A PROVA PERICIAL NOS DELITOS SEXUAIS E A (IM)POSSIBILIDADE DE TENTATIVA DE ESTUPRO: UM ESTUDO DE CASO EM PERÍCIAS CRIMINAIS DE REPRODUÇÃO SIMULADA REALIZADAS NO RIO GRANDE DO SUL ENTRE OS ANOS DE 2013 E 2014.

Andrei Röehrs Portinho*

1. INTRODUÇÃO

Durante o período compreendido entre os meses de junho de 2013 e julho de 2014, o autor da presente pesquisa, que é Perito Criminal do Instituto-Geral de Perícias do Rio Grande do Sul, realizou 22 (vinte e dois) exames periciais de reprodução simulada dos fatos, onde destes, dois tem foco em seu *iter* em tentativas ou consumação de delitos de ordem sexual, que acabaram por evoluírem para crimes contra a vida, hoje introduzidos no direito brasileiro como homicídio qualificado ou feminicídio (PORTINHO, A., 2016.)

Esses casos serão expostos ao final do presente artigo, resguardadas as identidades dos sujeitos participantes dos exames, visando demonstrar a seguinte inquietação jurídico-penal: *é possível a constatação da tentativa de estupro, face a alteração legislativa do delito?*

Tendo em vista a introdução no ordenamento jurídico-penal brasileiro da Lei 12.015, de 07 de agosto de 2009, o tipo penal de

* Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (PUCRS/ 2005). Especialista em Arqueologia Forense (SOMEFODESC/2014). Mestre em Ciências Criminais (PUCRS/2010).

estupro passa a ser definido como o constrangimento de alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso diverso da mesma. Neste novo texto, o delito passa a ter um maior espectro, uma vez que estão equiparados os sujeitos passivos - homens e mulheres - já que fora substituída a expressão “mulher” pelo termo “alguém” o que sugere que qualquer pessoa possa vir a figurar no pólo passivo.

Neste contexto, explicitava-se que somente a mulher podia ser a vítima desse crime enquanto que o homem seria o autor delituoso - sujeito ativo - configurando o crime de estupro quando o homem usando da violência ou grave ameaça praticando a conjunção carnal sem o consentimento da vítima.

De acordo com o art. 213 do Código Penal Brasileiro, estupro, antes do advento da nova legislação, que trouxe uma visão modificada da realidade executória ao tipo penal em comento, era definido como “constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça”. A conduta consumativa necessária para a configuração desse delito a conjunção carnal, ou seja, a penetração do pênis na vagina. Desta forma, as demais condutas para a realização de atos atrelados à libido, ou seja, aos desejos provenientes do sexo, imbuídos de violência, que não estivesse presente esta característica, eram classificadas tipificados em crime diverso (art. 214, Código Penal), inclusive as praticadas contra homens, apesar de algumas vulgarmente serem designadas como estupro (BITTENCOURT, 2009).

A nova lei revogou também o art. 224 do Código Penal, que tratava da presunção de violência e trouxe em seu art.227, o estupro de vulnerável, o qual tem como objetivo punir toda relação sexual ou qualquer outro ato considerado libidinoso praticado contra o menor de quatorze anos ou qualquer pessoa que por enfermidade ou doença mental não possua o discernimento para a prática do ato.

O estupro é um crime que nem sempre deixa vestígios, como na hipótese de tentativa, onde o agente não pratica a conjunção carnal com a vítima por circunstâncias alheias a sua vontade, e mesmo havendo consumação esses resquícios podem ter desaparecido durante o tempo ou nem se quer ter ocorrido, dificultando a prova pericial junto a vítima. No entanto, nos casos em que o crime deixa vestígios será indispensável a prova pericial, procedendo –se através do exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo ser suprida pela confissão, forte no art.158 do Código de Processo Penal Brasileiro (PRADO, G., 2014.)

Outrossim, ressalta-se que não basta a comprovação da conjunção carnal para configurar o crime de estupro, pois ela não é capaz de demonstrar o nível de resistência da vítima à prática do ato sexual, sendo necessário portanto, a comprovação de que o ato sexual se deu mediante constrangimento físico ou moral. A violência que se refere é aquela causada pelo emprego efetivo da força física, ocasionando mordidas, tentativa de esganadura, equimoses, escoriações, lesões, na vítima com o objetivo de obrigá-la a praticar o ato sexual. Contudo existem casos em que a vítima não produz nenhuma forma de resistência ao ato sexual, devendo o juiz levar em consideração outras provas, dentre as quais a palavra da vítima e a prova testemunhal (exame de corpo de delito indireto), sendo importante ressaltar que, via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo, devendo o juiz aceitar com reservas, analisando de acordo com o caso concreto.

