álibi.

Quanto à forma, a prova pode ser testemunhal, no qual, resulta de um depoimento prestado por um terceiro ao processo sobre fatos do litígio. A prova testemunhal é bem relevante nesse aspecto, quando os vestígios já não existem mais, porém, é um meio de prova bem difícil também de se conseguir ao visto que, o estupro é um meio clandestino de se praticar o delito E por fim, a prova material, que é aquela que consiste em qualquer materialidade que sirva de elemento de convicção sobre o fato que se prova.

O exame de corpo de delito comprova que pode ter havido uma conjunção carnal ou ato libidinoso, porém, não o estupro propriamente dito, sendo preciso uma prova do constrangimento. Nas hipóteses em que o delito deixar vestígios materiais, é obrigatório, de acordo com o artigo 158, caput do código de processo penal.

No que tange o artigo 155 do código de processo penal, relata que o juiz é dotado do livre convencimento motivado, ou seja, as provas não têm valores previamente elencados.

2.2 DOS ELEMENTOS PROBANTES JUNTO A CRIMINOLOGIA CLÍNICA

As produções de provas do sistema processual penal trabalham junto a criminologia clínica, que seria conhecer o criminoso, suas aspirações e motivações que o levou a cometer tal delito. A realização da criminologia clínica é composta por um psicólogo, assistente social ou um psiquiatra, e esse tratamento seria a

individualização da pena, que não seria uma aplicação de pena geral, e sim cada um de acordo com seu caso em concreto teria um cumprimento de pena diferente, individualizada.

O criminoso disporá, de acordo com o artigo 10 da Lei de Execução Penal, de assistência, tendo o objetivo de orientá-lo para retomar sua convivência com a sociedade, como dispõe o artigo 11 da lei 7.210/84.

O psicólogo jurídico também atua na área para visualizar se o transgressor está apto a ter uma convivência social fora do isolamento, ou seja, se o sujeito, depois de cumprido 1/6 da pena quando crime comum ou 2/5 da pena quando hediondo e, ou 3/5 se reincidente, está capacitado para progressão de regime, em que este faz uma avaliação psicológica no preso.

Até 2002 o exame criminológico era obrigatório, a partir dessa data houve um ajuste político na LEP, em que com o aumento do número de presos, se o psicólogo ficasse apenas no exame criminológico, iria tirar o psicólogo de outras situações que eram tidas como mais importantes, por isso que em alguns estados ou em algumas situações não se faz mais essas avaliações iniciais do preso.

2.2.1 DO DIREITO PENAL COM A CRIMINOLOGIA

A criminologia é o estudo das causas do comportamento antissocial do homem, com base na psicologia e na sociologia. Fica claro que a criminologia vê o homem como agente causador de um ato delituoso, por isso que a criminologia estuda o individualismo do homem, porque cada um comete o delito de alguma forma e por algum motivo diferente de outro. Então um criminologista usa suas técnicas para diagnosticar um fato delituoso, elaborar um perfil do criminoso para ajudar na investigação e até podem atuar para prevenção de delitos e em condutas antissociais.

O direito penal não vai além da execução penal, apenas relaciona tal fenômeno delituoso com tal agente e impõe uma pena para que este pague com a sanção que o código penal ordena, já a criminologia tem valores e primazias e a convivência em sociedade, que é uma junção de psicologia, sociologia psiquiatria, medicina legal, filosofia e o direito em si.

O psicólogo forense é um profissional da psicologia voltada ao direito, que é dedicado a proteção do cidadão, ou seja, vai tratar de pessoas que tem

problemas mentais e por conta disso deve se tomar uma medida de segurança ou uma intervenção.

De acordo com a história, existiram várias escolas criminológicas, cada uma relacionada com sua época, em que relatava como que a sociedade lidava com seus criminosos.

A escola clássica ou também chamada de idealista, pertencia ao século XVIII, durante essa escola houve vários pensadores, mas não existia métodos científicos, sendo mais sobre uma filosofia. O seu principal pensamento era que a pena era um mal imposto ao indivíduo por conta de uma falta considerada crime. Princípios utilizando ao crime tem que estar juridicamente apontado como crime; a pena seria retributiva com base na culpa moral e reestruturação social; tinha-se o livre arbítrio, ou seja, todo o criminoso comete o crime porque quer. Método abordado nesse período era o lógico e dedutivo, então os pensadores tinha a ideia da lógica, em que o criminoso quis cometer tal crime.

