
O problema da prova nos crimes contra a dignidade sexual

Thaís Mangnani Dias*

Evandro Dias Joaquim**

1. INTRODUÇÃO

Quando ocorre um crime contra a dignidade sexual, surge a pretensão punitiva do Estado, que, por meio da polícia judiciária irá investigar a prática criminosa, e por meio do Ministério Público exercerá o direito à ação penal.

Com a pretensão punitiva, passa a haver a necessidade de colheita das provas do delito, lembrando que no processo penal, o ônus da prova, diante do princípio da presunção da inocência, cabe à acusação.

Nesse contexto se encaixa o problema das provas, tendo em vista que, por sua natureza, estes delitos são de difícil comprovação, ainda que classificados como crimes materiais.

Além do mais, as provas devem ser produzidas já na fase do Inquérito Policial, tendo em vista a rapidez com que elas perecem, sendo que muitas não poderão ser refeitas por não mais existirem vestígios, tendo em vista o tempo decorrido.

*Discente do curso de Direito pelas Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

**Professor de Direito Processual Penal nas Faculdades Integradas de Bauru – FIB.

Para comprovação dos crimes ora estudados, a lei define que sempre que a infração deixar vestígios será indispensável o exame de corpo delito. No entanto, uma vez que não é necessário que haja conjunção carnal para caracterização do crime, torna-se difícil a possibilidade do corpo de delito devido a ausência de hematomas e mesmo nos casos em que é possível o exame pericial, o dilema da prova se enfatizará ante o fato de, por vezes, o laudo não poder provar se a relação sexual foi consentida ou não.

A prova testemunhal, que não raramente substitui a ausência da pericial, também é escassa, tendo em vista que normalmente a ocorrência também não oferece este tipo probatório por ter ocorrido de maneira reservada. Nesses casos as declarações das partes são analisadas de forma individual e consideradas isoladamente das demais, podendo levar à sentenças incorretas.

Em todos os casos, o judiciário encontra um grande impasse, pois ao poder basear-se apenas em dados subjetivos, pode não chegar ao que realmente ocorreu. Afinal, mesmo nos casos em que a vítima está disposta e denunciar seu agressor, sua palavra pode estar viciada, haja vista que ela está diretamente envolvida com a situação.

Estes e outros fatores, dentre eles a falta de preparo adequado, faz com que todo o Estado enfrente grandes problemas quando da investigação dos crimes sexuais.

2. A LEI 12.015 E SUA PROBLEMÁTICA QUANTO À PROVA

Antes da lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, para determinado crime se utilizava um tipo de prova e cada um deles era sancionado com uma pena. O crime de estupro, *verbi gratia*, se referia apenas à conjunção carnal – cópula vagínica – e uma vez que o laudo pericial indicava que não houve relação, estava descaracterizado o crime.

A prova do ato libidinoso consistia em evidenciar o ato alegado pela vítima, que poderia ser o coito anal, o sexo oral, ou até mesmo o beijo lascivo e normalmente fazia-se uso de provas testemunhais e da palavra das partes, sendo rara a possibilidade de exame de corpo de delito, permanecendo tão frágil quanto agora, no entanto a pena era mais branda.

Quando se tratava de estupro envolvendo menores, havia a presunção de violência, que como já estudado, era presunção absoluta e bastava ser menor de idade para caracterização do crime, no entanto, deveria ser provado que o ato sexual existiu, como agora.

Após a entrada em vigor da referida Lei, o crime de estupro, além da conjunção carnal, passou a abranger também outras condutas, antes tipificadas no antigo artigo 214 – revogado. Com isto, o problema da prova se tornou ainda mais complexo, haja vista que um crime que já era difícil de provar (ato libidinoso) foi equiparado a outro de pena ainda maior (estupro).

A problemática não é diferente quando se trata de estupro mediante fraude – artigo 215 CP, pois este não se caracteriza mediante a violência, mas sim com a enganação sofrida pela vítima. Existem inúmeros tipos de fraudes e é subjetivo analisar sua potencialidade em enganar as pessoas e mais ainda, é praticamente impossível conseguir outros meios de provas senão as alegações dos envolvidos.

A prova do crime de estupro de vulnerável é de difícil obtenção e segue os mesmos aspectos da prova do estupro previsto no artigo 213 do Código Penal. Contudo, aqui, a intenção do legislador foi a de punir o agente, independentemente de ter a vítima consentido ou não para o ato.

Todas as provas têm a mesma valoração e caberá ao magistrado - dentro do princípio da livre convicção fundamentada - analisar as provas obtidas, e chegar a uma conclusão quanto aquelas que mais o aproximam da verdade.

Assim contemplou o legislador quando da publicação do Código de Processo Penal e sua Exposição de Motivos (Brasil, 1940) “Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que a outra”.

3. CORPO DE DELITO

A prova dos crimes sexuais (principalmente a do estupro – artigo 213) é feita essencialmente com o exame do corpo de delito, entendendo-se por *corpo de delito* a materialidade do crime, e por *exame de corpo de delito* a análise feita na materialidade do crime.