Nas situações em que a violência se der de forma moral, a prova do crime de estupro torna-se de rara constatação, sendo possível a utilização do exame indireto, caso subsista(m) testemunha(s) do fato. A coleta do material genético do suposto agressor, comparando-o com o material genético encontrado nos vestígios do crime, tais como esperma, pêlos presentes no corpo da vítima, pode atestar a materialidade do delito, entretanto, o acusado não está tolhido a fornecer seus genes para os exames

laboratoriais de identificação por codificação (DNA), em respeito à cláusula *nemo tenetur se detegere* consagrada no direito pátrio. A consumação do tipo penal de estupro se dá quando da introdução peniana no orifício vagina da vítima, ocorrendo o chamado coito (BENFICA, Francisco Silveira, 2008.)

Nesse diapasão, discute-se se a tentativa seria possível, uma vez que, iniciada a execução do crime, a interrupção por circunstâncias alheias à vontade do agente, *de per se* já sugere a consumação de outras condutas diversas da conjunção carnal, por preencherem as elementares do tipo penal de estupro.

2. A PERÍCIA DE REPRODUÇÃO SIMULADA

A reprodução simulada dos fatos, prevista no art. 7º do Código de Processo Penal Brasileiro, é um exame pericial, realizado pelo órgão oficial de perícia competente, que produz versões ilustradas por fotografias e croquis, com a participação ativa das partes (vítima, se sobrevivente, e acusado), testemunhas e informantes, dos fatos a ser periciados, com o objetivo de verificar a possibilidade científica de ocorrência dos mesmos, da forma como forem narrados. Esse exame pericial apresenta-se, indubitavelmente, com uma dupla face, pois tanto pode servir para a acusação quanto para a defesa, muito embora os órgãos oficiais de perícia do Brasil, responsáveis pela produção da prova técnica, sejam vinculados às Secretarias de Segurança Pública ou às polícias judiciárias, o que poderia sugerir que os mesmos sofram de influência externa sobre suas conclusões. Com isso, tem o escopo de ilustrar, através de fotografias e croquis, a versão dos fatos apresentada pelas partes e testemunhas. (BALTAZAR JÚNIOR, 2010.)

O acusado é intimado a participar ativamente do exame, caso demonstre interesse, sendo-lhe facultado o exercício do direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*). Em alguns casos, no entanto, não existe (m) testemunha (s) e/ou não restou (aram) vítima (s)

sobrevivente (s) do crime, de forma que a versão do acusado é a única a ser reproduzida pelo Perito Criminal de campo. Nesse caso, o acusado tem a oportunidade de expressar sua perspectiva dos fatos de forma isolada, esclarecendo pontos controversos (SAFERSTEIN, R., 1987.) .

Por tratar-se de um exame pericial de campo facultativo e complementar (diferentemente do exame pericial de pronto-atendimento de levantamento de local de morte violenta, que, por sua vez, quando apresentar vestígios importantes devidamente isolados e guarnecidos, deve necessariamente ser produzido, face à disposição do art. 6º, inciso I, do Código de Processo Penal Brasileiro), a reprodução simulada acaba por ficar a cargo dos Peritos Criminais plantonistas de campo, no âmbito da maioria dos órgãos oficiais de perícia dos Estados Federados (REIS, A., 2011.).

Esses profissionais, muito embora possuam a mesma experiência e treinamento que os profissionais especialistas em exames de reprodução simulada, não dispõem de uma metodologia uniformizada e preparada, por exemplo, para responder quesitos específicos formulados pelas autoridades e pelas partes, uma vez que estes profissionais possuem o domínio de metodologia científica diversa (SCHMITT C., 2006.).

A preservação da cadeia de custódia revela-se como condição de validade da prova, sobretudo quando coletada externamente ao mundo processual, onde não é possível coletá-la novamente. Uma vez contaminada a fonte probatória, igualmente contaminados restarão os meios pelos quais a prova veio à tona, acarretando a nulidade da mesma e sua exclusão física do processo, bem como de todas as suas conclusões derivadas. Nesse sentido, a constitucionalização dos órgãos oficiais de perícia no Brasil torna-se condição *sine qua non* para a validade da prova pericial no processo penal, bem como do reconhecimento dos direitos fundamentais do acusado, do direito à ampla defesa e ao contraditório (TULLER H., 2006.).

A Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), do Ministério da Justiça, publicou em 2012 o *Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil*. O que se constatou, dentre outras falhas graves, foi a falta de uma regulamentação na lei processual sobre a “cadeia de custódia” dos vestígios. Consoante o disposto na Portaria nº 82/2014 do Ministério da Justiça, cadeia de custódia é sequência de posse de vestígios, por parte das autoridades persecutórias, visando a análise e interpretação dos mesmos, e sua posterior perpetuação regular no processo penal. Ela engloba os procedimentos de coleta, traslado, recebimento e armazenamento das evidências, possibilitando o seu rastreamento e observadas as possíveis nulidades processuais (ROSA A., 2015.).

Percorridos os caminhos que permeiam o entendimento sobre a relevância do exame pericial de reprodução simulada dos fatos - e das provas periciais como um todo - para o processo penal democrático, humanizado e equalizado entre as partes, passamos a destacar os exames periciais de reprodução simulada nos delitos sexuais.

Dos laudos que foram observados, dois deles são considerados paradigmáticos, e serão apresentados a seguir, sinteticamente, como amostragem dos dados preliminares da pesquisa.

2.1 CASO I – NORTE DO ESTADO

O primeiro deles trata-se de requisição de exame de reprodução simulada, oriunda da autoridade policial de um município gaúcho do norte do Estado, onde ocorrera um homicídio consumado. E. R. M., na qualidade de acusada, alegara a tese defensiva de legítima defesa, já que sofrera diversas agressões físicas, morais e sexuais da vítima, I. R. M..

Durante a produção do exame, foi possível perceber através da narrativa da acusada, que o delito de estupro estaria consumado por diversas ocasiões, mesmo quando nas situações em que não havia coito, uma vez que os abusos físicos (como apal-

padas e tapas), morais (como cuspes e humilhações verbais) e psíquicos (tais como a ameaça derradeira de morte em caso da negativa da acusada em praticar sexo com a vítima, que era seu ex-companheiro), se repetiam quase que diariamente.

A coerência dos depoimentos prestados com a investigação, realizada ao longo de 2 anos, bem como a precisão na revelação de detalhes prestados pela acusada, associado ao alinhamento aos depoimentos de testemunhas da conturbada relação que mantinha com a vítima, esboçam a conclusão de que a acusada sofrera abusos por longo período, muito embora nenhum exame laboratorial pudesse atestar a materialidade do delito.

A acusada (que, ao cabo, revela-se como vítima) respondeu todo o processo em liberdade, e ao final da fase de instrução processual, teve reconhecida a tese de legítima defesa.

2.2 CASO II – FRONTEIRA

O segundo caso apresentado trata-se de uma solicitação da Polícia Civil em município gaúcho da fronteira do Brasil com o Uruguai, onde ocorrera uma tentativa de homicídio.

R. B. J, na condição de acusado, teria agredido sua companheira com uma pá e, em seguida, abalroado-a propositalmente com veículo automotor.

Contudo, antes deste fato lamentável, a vítima, I. J. L., teria um histórico de abusos, que vão desde a prática forçada de relações sexuais até o consumo e aquisição forçados de drogas com o acusado. Após a análise das evidências processuais, visando a realização dos trabalhos periciais, pudemos perceber que era inequívoca a situação de abuso sofrida pela vítima.

No entanto, durante a realização dos trabalhos, que, infelizmente não contaram com o apoio técnico de psicólogos e/ou assistentes sociais, face a situação de vulnerabilidade da vítima e a delicadeza do caso, as partes “reconciliaram-se”, e a vítima não confirmou todas as agressões recentes, embora reconhecesse os

abusos sexuais antigos. Sendo assim, o atropelamento, antes relatado como “grave e proposital” nos depoimentos da vítima e das testemunhas, na reprodução simulada deram lugar a um “acidente”. Já os golpes de pá transmutaram para “simples empurrões”.