A escola positiva, que se conferia no, século XIX. Início da fase científica, então os pensadores começam a pensar em experiências que se podem fazer para ter certeza de tal pensamento. É uma escola determinista e a pena como meio de defesa da sociedade e de recuperação do indivíduo. "Todos os crimes vêm do meio social". Princípios: o crime como fenômeno natural e social, e a pena como instrumento de defesa social. Método dirigido na época era o indutivo e experimental.

Por último a escola da antropologia criminal, que se concentra ainda no século XIX. Buscou a causa do comportamento criminal em questões raciais, ou seja, começou a determinar aspectos físicos para se determinar um criminoso.

Césare Lombroso descreve sobre os delinquentes natos:

Na realidade, para os delinquentes-natos adultos não há muitos remédios; é necessário isolá-los para sempre, nos casos incorrigíveis, e suprimi-los quando a incorrigibilidade os torna demasiado perigosos. (2001, p. 8)

Os princípios da época destacavam o crime como fenômeno biológico, que é a característica física da pessoa. O atavismo, que quer dizer que a criminologia é hereditária, sendo algo genético. Método utilizado era o empírico e indutivo. Até hoje se vê pessoas falando sobre raça, como se tal raça fosse mais propensa a cometer crime do que outras.

2.3 DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA PROVA

Os princípios versam impondo limites à atuação do Estado, ao tempo que, o processo penal diz respeito a um estado democrático de direito, e é utilizando desses princípios e convicções que se tem uma garantia de direitos destinada à coletividade para hipóteses da persecução penal. Se não forem analisados e obedecidos esses princípios, com observância estrita do seu conteúdo de acordo com o caso concreto, sob pena de nulidade do processo.

Antigamente o Estado se valia da presunção de culpabilidade, onde quando o indivíduo era acusado, ele já era considerado culpado. Hoje em dia trabalha-se com o princípio da presunção de inocência, então, até que se prove ao contrário o cidadão será considerado inocente, tendo o seu direito de se defender.

O artigo 9º, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão do ano de 1789 dispõe: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda de sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei".

O princípio da legalidade diz respeito a tudo aquilo que a lei não proíbe, é permitido. No entanto, a prova e o seu meio de produção não podem contrariar a lei. No que tange ao princípio da comunhão, onde toda prova produzida nos autos será do processo e não das partes, ou seja, a todos pertencem.

O princípio do contraditório (artigo 5, LV, CF) e ampla defesa é um dos mais importantes, quando, toda a prova apresentada pode ser objeto de impugnação pela parte contrária, ao qual, o juiz sempre tem que dar a oportunidade de defesa a parte a qual está sendo imposta aquela prova, sob pena de nulidade do ato.

Júlio Fabrini Mirabete expõe ainda sobre o princípio do contraditório que:

Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear o advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc. (2006, p.24)

A oralidade refere-se a toda prova colhida nos autos deverá ser feita oralmente ao juiz e se subdivide: subprincípio da concentração, quando possível, toda

a prova oral seja colhida em uma só audiência, em não sendo possível, no menor número de audiência possível. E, no subprincípio da imediação, em que, tem que assegurar o juiz o contato físico com a prova oral, para que este tenha convicção na hora de julgar, para que seja uma decisão justa.

A autorresponsabilidade das partes infere-se que as partes assumirão as consequências de sua inatividade, erro ou negligência relativamente a prova de suas alegações. Então, o juiz não está obrigado a ouvir testemunhas que não estão no rol, porque a obrigação de impor as testemunhas é das partes, só de modo subjetivo o juiz mandará citar testemunhas.

No que tange ao princípio da liberdade de produção de provas, desde que, não seja vedada a prova pela lei, estará sujeita a ser reproduzida, de acordo com o princípio da legalidade.

O acusado não é obrigado a colaborar com o Ministério Público, quem é responsável pela acusação que forneça provas, no qual, o acusado não irá produzir provas contra si mesmo, isso remete-se ao princípio da não autoincriminação.

