

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Melyssa Raymundo

UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DA PRODUÇÃO DA PROVA
PERICIAL NOS PROCESSOS ENVOLVENDO CRIMES SEXUAIS

Porto Alegre

2019

Melyssa Raymundo

UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DA PRODUÇÃO DA PROVA
PERICIAL NOS PROCESSOS ENVOLVENDO CRIMES SEXUAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela no curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Prof. Dr. Sami Abder Rahim
Jbara El Jundi

Porto Alegre

2019

Melyssa Raymundo

UMA ANÁLISE SOBRE A PROBLEMÁTICA DA PRODUÇÃO DA PROVA
PERICIAL NOS PROCESSOS ENVOLVENDO CRIMES SEXUAIS

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do sul como requisito parcial para a obtenção do grau de bacharela no curso de Ciências Jurídicas e Sociais.

Aprovada em: ___ de _____ de _____.

Conceito: _____

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

Orientador

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva

AGRADECIMENTOS

Ao meu portal para o mundo, minha mãe Jurema Barbara, pela sua sensibilidade, pela sua alegria contagiante e por me cobrir com tanto amor e cuidado até aqui.

Ao meu alicerce, meu pai Edson, por ter aberto tantos caminhos para eu trilhar e por me fazer acreditar que eu sou capaz.

À minha irmã do coração, Dayse Jochan Cardoso, por habitar a minha vida e fazer florescer o meu caminho com tanto amor.

Às minhas amigas Heloísa Haas e Thauana Horst por todo o apoio e amizade durante a faculdade.

Ao meu orientador, professor Sami El Jundi, pela ótima orientação e por estimular o pensamento crítico nos alunos e nos trazer um senso de responsabilidade a partir do conhecimento, fomentando, desse modo, um desejo de mudança.

À equipe do Gabinete da Desembargadora Lizete Andreis Sebben da 5ª Câmara Criminal pelos ensinamentos e apoio nos estudos sempre.

À Universidade Federal do Rio Grande do Sul, por ter me dado a oportunidade de conviver com tanta diversidade, por ter me mostrado que o mundo vai muito além do meu nariz e ter me ajudado a crescer como ser humano.

Vocês foram especiais na minha vida e deram corpo ao meu sonho.

Obrigada!

No one can claim to be unbiased. Being biased is part of being human. Still, there has to be logic and science correctly applied at all levels of the justice process; otherwise, injustice will abound.

Thomas W. Young

RESUMO

A prova pericial consistente no exame médico legal pode vir a subsidiar, junto a outros elementos de prova, uma decisão judicial nos crimes sexuais. Através do presente trabalho, observou-se que a jurisprudência atual entende que a prova pericial não é imprescindível para a deflagração da persecução penal nos crimes sexuais. Em que pese essa orientação jurisprudencial, o entendimento exarado a partir da construção do trabalho é no sentido de considerar que a prova pericial, sempre que for viável, deverá ser produzida nos processos envolvendo crimes sexuais, sendo que o juiz necessita ter todos os elementos possíveis para proferir sua decisão. Ainda, foi visto que, para além da realização da perícia quando essa for possível, é necessário analisar a sua qualidade, bem como questões atinentes a sua interpretação a fim de se garantir a decisão mais acertada possível. Partindo-se desse pressuposto, o presente trabalho analisou, em estudo exploratório bibliográfico, como essa prova é ou deveria ser produzida, bem como questões atinentes a sua admissibilidade, valoração e interpretação. Por fim, foram analisados casos em que se pretendeu demonstrar o que foi exposto ao longo do trabalho, onde foram observadas conclusões periciais em divergência com o que a bibliografia explorada indicava como ideal, bem como ausência de diligências periciais em relação a vestígios existentes que poderiam ser cruciais para a elucidação dos fatos. Também foi observada, quando da valoração da prova pericial pela magistrada no último caso, a corroboração indevida da conclusão do perito, que convergiu, junto a prova oral, para a conclusão da materialidade do delito.

Palavras-chave: Perícia médico-legal; crimes sexuais; valoração; interpretação.

ABSTRACT

Expert evidence consistent with the legal medical examination may support, along with others evidences, a court decision on sexual offenses. Current jurisprudence understands that expert evidence is not indispensable for the outbreak of criminal prosecution in sexual crimes. In spite of this jurisprudential orientation, the understanding based on the construction of the present work is that the expert evidence, whenever feasible, should be produced in cases involving sexual crimes so that the judge has all possible elements to make his decision, exhausting the production of all means of proof. Moreover, in addition to conducting the expertise when this is possible, it is necessary to analyze its quality, as well as questions regarding its interpretation in order to ensure the right decision possible. Based on this assumption, the present work analyzed, in an exploratory bibliographic study, how this proof is or should be produced, as well as questions regarding its admissibility, valuation and interpretation. Finally, it is analyzed cases in which it was intended to demonstrate what was exposed in the work, where expert conclusions were observed in divergence from what the bibliography explored as ideal, as well as the absence of expert diligence regarding existing traces that could be crucial to the elucidation of the facts. It was also observed, when evaluating the expert evidence by the magistrate in the latter case, the undue corroboration of the expert's conclusion, which converged, along with the oral evidence, to the conclusion of the materiality of the offense

Keywords: Forensic expertise; sexual crimes; valuation; interpretation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	8
2 PROVA NO PROCESSO PENAL.....	10
2.1.Noções gerais.....	10
2.2 Prova pericial.....	15
2.2.1. Noções gerais.....	15
2.2.2. Prova pericial no processo penal brasileiro.....	18
2.2.3 Contraditório e direito de defesa na prova pericial.....	21
2.2.4. Do exame de corpo de delito.....	22
2.2.5. Exame médico forense e laudo pericial nos delitos de estupro.....	24
2.3 Prova pericial vs prova testemunhal	40
2.4 Palavra da vítima nos delitos sexuais.....	41
3 ADMISSIBILIDADE, VALORAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DA PROVA PERICIAL CONSISTENTE NO EXAME MÉDICO FORENSE NOS DELITOS SEXUAIS.....	42
3.1 Admissibilidade, valoração e interpretação da prova pericial	42
3.2 Análise de casos.....	55
3.2.1 Apelação n.º 70082460247.....	55
3.2.2 Análise do laudo pericial e da valoração da prova pericial em processo tramitando em segredo de justiça	63
4 CONCLUSÃO.....	71
REFERÊNCIAS.....	73

1 INTRODUÇÃO

Dizer que a prova pericial é importante no processo penal parece soar com tom de obviedade. Sabe-se que, para mais ou para menos, ela pode vir a ser crucial, junto a outros elementos de prova, na decisão de um julgado.

Porém, parece que se falarmos da importância de analisar a qualidade de sua produção, da sua admissibilidade no processo, da sua valoração pelo juiz, bem como dos vícios interpretativos ligados a ela, a questão não fica tão óbvia. Pouco é falado na academia sobre o tema e sobre como isso pode alterar o deslinde do processo. Não é dito com normalidade em como deixar o assunto de lado pode ter levado diversos inocentes à prisão ou até mesmo ter deixado vítimas sem respostas possíveis, caso fosse ofertado um olhar mais atento para o assunto.

Assim sendo, diante da percepção da relevância que a prova pericial pode ter no processo, ainda mais em crimes tão graves como os sexuais, é que se insere o presente trabalho.¹ Buscou-se realizar uma análise sobre o entendimento jurisprudencial a respeito do assunto, bem como a respeito da produção, admissibilidade, valoração e interpretação da prova pericial, especialmente nesses casos.

Para tanto, inicialmente, o presente trabalho de conclusão fará um estudo teórico sobre as noções gerais da prova no processo penal. Após, versará sobre a prova pericial no processo penal brasileiro, bem como questões como o funcionamento do contraditório e direito de defesa na prova pericial. Mais especificamente, discorrerá sobre o exame de corpo de delito e o entendimento jurisprudencial sobre o tema, especialmente, como se dá ou deveria se dar o exame médico forense e laudo pericial nos delitos de estupro. Outras questões, como a importância da palavra da vítima e da prova testemunhal nesses casos também serão abordadas.

Em um segundo momento, o trabalho fará um estudo bibliográfico sobre a admissibilidade, valoração e interpretação da prova pericial, com a realização de análise de

¹ Foi em uma cadeira eletiva durante a graduação, Criminalística e Medicina Legal II, ministrada pelo professor Sami El Jundi, que surgiu o interesse pelo tema, quando esse falava sobre os vícios na interpretação dos laudos periciais em casos de crimes sexuais. Após, o interesse foi corroborado pela experiência de estágio no gabinete da Desembargadora Lizete Andreis Sebben da 5ª Câmara Criminal, onde tive contato com o tema e tive a oportunidade de perceber a delicadeza e complexidade que envolvem processos de violência sexual.

casos ao final a fim de exemplificar um pouco do que foi exposto ao longo do trabalho e trazer à tona uma pequena demonstração da complexidade do assunto.

Assim, é diante desse cenário, em que a realidade parece apontar para um quadro onde os laudos periciais não apresentam a qualidade necessária, tampouco são interpretados adequadamente pelos juízes e peritos, é que se insere o presente trabalho de conclusão de curso.

2 PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 Noções Gerais

Pode-se dizer que “elemento de prova ou simplesmente prova é todo dado objetivo que se presta à confirmação ou negação de uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”² ou “tudo aquilo que possa influir diretamente na formação da convicção racional do juiz, e que este pode levar em conta diretamente na fundamentação da sentença”³. Um exemplo de elemento de prova é o laudo pericial, onde o perito exara a sua opinião sobre a matéria.

Já o meio de prova é a forma, o modo ou o método através do qual o elemento de prova é assunto ao processo. Ele liga a fonte que está fora do processo ao elemento de prova. Ainda, pode-se dizer que são atividades processuais.

Tal conceito não se confunde com o meio de obtenção de prova, ou meio de investigação, que é a forma, o método ou o modo que objetiva descobrir ou alcançar uma fonte de prova. Alguns exemplos de meios de obtenção de prova estão previstos na legislação penal especial, tais como a interceptação telefônica (Lei n ° 9.296/96), a interceptação e captação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos e a infiltração policial (Lei n° 9.034/95). Enquanto os meios de provas são atividades processuais, os meios de obtenção de prova, por outro lado, são atividades extraprocessuais. Porém, há uma exceção à regra no que diz respeito às perícias, uma vez que são realizadas, na maioria das vezes, fora do processo.

Fonte de prova, por sua vez, são as coisas ou pessoas das quais se pode obter o elemento de prova, sendo tal conceito dividido em fontes pessoais (acusado, vítima, testemunhas, peritos) e reais (vestígios materiais deixados pelo crime, documentos).⁴

A finalidade da prova diz respeito à formação da convicção do juiz sobre os elementos essenciais que visam esclarecer a causa.⁵ Propõe-se a provocar no julgador “a certeza

² MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 249 p. 3.

³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 249 p. 3.

⁴MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 249 p. 3-5.

⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

suficiente à formação do convencimento necessário de que foi atingida a verdade possível e de legitimar a sentença”.⁶

Já no que diz respeito ao seu objeto, pode-se afirmar que é todo fato, alegação ou circunstância sobre os quais há incerteza e que precisam, portanto, ser demonstrados em juízo, vez que podem influir na responsabilidade penal, na decisão do processo, na fixação da medida de segurança ou pena.⁷ Objeto de prova não seria o fato propriamente dito, mas sim a afirmação sobre ele, isso porque ele poderia ser constatado somente no próprio momento em que se verifica. Portanto, não seria possível provar um acontecimento passado, mas somente demonstrar se uma afirmação a respeito dele seria verdadeira ou não.⁸ Nesse sentido, é o teste inferencial de Thomas Young, o qual será melhor explicado no próximo capítulo, citado pelo próprio autor em seu livro:

One can be reasonably certain if witness accounts of the past are consistent or not consistent with physical evidence in the present, but one cannot reliably surmise past events from physical evidence unless there is only one plausible explanation for that evidence.⁹ (YOUNG, 2018, p.5)

No que diz respeito ao resultado da prova, pode-se dizer que é a conclusão que se extrai dos diversos elementos de prova, a propósito de um determinado fato.¹⁰ É o que permite ao juiz concluir pela veracidade de uma afirmação sob uma ótica subjetiva. O laudo pericial, por exemplo, é um dos elementos valorados pelo juiz a fim de atingir o resultado da prova, tendo esse valor relativo, podendo o juiz rechaçar a conclusão dos técnicos (se o fizer de modo fundamentado) e, até mesmo, ordenar a realização de nova perícia¹¹

A fim de que as provas sejam produzidas no processo penal, é necessário que essas sejam admissíveis (permitida pela lei ou costumes judiciários), pertinentes ou fundadas (que

⁶ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011.p. 1.

⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 369.

⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover: Notas Sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.p. 317

⁹ Pode-se estar razoavelmente certo se os relatos das testemunhas sobre fatos passados são consistentes ou não consistentes com evidências físicas no presente, mas não se pode supor com segurança eventos passados a partir de evidências físicas, a não ser que exista apenas uma explicação plausível para essa evidência (tradução nossa).

¹⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover: Notas Sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro)**. São Paulo: DPJ Editora, 2005.p.p.308.

¹¹MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. 249 p. 6.

sejam relacionadas ao processo, que não sejam inúteis), concludentes e possíveis de realização.¹²

Quanto ao ônus da prova, cabe mencionar a sua diferença da obrigação. Enquanto na obrigação reside o dever de praticar o ato, sob pena de violação da lei, no ônus o adimplemento é facultativo. Ou seja, em que pese a parte possa vir a arcar com alguns possíveis prejuízos do seu não cumprimento, isso não significa atuação contrária ao direito se deixar de fazê-lo.¹³

Assim, “ônus da prova é, pois, o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos”.¹⁴ Nesse sentido, dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal que a prova da alegação imcubirá a quem a fizer, sendo facultado ao juiz, de ofício, ordenar a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes (se atendo à necessidade, adequação e proporcionalidade da medida) e determinar, durante a fase de instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências a fim de dirimir dúvidas sobre questão relevante.¹⁵

Portanto, a título de exemplo, cabe ao Ministério Público provar que o fato criminoso aconteceu de fato e que foi realizado pelo acusado, bem como provar os elementos subjetivos do crime (culpa ou dolo). Por outro lado, cabe ao acusado provar as causas excludentes da antijuridicidade, da culpabilidade e da punibilidade, assim como circunstâncias que possam atenuar a pena e questões relacionadas a benefícios legais.¹⁶

Apesar da lei penal obrigar o réu a se defender, tal exigência não tem a prerrogativa de desfigurar o ônus probatório, uma vez que atos defensórios necessários (presença às audiências e alegações finais, por exemplo) não é o mesmo que a faculdade de produzir provas.

A regra do ônus da prova não é absoluta, uma vez que, como já mencionado acima, o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal faculta ao juiz que, de ofício, determine a realização de diligências para dirimir dúvidas em relação a pontos importantes em casos excepcionais, observando os limites impostos na respectiva legislação.¹⁷

¹² CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 371.

¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 406.

¹⁴ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 406

¹⁵ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 407

¹⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 407

De outro modo, Lopes Junior (2018) menciona que não há distribuição de cargas probatórias, afirmando que a carga probatória está apenas nas mãos do acusador, pois a primeira afirmação é feita por ele na denúncia ou queixa e porque o réu está protegido pela presunção da inocência.¹⁸

No que diz respeito aos princípios que norteiam o âmbito probatório penal, há dois de extrema relevância, os quais merecem destaque: princípio da presunção de inocência e princípio do *in dubio pro reo*.