Tourinho Filho (2009) explica que:

Quando a infração deixa vestígios, por exemplo em um caso de estupro, é necessário o exame de corpo de delito, isto é, a comprovação dos vestígios materiais por ela deixados torna-se indispensável. (TOURINHO FILHO, p. 256).

Assim, quando possível a realização da prova de corpo delito, a falta implica nulidade de qualquer prova produzida em sua substituição (artigo 564, III, b do Código de Processo Penal) e, por conseguinte a absolvição do acusado (artigo 386, VII do mesmo diploma legal, com redação dada pela lei nº 11.690 de 09 de junho de 2008).

No entanto, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, excepciona tal regra ao decidir que:

É irrelevante o resultado negativo do laudo de corpo delito. A materialidade do crime de atentado violento ao pudor – hoje estupro – prescinde da realização do exame de corpo delito, porque nem sempre deixa vestígios detectáveis, sendo que a palavra da vítima, corroborada por prova testemunhal idônea tem relevante valor probante e autoriza a condenação quando em sintonia com os outros elementos de prova. (Ap. 2000.03.1.011076-7, 1ª T., rel. Mario Machado, 19.07.2007, v.u.)

Tendo sido o crime, tentado ou consumado, por conjunção carnal, é mais provável que o exame de corpo de delito não se encontre prejudicado. Ele deverá analisar se houve a introdução, completa ou incompleta, do membro viril no órgão genital masculino; e poderá fazê-lo através da presença de espermatozoides na vítima, pela ruptura do hímen (em caso da vítima ser virgem ao tempo do crime), contágio de moléstia venérea ou outros meios que o fato típico pode ter propiciado.

O Supremo Tribunal Federal já se decidiu no sentido de que:

O fato de os laudos de conjunção carnal e de espermatozoides resultarem negativos não invalida a prova do estupro, dado que é irrelevante se a cópula vaginal foi completa ou não, e se houve ejaculação. Existência de outras provas. Precedentes do STF. (STF, HC 74.246-SP, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJU, 13-12-1996, p. 50165.) (CAPEZ, 2012, p. 40).

Entretanto, mesmo nos casos em que é possível o exame pericial, o dilema da prova se enfatizará ante o fato de, por vezes, o laudo não provar se a relação sexual foi consentida ou não, isto porque, não basta, para a constatação de que houve crime de estupro a mera prova do ato sexual, pois ela não é capaz de demonstrar a resistência da vítima à prática do ato sexual e, uma vez que não houve resistência ao ato, o crime não se caracteriza.

Portanto, no dizer de Capez (2012):

O laudo pericial deve comprovar ainda a violência empregada, pois a mera comprovação da conjunção carnal não é capaz de mostrar a resistência da vítima. Ele deve levar em conta se houve qualquer tipo de defesa, como por exemplo, arranhões no corpo do acusado. (CAPEZ, 2012, p. 40).

Na maioria dos casos, o exame de corpo de delito/conjunção carnal/ato libidinoso, deve ser feito logo que o fato criminoso chega ao conhecimento da autoridade policial, pois a demora em fazê-lo prejudica as evidências, tendo em vista que elas tendem a desaparecer, razão pela qual, inclusive, tal exame não poderá ser feito.

Todavia, nem sempre o estupro deixa vestígios, seja porque “foi levado ao conhecimento da autoridade muitos dias após a ocorrência do crime de estupro”, (MIRABETE 2010, p. 272) ou porque, por sua natureza, não restaram elementos a serem analisados, como nos casos citados por Capez (2012):

Na hipótese de tentativa, em que não chega a haver conjunção carnal, por exemplo, dificilmente restam elementos a serem periciados junto à ofendida, e, mesmo havendo consumação, os resquícios podem ter desaparecido com o tempo, ou podem nem sequer ter ocorrido como na hipótese de mansa submissão após o emprego de grave ameaça, ou ainda quando não há ejaculação do agente, *verbi gratia*. Podendo ainda estarem ausentes as marcas de resistência, tendo em vista por exemplo quando a pessoa atacada entra em choque. (CAPEZ, 2012, p. 39).

Pode-se incluir nos exemplos acima, os casos de estupro por ato libidinoso, tendo em vista que o sexo oral ou até mesmo os beijos lascivos caracterizam o crime, mas não deixam marcas.

Na lição de Nucci (2011):

Como regra, havendo violência real e comparecendo a vítima para análise médica, obtêm-se sucesso na elaboração do exame de corpo de delito; entretanto, nos casos de grave ameaça e nas situações de vulnerabilidade, torna-se praticamente impossível a realização da perícia. Ressalte-se ainda, casos em que ocorrem atos libidinosos diversos da conjunção carnal, como um beijo lascivo forçado, imune a exames periciais. (NUCCI, 2011, p. 68).

Há, ainda, casos em logo após o ato sexual (conjunção carnal forçada), por nojo e para higienizar-se, a vítima toma banho antes mesmo de oferecer a denúncia, eliminando eventuais provas periciais que possam ser feitas a fim de analisar o DNA do sêmen.