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, pois ele é o destinatário final da prova, não há métodos de valoração de provas explícitos na legislação, no qual, cabe ao juiz no caso em concreto averiguar o valor necessário para cada tipo de prova, com fulcro do artigo 155 do código de processo penal, no que concerne o princípio da livre apreciação da prova.

3 DOS PRINCIPAIS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL NO DIREITO BRASILEIRO

3.1 DO ADVENTO DA LEI 12.015/09

Antigamente, mais precisamente antes do advento da lei de 2009, havia-se o artigo 213 que relatava sobre estupro, em que sua redação dizia, “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. O artigo 214 tipificava o crime de atentado violento ao pudor. Verifica-se, no texto da lei, que ambas as colocações dispõem do verbo “constranger”, no entanto, dentro de estupro se tinha a tipificação de conjunção carnal, e no atentado violento ao pudor poderia ser qualquer ato libidinoso diverso de uma conjunção carnal.

A pena de ambos, como dispõe o artigo 9 da lei 8.072/90, tinham a pena igual, que era de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão. Entretanto, com o advindo da

lei 12.015/09, alterou o termo legal, fazendo uma junção entre as duas tipificações do código penal nos artigos 213 e 214.

Contudo, estupro passou a ser qualquer ato libidinoso ou a conjunção carnal de modo impróprio, em que sua pena continua sendo a mesma, porém, mudando quando se envolver menores de 18 anos, qualifica-se, ou maior de 14 anos (quatorze), onde muda-se a tipificação para estupro de vulnerável.

Em seguida, houveram polêmicas com relação a essa junção de tipificação, que poderia se configurar a abolitio criminis, todavia, o Superior Tribunal de Justiça ressalta, que de acordo com o princípio da continuidade normativa não há o que se falar em crime de atentado violento ao pudor cometido antes da alteração legislativa da lei 12.015/09, porque apenas formou um tipo penal misto.

O estupro é determinado como hediondo, de acordo com o artigo 1, V da lei 8.072/90, da forma tentada ou consumada. Por ter natureza hediondo é insuscetível de anistia, graça e indulto, como também a fiança, artigo 2, I e II da mesma lei. O artigo 2, § 1º, diz que o condenado por crime hediondo irá cumprir pena em regime inicial fechado, porém, o artigo 5, XLVI da Constituição Federal relata sobre a individualização da pena, começando um debate entre essas duas modalidades.

No ano de 2006 houve uma mudança, por causa de alteração de ministros, com novos pensamentos, e houve um julgamento que modificou e acabou aceitando a progressão de regime, dizendo que o artigo 2, § 1º dos crimes hediondos violava a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica. Com a lei 11.464/07, tirou a hipótese de regime integral fechado para regime inicial fechado, porém, essa fixação não é obrigatória, pelo entendimento do STF o juiz pode identificar a fixação do regime de acordo com o caso em concreto, desde que fundamentada sua decisão, como dispõe a súmula 729 STF.

Analisando de perto o artigo 213 do código penal, o disposto “grave ameaça”, está baseada em uma violência moral, como desfruta o artigo 147 do código penal, porém, diferente de como dispõe o artigo 147, não precisa, necessariamente ser um mal injusto, porque não está tipificado no delito de estupro. A conjunção carnal seria a inserção total ou parcial do pênis na vagina, já os atos libidinosos são qualquer outro meio de conotação sexual diversa da conjunção carnal.

Nélson Hungria relata sobre o beijo lascivo:

...há que se distinguir entre beijo e beijo. O beijo casto não está em jogo, e mesmo o beijo furtivo, brevíssimo, roçando de leve a face, num impulso fugaz

de indecisa volúpia, não realizada a grosseria de um ato libidinoso (podendo concretizar, quando muito, uma injúria real). Já ninguém poderá duvidar, entretanto, que um desses beijos à moda dos filmes de cinema, numa descarga longa e intensa de libido, constitua quando aplicado a uma mulher coagida pela ingrata vis, autêntico ato libidinoso. (1954, p. 125),

Pode ocorrer estupro até sem contato físico, em que o infrator pode se utilizar de um terceiro, no caso de autoria mediada, se tem como exemplo o estuprador que força a vítima a ter uma relação sexual com um morto, animal ou um louco, que seriam casos de inimputáveis.