Ainda assim, foi possível constatar que subsistiu evidenciada a ocorrência de estupro consumado, com base na não alteração dos principais relatos de abusos anteriores às agressões de homicídio tentado, que, após os exames, restaram em lesões corporais “perdoadas”.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto, entendemos que resta muito frágil a tese de existência do crime de estupro na forma tentada, uma vez que todo o ato libidinoso diverso da conjunção carnal é capaz de preencher o núcleo deste tipo penal, o que nos leva a crer que, ainda que a intenção do agente seja a prática de conjunção carnal não consentida com a vítima, os atos iniciais de execução, como apalpadinhas, esfregões em partes íntimas e/ou com as suas partes no corpo da vítima, ou mesmo a exposição das mesmas às vistas daquela, já seriam capazes, a nosso ver, de configurar a prática de estupro na forma consumada.

O estupro tentado, então, restaria apenas às hipóteses de estupro de vulnerável, onde a vítima, sem ter noção de seus atos, seja por ingenuidade advinda da tenra idade, seja por situação transitória de incapacidade cognitiva de seus atos, estaria “a caminho do crime”, contudo sem se ter praticado, até então, quaisquer atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Ademais, o exame de reprodução simulada dos fatos se mostra como um eficaz método pericial de demonstração do cometimento de crimes sexuais, quando os mesmos não deixarem vestígios, ou, ainda, quando os mesmos perecerem em razão do decurso temporal, hipótese esta em que estaremos diante do chamado exame de corpo de delito indireto.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. "Teoría de los derechos fundamentales". Madrid: Centro de Estudio Constitucionales, 1993.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. "Crime organizado e proibição de insuficiência". Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2010.
- BENFICA, Francisco Silveira e outra. "Medicina Legal". Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- BITTENCOURT, Cezar Roberto. "Código Penal Comentado". Porto Alegre. Livraria Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. "A Era dos Direitos". Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Secretaria Nacional da Segurança Pública. "Diagnóstico da Perícia Criminal no Brasil". Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- BRASIL. Secretaria Nacional da Segurança Pública. "Procedimento operacional padrão: perícia criminal". Brasília: Ministério da Justiça, 2013.
- CARVALHO, Salo. "Pena e garantias". 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.
- CHISUM, Jerry e outro. "Crime Reconstruction". San Diego: Academic Press, 2011.
- COMA, Reverte. "Antropología Forense". Madrid: Ministerio de Justicia, 1991.
- CORDEIRO, Franco. "Procedimiento Penal" (tradução de Jorge Guerrero). Volume 2. Bogotá: Temis, 2000.
- DUDAY, H. e outro. "Understanding the circumstances of decompositions when the body is skeletonized". Londres, 2006.
- DUPRAS, TL e outros. "Forensic Recovery of Human Remains: Archaeological Approaches". Boca Raton: CRC Press, 2006.
- GARDNER, Ross M. "Practical Crime Scene Analysis and Reconstruction". Boca Raton: CRC Press, 2009.
- Tennessee: Forensic Anthropology Center, Department of Anthropology, University of Tennessee, 1994.
- PORTINHO, Andrei Röhrs. "Reprodução simulada dos fatos: aspectos acerca do art. 7º do Código de Processo Penal". Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13515, acesso em 05/09/2016.

PORTINHO, Andrei Röehrs. “Discurso e Sabedoria: Observações sobre a Narrativa e a “Verdade” no Processo Penal”. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7019. Acesso em 05/09/2016.

PORTINHO, Andrei Röehrs. “Direitos Fundamentais e Proporcionalidade no Estado Constitucional: uma análise à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria penal”. Porto Alegre: Dissertação de Mestrado do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS, 2010.

PORTINHO, Andrei Röehrs e outros. “Inquietações sobre Direitos Fundamentais”. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015.

PRADO, Geraldo. “Prova penal e sistema de controle epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos.” São Paulo: Marcial Pons, 2014.

REIS, Alibani Borges. “Metodologia Científica em Perícia Criminal”. Campinas: Editora Millenium, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes e outro. “A importância da cadeia de custódia para preservar a prova penal”. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2015-jan-16/limite-penal-importancia-cadeia-custodia-prova-penal?imprimir=1edn1>. Acesso em 23/05/2015.

SAFERSTEIN, R. “Forensic Science Handbook”. New Jersey: Prentice Hall, 1987.

SCHMITT, Cunho. “Forensic anthropology and medicine: complementary sciences from recovery to cause of death”. Tottowa: Human Press, 2006.

TOCHETTO, Domingos (org.). “Tratado de Perícias Criminalísticas”. Campinas: Millennium Editora, 2005.

TULLER, H, e outro. “Keeping the pieces together: comparison of mass grave excavation methodology”. Londres: Forensic Science International, 2006.