Jesus (2002, p. 161) ainda acrescenta outra hipótese em que poderá não ser efetuado este exame, opinando que, “cabe ao bom senso comum dispensar a perícia sempre que sua realização não seja mais possível ou cause dano ainda maior à vítima”. Como ocorre nos casos ora estudados, pois o ofendido terá sua dignidade sexual novamente invadida.

Nessas hipóteses deve-se seguir a ordem dada pelo artigo 167 do Código de Processo Penal que determina que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”. Contudo, tal meio não é tão eficaz quanto o pericial, como reforça Nucci (2011):

A realização desta perícia é um dos meios mais seguros de prova. Não sendo possível, substitui-se o exame de corpo de delito pela prova testemunhal, querendo com isto, apontar para a narrativa das pessoas que tenham visto a ocorrência do crime, embora sejam leigas, e não postam atestar cientificamente a prática do crime. (NUCCI, 2011, p. 47).

4. TESTEMUNHAS

A prova testemunhal nem sempre é possível nos casos criminais contra a dignidade sexual, tendo em vista o modo como eles se caracterizam, ou seja, ao ermo ou em segredo. Contudo, estando presente, terá suma importância na comprovação dos fatos, principalmente quando o exame de corpo de delito não puder ser efetuado.

O STF tem entendido que “nos delitos materiais, de conduta e de resultado, desde que desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal pode suprir o auto de corpo delito direto”. (RECrIm 85.089, DJU 19.11.76, p. 10033; HC 69.302, RTJ 143/921 e HC 72.283, RTJ 160/938). (NUCCI, 2011, p. 46).

Távora e Alencar conceituam “testemunha” como sendo “pessoa desinteressada dos fatos que declara em juízo o que sabe sobre o crime, em face de percepções colhidas sensorialmente”. (TÁVORA e ALENCAR, 2010, p. 411).

A prova testemunhal, sobretudo no processo penal, é de valor extraordinário, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações penais com outros elementos de prova. “Em geral, as infrações penais só podem ser provadas em juízo por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento. Assim, a prova testemunhal é uma necessidade”. (TOURINHO FILHO, 2009, p. 315).

5. O RECONHECIMENTO PESSOAL E A PALAVRA DO OFENDIDO

Via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo (*juris tantum*), devendo ser aceita com reservas e estando presente na comprovação de quase todos os crimes sexuais.

Nesta seara já se manifestou o STJ:

A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal. (HC 8.720-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16.11.1999, v.u., DJ 29.11.1999, p. 126).

Contudo, nos crimes sexuais a palavra da vítima se reveste de especial importância na medida em que esta espécie de crime normalmente é cometida às escondidas, sem a presença de testemunhas e, como já estudado, nem sempre conta com exame de corpo de delito. Assim, caso seja prestada com convicção e de forma coerente, sua declaração pode ser suficiente para o decreto condenatório.

Gonçalves (2013, apud LENZA, 2013):

Em suma é possível a condenação de um estupro com base somente na palavra e no reconhecimento efetuado pela vítima, desde que não haja razões concretas para que se questione o seu depoimento. Há uma presunção de que as palavras desta são verdadeiras, mas é relativa. (GONÇALVES, apud LENZA, 2013, p. 543).

Esta credibilidade relativa citada pelo doutrinador ocorre por conta do vício que a palavra da vítima pode conter. Por vezes o agressor é conhecido da vítima e na maioria delas reside aos redores de sua casa ou na própria residência, como é o caso do pai e padrasto. Passa a existir, portanto, um grau de relacionamento entre as partes e não raramente a vítima mantém um grau de submissão com alusão ao autor.

Tais fatores fazem com que a parte se cale e sofra de maneira omissa por muito tempo, não denunciando o autor por medo ou por acreditar que ele não será punido.

Pode ocorrer de terceiros desconfiarem e tentarem ajudar a vítima, mas se esta última não confessar os fatos, não há o que ser feito. Isto porque, excluindo os menores, a ação de estupro é pública condicionada à representação. Tal procedimento penal assim determina para que a vítima não sofra com o processo, tendo que relembrar o momento difícil e doloroso que passou, evitando assim, o *estriptus forense*.

Ademais, é imprescindível ter o apoio da vítima no processo, inclusive, para que ela possa admitir que realmente foi violentada, pois o seu consentimento eximiria o autor de qualquer acusação, com exceção feita aos vulneráveis.

Todavia, cientes de que sua palavra tem força probatória, agentes de má-fé, podem denunciar um estupro, imputando a culpa a determinada pessoa sem que isto realmente seja verídico.

Tal fato pode ocorrer, por exemplo, para justificar a perda da virgindade ou até mesmo por vingança ou interesse. Existem casos inclusive de filhos que não aceitam o relacionamento da mãe com outra pessoa e acusam o parceiro dela de os terem estupro, mas o fazem única e exclusivamente para destruir o envolvimento amoroso da genitora.