O princípio da presunção de inocência está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal. Ele é o princípio reitor do processo penal, atuando em suas diferentes dimensões. Sua essência pode ser resumida na expressão “dever de tratamento”. Esse dever de tratamento atua na dimensão interna e externa ao processo. Na primeira, o princípio acarreta um dever de tratamento do réu como inocente por parte do juiz e da acusação, sendo que o uso de medidas cautelares não deve ser dar de forma imoderada. Já na dimensão externa, a presunção de inocência limita a publicidade abusiva e a estigmatização do acusado, uma vez que há o dever de o tratar como inocente.¹⁹

Outro princípio de extrema relevância no contexto probatório penal é o *princípio do in dubio pro reo*, o qual preconiza que, em caso de dúvidas a respeito da culpabilidade do réu, a decisão deve ser dirimida em seu favor, sendo a absolvição, nesses casos, imperativa.²⁰ Assim, “qualquer juízo não pode resolver senão em uma condenação ou absolvição e é precisamente a certeza conquistada do delito que legitima a condenação, como é a dúvida, ou, de outra forma, a não conquistada certeza do delito, que obriga à absolvição”.²¹ Nesse sentido, ainda, são as palavras de Silva (2020): “a condenação não poderá se amparar em conjunto probatório em que haja qualquer dúvida razoável”.²²

São três os sistemas de apreciação de prova: a) sistema da certeza moral do juiz ou da íntima convicção, b) sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado e c) sistema da livre convicção, da verdade real, do livre convencimento ou da persuasão racional.²³

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 356

¹⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 95-97

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 357

²¹ MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p.88

²² SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 56

²³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 409-410

O sistema da íntima convicção ou da certeza moral do juiz, adotado no processo inquisitivo, é aquele em que o juiz tem amplo poder de crítica e seleção do material probatório do qual irá extrair o seu julgamento a respeito dos fatos. Esse sistema foi utilizado nos julgamentos da Igreja durante a Inquisição, onde os processos não tinham partes, contraditório e defesa. Nesse sistema, o juiz não precisava mencionar as razões pelas quais proferiu sua decisão.

No sistema da prova legal, da certeza moral do legislador, da verdade legal, da verdade formal ou tarifado, a função do juiz diante das provas era constatar que elas existiam e, após, deduzir o seu valor para a decisão final, observando os parâmetros fixados pelo legislador para tanto. Esse sistema surgiu na Revolução Francesa no intento de afastar a liberdade do juiz no processo de valoração da prova, reduzindo, desse modo, a apreciação judicial da prova quase a uma expressão aritmética, vez que as provas tinham pesos fixos que eram determinados de antemão por lei.

No sistema misto ou reformado, ou sistema do livre convencimento ou da persuasão racional, é atribuído ao julgador a liberdade no que diz respeito à valoração da prova, porém, esse deve esclarecer as razões que o motivaram a proferir sua decisão. É o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico, onde o juiz, de acordo com o artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal, formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, sendo que não poderá fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, e, de acordo com o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, irá expor os motivos que o levaram a tal decisão. Porém, cabe ressaltar que, no júri, é o sistema da íntima convicção que subsiste, uma vez que as votações são sigilosas, conforme o artigo 5º, inciso XXXVIII, *b* da Constituição Federal.

O procedimento probatório diz respeito ao regime de aquisição da fonte ou elemento de prova, tendo como fases a admissão e assunção da prova. São os atos processuais que compreendem o meio de investigação ou obtenção de prova, ou o meio de prova.

Quando o juiz profere decisão, de ofício ou através de requerimento da parte, sobre a admissibilidade da fonte ou meio de prova, temos a fase de admissão, sendo que, em caso de deliberação positiva, passa-se a fase de assunção, a qual consiste “na operação da concreta imissão do elemento de prova no processo, como dado utilizável pela sentença, a partir da

fonte e por intermédio do meio de prova”.²⁴No que tange à prova pericial, “a assunção envolve o procedimento técnico realizado para explicar a fonte ou o elemento de prova, a partir da experiência do perito, ou para obter o elemento de prova a partir da fonte de prova”.

25

Alguns autores simplesmente não consideram o procedimento técnico como parte do procedimento probatório, fazendo com que ciência e direito permaneçam separados. No entanto, ignorar o procedimento probatório é algo sério, uma vez que implica em liberar as partes e o juiz de zelar por sua confiabilidade, fato que não é conivente à busca da verdade processual, considerando, ainda, que muitas vezes o resultado da prova acabe sendo o laudo e, não raras vezes, a solução da causa seja dada pela prova científica.²⁶

Há autores, como Capez (2017), que dividem a atividade probatória em quatro momentos, quais sejam: proposição, admissão, produção e valoração. Segundo o autor, a proposição diz respeito ao momento do processo previsto para a produção da prova. A admissão seria ato processual específico do magistrado que, ao analisar as provas e seu objeto, pode deferir ou não a sua produção. O momento da produção seria o conjunto de atos processuais que precisam trazer a juízo os distintos elementos de convicção ofertados pelas partes. Já a valoração seria simplesmente o juízo valorativo exercido pelo juiz diante das provas produzidas, conferindo-lhes a importância devida, segundo a sua convicção, sendo que esse momento corresponde ao próprio deslinde do processo.²⁷

2.2 Prova pericial

2.2.1 Noções Gerais

“Perícia é um meio de prova técnica ou científica, que tem por objetivo a obtenção de certo conhecimento relevante para o acerto do fato (elemento de prova), a partir de um

²⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011.p.7..

²⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011.p.7..

²⁶ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011.p.7-11.

²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p 408-409.

procedimento técnico realizado sobre pessoa ou coisa (fonte de prova).”²⁸ A conclusão do técnico ou profissional que a realizar é consubstanciada em um laudo cujo objetivo é influir no desenvolvimento da persuasão racional do magistrado, em seu processo cognitivo de valoração.

Dentre suas características, pode-se citar o seu caráter dúplice, bivalente ou ambíguo, uma vez que o termo expressa duas realidades distintas. Assim sendo, tem-se a perícia como prova técnica e como prova científica, as quais sempre pressupõem a existência de um objeto a ser examinado.

A perícia como prova técnica é o exame realizado por perito que, na função de auxiliar do juiz, usa a sua experiência para explicar ou apontar a fonte ou o elemento de prova, ou seja, os vestígios corpóreos, materiais que são juridicamente relevantes para o alinhamento do fato. Tais vestígios constituem fonte de prova se estiverem fora do processo, porém, se estiverem dentro, são considerados elementos de prova.²⁹ É prova técnica na medida em que sua realização reivindica o domínio de determinado saber técnico.³⁰ Nesse caso, o laudo é o elemento de prova. A perícia como prova técnica, ou seja, no sentido de prova produzida por um técnico, não é considerada meio de prova, uma vez que a convicção acerca da existência do fato se respalda nos próprios vestígios materiais que estão relacionados ao fato (ela apenas indica ou revela a prova).

Já a perícia como prova científica “constitui meio de prova conducente da fonte ao elemento, a partir de um princípio científico, mediante a aplicação de procedimento técnico adequado.”³¹ Sua característica fundamental enquanto prova científica é o fato da perícia se valer de um princípio científico, o qual é aplicado por meio de técnica adequada, cujo conhecimento, na maioria das vezes, não possuem os aplicadores do direito, porém, é essencial para o deslinde da causa e o acerto do fato. Ela, como prova científica, é meio de prova no sentido de ser um caminho para se obter o laudo, o qual constitui elemento de prova.

²⁸ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011.p. 8.

²⁹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011.p. 8-17.

³⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 425

³¹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011.p. 15

Apesar dessa distinção, se a perícia como prova técnica houver de ser realizada, é indispensável que o exame tenha os mesmos requisitos de admissibilidade da prova científica, considerando que o juiz acaba se valendo do laudo.

A prova pericial apresenta grande relevância dentro do processo penal, uma vez que a prova da existência do fato, via de regra, quando a infração penal deixar vestígio, é a pericial. E a prova da existência do fato é um dos objetivos do inquérito policial, pressuposto para o oferecimento da denúncia ou queixa, para a decretação da prisão preventiva e decisão de pronúncia, por exemplo.³²

A perícia, ainda, é distinguida por alguns doutrinadores como perícia *percipiendi* e *deduciendi*, de acordo com a operação que efetue, quais sejam, afirmação de um juízo ou declaração da ciência.³³ Na perícia *percipiendi*, apenas regras que dizem respeito à experiência técnico-científicas que servem à valoração do fato vem ao conhecimento do juiz, limitando-se o perito a indicar essas regras ao magistrado a fim de que ele mesmo as aplique. Já no segundo tipo, *perícia deduciendi*, é atribuído ao perito a tarefa de desenvolver a pesquisa com a finalidade de averiguar a verdade de pelo menos um dos enunciados fáticos integrativos do que se vise provar. Aqui o juiz se vale da introdução de um novo conhecimento a respeito de um fato que não foi facilmente comprovado anteriormente ou que não foi comprovado.³⁴ Um exemplo disso é o exame de DNA e o de resíduos de disparo não visíveis a olho nu.

Paolo Frediane (2004, p. 2, apud MANZANO, 2011, p. 18-19), destacou o caráter bivalente da prova pericial ao classificar a perícia em integrativa e instrutória. Enquanto a primeira visa integrar os conhecimentos do magistrados nos casos em que esse necessite de conhecimentos especializados, científicos ou técnicos para proferir sua decisão, a segunda seria aquela em que solicita ao perito a aquisição de fatos relevantes para o deslinde da causa onde seria extremamente dificultoso para o juiz tomar as providências diretamente.

³² MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011.p. 8-17.

³³ MANZANO, 2011, p. 17 apud MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millenium, 2000. p. 419

³⁴ MANZANO, 2011, p.18 apud LARONGA, Antonio, **Le prove atipiche del processo penale**. Padova: Cedam, 2002, p. 19.

2.2.2 Prova pericial no processo penal brasileiro

De acordo com o artigo 159 do Código de Processo Penal, o laudo pericial deve ser realizado por um perito oficial ou dois peritos nomeados. Os peritos oficiais são servidores públicos de carreira, concursados, com conhecimento específico em determinada área do saber, existindo, desse modo, peritos médicos, engenheiros, contadores, entre outros.

Devido a sua pertinência em relação à matéria, cabe aqui colacionar o artigo 159 do Código de Processo Penal³⁵:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior. [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 1º Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame. [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 2º Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo. [\(Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 3º Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 4º O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 5º Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia: [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar; [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 6º Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, para exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

§ 7º Tratando-se de perícia complexa que abranja mais de uma área de conhecimento especializado, poder-se-á designar a atuação de mais de um perito

³⁵ BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 06 out. 2019.

oficial, e a parte indicar mais de um assistente técnico. [\(Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008\)](#)

Nossa legislação dispõe que quando não houver perito oficial, o exame deverá ser realizado por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, que sejam escolhidas preferencialmente dentre aqueles que tiverem habilitação técnica condizente à natureza do exame.

Deverá ser facultado aos peritos acesso ao lugar ou objeto a ser realizada a perícia, sendo que deverão apresentar um laudo sobre o que foi examinado e responder a eventuais quesitos no prazo máximo de dez dias, podendo esse ser prorrogado em casos excepcionais, conforme o artigo 160, § único do Código de Processo Penal.

Caso prestarem falsa perícia, os peritos oficiais, bem como os nomeados poderão incorrer nas sanções do artigo 342 do Código Penal .

Segundo o art. 182 do Código de Processo Penal, “o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte.”³⁶ Ou seja, o juiz não está vinculado à prova pericial, podendo a rejeitar se assim o fizer de modo fundamentado.

Nesse cenário onde o tema do presente trabalho tem como base o Código de Processo Penal como a legislação predominantemente aplicável, importante registrar nosso entendimento quanto à aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil ao Código de Processo Penal naquilo que não for incompatível a este. Embora o artigo 15 do Código de Processo Civil não tenha mencionado o processo penal ao dispor que “Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente”, o art. 3º do Código de Processo Penal dispõe que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Ainda, o enunciado 3 da I Jornada de Direito Processual Civil de 2017 do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal prevê a aplicação supletiva e subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 ao Código de Processo Penal quando não for incompatível a este.³⁷

³⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

³⁷ ENUNCIADO 3 – As disposições do CPC aplicam-se supletiva e subsidiariamente ao Código de Processo Penal, no que não forem incompatíveis com esta Lei. CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **I Jornada de Direito Processual Civil**. Brasília, 24 e 25 ago. 2017.

No que diz respeito à fundamentação das decisões, o CPP, apesar de prever que o juiz deve fundamentar suas decisões, não determina o modo pelo qual essa fundamentação deve ser feita. Por outro lado, o art. 489, §1º do Código de Processo Civil dispõe o que não é uma decisão fundamentada. Ainda, o art. 479 do mesmo código salienta que o juiz deve indicar os motivos que o levaram a considerar ou deixar de considerar as conclusões do laudo.

Assim sendo, entendemos que o laudo pericial poderá ser rechaçado pelo juiz de modo fundamentado, com observância ao disposto nos arts. 479 e 489, §1º do Código de Processo Civil, o qual é aplicado de modo subsidiário ao Código de Processo Penal nesse caso, vez que esse se limita a dispor que a decisão do juiz deverá ser fundamentada, mas não aponta a maneira adequada de como proceder para tanto.

A Lei n.º 11.690/08 passou a admitir a figura do assistente técnico no processo penal, que antes era desconhecida, ampliando a possibilidade de participação na prova pericial para além da indicação de quesitos pelas partes.

O material probatório que foi utilizado na perícia será disponibilizado, mediante requerimento das partes, para que o assistente técnico possa examinar e formular o seu parecer. O material será disponibilizado no órgão oficial (instituto médico legal e instituto geral de perícias, por exemplo), na presença do perito oficial, a fim de que se evite a sua destruição, uso inadequado e manipulação.

Caberá aos peritos definirem o local em que o assistente técnico terá acesso ao material periciado quando da sua nomeação. O assistente, então, elaborará seu parecer após a apresentação do laudo pelo perito oficial ou nomeados. Importante frisar que quando a perícia for muito complexa, o magistrado poderá nomear mais de um perito oficial, sendo que, em casos como esse, a parte poderá indicar mais de um assistente técnico a fim de se garantir uma paridade.

Os pareceres dos assistentes técnicos serão juntados aos autos como prova documental a fim de serem avaliados pelo magistrado. Nesse contexto, observando o juiz que há contradição entre a perícia oficial e a particular, poderá determinar a realização de uma nova perícia com outros profissionais para verificar as contradições encontradas, ou, ainda, poderá o juiz aplicar o princípio do *in dubio pro reo*.³⁸

As partes, ainda, poderão requerer a oitiva dos peritos- a ser realizada na audiência de instrução e julgamento- para que esses venham a esclarecer o laudo, observando o que dispõe

³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 423- 428.

o artigo 400, § 2º do Código de Processo Penal. Deve-se realizar o requerimento com uma antecedência mínima de dez dias da audiência, conforme o artigo 159, § 5º, inciso I do Código de Processo Penal.

Cabe salientar aqui que, no processo penal, a perícia médico legal é realizada com frequência na fase policial, assim que a autoridade policial tiver conhecimento da prática do delito, conforme o artigo 6º, inciso VII do Código de Processo Penal, ou até a conclusão do inquérito, podendo, também, ser realizada durante a instrução criminal, sendo solicitado pelo juízo *a quo*.³⁹

2.2.3. Contraditório e direito de defesa na prova pericial

O contraditório tem relação direta com a democracia, com o estado de direito e com a dignidade da pessoa humana. Assegurar o contraditório é assegurar o não arbítrio no processo, é conferir o direito à voz às pessoas que têm questões sobre a sua vida sendo analisadas por terceiros.⁴⁰ Portanto, imperativa sua existência junto ao direito de defesa na prova pericial.

Nessa senda, assistem às partes em relação à prova pericial alguns direitos, tais como requerer sua produção, requerer nova perícia, indicar assistente técnico, manifestar-se a respeito de sua produção, entre outros.⁴¹

No que diz respeito à fase de investigação preliminar, seria razoável, quando da determinação da realização de perícias, que o sujeito passivo pudesse requerer sua produção, apresentar quesitos, indicar assistente técnico e, se possível, acompanhar a colheita de elementos pelos peritos e requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimento dos peritos.⁴² Diferente de outras medidas que venham a ser iniciadas sem o conhecimento e participação da defesa a fim de não comprometer a persecução penal, a prova pericial, sempre que possível, deveria contar com a fiscalização e contribuição da defesa desde o início para que se garanta a amplitude da defesa e o contraditório.⁴³

³⁹ CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.40.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **O Contraditório como Direito Humano e Fundamental**. 2019. Palestra : “O Contraditório (ausência) nos Laudos Técnicos Judiciais” em 02 out. de 2019.

⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 428

⁴² LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 429.

⁴³ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 18. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2014. p. 433

Essa participação no inquérito está autorizada pelos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa e pelo artigo 14 do Código de Processo Penal que dispõe que o ofendido, ou o seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. Ressalta-se que cabe impetrar mandado de segurança contra ato de delegado que recusar o pedido feito pela defesa de modo injustificado. Quando isso não for observado, apenas restará a impugnação em juízo de eventuais vícios formais da perícia pela defesa e a possibilidade de pleitear a repetição do ato.

44

A fim de ilustrar tal consideração, cabe aqui mencionar o inquérito policial n.º 143/2016 da Delegacia Seccional de Polícia de Andradina de São Paulo sob responsabilidade do Delegado Marcelo da Silva Zompero, onde essa possibilidade de participação foi vislumbrada, sendo o inquérito instaurado para apurar eventual erro médico que acarretou a morte da paciente Aurea Silveira Lelis.

