Estupro: enfoque vitimológico

ANTONIO SCARANCE FERNANDES
Procurador de Justiça — SP
OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES
Promotor de Justiça — SP

SUMÁRIO: I — Antecedentes históricos; II — O estupro no sistema legal brasileiro; III — A vítima perante a legislação; IV — A vítima na investigação criminal; V — A vítima e a fase processual; VI — Conclusões; VII — Bibliografia.

I — Antecedentes históricos

Desde os tempos mais remotos, o estupro era considerado um delito grave com penas severas. Entre os romanos, a conjunção carnal violenta era punida com a morte pela **Lex Julia de vi publica**. Na legislação hebraica, como noticia Magalhães Noronha, "aplicava-se a pena de morte ao homem que violasse mulher desposada, isto é, prometida em casamento. Se se tratasse de mulher virgem, porém não desposada, devia ele pagar cinqüenta ciclos de prata ao pai da vítima e casar com ela, não a podendo 'despedir em todos os seus dias', porquanto a humilhou".[1]

No Brasil, as Ordenações do Livro V, no Título XVIII, sob a rubrica "Do que dorme per força com qualquer mulher, outrava della, ou a leva per sua vontade", previam: "Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello". A pena de morte era aplicada independentemente da vítima ser ou não "mulher honesta". A mesma pena era aplicada aos co-autores "que para a dita força dér ajuda, favor ou conselho".

Trabalho apresentado no Seminário Preparatório ao 7.º Simpósio Internacional de Vitimologia no Instituto dos Advogados Brasileiros.
19 a 21 de abril de 1990

1. NORONHA, Magalhães. **Direito penal**, vol. 3, 11.ª Ed., São Paulo, 1978, pág. 106

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br

Entretanto, quando a vítima ganhe dinheiro "per seu corpo, ou com scrava, não se fará execução, até no-lo fazerem saber, e per nosso mandado".

Verifica-se, portanto, que, embora a pena de morte fosse aplicada sendo a vítima prostituta, escrava ou mulher "honesta", havia uma restrição à execução da pena se ela fosse escrava ou prostituta.

É interessante mencionar que, de acordo com o § 1.º, do Título XVIII, o casamento posterior do autor com a ofendida não era causa de extinção da punibilidade.

No Código Criminal de 1830, o estupro vinha tratado no Título II, Capítulo II (Dos Crimes Contra a Segurança da Honra), sec. I, onde o Código cuidava de vários crimes sexuais sob a rubrica de estupro; mas a conjunção carnal violenta estava prevista no artigo 222, com a seguinte redação: "ter cópula por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas — de prisão por tres a doze annos, e de dotar a ofendida

Si a violentada for prostituta

Penas — de prisão por um mez a dous annos"

Assim, o Código Criminal do Império fazia uma diferença na quantidade da pena se a vítima fosse "honesta" ou prostitua.

O Código Penal de 1890, em seus artigos 268 e 269, previu o estupro. O artigo 268 enunciava o tipo e as respectivas penas, enquanto o artigo 269 definia o crime. Os referidos dispositivos tinham a seguinte redação:

"Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena — de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1.º — Si a estuprada for mulher pública ou prostituta:

Pena — de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

§ 2.º — Si o crime for praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte"

"Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não.

Por violencia entende-se não só o emprego de força physica como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos".

Como ressaltou João Mestieri, "andou mal o legislador republicano ao empregar a expressão "abusa" para designar a cópula carnal. Abusar, no sentido ontológico, significa empregar uma coisa contra o seu sentido natural. Abusa-se, em sentido jurídico, quando a coisa é empregada de modo ou para fim ilícito ou não consentido; em relação aos crimes sexuais, significaria cópula ilícita, 'quer mediante violência, quer mediante sedução ou engano', na expressão de Galdino Siqueira".[2]

Por outro lado, a denominação estupro restrita de forma exclusiva à relação, mediante grave ameaça ou violência, foi consagrada no Código de 1890, "já que o Código do Império a tomara em sentido genérico, para denominar uma secção,

2. MESTIERI, João. Do Delito de Estupro. São Paulo, 1982, pág. 12

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

onde eram perfilhados outros crimes, como a sedução de mulher honesta e o defloramento"[3]

O Código Penal de 1940 previu o estupro no artigo 213, entre os crimes contra a liberdade sexual (Cap. I), do Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), com a seguinte redação:

"Art. 213. Constranger mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena — reclusão, de três a oito anos".

Os casos de presunção de violência, as formas qualificadas e as relativas à ação penal foram tratados em capítulo geral nos artigos 213 a 222.

O Anteprojeto Hungria, no artigo 236, e o Decreto-lei n.º 1.004, de 21.10.1969, revogado, em seu artigo 238, mantiveram a mesma redação do artigo 213 do Código em vigor, inclusive em relação à sanção, acrescentando somente um acento grave ao "a". "Constranger mulher à conjunção carnal..."

No Anteprojeto de Código Penal (Parte Especial), de 27.10.1987, no Título VI (Dos Crimes Contra os Costumes), em seu Capítulo I (Dos Crimes Contra a Liberdade Sexual), no artigo 227, o estupro está assim definido:

"Praticar conjunção carnal com mulher, mediante violência ou grave ameaça.

Pena — Reclusão, de três a oito anos".

Nos termos do artigo 236, do citado Anteprojeto, se em razão da prática do estupro resulta lesão corporal grave, a pena é aumentada para reclusão, de quatro a dez anos e, se resulta morte, de seis a doze anos de reclusão. De acordo com o artigo 238, do mesmo estatuto, a pena é aumentada até:

"I — o triplo, se o crime é cometido contra menor de quatorze anos, alienada ou débil mental;

II — o dobro, se o agente é ascendente ou descendente, padrasto, irmão, tutor ou curador, empregador da vítima ou que por qualquer título tem autoridade sobre ela;

III — a metade, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas."