Cleber Masson (2016, p. 10) enfatiza: não há estupro o simples ato de constranger alguém a assistir ou a presenciar a realização de uma conjunção carnal ou ato libidinoso, entretanto, quando é praticado com menor de 14 anos, para satisfazer a lascívia, configura no crime do artigo 218-A do código penal, se o mesmo delito foi cometido a uma pessoa com idade superior ou igual a 14 anos, o crime será do artigo 146 do código penal, tratando-se de crime de constrangimento ilegal.

A ocorrência de estupro no âmbito matrimonial, antigamente, não era configurado estupro, pois se a mulher se negasse a praticar relação sexual, seu marido podia força-la, dessa forma, o nubente que constrangesse sua parceira, mesmo utilizando da violência ou grave ameaça, teria uma excludente de ilícito sob o exercício regular do direito, todavia, esse pensamento foi afastado com a evolução do direito a dignidade sexual, onde o dissenso da vítima, é um elemento implícito do tipo, ou seja, o delito só será configurado quando a vítima não quiser praticar a conjunção carnal com o agressor. Então, atualmente, pode haver um aumento da pena quando há estupro entre os cônjuges, pois há uma quebra de confiança.

Nélson Hungria (1954, p. 115-116) diz que não há estupro no matrimônio, visto que o cônjuge estaria sob seu exercício regular do direito adquirido com o casamento. A cópula *intra matrimonium* deve ser recíproco dever dos cônjuges. A fim de ser configurado o estupro no matrimônio teria que decorrer de uma justa causa, um exemplo é na hipótese do cônjuge conter uma doença venérea, mas mesmo assim há doutrinadores que falam que o cônjuge não responderia por estupro, arcaria apenas com o delito de perigo de contágio venéreo. Felizmente, com a evolução do direito em companhia da lei 12.015/09, a liberdade e dignidade sexual amadureceram.

3.2 DOS SUJEITOS PASSIVOS DO CRIME DE ESTUPRO DOS ARTIGOS 213 § 1º E 217-A DO CÓDIGO PENAL

Com o advento da lei 12.015/09 houveram algumas lacunas no que tange ao sujeito passivo do crime de estupro, fica o questionamento de quando a vítima estiver com exatos 14 anos, qual crime é configurado? Possuímos duas correntes que versam sobre a questão exposta. A primeira corrente diz que tem que haver uma aplicação de interpretação gramatical, remete a ideia que quando a vítima dispõe de exatos 14 anos, o estupro é simples, tendo que verificar a situação mais benéfica ao réu, de acordo com o princípio da reserva legal. Uma segunda corrente diz que deve ser aplicada uma interpretação teleológica, no sentido de aquela que se vale da finalidade do legislador, em que, seu objetivo era punir de forma mais severa aqueles que cometessem crimes envolvendo menores, neste caso, prevalece a primeira corrente. O entendimento de Damásio E. de Jesus, é com base na interpretação teleológica, pois ele acredita que é absurda a exegese.

As vítimas maiores de 18 anos precisam representar para que a ação penal seja proposta para o ministério público, se a vítima for menor de 18 anos, a ação penal é pública incondicionada, onde o prazo só conta quando a vítima completar 18 (dezoito) anos de idade, se a vítima tiver mais que 18 anos corre o prazo decadencial de 6 meses.

A lei se expressa da qualificadora de forma errônea, em razão disso, surge dois entendimentos, o primeiro diz que a ação penal é condicionada, e se a vítima for morta seus familiares poderão representa-la. A segunda corrente diz que a ação penal é incondicionada, pois a súmula 608 do STF diz (HC 82.206/SP, rel. Min. Nelson Jobim, 2ª. Turma, j. 08.10.2002.) diz: "O advento da lei 9.099/95, não alterou a súmula 608 do STF, que continua em vigor. O estupro com violência real é processado em ação pública incondicionada. Não importa se a violência é de natureza leve ou grave".

Masson (2016, p.34-35) questiona: "e se o sujeito atuar dolosamente, querendo ou assumindo o risco de matar a vítima, ou lesioná-la gravemente, terão incidência as qualificadoras? " Guilherme de Souza Nucci (2010, p. 916) responde: no sentido de não se tratar de crimes exclusivamente preterdolosos, a lesão grave e a morte podem ser igualmente dolosas ou culposas. Então Nucci quer dizer que tem

que se exigir um dolo na conduta antecedente e um dolo ou culpa no tocante resultado qualificador.