Foi determinado a exumação do cadáver para necropsia. Essa foi aprazada e realizada no dia 22/08/2016, sendo comunicada ao Ministério Público e ao representante da Santa Casa Local, bem como ao Instituto de Criminalística.

A parte relevante é que os trabalhos periciais foram acompanhados por médico assistente contratado pela família da vítima, Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jund. Ainda, os advogados contratados pela família e por alguns dos investigados tiveram amplo acesso aos autos, acompanhando seus clientes nas oitivas e podendo formular quesitos e pedidos, juntar documentos e apresentar esclarecimentos, o que, nas palavras do Delegado Marcelo “permitiu uma investigação imparcial e condizente com o Estado Democrático de Direito”.

Quando do relatório final, o delegado ponderou todos os pareceres médico-legais realizados durante o inquérito.

2.2.4 Do exame de corpo de delito

Segundo o artigo 158 do Código de Processo Penal, quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. Caso não realizado, pode ensejar nulidade, conforme o disposto no artigo 564, III, b, do Código de Processo Penal.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 428-429

Aqui o legislador preocupou-se com os delitos que deixam rastros, os quais são passíveis de constatação e registro. Entende-se vestígio como o rastro, pista ou indício deixado por alguém ou algo. Podem ser classificados em materiais e imateriais: os materiais são aqueles que os sentidos acusam, enquanto os imateriais são aqueles vestígios que não são mais captáveis, nem passíveis de registro pelos sentidos humanos, aqueles que se perdem tão logo a conduta delituosa finde, como a injúria verbal.

O corpo de delito é a prova da existência do crime, ou seja, a sua materialidade.

Já o exame de corpo de delito é a averiguação da prova da existência do crime que é feita por peritos de modo direto (quando a análise recai sobre o objeto de modo direto⁴⁵) ou indireto (por intermédio de outras evidências, quando os vestígios, por mais que sejam materiais, tenham desaparecidos). Ele é uma espécie de prova pericial que visa constatar a materialidade do crime investigado. Em regra, é feito por peritos oficiais ou técnicos.⁴⁶ O exame indireto deveria corresponder a um laudo a partir das informações colhidas pelos técnicos: depoimento de testemunhas e fotografias, por exemplo. No entanto, na prática isso não é observado. O que acontece é que o chamado exame de corpo de delito indireto não é a emissão de um laudo a respeito de determinadas informações, mas sim a produção de outras provas como a testemunhal a fim de suprir a falta do exame direto. Admite-se, então, que a materialidade de um crime seja demonstrada de maneira diversa. Importante frisar que a regra é o exame direto, sendo o indireto uma exceção⁴⁷

Assim sendo, nos crimes que deixam vestígios materiais, sempre deve haver a realização de exame de corpo de delito. De preferência, os vestígios devem ser analisados pessoalmente pelos peritos. Excepcionalmente, admite-se que o sejam por outros meios de prova admitidos em direito: exame da ficha clínica do hospital que atendeu a vítima, filmes e atestados de outros médicos, por exemplo, o que se chama de corpo de delito indireto.⁴⁸

No que diz respeito à formação do corpo de delito nos crimes sexuais, o entendimento atual é de que não há necessidade de exame de corpo de delito, sob o argumento de que muitos deles acabam não deixando vestígios materiais. Nesses casos, outras fontes se

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 430

⁴⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.355-357

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 430-431

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1266 p.355-357

mostram importantes para averiguar a existência ou inexistência do crime, como a prova testemunhal.

Conforme jurisprudência atual do Superior Tribunal de Justiça, apesar do exame de corpo de delito ser “útil para comprovar a prática de crimes sexuais, são indícios suficientes para a deflagração da persecução penal a palavra da vítima, crucial em crimes dessa natureza, corroborada por outras provas testemunhais idôneas e harmônicas.”⁴⁹

Ainda, o entendimento do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul é no mesmo sentido: segundo julgado recente, “a palavra da vítima, em se tratando de crimes contra a dignidade sexual, via de regra, constitui elemento de convicção de grande importância, porquanto tais crimes, na maioria das vezes, são cometidos na clandestinidade, e alguns não deixam vestígios, como no presente caso, sendo dispensável a realização de auto de exame de corpo de delito.”⁵⁰

Sobre a Lei n.º 12.015/2009 que alterou os dispositivos sobre os crimes sexuais, cabe mencionar que não houve modificação no que diz respeito ao exame do corpo de delito, mantendo-se o entendimento da realização do exame de corpo de delito quando da sua viabilidade, mesmo não sendo elemento determinante para a prova do crime.⁵¹

2.2.5. Exame médico forense e laudo pericial nos delitos de estupro

A parte específica da medicina legal a ser estudada no presente tópico é a sexologia forense, a qual tem por objeto de estudo a sexualidade humana e os crimes sexuais (erotologia e himenologia), além dos processos de reprodução e suas implicações.⁵² No que diz respeito à aplicação médico-legal aos fatos ilícitos na sexologia, pode-se dizer que essa tem por objetivo procurar os vestígios relacionados à materialidade da violência que será traduzida em um laudo, cuja instrução probatória visa a aplicação de legislação própria.⁵³

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão n.º HC 287682. Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1328258&num_reg>. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁵⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão n.º 70082276833**. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 19 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁵¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1266 p.360.

⁵² BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.12.

⁵³ FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. p. 81

A perícia no âmbito da Sexologia Criminal tem um sentido muito peculiar e grave em virtude das circunstâncias com as quais está relacionada: as estruturas estudadas são complexas e o momento é delicado. Sendo assim, “toda prudência é pouca quando dos procedimentos periciais e quando da afirmação ou negação da existência das práticas contra a liberdade sexual”.⁵⁴

Antes de adentrar em como ocorre ou como deveria ocorrer o exame médico forense e o laudo pericial nos delitos de estupro, cabe fazer uma análise de como a legislação penal brasileira o define.

A Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009 revogou a anterior definição do delito que era prevista no artigo 213 do Código Penal no Título VI “Dos crimes contra os costumes” (atualmente chamado de “Dos crimes contra a dignidade sexual” de acordo com a nova redação conferida pela lei citada) em seu capítulo I- “ Dos crimes contra a liberdade sexual”:

Estupro

art. 213. Constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça:

Pena- reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos.

Parágrafo único. (Revogado pela Lei n. 9.281, de 4-6-1996.)⁵⁵

Após as alterações trazidas pela Lei n.º 12.015 de 07 de agosto de 2009⁵⁶, o estupro é definido no Código Penal em seu artigo 213 da seguinte forma:

Estupro

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso:

(Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave ou se a vítima é menor de 18 (dezoito) ou maior de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 8 (oito) a 12 (doze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

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

⁵⁴ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 275.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial 4 Dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 1.

⁵⁶ BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2>. Acesso em: 18 out. 2019.

O citado dispositivo absorveu o que antes era chamado de atentado violento ao pudor, que era previsto no artigo 214 do Código Penal, atualmente revogado pela Lei n.º 12.015 de 2009, constituindo, desse modo, um único conceito legal de delito de estupro. Esse modelo de tipificação unificada é também utilizado em países como França, Portugal, Chile, Espanha, Argentina e Colômbia.⁵⁷

A pena é de reclusão, de 6 a 10 anos, para a forma simples, enquanto para as formas qualificadas, previstas nos §§ 1º e 2º do citado artigo, a pena é agravada, respectivamente, para reclusão de 8 a 12 anos quando da conduta resulta lesão corporal de natureza grave e para reclusão de 12 a 30 anos, se da conduta resulta morte. As hipóteses de lesão corporal de natureza grave estão elencadas nos §§ 1º e 2º do artigo 129 do Código Penal. No que tange às lesões corporais que não são consideradas graves, essas ficam subsumidas no próprio crime sexual.

O delito de estupro tem sua pena aumentada, ainda, pelo artigo 226, I, do Código Penal de quarta parte, se o crime é cometido com o concurso de duas ou mais pessoas; pelo artigo 226, II, de metade, caso o agente seja ascendente, madrasta ou padrasto, tio, cônjuge, irmão, tutor, companheiro, curador, preceptor ou empregador da vítima ou que tenha autoridade sobre a vítima por qualquer outro título; pelo artigo 234-A, III, de metade, caso resulte gravidez do delito e pelo artigo 234-A, IV, de um sexto até a metade, caso o agente transmita à vítima doença sexualmente transmissível de que sabe ou deveria saber ser portador.

Cabe ressaltar aqui o caráter hediondo do delito, em qualquer de suas formas, conferido pela Lei n.º 8.072 de 1990, sendo insuscetível de anistia, graça, fiança e indulto.⁵⁸

Se, por um lado, o sujeito passivo do delito de estupro, conforme a antiga redação, era somente a mulher⁵⁹, agora a vítima do citado crime é toda pessoa que foi constrangida mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal ou a praticar ou deixar que lhe pratique outro ato libidinoso. Ressalta-se que qualquer pessoa pode ser sujeito passivo do delito em questão, independentemente de qual profissão exerça, do seu estado civil, condição mental, etc. Nesse sentido, é o entendimento de Hercules (2014):

⁵⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 277.

⁵⁸ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 596.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte especial 4 Dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.p. 2.

Ninguém, nem os que mercadejam o próprio corpo para a saciedade sexual de terceiros, nem o mais inveterado pederasta passivo ou a mais despuorada meretriz, está à margem da proteção penal. Todas as pessoas, sem exceção, são titulares desse direito protetivo. Sendo a vítima do sexo feminino, nada importa, portanto, se “virgem” ou se “honesta”, nas arcaicas e machistas acepções, nas adjetivações indisfarçavelmente preconceituosas e discriminatórias, banidas já sem tempo do Estatuto Penal.

[...]

Não cabe mais qualquer juízo moral sobre a sexualidade de alguém para reconhecê-lo como titular do direito à dignidade que a lei outorga a todos nós, indiferentemente. Somente fazem exceção as pessoas menores de 14 anos e as que por outras causas legais que não essa idade, também são consideradas vulneráveis, porque contra elas qualquer ação sexual já fica incursa em outro tipo penal, o estupro de vulnerável, [...].(HERCULES, 2014, p. 596-597)

Ou seja, com as alterações, tanto o homem como a mulher poderão ser sujeito passivo ou ativo do delito, vez que se considera estupro todo ato libidinoso praticado violentamente ou com grave ameaça a alguém.⁶⁰

Resumidamente, são elementos constitutivos do delito de estupro a ação de constranger, a conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a violência ou a grave ameaça e o dolo.

A ação de constranger significa “impor, forçar, obrigar, coagir, compelir, subjugar, sujeitar, dominar- em excessiva tautologia-, empregando, logicamente, meios idôneos para tal.”⁶¹

“O ato libidinoso é qualquer ato de cunho sexual que objetive satisfazer a lascívia”⁶². “Qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal é tão somente um ato libidinoso contrário ao pudor. Quando proveniente de violência ou ameaça, denomina-se atentado violento ao pudor”⁶³. No entanto, como delito, o atentado violento ao pudor foi revogado pela Lei n.º 12.015/2009 e incluído no delito de estupro previsto no artigo 213 do Código Penal.⁶⁴

⁶⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 277.

⁶¹ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 597.

⁶² FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. p. 84.

⁶³ FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. p. 83

⁶⁴ FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. p. 83.

O entendimento sobre conjunção carnal ainda continua o mesmo, sendo definida como “a introdução completa ou incompleta do pênis na cavidade vaginal, ocorrendo ou não ejaculação, não se tendo como tal a cópula vestibular ou vulvular nem o coito oral ou anal”⁶⁵. Destaca-se que a conjunção carnal faz parte do gênero ato libidinoso.

Outra alteração na legislação é que o estupro mediante violência presumida passou a ser chamado de estupro de vulnerável, ocasião em que as vítimas são menores de 14 anos, portadores de enfermidade ou deficiência mental que não possuem discernimento exigido para a prática do ato ou que, por qualquer outro motivo, não possam oferecer resistência, mesmo que essa vítima seja maior de idade e seja fisicamente e mentalmente capaz, conforme dispõe o artigo 217-A do Código Penal:

Art. 217 - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005)
Estupro de vulnerável (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no **caput** com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 2º (VETADO) (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 3º Se da conduta resulta lesão corporal de natureza grave: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 10 (dez) a 20 (vinte) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 4º Se da conduta resulta morte: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 Pena - reclusão, de 12 (doze) a 30 (trinta) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)
 § 5º As penas previstas no **caput** e nos §§ 1º, 3º e 4º deste artigo aplicam-se independentemente do consentimento da vítima ou do fato de ela ter mantido relações sexuais anteriormente ao crime. (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

No delito de estupro, o bem jurídico protegido é a liberdade sexual do homem e da mulher, os quais possuem direito de dispor sobre seu corpo.

A violência, por sua vez, apresenta diferentes tipos.

A violência presumida, segundo França(2017), ocorre nos casos de vítimas “menores de 14 anos, alienados ou débeis mentais e por outra causa qualquer que impeça a vítima de resistir”⁶⁶. É o estupro de vulnerável. ⁶⁷ Já Hercules (2014) afirma que a violência

⁶⁵ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 278.

⁶⁶ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 278.

⁶⁷ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 278.

compreendida no artigo do delito em questão é sempre real ou efetiva, sendo a presumida ou ficta ou indutiva afastada do código, uma vez que desdenhável diante das novas definições dos crimes sexuais.⁶⁸

No que diz respeito à violência efetiva, essa sucede quando há a anulação da resistência da vítima pelo uso de força física ou pelo uso de meios que venham privar ou perturbar seu entendimento. “o concurso da força física ou o emprego de meios capazes de privar ou perturbar o entendimento da vítima, impossibilitando-a de reagir ou defender-se.”⁶⁹

Violência efetiva psíquica é quando o agente leva a vítima a uma maneira de não resistência por enfraquecimento ou, até mesmo, inibição dos recursos mentais: ação de drogas alucinógenas, embriaguez completa, anestesia e estados hipnóticos, por exemplo.⁷⁰ Hércules (2014) menciona que a violência psíquica ou moral é a grave ameaça, consistente em uma intimidação, na provocação psicológica de um enfraquecimento da vontade. Segundo o autor, ela “pode ser representada pela promessa, por parte do agente, de um mal concretizável, de suma importância para a vítima e capaz de vencer sua resistência.”⁷¹

O dolo, por sua vez, é o elemento constitutivo do crime que diz respeito à vontade livre e consciente de cometer o fato punível, é o elemento subjetivo do crime. A nossa legislação não reconhece a forma culposa do delito de estupro.⁷²

A ação penal pública nos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável é a ação penal pública incondicionada, conforme art. 225 do Código Penal, cuja redação foi conferida recentemente pela Lei n.º 13.718 de 2018.⁷³ A ação penal pública incondicionada, de titularidade do Ministério Público, constitui regra geral e é exercida mediante a propositura de denúncia, sendo que independe de manifestação do ofendido ou de seu representante legal para ser iniciada.⁷⁴

Tal informação é relevante para o médico, uma vez que, em que pese o dever de sigilo profissional disposto no capítulo IX do Código de Ética Médica⁷⁵, esse possui o dever legal de

⁶⁸ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 597.

⁶⁹ FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. 448 p. 81.

⁷⁰ FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 278.

⁷¹ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 598.

⁷² HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 598.

⁷³ BRASIL. Decreto-lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 23 out. 2019.

⁷⁴ SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 509.

⁷⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução Cfm n.º 1.931, de 17 de setembro de 2009. **Código De Ética Médica**. Brasília, 17 set. 2009. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>. Acesso em: 23 out. 2019.

notificar à autoridade competente os crimes de ação penal pública incondicionada dos quais tomou conhecimento no exercício de sua profissão, conforme artigo 66, inciso II do Decreto-lei n.º 3.688 de 1941(Lei das Contravenções Penais).⁷⁶

A par dos conceitos legislativos sobre o delito em questão, passa-se a análise de como é ou deveria ser o exame médico forense e o laudo pericial nos casos envolvendo o respectivo crime.