Conforme a Exposição de Motivos, o Anteprojeto exibe muitas e significativas modificações legais nos crimes contra os costumes, extinguindo toda presunção absoluta de violência, hoje, incompatível com o Direito Penal.

O Anteprojeto de 1987 procurou uma melhor técnica legislativa, centralizando o momento consumativo do estupro na conjunção carnal. Como esclarece João Mestieri, "no estupro o que se pune é a cópula ilícita, sendo meio executivo a violência (constrangimento)".[4]

Não só no Brasil, mas em outros países existe uma preocupação, principalmente nos estudos de vitimologia, em prevenir e reprimir de forma mais eficaz o delito de estupro, o que tem ocasionado alterações importantes nas diversas legislações. Kathleen Barry menciona os movimentos atuais para melhor definição e reinterpretação dos crimes praticados contra a mulher, destacando-se o estupro, o que requer

3. NORONHA, Magalhães. Op. cit. pág. 107.
4. MESTIERI, João. Op. cit., pág. 20

novos programas de suporte, novas propostas legislativas e a configuração do estupro praticado pelo marido.[5]

II — O estupro no sistema legal brasileiro

O estupro, na legislação penal brasileira em vigor, é um delito contra a liberdade sexual, previsto entre os Crimes Contra os Costumes. Segundo Iara Ingenfritz da Silva, "o estereótipo costumes, empregado pela lei penal vigente, significa a 'moral pública sexual', que é, em última análise, o bem jurídico penalmente tutelado".[1]

Os costumes são portanto, a objetividade jurídica protegida no caso. "Assim a lei pune o estuprador mas é ineficaz no sentido de reconhecer o direito da mulher ao domínio de seu próprio corpo e ao livre exercício de sua sexualidade. Faz-se, antes, a defesa de uma determinada moral e de uma concepção de bons costumes. O estupro, bem como qualquer outro tipo de agressão sexual, é antes uma agressão à integridade de um indivíduo. Por isso a luta dos movimentos feministas no Brasil e em outros países é para que o estupro deixe de ser enquadrado como um crime contra os costumes e passe a ser tratado como um crime contra a pessoa na legislação penal".[2]

Quanto ao conceito, na definição de Nelson Hungria, "estupro (vial, Notzucht, violenza carnale, violación) é a obtenção da posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, ou, para nos afeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça".[3]

Por conjunção carnal, em fase do Código em vigor, entende-se a união sexual, a cópula vagínica, ou seja, a cópula **secundum naturam**, pois só a mulher pode ser sujeito passivo deste crime. O Projeto Alcântara inicialmente imitava o modelo italiano ("ter conjunção carnal com alguém") admitindo outras formas de coito na configuração do estrupo. Mas, como concluiu Nelson Hungria, "aderindo ao ponto de vista da Comissão Revisora, explicitamente declarada que só a mulher podia ser sujeito passivo de tal crime (art. 268). Assim, o próprio elemento histórico está a indicar a justeza da interpretação que acima se defende".[4]

No conceito de Heleno Fragoso, "conjunção carnal é o ato sexual normal, praticado entre pessoas de sexos opostos".[5] O coito anal ou qualquer outro ato libidinoso diverso da conjunção carnal, se praticado mediante violência física ou grave ameaça, constituirá atentado violento ao pudor (art. 214 do Código Penal).

A melhor doutrina e a jurisprudência predominante têm entendido que há concurso material entre o estupro e o atentado violento ao pudor se, além da conjunção carnal, o agente praticar com a vítima coito anal ou **fellatio in ore**. Nesse sentido, as opiniões de Nelson Hungria[6] e Júlio Fabrini Mirabete[7]. Para

5. BARRY, Kathleen. **Social etiology of crimes against women. In Victimology: An International Journal** 1985, v. 10 n. 1.4, págs. 164 a 173.
1. SILVA, Iara Ingenfritz da. **Direito ou Punição?** Porto Alegre, 1985, pág. 60.
2. ARDAILLON, Danielle e DEBERT, Evita Grin. **Quando a Vítima é Mulher.** Publicação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1.ª Ed., dez. 1987.
3. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. 8, Rio de Janeiro, 1947, pág. 107.
4. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. 8, Rio de Janeiro, 1947, pág. 108.
5. FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal**, parte especial, vol. 2, 4.ª Ed., Rio de Janeiro, 1984.
6. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., 5.ª Ed., 1981, pág. 104
7. MIRABETE, Júlio Fabrini. **Manual de Direito Penal**, parte especial, vol. 2, São Paulo, 1983, págs. 425 e 426.

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

Heleno Fragoso, entretanto, que defende posição minoritária, nessas hipóteses, haverá crime progressivo e não concurso de infrações.[8]

Além da conjunção carnal, o emprego de violência ou grave ameaça vem a ser outro elemento do crime em estudo.

A violência pode ser real ou presumida. A primeira compreende a utilização de força física ou agressões à integridade física da vítima para o congresso carnal. De acordo com o magistério de Magalhães Noronha, "a violência física consiste no emprego de meios materiais que anulam a resistência da vítima, constrangendo-a a conjunção carnal. O homem abusa da força e da superioridade física para se impor à mulher e conseguir o fim que tem em vista. A violência física ou a **vis corporalis** é constituída, via de regra, por todos os atos de agressão à integridade corpórea da ofendida".[9]

Um dos pontos mais discutidos entre os doutrinadores e estudiosos do assunto é o da resistência oferecida pela vítima ao ato sexual, diante da violência utilizada pelo agente.