Com isto, a vítima pode não ser capaz de declarar exatamente o que aconteceu enquanto esteve sob o poder do estupro e mais uma vez, sua palavra não será meio apto a produzir prova.

Em geral, tudo isto ocorre porque a vítima é diretamente envolvida pela prática do crime, e ela teve sua intimidade violada, razão pela qual pode estar coberta por emoções perturbadoras em seu processo psíquico, levando-a à ira, ao medo, à mentira, ao erro, às ilusões de percepções, ao desejo de vingança, à esperança de obter vantagens econômicas, entre outros.

Lopes (1994 apud NUCCI, 2013) conclui, portanto, que:

A palavra isolada da vítima, sem testemunhas a confirmá-la, pode dar margem à condenação do réu, desde que seja consistente, firme e harmônica com as demais circunstâncias colhidas ao longo da instrução, sendo impossível aceitá-la quando do contrário. (LOPES, 1994, p. 118 apud NUCCI, 2013, p. 466).

Deixando de lado o vício contido na palavra da vítima, deve-se ainda, levar em consideração o fato de não ser possível colher as declarações desta, seja porque ela se calou, evitando sofrer ainda mais ao ter que relembrar o fato; ou ainda por tratar-se de criança ou deficiente mental (as vítimas de estupro de vulnerável). Isto porque, eles podem se calar, sofrer ameaças, ou simplesmente, pela pouca experiência que possuem, não terem consciência de que foram vítimas de crime sexual.

Vulneráveis são facilmente manipuláveis - podendo dizer o que terceiros interessados peçam que falem e nem sempre têm noção clara do que está acontecendo; fazem declarações falsas porque, de uma maneira geral, são tentadas a conciliar e a concordar com os demais. Além disso, é comum que os interrogadores policiais não tenham qualquer tipo de treinamento para questionar esse tipo de pessoa.

Em todos os casos, o judiciário encontra um grande impasse, pois ao poder basear-se apenas em fatos subjetivos pode não chegar ao que realmente ocorreu.

Nesse contexto, Eluf (1999) faz um paralelo com outros tipos de crimes:

É possível perceber que o descrédito da vítima é maior quando se trata de delito sexual. Em caso de roubo, por exemplo, se o ofendido declara que foi assaltado a mão armada ninguém duvida da veracidade de suas informações, mas o mesmo não pode e não ocorre nos casos sexuais, onde as mulheres são ouvidas com reservas. (ELUF, 1999, p. 20).

O reconhecimento pessoal, nos casos ora estudado, normalmente é feito pela vítima e novamente, sua palavra deve ser considerada. Em tais casos, por não conhecer o autor dos fatos, o ofendido não tem outro critério para a determinação do delinquente, senão sua exterioridade material, percebida no momento do delito, sua fisionomia, idade aparente, estatura, seu físico e trajés.

Malatesta (2003) explana que:

Todos compreendem que todos estes detalhes, por falta de calma na observação, não podem ser exatamente percebidos no momento do delito e, por isso, as semelhanças podem facilmente converter-se em identidade, aos olhos do ofendido e seu engano nos reconhecimentos pode levar a justiça penal a deploráveis erros. (MALATESTA, 2003, p. 435).

Assim, “a aceitação isolada da palavra da vítima, pode ser tão perigosa, em função da certeza exigida para a condenação, quanto uma confissão do réu”(NUCCI, 2010, p. 915); e, na dúvida, absolve-se.

5.1 A PALAVRA DA VÍTIMA NO ESTUPRO MARITAL

Na convivência sob o mesmo teto está a compreensão do débito conjugal, a satisfação recíproca das necessidades sexuais. Eluf (1999, p. 21) lembra que “no principio, as mulheres não relatavam o estupro quando se dirigiam às delegacias para reportar agressão. Isto porque elas acreditavam erroneamente que o sexo era uma obrigação conjugal”.

Embora não constitua elemento fundamental do casamento, sua ausência, não tolerada ou não aceita pelo outro cônjuge, é motivo de separação. Não pode, porém, o cônjuge obrigar o outro a cumprir tal dever, sob pena de violação da liberdade sexual.

O difícil, porém, será para a mulher, que acusa, provar que tal crime caracterizou-se, pois neste caso, a prova consistirá em provar que não desejava a relação e que o marido a coagiu à prática.

E como alerta Nucci (2010):

Não se desconhece, por certo, a dificuldade probatória que advém de um estupro cometido no recanto doméstico, inexistindo muitas vezes, testemunhas da violência ou da grave ameaça, mas também porque singela alegação do cônjuge por ter sido vítima de estupro pode dar margem a uma vindita de ordem pessoal, originária de conflitos familiares. (NUCCI, 2010, p. 907).

Entretanto, deve o Judiciário utilizar todos os meios de prova, visando atingir a verdade.

5.2 A OITIVA DO ACUSADO E A CONFISSÃO

O acusado também é ouvido, através do interrogatório, contudo, ele pode invocar seu direito de permanecer calado, tendo em vista o preceito constitucional de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si; e mesmo confessando (o

que dificilmente ocorre na esfera penal), ainda caberá à acusação comprovar sua autoria.