Ressalta-se que um dos objetivos da perícia médico-legal é averiguar a materialidade de fatos jurídicos cuja demonstração dependa de conhecimentos médicos ou relacionados com a medicina. “Na esfera criminal, esse levantamento passa essencialmente por coleta e análise de vestígios, visando a elucidação do fato que esteja sendo apurado.”⁷⁷

No que diz respeito à constatação dos crimes contra a dignidade sexual, o exame de corpo de delito, bem como as outras perícias entram na demonstração pericial da conjunção carnal e dos outros atos libidinosos, “mas também são indispensáveis na demonstração pericial de lesões corporais, de doenças sexualmente transmissíveis, da gravidez, da idade, da condição mental, do perfil genético, da causa da morte, etc.”⁷⁸

Assim que a perícia médico-legal solicitada for concluída, o perito-legista responde aos quesitos oficiais a ela correspondentes e aos quesitos suplementares, caso existirem. Sobre os quesitos oficiais ainda em uso, menciona Hercules (2017) que:

Os quesitos oficiais ainda em uso foram aprovados pela comissão que elaborou o Código de Processo Penal vigente e formulados por comissão composta pelo Dr. Miguel Sales, diretor do instituto Médico-Legal do Rio de Janeiro; pelo Dr. Antenor Costa, professor catedrático de Medicina Legal da Faculdade de Niterói e livre-docente de Medicina Legal da Faculdade de Medicina da Universidade do Brasil; e pelo Dr. Roberto Lyra, professor de Direito Penal da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil. (HERCULES, 2014, p. 604-605)

Franklin (2018), em sua abordagem, divide o exame pericial em etapas sequenciais, quais sejam, narrativa livre da vítima, anamnese direcionada, ectoscopia e propedêutica (lâmpada de Wood, colposcopia, laboratório de análises clínicas e de genética).

⁷⁶ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 598.

⁷⁷ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 604.

⁷⁸ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 604-605

Ainda, cita que, na concepção de Slaughter & Brown (1992), um protocolo de exame que inclui colposcopia pode ser o meio mais confiável a fim de certificar lesões genitais em vítimas de agressão sexual. O exame colposcópico é tido como padrão-ouro na abordagem de abuso sexual de crianças na Austrália, sendo que, em alguns centros, a colposcopia foi eleita como método de análise em função de sua ampliação, potencial de revisão por pares e fotodocumentação como fundamental à investigação médico-legal em vítimas de agressão sexual, se estendendo até homicídios.⁷⁹ Já Hercules (2014) entende que não é imprescindível o uso do colposcópico, mas a sua utilização é mais vantajosa sobre o exame à vista desarmada, sendo que uma boa lupa pode suprir as necessidades.

Dentre as recomendações para o exame de corpo de delito de conjunção carnal e outros atos libidinosos, salienta-se que necessita ser realizado o mais cedo possível após o acontecimento que o deu causa a fim de que não se percam os possíveis vestígios. Outra recomendação significativa é o fato das vítimas serem examinadas sem terem feito higienização após o fato.⁸⁰

Sobre o exame do local dos fatos pela perícia criminal, esse deve ser inteiramente preservado e protegido. Deve ser minuciosa a descrição do ambiente e das alterações nele encontradas. Objetos pessoais da vítima ou do agressor, incluindo pontas de cigarro, peças íntimas, entre outros, devem ser procurados. Devem, também, ser buscadas manchas e outros elementos biológicos.

O exame da vítima deve conter sua identificação (nome, profissão, residência, etc) histórico (relato da vítima com sua própria linguagem a respeito do local, condições, etc), exame subjetivo (condições psicológicas e físicas da vítima) e exame objetivo o qual é dividido em exame objetivo genérico e exame objetivo específico.

O exame objetivo genérico diz respeito ao aspecto geral da vítima, alterações corporais sugestivas de violência e lesões. O exame objetivo específico abrange coito vaginal (será feito o exame dos genitais externos, coleta de pelos pubianos e amostras de sêmen sobre pele, etc), anal (estudo das lesões locais como equimoses, coleta de pelos e amostras de sêmen, coleta de material biológico como sangue e saliva do agressor para identificação pelos testes em DNA) oral (análise das lesões linguais e labiais e coleta de amostra de material biológico do lavado da cavidade oral com soro fisiológico estéril) e introdução de objetos (pesquisa de eventuais

⁷⁹ FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. p. 85-86.

⁸⁰ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 605.

lesões traumáticas e eventuais componentes do objeto usado na penetração). Além disso, o exame da vítima abrange o exame de suas vestes em busca de sangue sêmen a fim de identificar o autor.

O exame do agressor envolve registro cuidadoso de suas características para auxiliar na sua identificação, exame de suas vestes a fim de localizar sinais de luta, material biológico da vítima e vestígios de identificação do local dos fatos. Abrange, também, a procura de sinais que possibilitem sua vinculação aos fatos (sinais de defesa, sangue, secreção menstrual, etc), coleta de material subungueal, coleta de pelos e material biológico na região pubiana, busca de lesões traumáticas nos órgãos genitais, doenças sexualmente transmissíveis e alterações que sejam capazes de identificar o agressor pela vítima. Ademais, deve-se realizar avaliação psiquiátrica do agressor.⁸¹

Quanto ao ambiente adequado para exercer a atividade legispericial, preza-se por um ambiente recatado a fim de respeitar a dignidade e privacidade da pessoa examinada e por um ambiente com boas condições de higiene e de fácil visualização dos prováveis achados periciais. É recomendável que o exame seja feito com a presença de familiares adultos ou de pessoa que a vítima confie ou de enfermeiras, exceto quando a presença dessas pessoas possa vir a inibir a vítima.

Nesses casos, exige-se, também, que a pessoa indicada para realizar essa perícia, além de ser alguém com habilitação legal e profissional em medicina, tenha a capacitação e a experiência necessária para lidar com o tema, tendo conhecimento da legislação que rege a matéria, noção de como responder aos quesitos e prática na redação de laudo.⁸²

Dentre as recomendações apresentadas por França (2017), tem-se que:

- a- o exame deve ser feito em lugar reservado, de boas condições higiênicas e de iluminação e com instrumental mínimo necessário;
- b- evitar o exame sumário, superficial e omissivo;
- c- não fazer conclusões açodadas e intuitivas;
- d- descrever detalhadamente a sede e as características das lesões;
- e- valorizar também os exames subjetivos e objetivo genérico;
- f- registrar em esquemas corporais próprios todas as lesões encontradas;
- g- fotografar sempre que possível essas lesões;
- h- detalhar em todas as lesões forma, idade, dimensões, localização e particularidades;
- i- trabalhar sempre em equipe;
- j- ter o consentimento livre e esclarecido da vítima e em casos de menores obter o consentimento de seus responsáveis legais;

⁸¹FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 276-277.

⁸²FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. p. 276.

- l- examinar com paciência e cortesia, pois são pessoas vulneráveis;
- m- respeitar as confidências;
- n- em casos de exames em menores, ter sempre alguém da família presente;
- o- examinar sempre com privacidade;
- p- aceitar a recusa ou o limite do exame pela vítima;
- q- a assistência médica deve ter prioridade sobre o exame pericial;
- r- o laudo deve ser redigido em linguagem inteligível e objetiva e não deve ter expressões incertas ou conclusões dúbias;
- s- as amostras coletadas devem ser sempre em número de duas ou mais para possível contraprova.(FRANÇA, 2017, p. 277)

Os procedimentos de pesquisa das manchas de sêmen podem configurar sinais de orientação, sinais de probabilidade e sinais de certeza. Os sinais de orientação fundamentam-se nas propriedades físicas do sêmen. Os sinais de probabilidade estão representados pelas provas cristalográficas (Florence, bacchi e Barbério), exame pela lâmpada de Wood e dosagem da fosfatase ácida. Os sinais de certeza são: soro antisperma, dosagem de PSA, coloração de Christmas Tree para espermatozóide (hematoxilina-eosina) e prova de Corin-Stockis. A lâmpada de Wood é importante essencialmente porque detecta fluorescência até 72h depois de praticada a violência. Falso-positivos podem ocorrer com leite, vaselina, loções suavizantes de pele, etc.

Deve-se pesquisar a presença de espermatozoides na cavidade vaginal e no ânus; células epiteliais masculinas no lavabo vaginal; e, quantitativamente, a fosfatase ácida prostática e glicoproteína 30 nas secreções da vagina ou de outra área suspeita. A dosagem da fosfatase ácida é importante, pois faz parte do fluido seminal, sendo significativa uma quantidade acima de 200UI.

Fosfatase e PSA são dados importantes nos casos de estupro em que o agente é vasectomizado. A pesquisa do MH-5 é de grande valia. Trata-se de um anticorpo monoclonal destinado a apontar um produto da secreção das células epiteliais das vestículas seminais.

Sendo possível, deve-se realizar colposcopia. Essa oferece melhor iluminação e permite mais fidedignidade na mensuração do orifício himenal. Permite ainda melhor visualização de roturas da camada epitelial quando da aplicação do corante azul de toluidina.

Os materiais orgânicos suspeitos de serem do agente devem ser custodiados para pesquisa de DNA para futuro confronto genético. O DNA mitocondrial extraído de cabelo possibilita apontar o agente agressor

No caso de criança, a anamnese deve ser registrada com os responsáveis e/ou alguém que tenha presenciado o abuso.⁸³

No que diz respeito especificamente ao exame de demonstração da conjunção carnal, essa pode ser demonstrada pericialmente por meio de vestígios que se diversificam conforme seja ela recente ou antiga. Os vestígios mais significativos de conjunção carnal recente são a rotura não cicatrizada do hímen, bem como a presença de sêmen na vagina. Sobre a conjunção carnal antiga (denominada assim por não ser recente de modo não muito apropriado), são indicados como vestígios a ruptura cicatrizada do hímen, a gravidez e a contaminação por determinadas doenças sexualmente transmissíveis. Ainda, em que pese a rotura não cicatrizada do hímen ser considerada um dos vestígios mais fortes de conjunção carnal, não é possível contar com esse dado em todas as investigações, pois nem todas as perícias de conjunção carnal se reportam ao primeiro episódio deste acontecimento. Estupro não é crime que vitima exclusivamente mulher com hímen íntegro e rompível. Ademais, é necessário cautela por parte do perito-legista para não confundir roturas com entalhes, sendo aquelas consideradas de causa traumática e estas de origem congênita.

Salienta-se, ainda, que, atualmente, não é plausível que a perícia médico-legal possa produzir uma prova robusta de conjunção carnal, com intuito de apurar o crime de estupro, que não contemple a análise do DNA eventualmente localizado no material recolhido da cavidade vaginal da periciada. Cabe ressaltar que o material genético masculino pode ser extraído não apenas de espermatozóides, mas também de outras células masculinas. No Estado do Rio de Janeiro, em 2002, a Academia Estadual de Polícia Sílvio Terra formou um contingente de peritos no Curso de Especialização em Pesquisa e Análise Forense de DNA. Com isso, desde 2005, com a inauguração do Laboratório de Ensino, Pesquisa e Perícias em Genética Forense, o qual é vinculado ao Departamento Geral de Polícia Técnico-científica, já é possível contar com a análise de DNA para provas em perícia médico-legal.

Vale frisar que nenhum dos sinais considerados como vestígio de conjunção carnal atribui absoluta certeza de que ocorreu a cópula vaginal. O que esses vestígios permitem é sugerir a possibilidade de ela ter ocorrido, assim sendo, autorizam apenas uma presunção.

Sobre a demonstração de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, um dos vestígios mais importantes é a presença de sêmen (em partes do corpo da vítima que não a

⁸³ FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. p. 86

cavidade vaginal ou ainda nas roupas que usava quando do ocorrido). A técnica para demonstração da presença de sêmen é a mesma usada nos casos de conjunção carnal, diferindo o local da coleta.

Sobre o coito anal, entende Hercules (2014) que não existe motivo para considerar rágade ou fissura anal como lesão característica ou patognomônica do coito *per anum*, sendo que, por outro lado, “ as fissuras ou rágades também não são lesões obrigatoriamente presentes em casos de coito anal. Em favor desse entendimento, Bonnet relata que em sua prática médico-legal encontrou pederastas passivos de longa data que tinha o orifício anal absolutamente normal.”⁸⁴

No que diz respeito aos protocolos, vale citar a pesquisa intitulada “Protocolos e iniciativas de atendimento médico-legal em casos de violência sexual em mulheres: comparação entre os achados no Brasil e no mundo” publicada em 2014. O estudo analisou protocolos em diferentes países e pontuou as boas práticas aplicáveis ao caso brasileiro e contrapôs a nossa realidade.

De acordo com a referida pesquisa, foram constatadas boas práticas, tais como aconselhamento e assistência jurídica à vítima disponíveis desde o início do atendimento da sobrevivente nos centros de atenção no Reino Unido, EUA, Índia e África do Sul. No Brasil, no entanto, não há esse aconselhamento e assistência de modo institucionalizado. Ainda, há Kits de coleta de material para evidências forenses sempre disponíveis nos países citados, enquanto no Brasil não há kit padronizado. No Brasil, há apenas iniciativas isoladas no que diz respeito a protocolo de atendimento médico-legal. Já no Reino Unido, EUA, Índia e África do Sul há protocolos padronizados onde se detalha todos os procedimentos envolvidos. Ademais, sobre os recursos humanos em Medicina Legal, constatou-se que são escassos diante da grande demanda da realidade brasileira. No nossa país, à época da pesquisa, havia apenas um curso de residência médica especializada e poucas pós-graduações. Relativamente às instalações e área física, essa é restrita às instalações existentes nos Institutos Médico-Legais (IML), à exceção do Hospital Perola Byington (salienta-se aqui, de modo antecipado, que em 2016, em matéria publicada no site da Gaúcha ZH, o Hospital Presidente Vargas localizado na cidade de Porto Alegre foi apontado também como modelo de atendimento às vítimas). No Reino Unido e EUA, a instalação e área física são disponíveis

⁸⁴ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 605-614

sob a forma de centros integrados de atendimento, onde as sobreviventes são acolhidas em espaços que garantem a sua privacidade.⁸⁵

No que diz respeito ao local de atendimento às vítimas, em 2016, a Gaúcha realizou matéria relatando como era a estrutura para atender vítimas de estupro no Rio Grande do Sul. Foi constatado, à época da notícia, que o efetivo teria diminuído na Delegacia Especializada no Atendimento à Mulher (Deam). Foi relatado que em 2015 o atendimento era feito por dois policiais (um homem e uma mulher), e, após esse período, havia apenas um policial plantonista em turno de 12 horas. Uma das vítimas relatou nas redes sociais que foi desestimulada a registrar os fatos. Disse que a sala não tinha privacidade e que não teve atendimento exclusivo, visto que um dos plantonistas interrompia o atendimento para atender o telefone da delegacia.

A delegada salientou que o problema na DEAM era a falta de estrutura e pessoal, mencionando que eles precisam atender o telefone, que a sala não é fechada até o teto de modo que se escuta o que se fala dentro dela.

A Comissão de Defesa do Consumidor, Direitos Humanos e Segurança Urbana da Câmara, em 2015, teria feito auditoria no sistema de proteção e detectou falhas no atendimento e sucateamento, tendo sido apresentado relatório em maio com recomendações aos órgãos públicos.

Por outro lado, a reportagem menciona que, caso a vítima fosse menor de 18 anos, seria encaminhada para o Centro de Referência no Atendimento Infanto-Juvenil (Crai) do Hospital Materno-Infantil Presidente Vargas, onde é dado atendimento médico, psicológico, social às vítimas e onde são realizados os exames necessários para a investigação e produção de provas tudo no mesmo local, o que é considerado um modelo ideal de atendimento.⁸⁶

No que diz respeito ao laudo pericial, esse é composto por preâmbulo, histórico, descrição, discussão, conclusão e respostas aos quesitos. O preâmbulo é onde constará a data, local e hora da perícia, a autoridade solicitante do exame, dados de identificação do periciado, peritos designados e os quesitos formulados. Já o histórico apresentará os dados relacionados

⁸⁵ BONNET, Fabianne Ribeiro; CINTRA, Raquel Barbosa. **Protocolos e iniciativas de atendimento médico-legal em casos de violência sexual em mulheres: comparação entre os achados no Brasil e no mundo**. 2014. Saúde, Ética e Justiça. 2014; 19(1):45-51.

⁸⁶ RION, Adriana. **Estrutura escassa para atender vítimas de estupro no RS**. Gaúchazh. Porto Alegre, 01 jun. 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/06/estrutura-escassa-para-atender-vitimas-de-estupro-no-rs-5822328.html>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

ao fato os quais serão fornecidos pela autoridade solicitante e/ou pelo periciado, sendo que deve ser sucinto e objetivo, uma vez que as circunstâncias do caso concreto serão analisadas durante o processo. Benfica e Vaz (2008) salientam que termos como “periciado refere que...”, “fomos informados pela autoridade policial que...” evitam a interpretação de que o perito médico está colaborando na afirmação de eventos imaginários ou falsos. A descrição é onde as lesões encontradas serão claramente descritas, apontando suas características e dimensões, sendo possível a utilização, algumas vezes, de fotografias e/ou desenhos gráficos. A descrição é a parte mais significativa do laudo pericial.