Menachen Amir, estudioso do crime precipitado pela vítima no terreno dos delitos sexuais, citado por Edmundo Oliveira, adverte "para a necessária distinção das hipóteses em que a vítima reage com força suficiente, em manifestação clara de repúdio, pois muitas vezes a resistência é apenas para simular que ela não se entregou de pronto à sugestão do autor".[10]

Rigorosa a posição de Nelson Hungria que fala em "inequívoca resistência"; em "uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral consiga vencer"; é "preciso que a vítima não adira, **libenter**, em momento algum, à lascívia do sujeito ativo".[11] Na mesma linha, Heleno Fragoso que também menciona o "franco, positivo e militante dissenso da vítima", lembrando a lição dos praxistas, segundo os quais a resistência deve ser séria e constante, a tal ponto que deve persistir "até o último momento, nunca se abandonando ela ao amplexo sexual".[12]

Damásio E. de Jesus adota posição menos rígida. Apesar de realçar ser necessário o manifesto dissenso da vítima, esclarece que não "se exige, porém, o heroísmo da mulher, levando a resistência às últimas conseqüências. Não consente a mulher que se entrega ao estuprador por exaustão de suas forças, nem a que sucumbe ao medo, evitando a prática de qualquer ato externo de resistência". Admite ser perfeitamente aceitável que um só homem possa conseguir estuprar a mulher, com o emprego de violência física.[13]

Levando-se em consideração a dificuldade orgânica para que o homem possa obrigar a mulher a suportar a cópula sem a sua vontade, a presença da violência não deve ser interpretada somente quando a vítima reage até a consumação. Silvia Araújo, ao comentar a questão da violência real, em face da legislação portuguesa, esclarece que "a boa doutrina satisfaz-se com o facto de a coacção física ser de tal modo que a mulher, embora sem querer a cópula, se veja obrigada a suportá-la, abandonando-se ao violador ou adaptando-se mesmo corporalmente para facilitar a

8. FRAGOSO, Heleno. Op. cit., pág. 6.
9. NORONHA, Magalhães. Op. cit., pág. 116.
10. OLIVEIRA, Edmundo. **O Crime Precipitado Pela Vítima**, 1.ª Ed., Belém, 1988.
11. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., 5.ª Ed., 1981, págs. 107 a 108.
12. FRAGOSO, Heleno. op. cit., pág. 5.
13. JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal**, parte especial, vol. 3, São Paulo, 1983, pág. 97.

entrada do pênis, quando esse abandono seja a conseqüência do cansaço da luta, ou da emoção resultante da ofensa, ou quando essa adaptação corpórea seja o único modo que a ofendida vê para evitar ou sustar o mal, em curso ou iminente, para si ou para outrem".[14]

Na jurisprudência, tem imperado o subjetivismo do julgador. A tendência, contudo, é a de não se exigir da ofendida a atitude de mártir, ou seja, de quem em defesa de sua honra deva arriscar a própria vida, só consentindo no ato após ter-se esgotado toda a sua capacidade de reação. É importante, em cada caso concreto, avaliar a superioridade de forças do agente, apta a configurar o constrangimento através da violência.

A violência também será presumida para a configuração do estupro quando a vítima não for maior de quatorze anos[15], for alienada ou débil mental e o agente não conhecia esta circunstância, ou se ela não puder, por qualquer outra causa, oferecer resistência (art. 224).

A ameaça, por sua vez, vem a ser forma típica da violência moral. Para que a ameaça possa caracterizar um elemento do crime em questão, deve ser grave, "entendendo-se como tal a ameaça de determinado dano material ou moral considerável (**in exemplis**: ameaça de morte, de espancamento, de perda dos meios de subsistência, de revelação de fato criminoso ou desonroso)".[16]

O último elemento do crime de estupro refere-se ao dolo específico que consiste na vontade de manter o congresso carnal em oposição à vontade da vítima. Segundo João Mestieri, "o dolo de estupro consiste no propósito, presente na ação delituosa de obter a conjunção carnal natural contra a vontade da mulher; isto é, tendo presente a necessidade de remoção de obstáculo apresentado pelo dissenso e resistência da vítima".[17] Não menos precisa a definição de Nelson Hungria: "O dolo, no estupro é vontade consciente de obter a conjunção carnal mediante emprego de violência ou grave ameaça (representando-se o agente a conjunção carnal em relação de causalidade com a violência física ou moral)".[18]

III — A vítima perante a legislação

Na legislação penal brasileira, bem como nas legislações da Suíça (art. 187), de Portugal (art. 393), da República Federal da Alemanha (art. 117, § 1.º), somente a mulher pode ser vítima e só o homem pode ser sujeito ativo de tal delito.

O Código Penal Suíço, em seu artigo 187, prescreve:

— "Celui qui, en usant de violence ou de menace grave, aura contraint une femme à subir l'acte sexuel hors mariage sera puni de la réclusion."

— "Celui aqui aura fait subir à une femme l'acte sexuel hors mariage, après l'avoir, à cet effet, rendue inconsciente ou mise hors d'état de résister, sera puni de la réclusion pour trois ans au moins."

No Código Penal Português, o estupro está assim definido:

14. ARAÚJO, Laurentino da Silva. **Código Penal Português Anotado**, 4.ª Ed., Coimbra, 1966, pág. 653.
15. Os Códigos Penais da Argentina (art. 119, I), da Espanha (art. 429,3) e de Portugal (art. 394) consideram a idade inferior a 12 anos para caracterizar a presunção de violência, enquanto no Código Penal suíço essa idade é elevada para 16 anos (art. 190),
16. HUNGRIA, Nelson. Op. Cit. Ed. de 1947, págs. 111 e 112
17. MESTIERI, João. Op. cit., pág. 91
18. HUNGRIA, Nelson. Op. cit. Ed. de 1947, pág. 114.

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

"Art. 393 — Aquele que tiver cópula ilícita com qualquer mulher, contra sua vontade, por meio de violência física, de veemente intimidação, ou de qualquer fraude, que não constitua sedução, ou achando-se a mulher privada do uso da razão, ou dos sentidos, comete o crime de violação, e terá pena de prisão maior de dois a oito anos."