Já Luiz Regis Prado, sobre o resultado qualificador, diz:

Registre-se que, se o agente tinha a intenção de alcançar tais eventos qualificadores ou, no mínimo, assumiu o risco de sua produção (dolo direto ou eventual), haverá concurso material, (artigo 69 CP) entre o delito sexual praticado e o delito de homicídio ou de lesão corporal grave” Regis Prado dá o exemplo do agente, que pretende abafar os gritos da vítima com um travesseiro e acaba matando-a por asfixia. (2010, p. 604)

A hipótese utilizada é onde a lesão corporal grave e o resultado morte são crimes preterdolosos.

3.3 DO ASSÉDIO SEXUAL

O assédio sexual é disposto no artigo 216-A, o delito é uma infração de pequeno potencial ofensivo, e a pena é aumentada em até 1/3 se a vítima for menor de 18 (dezoito) anos, e o menor de 14 anos será estupro de vulnerável ou outro delito que envolva menores. Bittencourt diz que é um crime pluriofensivo, já que, também protege nas relações de trabalho. (2012 , p.1.006).

Artigo. 216–A. Constranger alguém com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício de emprego, cargo ou função.

Pena – detenção de 1 a 2 anos.

A doutrina e jurisprudência diz que no assédio não está estipulado o emprego de violência ou grave ameaça, senão estaremos diante de um caso de estupro. E, tem que ter a finalidade sexual, se não tiver, estaremos diante de um assédio moral, também não se admite a modalidade culposa, assim como no estupro.

Esse crime exige-se que tenha uma superioridade hierárquica, não precisando que seja no ambiente físico do trabalho, podendo ser fora.

Pode ser caracterizado crime de assédio sexual do professor para com seu aluno? Há a presença de duas correntes, a primeira corrente diz que não há assédio sexual na relação professor aluno, porque não há superioridade hierárquica, mas pode responder por outro crime, podendo ser, por exemplo, um constrangimento ilegal. A segunda corrente minoritária que diz que há assédio, porque apesar de não

existir claramente caracterizada a superioridade hierárquica, o professor tem um poder de fato sobre o aluno, e esse poder tem relação com seu emprego.

O assédio é decretado como um crime formal, o que a doutrina chama de consumação antecipada, ainda há entendimentos que poderia ser um crime habitual, mas, grande parte da doutrina e jurisprudência se desvinculam desse pensamento, dizendo que é um crime instantâneo.

Guilherme Nucci, acerca dificuldade da esfera probatória, ressalta:

Se para a condenação de estupradores, já encontra imensa dificuldade no âmbito probatório, tendo, às vezes, como única prova a palavra da vítima, imagina então, no assédio sexual. O autor dá exemplo dizendo que poderia alguém, demitido injustamente, vingar-se do seu superior, denunciando-o à autoridade pela prática do assédio sexual, possibilitando o indiciamento e até o processo-crime, fundado na palavra da parte ofendida. Ainda que haja absolvição por insuficiência de provas, lastreada a decisão no princípio da prevalência do interesse do réu (*in dubio pro reo*), o prejuízo é evidente e o constrangimento gerado, também. (2010, p. 922)

Não será hipótese de assédio sexual quando o superior hierárquico não tem uma finalidade de obter vantagem sexual, conforme diz o artigo, pois isso é elemento do tipo descrito, e, aquele superior hierárquico que estiver com intuito de namoro, casamento ou um relacionamento com seu ou sua subalterna o fato será descrito como atípico, assim como dispõe a legislação.

Ademais, Julio Fabbrini Mirabete conceitua o sujeito passivo da seguinte forma:

Refere-se a lei aos que estão relacionados em razão de emprego, cargo ou função pública ou particular, subordinado hierárquico ou empregado em relação ao sujeito ativo, ou seja, dependentes do mando de superior hierárquico, de direito administrativo, ou de empregadores, patrões, chefes de serviço, etc. (2002, p. 426).

Sendo assim em relação a vítima o crime é próprio, pois, exige-se do sujeito ativo, como também, do sujeito passivo uma característica específica.