A discussão, embora nem sempre presente, é a parte do laudo onde os dados encontrados serão criteriosamente analisados, esclarecendo-se hipóteses e controvérsias, etc. É onde geralmente são colocadas explicações a respeito de termos técnicos e siglas utilizadas no laudo.

A conclusão representa o diagnóstico elaborado a partir do exames realizados, embora nem sempre presente. É a informação fundamental que resulta dos dados descritos e discutidos.

As respostas aos quesitos são específicas de acordo com cada perícia e laudo pericial. As respostas devem ser objetivas, sendo que todos os quesitos precisam ser respondidos, mesmo que a resposta seja indeterminada ou sem elementos para responder .

O laudo deve ser redigido em uma linguagem clara, sem presunções das tipificações penais, com descrição minuciosa das lesões e particularidades que foram ali encontrados. Não se pode aceitar somente a nomeação do que foi encontrado, mas em quais elementos e modificações se embasou o perito para fazer a afirmação ou a negação de uma conjunção carnal, por exemplo. Desse modo, o laudo irá apontar com clareza ao juiz as condições para sua melhor compreensão no momento de valorizar a prova. ⁸⁷

Serão formulados quesitos ao perito os quais serão específicos de acordo com a perícia a ser realizada.⁸⁸ Assim sendo, segundo Croce (2010), tem-se que os quesitos específicos do exame de corpo de delito nos casos de estupro sem conjunção carnal e com conjunção carnal são os seguintes:

⁸⁷ BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 13-14.

⁸⁸ BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p.13.

Exame de corpo de delito (estupro sem conjunção carnal)

1.º) se há vestígios de ato libidinoso; 2.º) se há vestígios de violência e, em caso afirmativo, qual o meio empregado; 3.º) se da violência resultou para a vítima incapacidade para ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou deformidade permanente (resposta especificada); 4.º) se a vítima é alienada ou débil mental; 5.º) se houve outra causa, diversa da idade não maior de 14 anos, alienação ou debilidade mental que a impossibilitasse de oferecer resistência; nos casos indicados será formulado o seguinte quesito: 6.º) se resultou aceleração de parto, ou aborto (vide n 12.7)

Auto de corpo de de delito (estupro com conjunção carnal)

1.º) Se a paciente é virgem; 2.º) se há vestígios de desvirginamento recente; 3.º) se há outros vestígios de conjunção carnal recente; 4.º) se há vestígios de violência e, no caso afirmativo, qual o meio empregado; 5.º) se da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou deformidade permanente, ou aceleração de parto, ou aborto(resposta especificada); 6.º) se a vítima é alienada ou débil mental; 7.º) se houve outra causa, diversa de idade não maior de 14 anos, alienação ou debilidade mental que a impossibilitasse de oferecer resistência (vide n 12.6.3).(CROCE, 2010, p.54)

Já França (2017), a partir da alteração de alguns conceitos pela Lei n.º 12.015/09 propõe algumas alterações nos modelos de laudos referentes aos crimes contra a dignidade sexual de formas mais objetiva e simples. O autor refere que seria necessário apenas um modelo, uma vez que a lei considera que o ato libidinoso é gênero, do qual a conjunção carnal faz parte. Sua proposta de quesitação é a seguinte:

1º- Se há vestígios de ato libidinoso (em caso positivo especificar);

2º- Se há vestígios de violência e, no caso afirmativo, qual o meio empregado;

3º- Se da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trintas) dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente de membro, sentido ou função, ou aceleração de parto, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou deformidade permanente e/ou aborto (em caso positivo especificar);

4º- Se a vítima é alienada ou débil mental;

5º- Se houve outro meio que tenha impedido ou dificultado a livre manifestação de vontade da vítima (em caso positivo especificar).

França (2017) cita a possibilidade de inclusão dos quesitos das sugestões do Grupo de Trabalho “ Tortura e Perícia Forense” o qual foi criado pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República nos casos em que há suspeita de ato libidinoso:

1. Há achados médico-legais que caracterizem a prática de ato libidinoso?
2. Há evidências médico-legais que sejam indicadoras ou sugestivas de ocorrência de ato libidinoso contra o examinado que, no entanto, poderiam excepcionalmente ser produzidas por outra causa?⁸⁹

“Este último quesito, quando afirmativo, deixa claro que o perito apenas está afirmando que existem evidências sugestivas e indicadoras de ato libidinoso, o que pode possibilitar ao juiz, com existência de outras provas, tirar suas conclusões.”

França (2017) refere que em caso de existência de interesse em realizar apenas o exame de conjunção carnal pode-se utilizar a antiga quesitação:

- 1º- Se houve conjunção carnal;
- 2º- Qual o tempo dessa conjunção?;
- 3º- Se houve violência;
- 4º- Qual o meio empregado para a violência;
- 5º- Se da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias ou perigo de vida ou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função ou incapacidade permanente para o trabalho ou enfermidade incurável ou deformidade permanente ou aceleração do parto ou aborto (resposta especificada);
- 6º- Se a vítima é alienada ou débil mental;
- 7º- Se houve outra causa que impossibilitasse a vítima de oferecer resistência.

Hercules (2014) menciona que os quesitos oficiais, em forma conjugada, ficariam, mais apropriados dessa maneira:

- 1º) se há vestígio de conjunção carnal recente;
- 2º) se há vestígio de outro ato libidinoso recente e, no caso afirmativo, qual o meio empregado;
- 4º) se da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou deformidade permanente, ou aceleração de parto, ou aborto (resposta especificada);
- 5º) se a vítima, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato;
- 6º) se houve outra causa, diversa da idade não maior de 14 anos e da enfermidade ou deficiência mental, que a impedisse de oferecer resistência. (HERCULES, 2014, pg. 605)

Cabe salientar que a atribuição de concluir a respeito da ocorrência de estupro ou outro crime sexual não é do perito-legista.⁹⁰ Há outras questões a serem levadas em conta para a confirmação da existência do delito, tal como o fato da inexistência de consentimento em

⁸⁹ Redação que segue o modelo proposto pelo Protocolo de Istambul. Alto Comissariado das Nações Unidas para os Direitos Humanos. **Protocolo de Istambul, Série de Formação Profissional nº 08 Manual para a Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes.** Nações Unidas. Genebra; 2001. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>

⁹⁰ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 605.

casos em que não envolvem vítimas vulneráveis, conforme dispositivos do Código Penal elencados anteriormente.

2.3 Prova Pericial vs Prova Testemunhal

As testemunhas e os peritos são provas em nossa legislação, apresentando, entretanto, algumas diferenças: enquanto a prova testemunhal se desdobra em depoimento e observação, a perícia, por sua vez, além desses elementos, traz consigo a avaliação. A perícia ilumina o elemento ou fonte de prova e o perito é simplesmente o auxiliar do juiz. Por outro lado, a testemunha constitui, por si própria, a fonte de prova. Se, por um lado, a testemunha conhece os fatos no momento em que ocorrem, o perito é chamado, no processo, para conhecê-los. Contudo, há uma exceção no que diz respeito ao testemunho por ouvir dizer (*hearsay*), ou seja, a testemunha indireta, que é aquela que não presenciou os fatos, mas ouviu falar sobre eles ou depõe sobre acontecimentos acessórios.⁹¹

Em que pese alguns ordenamentos terem a figura da testemunha-perito, testemunha que possua um conhecimento técnico e que possa exarar opiniões e conclusões técnicas a respeito dos fatos ou circunstâncias do processo em seu depoimento, como o espanhol no art. 370.4 da Ley de Enjuiciamiento Civil espanhola⁹², nosso ordenamento não abarca essa possibilidade.⁹³ De acordo com o disposto no artigo 279, II do Código de Processo Penal, o perito não pode ser testemunha⁹⁴, exceto no Tribunal do Júri.

A conclusão do perito, assim como a prova testemunhal, é sempre subjetiva por mais que seja considerada uma prova técnica ou científica. Isso se dá porque toda perícia é resultado de uma interpretação de um técnico ou de um profissional sobre algo ou alguém que foram por eles examinados, sujeitando-se, desse modo, a juízos valorativos, subjetivismos e preconceitos. Nas palavras de Manzano (2011):

⁹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 467.

⁹² Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. [...] BOE. Ley nº 1/2000, de 08 de janeiro de 2000. **Ley de Enjuiciamiento Civil**. España, Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

⁹³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. p. 13.

⁹⁴ Art. 279. Não poderão ser peritos: [...]II - os que tiverem prestado depoimento no processo ou opinado anteriormente sobre o objeto da perícia;[...] BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

A verdade científica pode ser comprovada pelo método experimental; mas a reconstrução histórica do fato, que se faz pela prova, no processo, é indemonstrável e, pois, probabilística, aproximativa, possível, relativa, dialética. Os raciocínios jurídicos são dialéticos, conducentes ao provável, ao verossímil, em que, como já mostrara Aristóteles, exercita-se a “argumentação”.(p.13)

Importante ressaltar que a prova pericial acaba por demonstrar apenas um grau de probabilidade de um dos aspectos do delito, o que não se confunde com a comprovação de toda complexidade em que está inserido o fato: um exame de DNA que demonstra que o esperma encontrado no corpo da vítima pertence ao réu demonstra apenas que o material coletado o pertence, mas não comprova que o réu matou e violou a vítima, por exemplo, devendo-se fazer uso de outros instrumentos probatórios.⁹⁵

Segundo o entendimento de Pacelli (2014), por exemplo, o delito de estupro não dependerá da prova pericial para comprovar a materialidade e a autoria quando o fato for presenciado por testemunhas.

2.4 Palavra da vítima nos delitos sexuais

A vítima não é considerada testemunha na sistemática do Código de Processo Penal, desse modo, não presta compromisso e não pode ser responsabilizada por falso testemunho.

No que diz respeito à valoração da palavra da vítima, deve-se realizar algumas considerações: está contaminada pelos fatos (podendo agir em benefício do réu por medo dele ou, até mesmo, por vingança). Além disso, a vítima não presta compromisso de dizer a verdade. Desse modo, sendo que no plano material está contaminada e, no processual, não há a prestação de compromisso de dizer a verdade, “é natural que a palavra da vítima tenha menor valor probatório e, principalmente, menor credibilidade, por seu profundo comprometimento com o fato.”⁹⁶

Assim sendo, apenas a palavra da vítima não poderá justificar uma sentença condenatória.

Todavia, a jurisprudência faz ressalvas para os casos de crimes contra o patrimônio cometidos com violência ou grave ameaça e para os crimes sexuais. Devido à dificuldade de

⁹⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 424

⁹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 456.

provas além da palavra da vítima nesses crimes, a valoração probatória é distinta, tendo a palavra da vítima um valor maior e, muitas vezes, decisivo.⁹⁷

Lopes Junior (2018) faz a seguinte pontuação:

É preciso, também, nesses delitos, fazer uma recusa aos dois extremos valorativos: não endeusar, mas também não demonizar, é preciso cautela e disposição para duvidar do que está sendo dito, para fomentar o desejo de investigar para além do que lhe é dado, evitando o atalho sedutor de acreditar na palavra da vítima sem tensionar com o restante do contexto probatório. (LOPES JUNIOR, 2018, p. 457)

A jurisprudência atual entende que nos crimes contra a dignidade sexual, em razão das “dificuldades relacionadas à obtenção de provas, nos quais, o mais das vezes, são praticados sem testemunhas e sem deixar vestígios físicos, a palavra da vítima, quando consentânea com os demais elementos dos autos, assume especial valor probante.”⁹⁸

3 ADMISSIBILIDADE, VALORAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DA PROVA PERICIAL CONSISTENTE NO EXAME MÉDICO FORENSE NOS DELITOS SEXUAIS

3.1 Admissibilidade, valoração e interpretação da prova pericial

O julgador, em diversos casos, se vê na contingência de recorrer ao perito diante da falta de conhecimento especializado. Após, ao mesmo julgador (sem os conhecimentos científicos respectivos) é atribuída a tarefa de apreciar a qualidade e o acerto do trabalho do perito, sendo que pode, inclusive, rejeitar sua conclusão se o fizer de modo justificado.⁹⁹

Ainda, por outro lado, deve-se atentar para o modo pelo qual os peritos interpretam a sua própria perícia. De acordo com Young (2018), a conclusão realizada a partir de um raciocínio incorreto sobre os vestígios de um crime por diversos médicos legistas, o qual se assemelha com o raciocínio de Sherlock Holmes, pode levar muitos inocentes à prisão.¹⁰⁰

⁹⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 454-457.

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão nº HC 486861 / BA *Habeas Corpus* 2018/0346439-1. Ministro Leopoldo de Arruda Barroso. Brasília, 01 out. 2019. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1871085&num_registro=201803464391&data=20191011&formato=PDF>. Acesso em: 02 nov. 2019.

⁹⁹ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 11

¹⁰⁰ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. p. 6.

Ademais, importante ressaltar que execuções incorretas são raramente descobertas, pois, em geral, não há outra forma de detectá-las sem o surgimento de novas evidências.¹⁰¹

Assim, temos alguns pontos a serem analisados: a admissibilidade e a valoração da prova científica no processo, bem como questões atinentes à interpretação da informação tanto pelo perito, como pelo juiz.

Importante ressaltar, ainda, que o direito penal, diferentemente do direito civil, procura uma verdade substancial. Isso porque estão em jogo direitos inalienáveis. Portanto, não é lícito inferir nesse âmbito “alguma convicção de criminalidade, do estado de provas, se elas não são suficientes para refletir no espírito a verdade substancial”.¹⁰²

Diante desse cenário, em que, como regra, a prova recai sobre fatos irrepetíveis (como os fatos relacionados ao tema abordado no presente trabalho), os quais necessitam de um intenso processo hermenêutico¹⁰³, por parte do perito e do juiz, é que se insere o presente capítulo.

Cabe lembrar que, como dito no capítulo anterior, no direito processual predomina o método da persuasão racional ou do livre convencimento motivado.¹⁰⁴ Knijnik (2017), ao citar Gottwald, menciona que : “o convencimento judicial não deve ser apenas um convencimento pessoal, mas também deve incluir uma certa noção de credibilidade, vale dizer, uma “certeza objetiva”; certo ou errado, contudo, o modelo do convencimento fictício- e nos parece correto como premissa teórica- supõe que qualquer decisão judicial não deva pautar-se em critério pessoal, ao mesmo tempo que não logrará jamais reduzir-se a um teorema.” Knijnik (2017) menciona que essa formulação parece atribuir um eixo metodológico seguro a fim de afastar as decisões arbitrárias.

.A “nova tecnologia”ao mesmo tempo que vem para esclarecer, apresenta problemas quando analisada sob o ângulo da prova judiciária, mais especificamente sob o enfoque da prova científica, como a *junk science*- “o que no passado foi ciência hoje pode ser

¹⁰¹ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. p. 21

¹⁰² MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. p. 108-109.

¹⁰³ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 26

¹⁰⁴ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 26

considerado pseudociência ou simples crenças desprovidas de racionalidade, ficando claro seu relativismo”.¹⁰⁵

Desse modo, imcube à ciência processual fornecer mecanismos para um controle que previna “a dispersão do litígio à decisão pericial individual, ao *ipse dixit* do perito, fornecendo balizas para um controle razoável das diversas teses e antíteses que se contraponham no âmbito da respectiva instrução, sobre a qual tenha de haver julgamento.”¹⁰⁶

A admissibilidade da prova pericial no processo demanda um juízo de admissibilidade para que essa prova técnica ou científica possa vir a ser utilizado no processo. Esse juízo de admissibilidade objetiva verificar a sua confiabilidade. Sendo assim, alguns fatores são verificados nesse passo, tais como a validade da teoria científica, a validade da técnica ou do método que aplica a teoria científica e se essa técnica ou método foram aplicados de modo adequado, sendo que o último ponto se desdobra em outras variáveis, as quais serão explicitadas ao longo do capítulo.¹⁰⁷

Importante ressaltar que a problemática ora exposta não se limita apenas ao plano da admissibilidade da prova pericial: deve-se atentar, também, para o momento de sua valoração quando da prolação da sentença ou acórdão. Caso a perícia tenha passado pelo teste de admissibilidade, “caberá ao juiz apreciá-la na sentença, agora à vista da aplicação concreta de seu método, recusando-a ou aceitando-a no todo ou em parte (art. 479 do CPC)”.¹⁰⁸

A busca de critérios que visem uma correta admissão da prova pericial no processo vem sendo discutida pela Suprema Corte Americana desde 1923¹⁰⁹. Alguns julgados da referida Corte influenciaram os dispositivos hoje presentes no Código de Processo Civil, motivo pelo qual pertinente suas breves menções.