No mesmo sentido, o Código Penal Espanhol, em seu artigo 429, preceitua que "la violación de una mujer será castigada con la pena de reclusión menor", afastando a possibilidade do homem ser vítima de estupro. Cuello Calón, ao comentar esse dispositivo explica que "sujeto de este delito puede ser cualquiera, no sólo un hombre, sino también una mujer cuando obre en concepto de inductora o cooperadora. Sujeito pasivo sólo puede ser la mujer, sea virgem o no, casada o soltera, de buena o mala fama, incluso una prostituta".[1]

Já outras legislações, como a da Itália (art. 519), Argentina (art. 119), Uruguai (art. 272), Venezuela (art. 575) e México (art. 265) admitem que tanto o homem como a mulher possam ser sujeito passivo desse crime.

O Código Italiano define da seguinte forma o estupro:

"Art. 519. Della violenza carnale. — Chiunque, con violenza o minaccia, costringe taluno a congiunzione carnale è punito con la reclusione (23) da tre a dieci anni."

Perante os Códigos da Venezuela e Argentina podem ser vítimas de estupro pessoa de "uno o del otro sexo", enquanto o Código Uruguaio refere-se "a una persona del mismo o de distinto sexo" (art. 272).

O Código Penal do Brasil em vigor, ao definir o crime de estupro e a respectiva sanção, não faz distinção entre a vítima "honesta" ou prostituta, o que ocorria nos Códigos de 1830 e 1890. Atualmente, sobre essa diferença de tratamento legal, tem-se o exemplo do Código Penal da Colômbia, que leva em conta na aplicação da pena a "honestidade ofendida". Caso a vítima seja prostituta, a sanção é diminuída até a metade.[2]

Como noticia João Mestieri, no Direito Romano a meretriz não era sujeito passivo deste crime, de vez que as meretrizes não podem se negar a ninguém — **meretrices nulli sese copiam denegare possent** — perdia ela, por assim dizer, a liberdade de escolha no campo sexual. Justiniano, não se referiu à mulher pública, já que aludia aos raptores **virginum honestarum** (Codex IX, **de raptu virginum**).[3]

Acertadamente, a legislação penal brasileira leva em conta a conduta da vítima relativa à prática do crime; mas, sendo ou não prostituta, a ofendida tem o mesmo direito à liberdade sexual que é a proteção da norma penal.

Com relação ao chamado estupro matrimonial, embora a legislação penal brasileira não exclua a possibilidade do marido ser sujeito ativo de estupro perante a esposa, a maioria dos doutrinadores defende a posição contrária. Entre os autores nacionais, Heleno Fragoso, ao comentar a questão, não admite que a mulher possa ser vítima de estupro em relação ao marido.[4] Nelson Hungria, partidário desse

1. CALÓN, Eugenio Cuello. **Derecho Penal**. Tomo II, 14.ª Ed. Barcelona, pág. 585.
2. "Art. 321. Las peñas señaladas en los capítulos anteriores serán diminuidas hasta la mitad si la víctima de los delitos ahí previstos, fuere meretriz o mujer pública"...
3. MESTIERI, João. Op. cit., pág. 32.
4. FRAGOSO, Heleno. Op. cit., 3.ª Ed., 1981.

entendimento, comenta que "o estupro pressupõe cópula ilícita (fora do casamento). A cópula **intra matrimonium** é recíproco dever dos cônjuges.[5]

Na doutrina estrangeira, Maggiore entende que a violência deve ser ilegítima. Não existindo, por conseqüência, "delito en el hecho del cónjuge que obliga al coito al otro cónjuge, a menos que se trate de un 'desahogo indebido y de manera ilícita', como dice Carrara, esto es, de una cópula contraria a la naturaleza o perligrosa para la salud del sujeto passivo".[6]

Existem legislações penais como a da República Federal da Alemanha e a da Suíça que só admitem o crime de estupro se a cópula for extramatrimonial.

O art. 117, § 1.°, do Código Penal da Alemanha Federal prescreve:

"É punido com prisão não inferior a um ano quem, pela força ou por meio de ameaça de perigo atual para o corpo ou para a vida, obriga uma mulher a tolerar conjunção carnal extraconjugal ou quem abusa de uma mulher para conjunção carnal extraconjugal, depois de havê-la, para este fim, reduzido a estado abúlico ou inconsciente".[7]

Já o Código Português faz referência à cópula ilícita para a configuração da violação (art. 393).

Segundo Silva Araújo, "A cópula é lícita entre casados, visto que é a realização de uma das finalidades do casamento. Assim, mesmo que seja violenta ou por meio de fraude, não constitui o crime de violação. Podem constituir atentado ao pudor os actos violentos dos cônjuges contra a natureza, ou contra as relações naturais da vida sexual".[8]

Como foi dito anteriormente, perante a legislação brasileira, o estupro pode configurar-se independente da cópula ser ou não realizada entre casados. A infração do dever conjugal pode configurar somente conseqüências para a permanência do matrimônio, pois a mulher casada não perde o direito de liberdade sexual diante do marido. Em brilhante conclusão, Nilo Batista, ao comentar esse assunto, não concordando com a licitude do estupro entre marido e mulher, assinala: "A posição predominante pode assim ser sintetizada: o marido não pode cometer violência contra a mulher, salvo se for para obrigá-la à conjugação carnal. Se isto faz algum sentido, é o sentido de que a bestialidade e o desrespeito só encontram guarida no matrimônio".[9]

IV — A vítima na investigação criminal

Só recentemente, a preocupação com a vítima na fase de investigação criminal começou a ser motivo de atenção especial no Brasil, principalmente a partir da criação das Delegacias da Mulher.

O estudo da vítima, nesta primeira fase de investigação, pode levar em conta vários aspectos, entre os quais:

a. o crédito ao relato da vítima;

b. a colheita de indícios e provas para a comprovação do fato;

5. HUNGRIA, Nelson. Op. cit., Ed. de 1947, pág. 115.
6. MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal**, vol. IV, 2.ª Ed., Bogotá, 1972, págs. 59 e 60.
7. **Código Penal Alemão**. Tradução de Lauro de Almeida, José Buchatsky Editor, 1974, São Paulo.
8. ARAÚJO, Laurentino da Silva. Op. cit., pág. 652.
9. BATISTA, Nilo. **Decisões Criminais Comentadas**. Rio de Janeiro, 197[illegible]

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

c. a proteção a ser fornecida à vítima;

d. a prisão do suspeito durante a fase do inquérito.