3.4 DA SÍNDROME DA MULHER DE POTIFAR

A história basicamente arrola a esposa de Potifar, quando renegada por José, sentiu seu orgulho ferido em virtude de um mero escravo ter a rejeitado e, por conta do exposto simulou um estupro e fez com que o filho predileto de Jacó ser preso injustamente.

“Eis que meu amo não sabe nem o que há comigo na casa, e tudo o que tem ele entregou na minha mão. Não há quem seja maior do que eu nesta casa, e ele não me vedou absolutamente nada, exceto a ti, porque és sua esposa. Portanto, como poderia eu cometer esta grande maldade e realmente pecar contra Deus?” (Gênesis 39:8,9).

Na contemporaneidade o direito penal se assimila com a síndrome da mulher de Potifar, em que, por ter sido refutada faz uma denúncia apócrifa com a intenção de punir a pessoa que a rejeitou. Dessa maneira que a história influencia o direito penal, por conta de uma vingança, a esposa de Potifar incriminou o futuro governador do Egito por tê-la abusado sexualmente.

Como sabemos é o que ocorre muito no Brasil, já que, é muito difícil aos juízes julgarem crimes sexuais, por conta da falta de provas e não contendo vícios para se relaxar uma prisão em flagrante ou revogar uma preventiva, visto que, apenas com a palavra da vítima já se consegue uma sanção punitiva. De uma outra forma, o juiz tem que ter bom senso na hora do processo e do julgamento, para obter um convencimento motivado, uma vez que, as provas não têm índice de valoração. O juiz sempre terá que dispor do máximo de provas que conseguir para se fazer a justiça e não haver uma insegurança jurídica, colhendo depoimentos de policiais, da vítima, do agressor, dos familiares da vítima, entre outros meios de prova para se alcançar a verdade formal e a verdade real.

Com a junção do artigo 213 com o 214 do código penal ficou mais, essa síndrome ganhou uma potência, dado que, não precisa ter a conjunção carnal propriamente dita para configurar o crime de estupro. O código é omissivo no que se refere a síndrome da mulher de Potifar, pois, não há crimes previstos para punir quem faz esse tipo de denúncia que acaba com a vida de uma pessoa tanto na cadeia, quanto fora dela, visto que, isso arruína com a vida de um inocente.

Artigo 339 CP, dispõe: "Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:" Pena: Reclusão, de 2 a 8 anos, e multa.

Entretanto, comete-se um crime autônomo contra a administração pública, correspondendo ao artigo 339 do código penal, refere-se à denúncia caluniosa, apesar disso, não parece ser um delito que faz a justiça, visto que, se coloca um inocente em no ambiente de prisão brasileira, onde sabemos que é um

sistema precário, além das atrocidades que vão cometer contra esse inocente no cárcere privado.

4 ASPECTOS POLÊMICOS NO CAMPO DAS PROVAS ENVOLVENDO CRIMES SEXUAIS

Determinado caso ocorrido em 1994, a um técnico de telefonia, cujo nome é Jonas da Silva Cruz, de 53 anos, foi acusado de estuprar Lucineide Santos Souza, que na sua época era sua vizinha de apenas 12 anos de idade. Foi condenado em 1995, porém, só foi procurado para ser preso em 2008, por conta deste acontecimento Soró (nome pelo qual era conhecido) perdeu emprego, amizades, moradia e tudo que havia conquistado em sua vida. Até o início de 2011 a criança, que já neste ano se tornava mulher, resolver falar a verdade, disse ao juiz da Vara de Execuções Penais que não havia sido estuprada e nem assediada pelo condenado, e por conta disso ocorreu um julgamento de pedido de Revisão Criminal realizado no Tribunal de Justiça da Bahia, logo, o réu foi absolvido por insuficiência de provas.

A verdadeira história ocorreu que, Lucineide teve sua primeira relação sexual com um namorado da época, em que ambos tinham a mesma idade, porém, sua mãe Renilda Bispo dos Santos, havia percebido um sangramento nas roupas íntimas da filha, mas, sua mãe nada sabia do tal namorado. E, como sua mãe não gostava de Soró, fez a filha narrar uma falsa história perante o juiz.