A primeira vez em que se discutiu a admissibilidade da prova científica no processo foi no caso *Frye*. A ação foi decidida pela Suprema Corte Americana que fixou o critério da aceitação geral. Tratou-se de um caso em que o réu foi acusado de assassinato, sendo apreciada a admissibilidade do exame poligráfico, o famoso detector de mentiras. Ficou

¹⁰⁵ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 37

¹⁰⁶ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 37-38.

¹⁰⁷ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. p.187.

¹⁰⁸ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 72.

¹⁰⁹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. p.187.

estabelecido no acórdão que o exame ainda não tinha auferido reconhecimento científico entre os psicólogos e autoridades da psicologia. Desse modo, o caso *Frye* impôs que a técnica deve ser generalizadamente aceita pela comunidade científica, não sendo suficiente que dois ou mais peritos qualificados demonstrem a legitimidade de uma técnica.¹¹⁰

Pois bem. O critério da aceitação geral estabelecido em *Frye* se transformou em regra nas cortes estaduais e federais norte-americanas até 1993, ano em que a Corte Suprema dispensou *Frye* em *Daubert v Merrel Dow Pharmaceuticals, Inc.*¹¹¹ O caso foi que a família dos *Daubert*, alegando que o *Bendectin*®, medicamento indicado para prevenir indisposições durante a gravidez, teria ocasionado má-formação em seus filhos, demandaram contra a farmacêutica *Merrel Dow*. Apesar de não terem ganhado a causa, o acórdão do caso, que levou o nome de *Daubert*, solucionou um importante paradoxo.¹¹²

A indústria responsável pelo medicamento juntou no processo 30 estudos publicados, onde ficou demonstrado que o remédio não era apto a causar malformações nos fetos. Por outro lado, os requerentes trouxeram oito peritos para depor a respeito de experiências que tinham feito com animais, onde encontraram uma conexão entre o *Bendectin*® e as malformações, de modo que concluíram pela chance do medicamento provocar defeitos nos embriões.

A corte do distrito concluiu que o depoimento dos peritos não poderia ser admissível, vez que seus experimentos não tinham sido submetidos ao critério da aceitação geral de acordo com o padrão *Frye*.

Após, a Suprema Corte Americana decidiu por unanimidade que o critério adotado quando do julgamento do caso *Frye* não era mais válido, uma vez que, à luz das FRE 401 e 702, toda prova relevante é admissível e o disposto na regra 702 não impõe a aceitação geral como requisito para a admissibilidade do testemunho pericial. Desse modo, a Corte Suprema elencou, de modo não exaustivo, cinco fatores que necessitam ser apreciados quando do juízo de admissibilidade da prova científica: testabilidade, revisão científica e técnica, percentual de erro conhecido ou potencial, existência e respeito aos padrões de manutenção da teoria e técnica e aceitação geral da comunidade científica relevante. Assim sendo, a aceitação geral

¹¹⁰ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011. 249 p. 187-189.

¹¹¹ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011. 249 p. 190.

¹¹² KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 48.

passou a não ser o único critério de admissibilidade. Importante ressaltar que “tratando-se de lei federal- e não de norma constitucional- *Daubert* não vincula os Estados, que são, portanto, livres para continuarem a adotar *Frye*. A adoção de um critério e outro difere mesmo entre os quarenta Estados que adotaram regras quanto à prova baseada nas FRE.”¹¹³

Cabe aqui explicar os fatores *Daubert*, os quais são apenas exemplificativos e devem ser apenas considerados sobre os princípios e metodologia.

O fator teste e testabilidade significa se inteirar se a teoria ou técnica científica pode ser ou foi testada.¹¹⁴

A revisão científica ou técnica e publicação objetiva promover a publicação de artigos para submeter o princípio, a técnica, o método e os resultados à apreciação crítica da comunidade científica relevante, possibilitando, desse modo, a análise de sua confiabilidade às pessoas mais qualificadas.

Sobre o percentual de erro, o essencial a saber é se os valores apresentados correspondentes ao percentual de erro são corretos e não o valor propriamente dito.

O mesmo vale para a manutenção dos padrões, sendo sua qualidade mais importante do que simplesmente a existência deles.¹¹⁵

Quanto à confiabilidade, é um dos critério de suma importância, vez que implica em analisar a confiabilidade da prova admitida, fazendo com que os julgamentos possam ser mais justos.¹¹⁶

No que diz respeito à aceitação geral, “embora a corte tenha rejeitado a “aceitação geral” como único critério de admissibilidade, ela reconheceu a sua relevância como fator de legitimação na apreciação da confiabilidade da prova científica”.¹¹⁷

Ainda, vale mencionar que quando a regra 702 foi emendada, em 2000, foram especificados fatores adicionais, quais sejam:

- 1) se a perícia resultou de pesquisa profissional independente (e não do processo).

¹¹³ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011. p.190-200.

¹¹⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011. p.201

¹¹⁵ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011. p. 200-204.

¹¹⁶ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 92.

¹¹⁷ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011. p. 204.

- 2) se o perito injustificadamente extrapolou suas conclusões na análise dos dados coletados.
- 3) se o perito levou em consideração a possibilidade de existência de explicações alternativas.
- 4) se o perito exercitou o mesmo rigor intelectual exigido em seu campo profissional de trabalho.
- 5) se a área de realização da perícia é reconhecidamente capaz de atingir resultados confiáveis. (MANZANO, 2011, p. 205)

Desse modo, o acórdão *Daubert* estabeleceu que o juiz é o guardião (*gatekeeper*) da prova pericial, sendo que somente deveria aceitar no processo informações periciais que realmente fossem consideradas conhecimento científico, de modo que a *junk science* fosse afastada do processo.¹¹⁸

Outro caso, *General Electric Co. v. Joiner*, que foi julgado em 1997 também tratou da admissibilidade da prova científica dentro de uma ação que pleiteava indenização diante de uma intoxicação ocasionada por substância medicinal. Em suma, nesse caso, “a Suprema Corte Americana estabeleceu que o rol de requisitos de admissibilidade da prova científica previsto no art. 702 da FRE não é taxativo, e que está dentro da discricionariedade do juiz estabelecer outros requisitos e, inclusive, refutar a conclusão e a própria prova científica, quando lhe faltar confiabilidade e suficiência- dos princípios, método ou técnica empregada ou da conclusão alcançada-, à demonstração do fato a que pretende”.¹¹⁹

Já em 1999, a Suprema Corte analisou o caso *Kumho*, o qual marcou a terceira fase sobre a evolução na admissibilidade da prova científica no processo. Em suma, os litigantes do caso haviam compreendido que podiam se afastar dos requisitos de admissibilidade de *Daubert*, mencionando que a prova no processo era técnica e não científica, quando tentavam afastar a opinião do técnico sobre a qualidade de um pneu que havia estourado e causou um acidente automobilístico. A Corte, no entanto, decidiu que os requisitos não se limitavam à prova “científica”, mas, pelo contrário, a qualquer tipo de prova pericial.¹²⁰

Após a análise dos casos que influenciaram o debate sobre a admissibilidade da prova pericial no processo, cabe mencionar como a nossa legislação dispõe sobre o assunto.

¹¹⁸ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 60.

¹¹⁹ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. p. 206-208.

¹²⁰ MANZANO, Luis Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. p. 208-212.

O Código de Processo Civil de 2015¹²¹, em seu artigo 473, inciso III assim dispõe:

Art. 473. O laudo pericial deverá conter:

[...]

III - a indicação do método utilizado, esclarecendo-o e demonstrando ser predominantemente aceito pelos especialistas da área do conhecimento da qual se originou;

[...]

Em que pese o inciso III do referido artigo mencione que o laudo pericial deverá conter a indicação do método utilizado, bem como o seu esclarecimento e a demonstração de sua aceitação geral pelos especialistas da área do conhecimento específica, o art. 479 também do Código de Processo Civil de 2015¹²² dispõe o seguinte:

Art. 479. O juiz apreciará a prova pericial de acordo com o disposto no art. 371, indicando na sentença os motivos que o levaram a considerar ou a deixar de considerar as conclusões do laudo, levando em conta o método utilizado pelo perito.

Segundo Knijnik (2017), o inciso III do art. 473 remeteria ao acórdão *Frye* ao mencionar a aceitação da comunidade de especialistas. Já o art. 479 remeteria ao acórdão *Daubert* ao referir a “atribuição ao juiz da responsabilidade e incumbência de valorar a perícia especificamente à luz do método efetivamente utilizado pelo *expert*”.¹²³ Segundo o mesmo autor, o modelo da aceitação geral aparentemente previsto no inciso III do art. 473 limita a entrada de novas tecnologias e avanços científicos no processo. Tal possibilidade iria pressupor a existência de uma absoluta verdade científica e deixaria o julgador perplexo diante da não existência de aceitação geral ou da inviabilidade do juiz em averiguá-la.¹²⁴ Em suma, a adesão ao critério da aceitação geral como um requisito de validade da perícia torna irrealizável sua execução na seguintes circunstâncias:

¹²¹ BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

¹²² BRASIL. Lei nº 13105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasil, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 05 nov. 2019.

¹²³ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 38.

¹²⁴ MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro**. São Paulo: Atlas S.a., 2011. p. 194-195.

- (a) inexistência de um método de aceitação geral;
- (b) indeterminação do método de aceitação geral;
- (c) método de aceitação geral de aplicação concreta controvertida;
- (d) existência de controvérsia entre comunidades científicas relevantes acerca do método de aceitação geral, mormente em áreas de conhecimentos compartilhadas;
- (e) escassez de fontes para determinar um método de aceitação geral. (KNIJNIK, 2017, pg. 41-42) ¹²⁵

Assim sendo, como ficou demonstrado em *Daubert*, não há como considerar esse critério de forma absoluta, sob o risco de inviabilizar a própria prova.¹²⁶ Desse modo, entende-se pela interpretação conjugada dos artigos 473, III e 479 do Código de Processo Civil como uma forma de garantir a harmonia do microsistema da admissão e valoração da prova pericial. Assim, a interpretação dos artigos citados acima é no sentido do critério da aceitação geral não ser usado de maneira exclusiva e limitante, mas sim conjugados a outros critérios, como sugerido em *Daubert* e explicitados anteriormente. Deve-se atentar para o disposto no art. 479, o qual atribui ao juiz o encargo de apreciar a prova pericial, considerando o método utilizado pelo perito. “Ora, se cabe ao juiz o papel de avaliar ao método pericial, já não se pode dizer que o sistema consagrou a absoluta deferência ao *ipse dixit* dos peritos.”¹²⁷

Em resumo, sustenta Knijnik (2017):

“E por aí já se percebe que a antinomia entre o art. 473, III (a sugerir a incorporação da metodologia *Frye*) e o art. 479 (a sugerir o encargo de verificar os fatores *Daubert*) é apenas aparente: do cotejo desses dispositivos surge o caráter meramente exemplificativo do primeiro, revelando, quiçá, certa preferência do legislador, a exigir, quando muito, maior reforço argumentativo quando abandonado o critério da aceitação geral em prol de outras metodologias” (KNIJNIK, 2017, p. 94)

Desse modo, os critérios exemplificativos estabelecidos no caso *Daubert*, possibilitam “um efetivo contraditório e um controle lógico da prova pericial por juízes, partes e tribunais, evitando-se que a força altamente persuasiva da perícia, mormente nos sistemas com peritos oficiais, possa conduzir a decisões injustas[...]”.¹²⁸

¹²⁵ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 41-42.

¹²⁶ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 43.

¹²⁷ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 204.

¹²⁸ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 76.

Nesse cenário, além dos critérios mencionados anteriormente estabelecidos no caso *Daubert*, Knijnik (2017), em seu livro, propõe um *checklist* exemplificativo de questões importantes na atividade da prova pericial que constituem vícios em sua produção ou valoração, quais sejam:

- (1) adoção automática do mecanismo de aceitação geral em detrimento do exercício da função de guardião da prova pericial pelo juiz (arts. 473, III e 479 do Código de Processo Civil);
 - (2) a falta ou deficiente exercício do encargo judicial de guardião da prova pericial (art. 479 do Código de Processo Civil), relativamente à aplicação/verificação dos fatores exemplificativos de revisão e controle, quais sejam:
 - (a) adequação do método ao caso em julgamento;
 - (b) testabilidade e falseabilidade do método empregado;
 - (c) possibilidade e taxa de erro;
 - (d) confiabilidade;
 - (e) revisão pelos pares;
 - (f) outros critérios exigíveis pela natureza do caso concreto;
 - (g) correta aplicação do método por agentes competentes e treinados, com o cumprimento dos seguintes requisitos específicos:
 - (i) equipamentos, instrumentos ou produtos químicos empregados encontram-se comprovadamente em boas condições e regular funcionamento (calibrados, aferidos etc);
 - (ii) os testes e protocolos de segurança preconizados pela técnica foram rigorosamente seguidos;
 - (iii) a cadeia de custódia dos objetos que foram submetidos a exame está preservada e pôde ser reconstruída;
 - (3) não refutação, com argumentos de natureza técnica, das posições contrárias e objeções apresentadas, desde que de uma forma precisa, objetiva e perfeitamente circunstanciada, em pareceres de assistentes técnicos (art. 473, III; 479 e 371 do CPC); ou
 - (4) refutação com recurso a fundamentos meramente retóricos e genéricos, tais como:
 - (i) o juiz é o destinatário da prova;
 - (ii) a matéria está sujeita ao livre convencimento *tout court*;
 - (iii) ou o *expert* goza da confiança juízo;
 - (5) falta de adoção de métodos adequados de superação de divergência ante objeções arguidas por assistentes técnicos, consistentes na realização de:
 - (i) audiência de discussão pericial, com redução a termo dos pontos de consenso e dissenso (art. 477, § 3º do CPC);
 - (ii) segunda perícia, caso inviável a superação do impasse por meio de argumentos de natureza técnica;
 - (iii) perícia desempadora, relativamente ao objeto de dissenso insuperável;
- (KNIJNIK, 2017, p. 206-207)

Segundo Knijnik (2017), “munidos de um arsenal justificativo mais amplo e compreensivo, os personagens processuais poderão exercitar um contraditório alargado em

relação à prova pericial”¹²⁹, o que irá conferir maior legitimidade às decisões que necessitam de conhecimentos científicos e técnicos.¹³⁰

No que diz respeito à interpretação dos vestígios de um delito, os especialistas falham em perceber que, para um conjunto de pistas, há várias outras sequências de fatos possíveis para os explicar para além de uma única versão. Nesse sentido, Thomas W. Young critica em seu livro a maneira de raciocinar “de trás para frente” do detetive retratado em diversos filmes e livros, Sherlock Holmes, o qual, a partir de uma ou algumas pistas, conjectura uma possível versão sobre como o crime aconteceu e, sem contrapor sua hipótese à versão das testemunhas, persuadia os envolvidos ao deslinde da causa a acreditarem que sua versão era a verdadeira. Bom seria se fosse assim apenas na ficção, mas, como ressalta Thomas W. Young, isso acontece e muito na realidade, motivo pelo qual diversos inocentes foram e são presos, ou, até mesmo, condenados à morte. É difícil estimar o tanto de prejuízo que já foi causado a essas pessoas.¹³¹ Nesse sentido, ressalta o autor, referindo-se ao que chamou de Teste Inferencial:

You can listen to an eyewitness with an open mind and see if what he says fits the clues, but you cannot make up a story the clues and expect it to be true.¹³²

[...]

The doctor should listen to eyewitness accounts of what happened in the past and compare those accounts to the clues he found. Doctors who build scenarios before carefully listening with an open mind to eyewitnesses cause innocent people to be sent to prison.¹³³

[...]

¹²⁹ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 207.

¹³⁰ KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 207.

¹³¹ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. p. 21.