Os crimes violentos, com o estupro, têm sido objeto de razoável cuidado em repartições policiais; todavia, nem sempre estão presentes os sinais de violência deixados pelo crime, em razão do desaparecimento dos vestígios de eventuais agressões ou porque o fato foi praticado mediante grave ameaça. Nessas hipóteses, o primeiro impulso de investigadores, escrivães e delegados de polícia é o de não acreditar na versão apresentada pela vítima. Essa circunstância é ressaltada de maneira genérica pelo Conselho Nacional dos Direitos da Mulher — CNDM, que aponta para as criações das Delegacias da Mulher como fator de mudança nessa orientação.[1] Urge, por isso, que a experiência seja difundida nos diversos Estados porque, sem dúvida, a mulher policial das delegacias especializadas terá maior sensibilidade para compreensão dessa espécie de crime.

Os componentes essenciais do delito de estupro, que merecem maior comprovação desde a fase investigatória, são a conjunção carnal, a violência ou a grave ameaça.

A prova da conjunção carnal fica facilitada quando a ofendida perde a virgindade; porém, quando isso não ocorre, surge maior dificuldade para comprovar o congresso carnal. O Conselho Nacional dos Direitos da Mulher lembra que, para melhor demonstrar a conjunção carnal, a mulher deve realizar a notícia do crime sem se banhar, a fim de que possa ser colhido material para exame.[2] A prova da existência de sêmen no órgão genital feminino dá maior força de convencimento às palavras da ofendida, além de evidenciar a ocorrência recente de relação sexual.

Em se tratando de violência real, podem ficar no corpo ou nas vestes sinais de violência, o que deve ser ressaltado pela vítima à autoridade policial, a fim de que seja requisitado o exame de corpo de delito.

Atualmente, em diversos países, tem surgido um interesse na proteção especial às vítimas de crimes sexuais, principalmente em relação aos aspectos emocionais, aos direitos e à reputação ofendida. Nesse sentido, já existem cadernos de orientação para as vítimas, e policiais são instruídos para compreenderem os aspectos emocionais relacionados com os crimes sexuais. Há, inclusive, a opção da vítima ser inquirida por uma mulher policial, além de poder ser acompanhada por pessoa conhecida ao prestar depoimento.

Como acentua Jan. I.M. van Dijk, em alguns países têm havido restrições à liberdade da polícia em dar informações sobre os crimes sexuais quando eles puderem revelar a identidade da vítima ou prejudicar a sua reputação, Na Holanda, os policiais estão incumbidos de repassar algumas informações relativas às vítimas para o juiz e para o promotor de justiça.[3] De acordo com uma das regras de implementação à Declaração Universal dos Direitos da Vítima, durante a fase policial, a vítima também poderia ser indagada sobre seu interesse em receber informações sobre o andamento do processo.

No Brasil, como determina o Código de Processo Penal, caso a vítima figure como Assistente do Ministério Público, deverá ser intimada para os atos do processo e ser cientificada das decisões judiciais.

1. ARDAILLON, Danielle e DEBERT, Guita Grin, Op. cit., pág. 20.
2. Idem, ibidem, pág. 21.
3. DIJK, Jan I. M. van. — The United Nations Declarations on Crime Victims: Priorities for Police Maquers, in International Protection of Victims, Toulouse, 1988, págs. 117 a 125.

Seria também aconselhável que, quando fosse concedida a liberdade ao autor do estupro, a vítima fosse comunicada, sempre que houvesse a possibilidade de perigo de risco pessoal.

No Canadá, entre outros países, existem disposições legais que impedem publicação de dados que possam identificar a vítima de crimes sexuais, resguardando-se a sua segurança e a sua privacidade.

Uma outra sugestão considerada importante refere-se ao acompanhamento da vítima por profissionais especializados na área de Psicologia, custeados pelo próprio Estado.

No Brasil, desconhece-se um grupo organizado encarregado de prestar assistência regular à vítima de violências sexuais durante a fase processual, como propõem os Princípios de Implementação da Declaração Universal dos Direitos da Vítima (§ 6.º, letra C). Bassiouni, em seus comentários, cita trabalhos de agências e grupos voluntários que colaboram nessa assistência, como a National Association of Victim Supor Stremes (NAVSS) no Reino Unido e a Weisse Ring, na Austrália, na República Federal da Alemanha e em alguns cantões da Suíça.[4] Na Dinamarca, Noruega e Suécia, em 1980, foi adotado um programa de "Support Persons", através do qual o Estado fornece profissionais incumbidos da assistência prática, emocional e legal às vítimas dos crimes sexuais desde a fase de investigação até a fase processual.[5]

Tudo demonstra, enfim, a grande preocupação atual para que as vítimas de crimes sexuais sejam objeto de especial atenção desde os momentos iniciais da investigação, com surgimento de propostas concretas que garantam uma melhor proteção às vítimas e maior eficácia na persecução penal.

V — A vítima e a fase processual

5.1 — Denúncia ou queixa

São poucos os casos de arquivamento de inquérito policial em crimes de estupro e, raramente, o juiz deixa de receber a peça acusatória.

Na elaboração da denúncia ou da queixa, é importante que o fato seja descrito de forma ampla, com especial realce para os seguintes aspectos:

a) hora, dia e local do fato, fazendo-se referência, se for o caso, se o lugar era ermo, afastado, deserto etc.;

b) a razão pela qual a vítima estava no local;

c) a forma como o agente se aproximou da ofendida e a forma como praticou a violência ou a grave ameaça;

d) a existência de conjunção carnal e de outros atos libidinosos que possam resultar em concurso de crimes;

e) a resistência da vítima e os ferimentos por ela sofridos;

f) a data da comunicação do fato;

g) características particulares do agente, se existentes;

4. BASSIOUNI. M. Cherif, Introduction to the United Nations Resolution and Declaration of Basic Principes of for Victims of Crime and Abuse of Power" in International Protection of Victims, Toulouse, 1988, pág. 56.
5. Idem, ibidem, pág. 56.