Nesta seara, Nucci (2013, p. 451) “a confissão é meio de prova direto, mas precisa ser confrontada com outras provas e por elas confirmada”.

Confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si, em presença de autoridade competente, a prática de um fato criminoso. Deve-se considerar como confissão, apenas o ato voluntário, produzido sem qualquer tipo de vício, e pessoal, feito pelo próprio acusado, sendo que caberá ao magistrado avaliar sua validade.

Um levantamento do Projeto Inocência, publicado por João Ozório de Mello (2012), em seu artigo “Porque as pessoas confessam crimes que não cometeram” revelou que: “de todos os prisioneiros libertados nos últimos anos com base em provas de DNA, 25% foram presos porque se incriminaram, fazendo confissões à polícia ou se declararam culpados.” E continua informando que “estudos de casos mostraram que essas confissões não derivaram de conhecimento dos réus sobre o caso, mas foram motivadas por influências externas” (MELLO, 2012):

Nos casos de um acusado de estupro, os fatores mais comuns podem ser: 1) pressão; 2) coação ou tortura; 3) altruísmo; 4) desconhecimento da lei; 5) medo de violência; 6) forte poder de influência de terceiros; 7) Erro; 8) ameaça de uma sentença mais dura; 09) falta de compreensão da situação. (MELLO, 2012).

Ciente de tais vícios, o legislador, ao implantar o Código de Processo Penal definiu em seu artigo 197 uma advertência para que haja confronto entre esta e as demais provas:

O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade e concordância. (BRASIL, 1940).

Com isto, busca-se evitar uma confissão frágil, afastando eventuais alegações de vícios.

6. O DANO PSICOLÓGICO COMO PROVA

Não possuindo o juiz conhecimento enciclopédico e tendo que julgar causas das mais diversas e complexas possíveis, surge a necessidade de se recorrer a técnicos e especialistas que, por meio de seus conhecimentos científicos ajudaram a elucidar o fato. É o que ocorre na perícia psicológica.

Seguindo o pensamento de França (1998):

A finalidade da perícia é produzir a prova, e a prova não é outra coisa senão o elemento demonstrativo do fato. Assim, tem ela a faculdade de contribuir com a revelação da existência ou da não existência de um fato contrário ao direito, dando ao magistrado a oportunidade de se aperceber da verdade e de formar sua convicção. (FRANÇA, 1998, p. 7)

Esse meio probatório, nos casos de crimes sexuais, talvez seja o mais eficaz para se atingir a verdade.

Granjeiro e Costa (2008):

Nós sabemos que a prova nesses crimes de violência, normalmente é feita com base na palavra de que sofreu a violência, até porque esse crime ocorre na clandestinidade, às escuras, longe dos olhos de alguém que tenha capacidade de repetir aquilo que aconteceu ou de visualizar ou confirmar o que a vítima sofreu, nós queremos verificar se o fato foi informado ou formado. (GRANJEIRO e COSTA, 2008, p. 164).

A psicologia humana aponta ainda a tendência natural que pessoas violentadas ou agredidas por entes queridos têm de amenizar ou desculpar o ataque sofrido. A ânsia de permanecer com os seres amados, faz com que alterem a verdade dos fatos, absolvendo o culpado.

Nucci (2013):

Outro aspecto importante a ser considerado é que exposições pormenorizadas do fato criminoso nem sempre são fruto da verdade, uma vez que o ofendido tem a capacidade de inventar muitas circunstâncias criando dados inexistentes. (NUCCI, 2013, p. 466).

Existem, ainda, falsas vítimas, que simulam o estupro com a intenção de prejudicar outrem, seja inventando o crime, ou imputando autor diverso do que realmente cometeu o fato. Por isso, é sempre relevante que o juiz analise com cuidado as palavras do ofendido a fim de verificar eventuais contradições com os depoimentos anteriores por ele prestados ou a existência de alguma razão concreta que ele tenha a querer prejudicar o acusado, hipótese em que a análise das provas deverá ser feita com ressalvas, para se evitar eventuais injustiças.

Malatesta (2003) acredita que:

Todo crime faz nascer no espírito do ofendido, uma perturbação que, tornando difícil a exata percepção das coisas, possibilita os enganos. Isto, principalmente, quando se trata de crime consistente em violência contra as pessoas ou acompanhado destas. (MALATESTA, 2003, p. 435).

Deste modo, o grande desejo de chegar à descoberta do réu, torna o ofendido propenso a suposições, aceitando como probabilidades simples dúvidas e como certeza as probabilidades.

A perturbação natural do espírito do ofendido diante de qualquer delito, se bem que em medida diversa, segundo se trata de crimes contra a pessoa ou contra a propriedade, torna, por vezes, suscetíveis de erro aqueles reconhecimentos a que se costuma proceder quando o ofendido não conhece o delinquente, senão por tê-lo visto cometer o delito.