¹³² Você pode escutar uma testemunha com uma mente aberta e ver se o que ela diz se encaixa nos vestígios, mas você não pode criar uma história a partir dos vestígios e esperar que isso seja verdade. YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018.p. 6 (tradução nossa)

¹³³ O médico deve escutar os relatos das testemunhas sobre o que aconteceu no passado e comparar esses relatos com os vestígios que ele encontrou. Médicos que constroem cenários antes de escutar cuidadosamente as testemunhas com uma mente aberta levam pessoas inocentes à prisão. YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018.p. 6. (tradução nossa)

But what would happen if someone who was seemingly brilliant and had impressive credentials- someone like Sherlock Holmes- were to get up on a witness stand in a courtroom and engage in Sherlock Holmes- like behavior, weaving stories from clues? What if everybody on the jury believe that impressive expert?¹³⁴ (YOUNG, 2018, p.6)

Young (2018), ao citar o artigo intitulado “*Classical mistakes in forensic pathology*” de autoria do Dr. Moritz, menciona que um dos erros mais perigosos na patologia forense é substituir intuição por interpretação científica. Ou seja, muitos médicos legistas não consideram que pode haver várias outras sequências de fatos capazes de explicar uma pista. Assim, ressalta o autor:

Bruises in the neck have other causes besides a right-handed strangler. Scrapes of the anus could be caused by hard bowel movements and not just by a criminal who inserts an object. This expert does not consider carefully the accounts of people who were present at the time of the injury because the expert is too busy inventing his own detective fiction.¹³⁵ (YOUNG, 2018, p. 20)

Outra questão a ser considerada é que esse raciocínio parte de especialistas no assunto periciado. Sendo assim, raramente os jurados, advogados e juízes irão duvidar das conclusões do profissional, sendo que essas podem parecer técnicas, precisas e oficiais, porém, muitas vezes, diagnosticar eventos passados se aproxima muito mais de uma *junk science* do que de uma boa ciência.¹³⁶ Há de se ressaltar que a sociedade confere um senso de autoridade para quem tem o título de Doutor antes do nome. No entanto, essa autoridade permite que o perito se torne um policial sem ter treinamento para tanto.¹³⁷

¹³⁴ Mas o que aconteceria se alguém que parecesse brilhante e tivesse credenciais impressionantes- alguém como Sherlock Holmes- se levantasse de um banco de testemunhas em uma sala de um júri e tivesse um comportamento semelhante ao de Sherlock Holmes, criando histórias a partir de pistas? E se todo júri acreditasse nesse especialista impressionante? (tradução nossa) YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. p. 6.

¹³⁵ Contusões no pescoço têm outras causas além de um estrangulador destro. Arranhões no ânus podem ser causados por fortes movimentos intestinais e não apenas por um criminoso que insere um objeto. Esse especialista não considera cuidadosamente os relatos das pessoas presentes no momento do ferimento, pois ele está muito ocupado inventando sua própria ficção de detetive. (tradução nossa)

¹³⁶ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. ? : Crc Press, 2018. p. 24.

¹³⁷ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. ? : Crc Press, 2018. p. 47.

Nesse contexto, é necessário abordar, também, a questão da confissão de um crime pelo suspeito: por trás dela, pode haver diversas outras causas para além do cometimento do crime. A insistência policial é uma delas: em diversos casos, enquanto o suspeito não confessar, a tortura para que ele confesse não termina. Às vezes, a confissão de um delito por quem não o cometeu é a única saída para o término de uma tortura física e/ou psicológica, por exemplo. Assim, muitas, vezes, parece que há um contexto em que policial e médico legista trabalham juntos: de um lado, um criando uma única versão sobre o crime, de outro, o policial pleiteando uma confissão a todo custo que corrobora as conclusões do perito. A confissão do crime não deve ser entendida como objetivo final por parte de quem investiga um delito. Na prática, parece que esse entendimento não é predominante, motivo pelo qual, ironicamente, agradece Thomas Young a Sherlock Holmes: “*Thanks to Sherlock Holmes, the confession is the gold standard for truth, the undeniable proof that trumps all other proofs.*”¹³⁸

Sobre o assunto, cabe ressaltar a história verídica retratada na série “Olhos que condenam” em que cinco garotos negros com idade entre 14 e 16 anos, Korey Wise, Antron McCray, Yuseff Salaam, Raymond Santana e Kevin Richardson foram condenados com base em falsas confissões por terem supostamente participado do episódio de espancamento e estupro ocorrido no *Central Park* em 1989. A série demonstra o interrogatório policial que inquiriu os adolescentes sem a presença dos pais e dos advogados e com o uso de violência física e psíquica. Após dois dias de interrogatório, os meninos confessaram o crime. O vídeo da confissão foi levado a júri e editado de maneira estratégica, o que acarretou a condenação dos jovens. Após treze anos de condenação, o verdadeiro culpado confessou ser o único responsável pelo delito, sendo que seu DNA foi confrontado ao material proveniente de sêmen encontrado no corpo da vítima, os quais apresentaram compatibilidade, resultando na absolvição dos adolescentes.¹³⁹

Ainda, ressalta-se que, na maioria das vezes, não há um treinamento adequado para os médicos que visem ensinar como realizar inferências a partir das evidências e conduzir uma investigação criminal de um modo adequado. Desse modo, técnicas da rotina médica são usadas na investigação de crime, tais como o diagnóstico e tratamento de doenças e cuidados

¹³⁸ Graças a Sherlock Holmes, a confissão é o padrão-ouro da verdade, a prova inegável que supera todas as outras provas (tradução nossa) YOUNG, Thomas W. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective.** Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. p. 39.

¹³⁹ OLHOS que condenam. Direção: Ava Duvernay. Criação: Ava Duvernay. Netflix, 2019.

de pacientes. No entanto, crimes são eventos passados que podem ser vistos por testemunhas. Não são condições presentes passíveis de tratamentos e testes a fim de que sejam provados.¹⁴⁰ Um exemplo disso é a abordagem para diagnosticar doenças, elencando-se a hipótese mais provável como a verdadeira. Isso pode funcionar para diagnosticar doenças e prescrever tratamentos, mas não para entender o que aconteceu no passado, em um caso único que nunca ocorreu antes e que talvez nunca ocorrerá da mesma forma¹⁴¹: “ *the truth for any situation may be highly variable, highly complex, and involve something we do not know that we do not know*”¹⁴².

Há outras maneiras de provar que um crime aconteceu sem ser através de técnicas utilizadas na rotina de um hospital. Como mencionado anteriormente, o teste inferencial de Thomas Young sugere que se escute as testemunhas com uma mente aberta e veja se o relato encaixa com os vestígios do crime, mas nunca se deve criar uma história a partir de vestígios e esperar que isso seja verdade.

O que um médico legista deveria fazer quando abordado por advogados e policiais é um “raciocínio para frente”. Ou seja, procurar pelos relatos das testemunhas fora e dentro do hospital e comparar com as evidências físicas, expressar uma opinião sobre se as pistas encaixam ou não com a informação das testemunhas. Caso um ponto não se encaixe, dizer “de acordo com o que eu sei a partir das evidências científicas, esse ponto particular não encaixa” ou o contrário. Os médicos legistas deveriam se recusar a acusar alguém de ter cometido algum delito, devendo se limitar apenas a dizer se determinado ponto se encaixa ou não de acordo com evidências científicas¹⁴³.

A par dessas considerações, vale mencionar que, quanto à tentativa de discernir o que é cientificamente válido- assunto abordado acima, Thomas Young ressalta que enquanto cientistas, médico legistas e outros se empenham em tal objetivo, esses não estão conscientes do que é logicamente válido. Para o autor, logicamente válido significa dedutivamente válido.

¹⁴⁰ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018.p. 63.

¹⁴¹ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. p. 81.

¹⁴² YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018.p.111. A verdade para qualquer situação pode ser altamente variável, altamente complexa e envolver algo que não sabemos que não sabemos (tradução nossa)

¹⁴³ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018.p. 64-65.

Assim sendo, inventar uma teoria sobre como se deu um acontecimento passado e tentar verificar se um teste forense apoia ou nega isso, não é algo dedutivamente válido. Com isso, está apenas se formando uma complexa hipótese sobre eventos passados que nunca poderá ser testada de forma confiável por testes científicos. “*A hypothesis is not a deduction*”¹⁴⁴. Partindo-se do pressuposto de que os eventos passados não mais existem e os cientistas não podem mais observá-los de forma direta para realizar um teste- como seria necessário em qualquer experimento científico ou teste-, percebe-se, então, que o teste para eventos passados permanece no estágio de hipótese, independentemente do resultado.¹⁴⁵

Diante do exposto acima, vale a reflexão: “*no one can claim to be unbiased. Being biased is part of being human. Still, there has to be logic and science correctly applied at all levels of the justice process; otherwise, injustice will abound.*”¹⁴⁶

3.2 Análise de casos

3.2.1 Análise da apelação n.º 70082460247

O primeiro caso a ser analisado é a apelação de n.º 70082460247¹⁴⁷ interposta por D.D.F. em face do Ministério Público diante da sentença de primeiro grau que condenou o réu como incurso nas sanções do art. 217-A, §1º do Código Penal à pena de 09 anos e 06 meses de reclusão.

De acordo com a denúncia colacionada no acórdão, o réu foi denunciado por ter mantido conjunção carnal com a vítima B. M. F. , a qual não pode oferecer resistência devido ao seu estado de embriaguez. Na ocasião dos fatos, o réu, que estava trabalhando de cuidador de carros em um estacionamento, teria ingressado no veículo onde a vítima estava

¹⁴⁴ Uma hipótese não é uma dedução (tradução nossa) YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018.p. 184.

¹⁴⁵ YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018.p. 184.

¹⁴⁶ Ninguém pode afirmar ser imparcial. Ser tendencioso faz parte de ser humano. Ainda assim, deve haver lógica e ciência corretamente aplicadas em todos os níveis do processo de justiça; caso contrário, a injustiça será abundante.(tradução nossa). YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. p. 137.

¹⁴⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Acórdão n.º 70082460247**. Relatora: Desembargadora Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre, RS, 09 de outubro de 2019.

alcoolizada, incapaz de oferecer resistência, e cometido o delito. O réu foi flagrado logo após o fato por amigos da vítima que foram averiguar como B. estava.

O réu foi preso em flagrante em 12.01.2019, sendo a prisão convertida em preventiva posteriormente.

D.D.F. foi condenado como incurso nas sanções do art. 217-A, §1º do CP.

A defesa recorreu, sustentando nulidade por ausência de condução do acusado à audiência e, no mérito, a absolvição do réu por insuficiência probatória e, subsidiariamente, desclassificação da conduta para o delito previsto no art. 213, *caput*, do Código Penal ou o redimensionamento da pena.

A Procuradoria de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

No que diz respeito à fase policial, a relatora aponta que consta “o auto de prisão em flagrante, depoimentos da vítima e das testemunhas, bem como documentos referentes ao atendimento médico realizado logo após a prática da apontada conduta.”. Ainda, refere que o exame pericial cujo resultado aportou aos autos apenas na fase judicial constatou conjunção carnal recente. Sustentou que o acusado não assinou as peças do flagrante, bem como não quis fazer a perícia no IML.

Sobre a prova oral, conforme fragmento da sentença disponibilizada no voto da relatora, tem-se que:

“(…)

A vítima, em seu depoimento, relatou que foi beber na casa de um amigo antes de ir para uma festa, ingerindo vodka com guaraná, sendo que ao chegar na festa tomou tequila, referindo que passou mal e que chegou a vomitar, o que referiu não recordar. Disse que não eram 2h quando suas amigas a levaram para o carro para dormir, deixando o carro aberto caso quisesse vomitar, referindo que “apagou” e que as duas recordações que tem são de falar que estava machucando e que ouvir o réu falando do lado de fora do carro, dizendo para alguém cuidá-la. Referiu que sua amiga A. foi até o carro e então a levou para o posto de saúde. Questionada, disse recordar do réu em cima dela quando acordou para dizer que estava machucando, referindo que sentiu a penetração vaginal, mas não sabe dizer se o réu ejaculou. Pelo que recorda suas amigas a deitaram no banco da frente, do carona.

Disse não recordar do rosto do réu, apenas de sua voz, mas não recorda que tenha falado no interior do carro, apenas fora. Questionada, recorda de sentir um cheiro ruim, de uma pessoa suja, referindo que sua saia que era branca ficou muito suja, e que estava todo tempo dentro do carro. Relatou que na semana após o fato começou a ir na psicóloga, pois não comia e não dormia, referindo que até hoje não dorme sozinha, necessitando de companhia. Disse que agora tenta se concentrar na faculdade, mas ainda está muito abalada, referindo que perdeu peso, ficou doente, teve problemas nos rins, e que tomou coquetéis anti HIV, antibióticos e remédio para conseguir comer.

A testemunha A. d. Á. S. referiu que estava na festa com B., que bebeu muito e foi para o carro, mas elas continuaram na festa, sendo que em torno de 4h

foi embora acompanhada de H. e que decidiu ir ver como B. estava. Disse que ao chegar no carro o réu estava na lateral, arrumando a roupa, mas inicialmente não suspeitou de nada, mas que ao conversar com B. e perguntar como estava, ela dizia que não sabia, levando a vítima até o posto de saúde. Referiu que o réu entregou o celular da vítima para H., que o carro estava aberto e a vítima embriagada, referindo que chegou a vomitar na festa. Disse que achou estranho encontrar a vítima no banco de trás do veículo com o banco do carona deitado. Questionada, disse que a vítima dizia que estava com muita dor na região genital. Referiu ainda que encontraram um colete sinalizador dentro do carro, referindo que não tem certeza, mas que acredita que pertencia ao réu, pois o havia visto usando na mesma noite. Disse que a vítima estava bastante abalada e que chorou, referindo ainda que usava uma saia branca, que estava suja.

A testemunha P. D. M. relatou que foram para a festa ela, K., B. e mais uma menina, sendo que quando estacionaram o réu estava como guardador de carro, bastante alterado, tendo pedido dinheiro logo que chegaram, referindo que ficaram com medo de sair do carro, mas que desceram e foram para a festa. Disse acreditar que era a primeira festa que B. ia e que ela tinha bebido antes, chegando ao local já bêbada, tendo ingerido tequila e pedido para ir para o carro dormir. Referiu que B. não conseguia caminhar, que deitou o banco do carona, abriu um pouco dos vidros e deixou o celular ao lado dela, que disse que ia dormir. Disse que o réu estava próximo ao carro e disse que cuidaria dela, pedindo a água que estava tomando, pelo que entregou e voltou para a festa, referindo que horas depois sua amiga K. recebeu uma mensagem, acha que de A., informando que estavam levando B. ao posto de saúde, o que acreditaram ser em virtude da bebida, referindo que saíram da festa pois pensaram que podiam assaltar o carro. Disse que quando chegaram ao automóvel, este estava aberto, sujo e com os bancos molhados, sendo que o réu apareceu e entregou um óculos que pertencia a K. e que estava no carro, referindo que então olhou o carro e encontrou uma blusa masculina com um cheiro horrível, sendo que o réu a arrancou de suas mãos e disse que era dele, que tinha usado para tapar B., que estaria com frio. Referiu ainda que antes de chegarem no carro o réu disse que elas tinham traído-o e chamado a polícia, dizendo que não tinha feito nada com B., só cuidado dela, o que não entenderam inicialmente, mas depois de ver o carro acharam suspeito. Referiu que no posto de saúde B. chorava muito, que sua saia branca que antes estava limpa, estava toda suja, e que a vítima se queixava de muita dor na região genital. Questionada, disse que deixou B. deitada no banco da frente, que ela disse que sentiu o réu em cima dela, mas não conseguiu reagir. Disse que o local que estacionaram fica na mesma rua da festa, uma quadra antes, que é um local com pouco movimento e pouca iluminação. Disse que não viu mais guardadores de carro no entorno e que somente o réu estava na volta do carro quando saíram da festa para averiguar o que tinha acontecido.

A testemunha H. L. d. S. relatou que saiu da festa com A., que passou no carro para ver como B. estava, referindo que ela estava bêbada e teria ido dormir, sendo que quando chegaram ao automóvel viram o réu ao lado, mexendo em algo, como se estivesse arrumando a roupa, momento em que o réu disse que a vítima teria deixado o celular cair, colocando-o no painel do veículo, pelo que lhe deu dinheiro e ele saiu, dizendo que só tinha ajudado B.. Referiu que como ela estava dormindo, se ofereceram para levá-la para casa, momento em que ela começou a chorar dizendo que não queria ficar no Cassino, que queria que a levassem para casa, dizendo que não sabia o que tinha acontecido, mas recordava do réu, pelo que a levaram ao posto de saúde. Disse que no tapete da frente do carro encontraram um colete de sinalização, que tinha visto o réu no início da festa e que costumava vê-lo no local, referindo que o local onde o carro estava estacionado tinha pouca iluminação e movimento, apenas com carros estacionados, não recordando ter visto outro guardador de carros no local.