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

h) o fato de haver entre a vítima e o agente alguma espécie de relacionamento anterior, como amizade, namoro, conhecimento de trabalho, ou se ele era pessoa desconhecida.

Existindo notícia de outros crimes semelhantes praticados pelo acusado, devem ser requisitadas cópias de eventuais denúncias, sentenças e acórdãos, que poderão evidenciar a reiteração da mesma forma de prática do crime, fator importante na prova da autoria, influindo na dosimetria apenatória. Em um dos processos examinados, sobre esse aspecto, foi a seguinte a conclusão na sentença:

"... tem-se que é o quarto processo que responde, pela mesma prática delitiva, sendo certo que em dois já se viu condenado... Vê-se pelas peças referentes do que ainda tramita, a mesma forma de execução do nefando crime, onde também foi reconhecido pela vítima, e por outra que com ela estava, o que indica que as imputações não surgiram por mera acidentalidade..." (caso 1)

5.2 — Os interrogatórios e as teses da defesa

Os acusados, em seus interrogatórios judiciais, normalmente negam a prática do estupro, alegando geralmente que:

a) não houve conjunção carnal (principalmente quando a vítima já não era mais virgem);

b) não houve resistência da vítima, mas sim seu consentimento, inexistindo grave ameaça ou violência para a prática do ato sexual;

c) a vítima não era pessoa de boa conduta, pois mantinha relacionamento sexual com várias pessoas;

d) não são autores do crime, quando são pessoas desconhecidas da vítima;

e) a vítima, ao imputar-lhes a prática do crime, estaria agindo por motivo de vingança, porque eles não quiseram deixar a esposa ou a companheira para ficar em sua companhia.

Essa, além de outras alegações menos comuns, constituem normalmente as teses apresentadas pela defesa, sendo, portanto, de grande importância a versão oferecida pelo réu em seu interrogatório judicial.

Danielle Ardaillon e Guita Grin Debert ressaltam que, na essência, a preocupação da defesa consiste em contrapor agente e vítima. Evidenciam, com acerto, que os "estereótipos dos protagonistas" são fatores decisivos no resultado do processo.

Assim, o réu que evidencia vícios de embriaguez ou de uso de tóxicos, que bate na esposa e nos filhos, que não tem emprego, residência fixa ou profissão, que é briguento, que anda em más companhias, que é reincidente, constitui o tipo que, normalmente, é condenado. Por outro lado, aquele que apresenta justamente as qualidades opostas, ou seja, não bebe, ou bebe socialmente, é carinhoso, bom pai de família, é calmo, é trabalhador, tem residência fixa, não é dado a brigas e é primário, é o que possui maiores possibilidades de absolvição.[1]

Entretanto, como esclarece Frank S. Caprio, "as estatísticas provam que nos históricos de famílias de muitos delinqüentes sexuais há ausência de qualquer desajustamento sexual" e muitos deles "ocupam posições de responsabilidade e vêm de famílias altamente educadas e respeitadas. Eles são normais sob muitos outros aspectos, mas incapazes de controlar certos impulsos irresistíveis".[2]

1. ARDAILLON, Danielle e DEBERT, Guita Crin, Op. cit. págs. 26 a 30.
2. CAPRIO, Frank S. O Homem e o Sexo, Tradução de A. Levinas. Rio de Janeiro, 1966, pág. 34.

5.3 — Os depoimentos da vítima e das testemunhas

Um dos momentos mais importantes da prova consiste na oitiva da ofendida, uma vez que os delitos de estupro quase sempre são cometidos às escondidas, inexistindo testemunhas presenciais. As testemunhas, normalmente, limitam-se a relatar como encontraram a vítima após o fato, seu estado físico e emocional, além de contar como foi o acompanhamento à delegacia para notícia do fato criminoso.

Sobre as testemunhas em processo de estupro, em um dos acórdãos examinados, foi ressaltado que:

"Há também os depoimentos das testemunhas que tiveram ciência dos fatos através da vítima tão logo esta chegou em seu local de trabalho, chorando, dizendo que, mais ou menos uma hora antes, foi violentada sexualmente por um indivíduo, que não conhecia..."

Assim, diante da impossibilidade de testemunhas presenciais, é altamente relevante a palavra da vítima na formação do convencimento do Juiz, que levará em conta a firmeza e a coerência do depoimento. Nesse sentido, em alguns processos examinados, têm-se os seguintes exemplos:

"a vítima foi sempre firme no seu relato";

"em declarações harmônicas e coerentes, tanto no inquérito como em juízo";

"nos delitos sexuais, a palavra da vítima tem relevante valor" (neste caso ocorreu a absolvição porque a palavra da vítima não era convincente);

"as circunstâncias em que se deu o encontro de ambos não fazem com que as declarações da vítima mereçam credibilidade, no tocante ao constrangimento físico".

Na hipótese do sujeito ativo ser pessoa desconhecida da vítima ela deve procurar mencionar algumas particularidades nele constatada, como a voz, cicatrizes, tatuagens etc. Em um dos casos examinados (n .º 1), a vítima, desde a fase do inquérito, ressaltou a existência de um defeito físico no agente, o que foi levado em conta na sentença condenatória nos seguintes termos:

"... referiu-se, inclusive, a um defeito físico congênito que observou no agressor, ou seja joelhos convergentes, o que também foi observado na pessoa de..."