Enfim, pode o ofendido não inventar propriamente nem o crime nem o criminoso, mas mentir só na forma, na medida ou nas consequências do crime, para fazer aumentar proporcionalmente a reparação a que tem direito.

A finalidade da perícia psicológica é, portanto, analisar o subconsciente das partes a através de laudos, exteriorizar a possível verdade.

Silva (2003) afirma que:

O poder judiciário entende que o parecer fornecido pelo psicológico deva funcionar como um operador da verdade, que irá apenas constar tais fatos e quais argumento são verdadeiros e quais evidências servem realmente como provas. (SILVA, 2003, p. 177).

Todavia, isso pode limitar a atuação psicológica, na medida em que se o relatório não contiver a informação de que o juiz necessita, este poderá dispensá-lo. Além do mais, o problema reside no fato de o laudo psicossocial normalmente tem sido requerido quando o processo já está em andamento; esse é um dos equívocos que o Judiciário comete.

Granjeiro e Costa (2008) acreditam que:

O ideal seria que as vítimas, especialmente crianças, comparecessem à delegacia no prazo de 24 horas para que, antes mesmo de o delegado tomar o depoimento dela, possa um psicólogo ouvir o relato da criança e já emitir um relatório prévio. (GRANJEIRO e COSTA, 2008, p. 20).

Com estas medidas, talvez o dilema quanto à prova pudesse ser atenuado.

7. PRODUÇÃO DAS PROVAS DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL

O inquérito Policial é um procedimento administrativo, de natureza inquisitiva – investigatória que visa constituir elementos a fim de instruir um processo. É produzido pela Polícia Civil, normalmente logo em seguida ao fato criminoso.

Como regra, pode-se afirmar que o valor dos elementos coligidos no curso do Inquérito Policial somente serve para fundamentar medidas de natureza

endoprocédimental e, no momento da admissão da acusação, para justificar o processo ou seu arquivamento.

As provas produzidas durante este procedimento serão, em regra, refeitas no processo, tendo em vista que até então, tinham a função única e exclusiva de instruir a denúncia, não sendo constituídas de contraditório.

Nucci (2011) explana que:

A investigação do crime inicia-se, como regra, na delegacia de polícia, instaurando-se o inquérito policial, de natureza inquisitiva e trâmite nos moldes do sistema inquisitivo. Nesse procedimento administrativo colhem-se provas a serem utilizadas posteriormente no contraditório judicial, com força probatória definitiva. (NUCCI, 2011, p. 29).

Todavia, no caso dos crimes sexuais, como o exame de corpo de delito, principalmente, tais provas não poderão ser refeitas, haja vista que pereceram com o tempo. Daí a importância de um Inquérito feito corretamente, pois tal meio probatório é de suma importância na comprovação do fato criminoso e sua autoria, sendo que, uma vez não adotados todos os meios legais, a prova pode ser anulada e o processo fica carente de comprovação.

Todavia, conseguir produzir uma prova que posteriormente seja aceita na esfera processual, ainda não resolve o problema encontrado na fase do Inquérito, isto porque, durante tal instrução, a Autoridade Policial pode (deve, em alguns casos) determinar, inclusive, a prisão do agente ora acusado, de modo que o mesmo não fuja ou atrapalhe a investigação (v.g. ameaçando a vítima). Para isso, ele deverá analisar as provas e firmar sua convicção, assim como o magistrado na hora de sentenciar, e uma análise errada dos fatos, ou até mesmo uma prova falsa (como por exemplo, a vítima estar mentindo), pode acarretar uma prisão incorreta de difícil reparação, sob a ótica dos danos que o preso sofrerá.

As delegacias tentam, finalmente, fazer com que a produção das provas durante o Inquérito Policial seja o mais eficaz possível. A delegada Priscila Alferes, titular da Delegacia de Defesa da Mulher de Bauru (apud TONELLI, 2013), afirma que:

Elas (as vítimas) são ouvidas no mínimo três vezes antes que o inquérito seja instaurado, no caso dos autores serem desconhecidos. Tomamos esse cuidado para não cair na mentira, já que metade desses casos costuma ser comunicação falsa. (ALFERES apud TONELLI, 2013, p. 05).

Isto porque, as autoridades policiais devem agir com pensamento de judiciária, analisando os fatos e tentando, desde logo, evitar decisões erradas e precipitadas.

8. AS CONSEQUÊNCIAS DO PROBLEMA

Uma vez ciente da gravidade do problema, é preciso analisar as consequências que ele pode ocasionar.

O ofensor pode muitas vezes ser o próprio Estado (representado pelo judiciário) seja pelo juiz que decidiu erroneamente, ou simplesmente pelo fato de as circunstâncias levarem a condenar um inocente. Para qualquer cidadão, ser preso injustamente causaria grande dano, mas para o réu por estupro a situação é ainda mais complicada.