O presente juiz do caso Marinaldo Bastos Figueiredo, decretou a condenação de Soró apenas com o depoimento da criança, afirmando que “criança não mente”. Mas, Soró só foi saber que havia uma condenação contra ele quando em dezembro de 2008 ele tentava tirar um atestado de antecedentes criminais e a polícia viu que havia um mandado de prisão em aberto. Depois disso, Soró ficou preso por 10 meses em Polinter, uma vez que, relata ter sofrido muito, mas, não foi vítima de violência sexual enquanto esteve preso, o que ocorre muito aos condenados por estupro. Em 2009 foi transferido para Colônia Lafayette Coutinho, lugar em que, ficou até março de 2010, e recebeu progressão para o regime semi-aberto e depois prisão domiciliar. Após todo esse progresso conseguiu um emprego na triagem de correspondências dos Correios, que obteve através de um programa de ressocialização da Secretaria Estadual de Justiça e Direitos Humanos.

Para a desembargadora Ivete Caldas, relatora do processo de Revisão Criminal, a decisão foi falha porque levou em conta somente a versão da garota. “Nunca houve prova, somente a palavra da vítima. Para se condenar alguém é preciso ter certeza, e nesse caso a denúncia não tinha relevo”.

Outro caso ocorreu com um ex-pedreiro chamado Heberon Lima de Oliveira, foi conhecido mundialmente por ter ficado preso por quase três anos sendo inocente. Em 2015, completava 31 anos, por um erro da Justiça do Amazonas, teve grande parte de sua vida roubada. Foi preso em 2003 por ter sido acusado de estuprar uma criança de 9 (nove) anos de idade, mesmo ficando isolado com homens que haviam cometido o mesmo delito, foi violentado sexualmente pelos detentos de sua cela, lugar ao qual contraiu Aids. Deixou a Unidade Prisional de Puraquequara, em Manaus, no ano de 2006, ele nunca foi julgado e condenado. Depois de uma visita feita pela defensora pública Ilmair Siqueira, onde, em uma conversa acreditou em sua versão, que a menina foi abusada no bairro Nova Floresta, localiza-se na zona leste da capital e seu pai acusou Heberon pois com ele havia desentendimentos.

Teve como primeiro erro que as características do real agressor não batiam com o condenado em cena, uma grave falha da polícia civil. Outro descuido foi cometido pela justiça por não tem julgado o caso em 3 (três) anos de prisão, em que, a lei penal determina que a sentença seja feita em 90 (noventa) dias. Uma ação movida por essa defensora desde 2011 pedia uma indenização no valor de R\$ 170 mil, que nunca foi pago.

Após isso tudo, o advogado Roberto Martins Oliveira, membro da OAB-ES constatou que Heberon vivia em condições precárias, não tinha nem dinheiro para uma passagem de ônibus para buscar os medicamentos que eram de muita importância para seu tratamento do HIV. Uma ação humanitária de conhecidos, desconhecidos, advogados montaram um grupo em uma rede social chamado de “Pela Dignidade de Heberon Oliveira”, na qual, as pessoas possam contribuir para dar alguma ajuda a este homem. A defensoria do Amazonas entrou com um Recurso de Apelação na Ação de Indenização em favor dos filhos de Heberon, em 2015.

Mais um caso, foi o do ex-participante do reality show Big Brother Brasil no ano de 2012, produzido pela Tv Globo, no qual, Daniel Echaniz foi acusado pelo delito estupro de vulnerável contra Monique Amin, sua companheira do reality. O ex-BBB (forma popular de como se chama um ex integrante do programa) foi expulso do programa.

O caso não chegou a virar um processo, diferente dos casos acima, ele foi absolvido por insuficiência de provas e a justiça determinou o arquivamento do inquérito policial. Quem o denunciou foi a modelo Tatiane Eyng, pois esta relatava ter sofrido abusos por Daniel na Itália em 2010, quando ambos trabalhavam como modelos, mas só resolveu denunciá-lo após o episódio do BBB12. Ela fez uma queixa-crime, que se transformou em um processo na Vara Central de Violência Doméstica e Familiar da Capital, lugar que foram realizadas cinco audiências e nenhuma delas com a presença da autora da queixa, um argumento utilizado por seu companheiro foi de que ela morava no exterior.