Quando, porém, o agente e a vítima já se conheciam e já tinham mantido um relacionamento íntimo, como namoro ou noivado, e o crime foi praticado mediante grave ameaça, é difícil comprovar a configuração do estupro. Essa prova, contudo, fica mais facilitada quando o crime foi cometido mediante violência que deixou vestígios. Em um dos casos examinados, o réu veio a ser condenado, apesar de já ter mantido anteriormente relações sexuais com a vítima, influindo muito o fato de a mesma apresentar ferimentos. Assim, concluiu o julgador:

"Os laudos do exame de corpo de delito apresentaram resultado positivo, dando conta que realmente a vítima foi submetida à prática de coito anal e de conjunção carnal e em ambos foi atestada a presença de lesões corporais caracterizadas por múltiplas equimoses arroxeadas no braço direito, coxa direita, escoriações e equimoses da região intraescapular esquerda..."

"O fato de a vítima e o réu já terem mantido relacionamento sexual quando noivos não afasta a ocorrência dos fatos delituosos descritos na denúncia..."

Os juízes, em suas decisões, costumam levar em conta o comportamento da vítima anterior à época do crime, tornando-se difícil a condenação se o estupro é praticado contra prostituta ou mulher de procedimen[illegible] embora a legisla-

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

ção não faça nenhuma distinção a esse respeito, pois o que se protege é o direito de liberdade sexual, inerente a qualquer pessoa.

Além das circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas previstas nos artigos 61, 62 e 66 do Código Penal, o juiz fixará a pena com base na culpabilidade, nos antecedentes, na conduta social, na personalidade do agente, nos motivos e nas circunstâncias do crime, bem como no comportamento da vítima (art. 59 do Código Penal). Entretanto, a conduta da vítima prevista no dispositivo refere-se ao momento do crime e não às suas qualidades morais. Celso Delmanto, ao comentar o artigo 59, menciona, como exemplo de comportamento que influencia na aplicação da pena, "as atitudes do ofendido que deixa seus valores soltos, o comportamento sensual da jovem que provoca os homens que por ela passam — embora não justifiquem o furto nem o crime sexual — podem diminuir o grau de reprovabilidade da conduta do agente."[3]

Existe, contudo, um preconceito em relação a determinadas vítimas. Aquelas que são ainda moças, recatadas, virgens, que moram com os pais, trabalham ou estudam, convencem mais nos julgamentos do que as ofendidas que apresentam comportamento mais liberal, que não eram virgens, que moravam sozinhas e eram maiores de idade.[4] Nesse sentido, um dos trechos de um acórdão pesquisado assim concluiu:

"Nem será preciso citar a copiosa jurisprudência e a lição dos doutrinadores, quando se referem à valoração da palavra da ofendida nos delitos contra os costumes, quando é lógica, plausível, coerente, e parte de moça de bons antecedentes morais (situação em que se enquadra a vítima destes autos)" (RJTJESP, LEX n.º 86, pág. 359).

A fidelidade do depoimento, porém, como adverte Gorphe, não depende somente das qualidades morais da testemunha mas de vários fatores relacionados com a sua declaração e com as condições de seu depoimento.[5]

Sobre a valorização do depoimento e sua credibilidade, Gorphe chega a afirmar que a justiça não pode prescindir de uma crítica psicojurídica metódica na busca da verdade nas declarações, evitando-se que sejam formuladas à testemunha perguntas sugestivas na articulação dos fatos.[6]

Maior eficácia na avaliação dos depoimentos e das provas de um modo geral pode ser conseguida através da inclusão, na formação ou aperfeiçoamento dos magistrados, de conhecimentos mais profundos de psicologia judiciária e de outras matérias que possuam ligações com as Ciências Jurídicas. A missão do juiz, assinala Ruiz Perez, não supõe somente o exercício de uma técnica jurídico-formal.[7]

Quanto à forma de colheita do depoimento, o juiz deve procurar dar à vítima toda a tranqüilidade para prestar suas declarações, evitando situações de constrangimento moral ou de temor diante do réu. O magistrado pode, ainda, realizar a audiência sem a presença do acusado ou a portas fechadas.

O princípio da publicidade dos julgamentos, consagrado pela Constituição de 1988, sofre algumas restrições em nome do interesse público, podendo a lei limitar a

3. DELMANTO, Celso. **Comentários ao Código Penal**, 1.ª Edição, Rio de Janeiro, 1986, pág. 89
4. ARDAILLON, Danielle e DEBERT, Guita Grin, Op. cit., págs. 26 a 30.
5. AYARRAGARAY, Carlos A. **Crítica do Testemunho**. Tradução de Deraldo I. de Souza, Salvador, 1956, pág. 25.
6. Idem, ibidem, pág. 97
7. PEREZ, Joaquim Salvador Ruiz. El Juez y la Legalidad. Control Constitucional. In: Rev. Procuradoria- Geral do Estado de São Paulo, dez 1980, pág. 28

presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes (inciso IX, do art. 98). Entretanto, além da restrição em nome do interesse público, existirá ainda a restrição à publicidade em defesa da intimidade de pessoas envolvidas com o processo, como dispõe o inciso LX, do artigo 5.º, da Constituição.

Outras legislações como a espanhola, a suíça e a francesa também impõem restrições ao princípio da publicidade dos atos judiciais. A Constituição da Espanha, por exemplo, em seu artigo 120, de forma clara, determina que "las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimento".

No Brasil, o Código de Processo Penal, em seu art. 792, estabelece a publicidade dos atos processuais mas, de acordo com o § 1.º, do mesmo artigo, "se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o Tribunal, Câmara, ou Turma, poderá de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes".

Outra importante faculdade do juiz vem a ser a possibilidade de eventual retirada do acusado da sala de audiências, quando a sua presença cause temor à vítima, nos termos do artigo 217, do Código de Processo Penal — Este dispositivo tem sido interpretado de forma ampla, permitindo sua aplicação quando a testemunha ou a vítima diga que a presença do réu poderá influir no seu ânimo de depor.

Verifica-se, portanto, que o novo texto constitucional e a lei processual penal conferem amplos poderes ao juiz para que possa conduzir da melhor forma os julgamentos, evitando o clamor público e resguardando a privacidade da vítima.