Marques Junior (2009) realizou um trabalho visando descobrir o modo como o condenado por estupro convive no cárcere e os resultados apontam que o agente pode sofrer grande pressão moral e física, sendo inclusive estuprado mediante sexo anal (ato libidinoso) pelos demais detentos, sofrendo tatuagens em seu órgão genital e podendo em alguns casos até ser morto. Segundo o autor:

Essa violência não se restringe ao ato sexual, mas é acompanhada de agressões, humilhações, castigos e torturas, podendo chegar à morte. É fato sabido que qualquer pessoa que dê entrada na cadeia por esse motivo é vítima de agressão dos companheiros de cela. (MARQUES JUNIOR, 2009, p. 95).

Pode-se destacar da citação supracitada que não importa se a pessoa já teve sua culpa comprovada, basta dar entrada na cadeia para sofrer tais violências, mesmo que lá tenha adentrado por prisão processual (antes do julgamento de mérito).

Já quanto à vítima do estupro, além do dano ocasionado pelo crime, ela também pode ser atingida pelo transtorno do problema da prova, eis que o conjunto probatório pode ser tão fraco a ponto de não servir de base para uma condenação; hipótese em que a vítima viverá em sociedade tendo conhecimento de que seu agressor está livre, muitas vezes dentro de sua casa, proporcionando-lhe perigo de novos abusos e até mesmo outras repressões.

Tal fato causará instabilidade emocional à vítima e às pessoas diretamente ligadas a ela; isto sem falar o risco de o acusado contrair novas vítimas. Ademais, ao saber que uma denúncia restou infrutífera, terceiros alheios ao fato criminoso, passam a ter sensação de injustiça, fato que pode fazer com que estupradores não sintam medo de agir e que vítimas se afugentem, não mais denunciando o criminoso e sofrendo silenciosamente.

9. POSSÍVEIS SOLUÇÕES

Primeiramente, fica uma sugestão de alteração do tipo penal, caberia ao legislador modificar novamente a conceituação do tipo penal de estupro e ato libidinoso, definindo o primeiro como “o ato de praticar, mediante violência ou grave ameaça, relação sexual através da conjunção carnal ou coito anal”, pois estes atos exigem um contato físico mais íntimo e quase sempre deixam provas (mesmo que frágeis). De tal forma, para comprovação do estupro, restaria maior dificuldade apenas com relação à comprovação do constrangimento que obrigou a prática sexual.

Com isso, os demais delitos, que dificilmente deixam prova, como o beijo lascivo, se enquadrariam em outra e nova conduta criminal, prevista em artigo próprio (assemelhando-se ao que era antes da Lei 12.015 de 2009 – estupro e atentado violento ao pudor), e com pena mais branda do que a então prevista no artigo 213 do atual Código Penal, uma vez que a prova destes é ainda mais difícil de ser produzida e nem sempre traz a certeza da culpa do agente.

Tanto nos casos de estupro simples quanto nos demais, principalmente no de vulnerável, a mais eficaz solução para o problema ora estudado já existe: é a prova psicológica. Entretanto, ela necessita ser melhor trabalhada pelo judiciário. Se ele investisse na capacitação de seus representantes, preparando-os para estas situações e disponibilizasse para as delegacias um psicólogo, a serviço do Estado e que conseqüentemente gozasse de fé pública, esta prova seria mais eficaz e mais difícil de ser contestada.

A prevenção ou a rápida descoberta destes delitos também se faz indispensável. Santos (2012), alerta que:

Com o aumento da credibilidade e confiança na polícia e demais órgãos envolvidos, há também um crescimento dos casos denunciados. É um paralelo crescente e proporcional em que a comunidade, contribui para que os condenados sejam retirados do convívio de suas vítimas. (SANTOS, 2012, p. 02).

Assim, com estas pequenas atitudes, será possível uma grande mudança com relação ao problema da prova nos crimes sexuais, aumentando o número de denúncias e diminuindo o número de crimes, de modo que os danos sofridos pelos envolvidos por causa do problema da prova sejam amenizados.

10. CONCLUSÃO

O abuso sexual é uma prática presente em nossa sociedade, que ocorre em silêncio e se esconde por detrás do medo e da vergonha das vítimas. Na maioria dos casos, os autores são pessoas que aparentam normalidade e integram o rol de conhecidos das vítimas. Infelizmente, o problema quanto à prova sempre existirá, pois o crime sexual continuará ocorrendo de forma praticamente secreta, abrangendo na hora do crime, apenas vítima e autor. Estes fatores não são culpa nem das partes, nem do judiciário, mas talvez o legislador detenha a solução deste problema. É sabido que mediante as circunstâncias do crime, pouco há que se fazer para tornar certa a autoria do ilícito penal. No entanto, existem situações capazes de amenizarem as injustiças, sendo que para isto, é preciso que o Judiciário e a população tomem consciência da seriedade do problema e dêem mais atenção a ele.

Não caberia à prova psicológica, ser dona de uma verdade absoluta, mas sim, orientar o Judiciário, de tal modo que sua análise técnica, concomitantemente às demais provas traria uma verdade mais próxima da real.