Advogado de Daniel, usou o argumento de denúncia caluniosa por uma falsa comunicação de crime, pois o acusado perdeu o emprego e também a afetação moral que sofreu. O R7 notícia (site online de notícias) não conseguiu localizar a modelo, até enviou mensagens por redes sociais, mas não obteve resposta.

4 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, vimos que os delitos que abrangem a área dos crimes contra a dignidade sexual há vários entendimentos divergentes acerca de várias ilustrações.

Nota-se que o constrangimento, mesmo sendo uma tipificação penal autônoma, ela está como secundária em todos os crimes sexuais, lugar em que há condutas físicas, violentas ou até sem uma violência física, mas sim, moral, como a violência verbal, em cumulação com atos de natureza libidinoso, na qual, profana a desobediência de princípios como da liberdade sexual como o da dignidade.

Inferimos que a condição do sujeito implica muito na tipificação do delito, a vítima sendo criança ou adolescente, como, o idoso, deficiente físico ou mental, sendo os inimputáveis, em que, a lei em alguns crimes sexuais, impõe para tipificação da pena o sujeito passivo e sujeito ativo de modo específico, como no assédio sexual. Em que, a caracterização do tipo penal para se entrar com uma ação dependerá das qualificações da vítima.

Salienta-se que por mais que sejam crimes graves e de comoção social, as noções probantes são bem delimitadas, em que, apenas com a palavra da vítima já pode ser reconhecido um crime de estupro, logo, um crime tão grave, precisa que a vítima represente, por se levar em consideração sua intimidade, porém, sabemos

que no mundo de hoje a maioria das mulheres não denunciam o crime de estupro, tampouco, um crime de assédio sexual, por ficarem com medo de serem prejudicadas no trabalho.

Concluimos que deve-se ter uma apuração minuciosa no que tange a esses delitos, pois, cada vez menos mulheres estão denunciando por medo, e isso é uma infeliz realidade, e deve ser levada em consideração pelos legisladores e juízes. Como também, não acha que deva condenar a todos, pois, existe a chamada síndrome de Potifar, por essa razão, muitos inocentes vão parar na prisão por crimes que não cometeram, e acabam sofrendo pelo resto de suas vidas, dentro e fora da cadeia por crimes, pelos quais, são inocentes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, J. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**: 4. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BITTENCOURT, C. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**: vol 1. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROS, A. **Ex-BBB Daniel se livra de segunda acusação de estupro: "Justiça foi feita, mas ainda não acabou"**. São Paulo: R7 Notícias, 2014. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/sao-paulo/ex-bbb-daniel-se-livra-de-segunda-acusacao-de-estupro-justica-foi-feita-mas-ainda-nao-acabou-24022014>>. Acesso em: 04 maio 2018.

CAPEZ, F. **Curso de Processo Penal**: São Paulo: Saraiva, 2011.

ESTEFAM, A. **Direito Penal, volume 3**: Parte especial. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ELBERT, C. **Manual Básico de Criminologia**: Tradução de Ney Fayet Jr. Porto Alegre, Ricardo Lenz, 2003.

FERNANDES, N; FERNANDES, V. **Criminologia integrad**: 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HUNGRIA, N; LACERDA, R. **Comentários ao Código Penal**: Rio de Janeiro: Forense, 1954, p. 115-116.

JESUS, D. **Direito Penal**:. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, v 3.

LIMA, R. **Manual de processo penal**: Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

LYRIO, AI; UCHÔA, V. **Homem condenado por falso estupro é absolvido depois de 16 anos]**: Salvador: Revista Correios, 2011. Disponível em: <<https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/homem-condenado-por-falso-estupro-e-absolvido-depois-de-16-anos/>>. Acesso em: 04 maio 2018.

LIMA, R. **Manual de processo penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

LOMBROSO, C. **O homem delinquente**: Porto Alegre: Rivardo Lens, 2001.

MARCÃO, R; GENTIL, P. **Crimes contra a dignidade sexual**: Comentários ao título VI do Código Penal. São Paulo: Saraiva, 2011.

MISTIERI, J. **Do delito de estupro**: São Paulo: RT, 1982.

MIRABETE, J. **Manual de direito penal**: São Paulo: Atlas, 2002. - **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 18ª ed., 2006.

MASSON, C. **Direito Penal esquematizado**: Parte especial. 6. ed. São Paulo: Método, 2016.