VI — Conclusões

Pela exposição, pode-se concluir que a vitimologia, por meio de programas de sustentação e de propostas legislativas, oriundas de recentes estudos, tem procurado sugestões que visam reprimir os crimes sexuais e previni-los de forma mais eficaz.

Desse modo, os crimes sexuais, como estupro, vêm a ser vistos como uma ofensa a integridade do indivíduo, razão pela qual merecem ser tratados como crimes contra a pessoa na legislação penal e, não, como crimes contra os costumes.

Na legislação brasileira, somente a mulher pode ser sujeito passivo do crime de estupro, conforme redação do artigo 213, do Código Penal. Na próxima legislação, ora em estudo, poderia ser dada maior amplitude ao estupro, seguindo-se o modelo italiano, que permite que tanto o homem, quanto a mulher, possam ser sujeito passivo desse crime. A presença de violência, para caracterização do estupro, não deve ser interpretada somente quando a vítima reage até a consumação da conjunção carnal. Não se pode exigir que a vítima, em defesa da sua honra, arrisque a própria vida, só consentindo no ato sexual após esgotada toda sua capacidade de reação.

No Brasil, a legislação penal em vigor, ao contrário dos Códigos de 1830 a 1890, ao definir o estupro e a respectiva sanção, não faz qualquer distinção entre vítima "honesta" ou prostituta. Ambas têm o mesmo direito à liberdade sexual.

Por outro lado, a legislação penal brasileira não exclui a possibilidade do marido ser sujeito ativo do crime de estupro perante a esposa. A infração do "dever conjugal" pode acarretar somente conseqüências para [illegible] cia do matrimônio, mas não autoriza o marido a desrespeitar o direito de liberdade sexual de sua mulher.

BDJur http://bdjur.stj.gov.br

Com relação à investigação criminal, a criação das Delegacias da Mulher tem contribuído para um melhor atendimento às vítimas dos delitos sexuais, com bons resultados na apuração do crime e respectiva autoria. Durante a investigação e na fase processual, deve-se procurar resguardar ao máximo a privacidade da vítima, impedindo-se, inclusive, a divulgação de dados que possam identificá-la. O novo texto constitucional e a lei processual penal conferem ao juiz amplos poderes para proteger a intimidade da vítima, evitando situações de constrangimento moral ou de temor perante o acusado.

Os juízes, outrossim, em suas decisões, costumam levar em conta os predicados morais da vítima, tornando-se difícil a condenação do réu, se o estupro é praticado contra prostituta ou mulher de procedimento irregular. A conduta da vítima a ser avaliada no julgamento, nos termos do artigo 59, do Código Penal, refere-se ao momento do crime e, não, às qualidades pessoais da ofendida.

Além disso, a fidelidade dos depoimentos das vítimas não está ligada somente às suas qualidades morais, mas a vários fatores relacionados com as suas declarações e com as condições de seus depoimentos. Não resta dúvida de que o auxílio da psicologia e de outras ciências ligadas ao Direito tornariam mais eficaz a avaliação das declarações e das provas de um modo geral.

As estatísticas demonstram que, nos históricos de famílias de muitos delinqüentes sexuais, há ausência de qualquer desajustamento sexual e muitos deles ocupam posições de responsabilidade e vêm de famílias altamente educadas e respeitadas. São normais sob muitos aspectos, mas incapazes de controlar certos impulsos irresistíveis.

VII — Bibliografia

1. ARAÚJO, Laurentino da Silva. **Código Penal Português Anotado.** 4.ª ed., Coimbra, 1966.

2. ARDAILLON, Danielle e DEBERT, Evita Grin. **Quando a Vítima é Mulher.** Publicação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher. 1.ª Ed., dezembro, 1987.

3. AYARRAGARAY, Carlos A. **Crítica do Testemunho.** Tradução de Deraldo I. de Souza, Salvador, 1956.

4. BARRY, Kathlenn. **Social Etiology of Crimes Against Womem. In Victimology: An International Journal,** 1985, v. 10.

5. BASSIOUNI, M. Cherif. Introduction to the United Nations Resolution and Declaration of Basic Principles of for Victims of Crime and Abuse of Power, in International Protection of Victims, Toulouse, 1988.

6. BATISTA, Nilo. **Decisões Criminais Comentadas.** Rio de Janeiro, 1976.

7. CALÓN, Eugenio Cuello. **Derecho Penal.** Tomo II, 14.ª Ed., Barcelona.

8. CAPRIO, Frank S. **O Homem e o Sexo.** Tradução de A. Levinas, Rio de Janeiro, 1966.

9. DELMANTO, Celso. **Comentários ao Código Penal.** 1.ª Ed., Rio de Janeiro, 1986.

10. DIJK, Jan I.M. van. The United Nations Declarations on Crime Victims: Priorities for Police Maquers, in International Protection of Victims, Toulouse, 1988.

11. FRAGOSO, Heleno. **Lições de Direito Penal.** Parte especial, vol. 2, 4.ª Ed., Rio de Janeiro, 1984.

12. HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Vol. 8, Rio de Janeiro, 1947, pág. 107.

13. ——. Idem. 5.ª Ed., 1981.

14. JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** Parte especial, vol. 3, São Paulo, 1983.

15. MAGGIORE, Giuseppe. **Derecho Penal.** Vol. IV, 2.ª Ed., Bogotá, 1972.

16. MESTIERI, João. **Do Delito de Estupro.** São Paulo, 1982.

17. NORONHA, Magalhães. **Direito Penal.** Vol. 3, 11.ª Ed., São Paulo, 1978.

18. OLIVEIRA, Edmundo. **O Crime Precipitado pela Vítima.** 1.ª Ed., Belém, 1988.

19. PEREZ, Joaquim Salvador Ruiz. **El Juez y la Legalidad. Control Constitucional.** In: Rev. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, dezembro 1980.

20. SILVA, Iara Ingenfritz da. **Direito ou Punição?** Porto Alegre, 1985.

BDJur
http://bdjur.stj.gov.br