Com isto, se adotadas algumas das soluções aqui apontadas, talvez o problema venha a ser amenizado e, não somente a população, mas também o Estado, sintam menos as conseqüências da escassez e da fragilidade das provas dos crimes sexuais.

11. REFERÊNCIAS

AMARAL, Sylvia Maria Mendonça. *Prisão ilegal: a responsabilidade civil do estado e o decorrente dever de indenizar pelos danos morais*. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/2273/prisao-ilegal-a-responsabilidade-civil-do-estado-e-o-decorrente-dever-de-indenizar-pelos-danos-morais/2>>. Acesso em 13 jun. 2013.

ARAGUAIA, Mariana. *Síndrome de Estocolmo*. São José dos Campos: Brasil Escola, 2011. Disponível em: <<http://www.brasilecola.com/doencas/sindrome-estocolmo.htm>>. Acesso em: 31 ago. 2013.

ARAUJO, Thiago Lustosa Luna de. *O(s) novo(s) crime(s) de estupro: Apontamentos sobre as modificações implementadas pela Lei 12.015*. Teresina: Jus Navigandi, 2009. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/crime-de-estupro>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

ARRUDA, Augusto F. M. Ferraz de. *Dano moral puro ou psíquico*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

BRASIL. Lei nº 2.848, de 07 de Dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 03 Mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 03 Mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de Março de 2005. Altera os arts. 148, 215, 216, 226, 226, 227, 231 e acrescenta o art. 231-A ao Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 28 mar. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 03 Mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 3.689, de 03 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 03 Mai. 2013.

BRASIL. Lei nº 11.690, de 09 de Junho de 2008. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. *Diário Oficial da República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 09 jun. 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em: 03 Mai. 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte geral*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva. 2011.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal: parte especial dos crimes contra a dignidade sexual e dos crimes contra a administração Pública (arts. 213 a 359H)* 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2012.

ELUF, Luíza Nagib. *Crimes contra os costumes e assédio sexual*. São Paulo: J. Brasileira, 1999. Disponível em: <<http://www.infoescola.com/direito/crime-de-estupro>>. Acesso em: 18 abr. 2013.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1998.

GESSE, Claudia Maria Camargo. *As consequências físicas e psíquicas no crime de estupro e atentado violento ao pudor*. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/Juridica/article/view/683/703>>. Acesso em 20 jun. 2013.

GONÇALVES, Eduardo. *MP investiga se suspeitos confessaram estupro sob tortura*. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/brasil/caso-tayna-mp-investiga-se-suspeitos-confessaram-estupro-sob-tortura>>. Acesso em: 22 jul. 2013.

GRANJEIRO, Ivonete Araújo Carvalho Lima. COSTA, Liana Fortunato. “O estudo psicossocial forense como subsídio para a decisão judicial na situação de abuso sexual”. In: *Psicologia: Teoria e pesquisa*. V. 24. Brasília: 2008.

GRECO Filho, Vicente. *Manual de processo penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

JESUS, Damásio E. de. *Imputação objetiva*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. *Código de processo penal anotado*. 19 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES Junior, Aury. *Direito processual penal*. 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: LZN, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas: Bookseller, 1997. Disponível em: <<http://www.justitia.com.br/artigos/299c16.pdf>>. Acesso em: 04 mai. 2013.

MARQUES Junior, Gessé. *Estupro, uma interpretação sociológica da violência no cárcere*. Curitiba: Juruá, 2009.

MELLO, João Ozório de. “Porque as pessoas confessam crimes que não cometeram”. In: *Revista consultor jurídico*. 2012. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2012-set-08/instituicao-estuda-porque-pessoas-confessam-crimes-nao-cometeram>>. Acesso em: 15 mai. 2013.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Atlas, 2006.

MIRABETE, Julio Fabrini, FABRINI, Renato N. *Manual de direito penal: parte especial*. 27ª ed. Rio de Janeiro: Atlas, 2010.

NORONHA, Edgar Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1983. Disponível em:<<http://www.infoescola.com/direito/crime-de-estupro/>> Acesso em: 27 abr. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Código penal comentado*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. *Provas no processo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PALOMBA, Guido Arturo. *Tratado de psiquiatria forense, civil e penal*. São Paulo: Atheneu, 2003.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *Estudos em processo penal*. São Paulo: Siciliano, 2004.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SANTOS, Eduardo Herrera dos. “Rompendo o silêncio de vence a impunidade”. In: *Jornal A Praça*. Pederneiras. 04 mai. 2012, p. 02.

SILVA, D. M. P. *Psicologia jurídica no processo civil brasileiro*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2003.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário jurídico conciso*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

TÁVOLA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 4.ed. Salvador: Podivm, 2010.

TONELLI, Marcele. “Falsos estupros atrapalham polícia”. In: *Jornal da Cidade*, Bauru, 18 fev. 2013. Folha Polícia, p. 05.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. *Processo penal*. 21 ed. São Paulo: Saraiva, 1999. Disponível em <<http://www.infoescola.com/direito/crime-de-estupro/>>. Acesso em: 27 abr. 2013.

_____. *Processo penal*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.