A testemunha K. A. relatou que estacionou o carro em um canto e foram para a festa, sendo que B. havia bebido demais e P. a levou para o carro para dormir, referindo que quando saíram, em torno de 5h, o carro estava todo molhado, com sangue e esperma, além de roupas do réu, referindo que a vítima estava sendo levada

para o posto de saúde e reclamava de dor. Disse que o réu negou ter feito algo, mas estava com o celular de B. da mão e havia roupas suas no carro, que estava sujo, tendo o réu dito que B. deixou o celular cair.

A. C. A., policial militar, recorda que foram abordados por uma testemunha saindo do posto da Brigada Militar, que fica próximo ao posto de saúde, referindo que sua amiga havia sido estuprada por um rapaz que cuidava carros na frente da Nyx, pelo que deslocaram e identificaram D., conduzindo-o, sendo ele identificado pelas testemunhas e pela vítima. Referiu que as testemunhas encontraram uma camiseta e um colete sinalizador no carro, e que costumavam ver o réu usando o colete quando passavam pelo local. Questionado, disse não ter como afirmar se o réu era o único cuidador de carro no local aquela noite. Quanto ao local onde o carro estava estacionado, disse que não tinha muita iluminação nem movimentação durante a festa, apenas no começo e no final.

M. T. M., policial militar, relatou que estava chegando no quartel que fica perto do posto de saúde quando foi abordado por uma moça que relatou que a amiga havia sido estuprada e estava recebendo atendimento médico, pelo que foi até o posto, onde uma testemunha referiu ter visto o réu saindo do carro em que a vítima estava, repassando as características dele, tendo a médica que atendia a vítima confirmado ainda a existência de lesões de compatíveis com estupro. Disse que repassou as informações para as outras viaturas e que em seguida o réu foi localizado, bastante alterado, dizendo que não tinha feito nada com a vítima, conduzindo-o até o posto de saúde, onde a vítima o reconheceu, pelo que o encaminharam para a Delegacia. Referiu que as testemunhas disseram que o carro estava molhado, acreditando que a vítima tenha acordado com ele em cima dela e acabou derrubando água. Disse ainda que foram encontradas uma camiseta e um colete sinalizador, comumente utilizado por guardadores de carro, e que o réu tinha sido visto com o colete antes, não recordando se assumiu que o colete era dele. Questionado pela defesa, disse recordar muito bem do fato e que ao ler suas declarações na Delegacia, percebeu que realmente faltaram detalhes que narrou na oportunidade.

As testemunhas S. R. L. I., V. M. d. C. e J. d. S. M., nada sabem sobre o fato, apenas abonando a conduta do réu, referindo que é trabalhador e nunca ouviram nada de mal dele.

O réu, em seu interrogatório, negou a prática do delito, alegando que não fez nada com a vítima, apenas cuidou dela, relatando que ela o chamou pedindo para comprar água, entregando-lhe R\$ 10,00, pelo que tirou seu colete e deixou com ela, pois se o vissem distante do local em que estavam os carros não lhe dariam dinheiro. Disse que quando voltou a vítima estava vomitando, sentada para o lado de fora, com o celular no chão, afirmando que entregou a água e o celular que estava no chão, quando as amigas da vítima chegaram, referindo que correu para pegar dinheiro com um carro que estava saindo e quando olhou de volta o carro estava trancado, não conseguindo nem pegar seu colete. Referiu que viu quando deixaram a vítima no carro, sendo que pediram que desse uma olhada nela. Referiu que a ré estava vestida, com roupa de festa, mas não reparou, referindo que comprou a água em um trailer que vendia lanches e que não tocou na vítima. Disse ainda que não viu movimentação de outras pessoas na volta do veículo. Negou ter tirado a camisa, afirmando que nunca cometeria o delito, que tem filhas, que trabalha no local há 13 anos e nunca fez nada contra ninguém, sendo querido por todos. Por fim, informado sobre a realização de coleta de material genético quando do fato, foi questionado se teria interesse na realização de exame, respondendo que isso teria que falar com a defesa.

(...).”

Segundo a relatora, conforme a prova testemunhal, foi possível depreender, entre outros, que A. teria presenciado o réu ao lado do carro arrumando sua roupa, que ao falar com

a vítima essa mencionou não saber de nada, apenas que estava com dor na região genital. Mencionou ter achado estranho o fato do banco do carona estar deitado, sendo que a vítima estava no banco de trás. Disse que a roupa da vítima estava bastante suja. Que H. também presenciou o réu mexendo em algo como se estivesse arrumando a roupa do lado de fora. Mencionou que o acusado disse que o celular da vítima havia caído, tendo-o deixado, portanto, no painel do carro. Afirmou que o acusado só disse que ajudou B. Após, mencionou que a vítima chorava, pedindo que a levassem para casa. O colete sinalizador foi localizado no carro e levaram B. ao posto de saúde. Após, uma vez que a vítima tinha sido levada ao posto de saúde, K. e P. foram até o carro para fechá-lo, verificando que o veículo estava muito sujo, bancos molhados, com sangue e esperma, sendo que nenhuma prova foi produzida sobre isso.

A vítima afirmou que recordou de ter falado que estava lhe machucando e ter ouvido alguém falar “cuida dela”, em conversas fora do automóvel. Disse que não lembrava do rosto do abusador, apenas de sua voz. Registrou ter sentido um cheiro ruim. Após o fato, mencionou ter perdido muito peso e ter realizado tratamento psicológico e uso de medicamentos.

O réu negou a acusação. Disse que somente cuidou da vítima, pois essa estava muito bêbada. Relatou que foi comprar água para vítima, uma vez que essa tinha pedido e, por esse motivo, teria retirado o colete e deixado no interior do veículo. Relatou que a vítima teria vomitado para o lado de fora do veículo, tendo juntado o celular do chão. Confirmou o fato da vítima ter sido deixada no carro por uma amiga que pediu ajuda para olhar a vítima. Não se recorda de ter visto terceiros nas redondezas. Negou que retirou a camiseta e afirmou que nunca cometeria um crime como esse.

Diante do contexto probatório, o voto da relatora foi no sentido de restar convencida que a vítima B. foi abusada sexualmente, “ conduta que consistiu na prática de relação sexual (conjunção carnal), testificado pelo exame pericial da fl. 198 e documentos relativos ao atendimento médico, fls. 28/31”, mas não que a autoria do delito tenha recaído sobre o réu.

Entre outros motivos, mencionou que o fato do colete ter sido encontrado no interior no veículo, por si só, não serve para confirmar a autoria delitiva, muito menos o cheiro de pessoa suja. Disse que o réu não nega que tenha saído do local.

Assim, pois, exarou voto:

Em resumo, o contexto probatório apresentado autoriza conclusão incontroversa acerca da existência da conjunção carnal. Contudo, não enseja em relação à autoria, sobre a qual milita apenas presunções/deduções, nos termos da fundamentação retro. E, sendo assim, não obstante a gravidade do fato e o trauma causado à vítima, imperiosa a reforma da sentença para decretar a absolvição do acusado, o que faço com fulcro no art. 386, inc. VII, do CPP.

À vista do exposto, **PROVEJO** o recurso para absolver o acusado das sanções do art. 217-A, §1º, do CP, fulcro no art. 386, inc. VII, do CPP. Ainda, determino a expedição de alvará de soltura na origem, se por outro motivo o réu não estiver preso.

É como voto.

A Desembargadora Cristina Pereira Gonzales acompanhou o voto da relatora e a Dr.^a Patrícia Fraga Martins divergiu.

O voto divergente foi no sentido de entender que não houve nulidade quando da audiência realizada sem a condução do réu.

Quanto ao mérito, entende pelo seu mantimento nos termos da sentença, tendo colacionada parte da sentença em que o juiz discorre sobre as provas:

“[...]”

Conforme se depreende da prova acima discorrida, tenho que a existência do fato e a autoria estão comprovadas, tanto através dos relatos da vítima e testemunhas, colhidos em sede policial e em Juízo, bem como pelos laudos de f. 198-208.

O relato da vítima, como visto acima, é claro e coeso ao narrar o ocorrido, sem apresentar divergência com o que relatou inicialmente em sede policial. Ademais, ainda que não recorde com exatidão do ocorrido, da sua narrativa percebe-se que recorda de sentir a penetração, de acordar pois estava sentindo dor, afirmando recordar do réu pela voz e pelo cheiro, mostrando-se visivelmente abalada com o ocorrido.

O réu, por sua vez, nega a prática do delito, referindo que apenas cuidou da vítima sem tê-la tocado. No entanto, não há como acolher sua versão dos fatos, considerando não só que seu colete sinalizador foi encontrado no interior do veículo, como também por ter a vítima sido localizada com a roupa suja e reclamando de dor, sendo que nem o réu, cuidador dos veículos, viu outras pessoas próximas ao veículo.

Além de ter sido reconhecido pela vítima como autor do delito, foi também visto por diversas testemunhas no entorno do carro e da vítima, de modo que não havendo indícios de que outras pessoas tenham se aproximado do veículo e restando comprovada a ocorrência de penetração vaginal, recai indubitavelmente a autoria do delito na pessoa do réu.

Os policiais ouvidos, ainda que não tenham presenciado toda a ação, referem que a vítima estava bastante abalada e que reconheceu o réu como autor do delito, identificação esta também feita pelas testemunhas que socorreram a vítima.

O fato de a vítima estar embriagada, por si só, não fragiliza sua versão dos fatos, sendo comprovado pelas testemunhas P. e A. que B. chorava muito e se queixava de forte dor na região genital, o que somado ao laudo de f. 198, comprova que houve penetração vaginal.

No que se refere ao reconhecimento, como já dito, a vítima referiu recordar do réu pela voz e pelo cheiro. Quanto à voz, referiu ter certeza que a ouviu quando o réu estava do lado de fora do carro, momento em que teria dito para alguém cuidá-la. Já no que se refere ao cheiro, ainda que a vítima tenha sentido-o quando o suspeito estava em cima de seu corpo, não há referência clara da forma como se deu o reconhecimento pessoal, sendo que o policial militar M. M. referiu que levou o réu ao posto médico em que estava a vítima e, sem que ele a visse, a questionou se o indivíduo se tratava de quem a atacou, o que teria confirmado, assim como suas amigas que estavam no local.

As testemunhas ouvidas referem que viram somente o réu no entorno do veículo, sendo que as testemunhas A. e H., que primeiro localizaram a vítima no carro após o fato, afirmaram que o réu estava ao lado do carro, aparentemente arrumando a roupa, circunstância própria da ação que teria acabado de cometer, e que entregou o celular da vítima que estava em sua posse, de modo que são fortes os elementos que atribuem a ele a autoria do delito.

Ademais, o próprio réu, que trabalhava como guardador de carros na ocasião, certamente teria visto movimentação no local de outra pessoa, sendo que ele mesmo afirmou não ter visto ninguém.

No mesmo sentido, há que se considerar que foi referido por A.de.Á.S. e H.L. da.S. que havia um colete sinalizador dentro do carro, ambos afirmando que viram o réu vestindo um igual na mesma noite. Quanto ao colete, o réu admitiu que era seu e ainda que alegue que somente tirou o colete para ir comprar água para a vítima, evitando que populares pensassem que não estava cuidando os carros como deveria e que por isso não lhe dessem dinheiro, tal alegação não é verossímil.

Isso porque o colete estava no interior do veículo e a vítima não mencionou, em momento algum, que tenha pedido água ao réu e que este tenha de algum modo ajudado. Ademais, caso tivesse tirado o colete apenas para ir comprar água, por certo é que o pegaria de volta ao retornar, até para que o identificassem como cuidador dos carros e, de consequente, lhe dessem dinheiro pelo serviço prestado, o que era sua preocupação.

Ademais, a testemunha P. ainda referiu que encontrou dentro do carro uma blusa masculina com um cheiro horrível, sendo que o réu a arrancou de suas mãos dizendo que lhe pertencia e que a tinha usado para tapar B., que estava com frio. No ponto, se a intenção do réu fosse apenas a de cuidar da vítima, como sustenta, poderia ter assumido a posse da referida blusa, usando a narrativa da testemunha em seu favor. Contudo, o réu limita-se a negar que a blusa fosse sua, alegação que não é crível, considerando que inexistem elementos que façam concluir que a testemunha tenha inventado tal circunstância. Ademais, a questão atinente ao odor da blusa vai ao encontro da narrativa da vítima, que se recorda justamente de sentir o mau cheiro do réu.

Inviável acolher a alegação da defesa de que a conclusão da perícia pela existência de sinais de conjunção carnal recente possa ser em razão de relação sexual diversa, da vítima com seu namorado, considerando que no mesmo laudo referiu que estava sem manter relações há mais de 10 dias, conforme laudo de f. 198.

Além disso, no laudo de f. 199 concluiu-se pela presença de espermatozoides na secreção vaginal da vítima, colhida no dia do fato, de modo que afastada qualquer possibilidade de se referir à relação sexual anterior.

Por fim, oportunizada a realização de exame para comparação genética com o material coletado quando do fato, manifestou o interesse em não realizar o exame, direito constitucional que lhe é assegurado, não havendo, portanto, possibilidade de excluir sua participação no fato.

Ademais, o laudo de f. 203, ainda que não tenha constatado a presença de álcool no sangue da vítima, esclareceu que a coleta ocorreu somente às 14h06min, portanto, horas após a ingestão de bebida pela vítima, que conforme se denota da prova colhida, teria saído da festa em torno de 1h da manhã, não bebendo desde então.

Do mesmo modo, o estado de embriaguez e consequente vulnerabilidade da vítima é corroborado pelas declarações dela e das testemunhas, que confirmam que

havia ingerido bebida alcoólica em demasia, chegando a vomitar, tendo sido levada para o carro pela amiga P., que a deitou no banco, referindo que B. sequer conseguia caminhar nesse momento, indicando que não possuía capacidade para reagir quando percebeu o réu em cima de seu corpo, penetrando sua vagina sem o seu consentimento.

Assim, perfeitamente caracterizado o elemento típico “por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência” previsto no §1º do art. 217-A, CP.
[...]

A magistrada assevera que, embora a vítima não tenha recordação do rosto do agressor, as demais provas seriam suficientes para confirmação da ocorrência da violação sexual perpetrada pelo réu.

Ressaltou que o próprio acusado mencionou que era guardador dos veículos e que não viu ninguém por perto e que o colete do acusado foi encontrado no interior do automóvel. Disse que a testemunha P.D.M mencionou que quando retornou para o carro encontrou “uma blusa masculina com um cheiro horrível, sendo que o réu arrancou de suas mãos e disse que era dele, que tinha usado para tapar B., que estaria com frio”.

Por essas razões que, para Dr.^a Patrícia, a autoria e a existência do delito estaria sim comprovadas.

Quanto à produção da prova pericial no presente caso, cabe fazer algumas considerações, ainda que de modo limitado, vez que apenas foi possível ter acesso ao respectivo acórdão.

Ficou consignado no acórdão que o local de crime-veículo- estava muito sujo, com os bancos molhados, contendo sangue e esperma. E que, sobre esse ponto, nenhuma prova foi produzida. Conforme disposto no primeiro capítulo do trabalho, sobre a perícia nos casos de agressão sexual, o exame do local dos fatos pela perícia criminal deve ser inteiramente preservado e protegido, sendo que devem ser buscadas manchas e outros elementos biológicos.

Foi relatado ainda que, quando do exame médico, foi constatado sinais de conjunção carnal recente e conclui-se pela presença de espermatozoides na secreção vaginal da vítima.

O acusado não quis fazer a perícia no IML, foi exposto também que foi oportunizada a realização de exame ao réu para comparação genética com o material coletado quando do fato, momento em que mostrou interesse em não o realizar.

Em que pese o desinteresse do réu, não há notícia de que foram feitas quaisquer diligências em busca de DNA do suposto agressor, tais como mandados de busca e apreensão

para apreender algum objeto pessoal. Como mencionado no primeiro capítulo do trabalho, objetos pessoais do agressor também devem ser procurados, incluindo pontas de cigarro, peças íntimas, entre outros. Ainda, a jurisprudência do STJ, em recente julgado (*Habeas Corpus* n.º 354.068/MG), constatou ausência de constrangimento ilegal e violação à intimidade em exame de DNA feito em material descartado pelo paciente consistente em copo e colher de plástico.¹⁴⁸

Quanto à valoração da prova pericial e interpretação dos fatos pelas magistradas, cabe destacar que, em que pese todas restarem convencidas da existência do abuso através da prova pericial e da prova oral, a magistrada de primeiro grau e a que emitiu o voto divergente no acórdão ora discutido entenderam que a autoria recai sobre o autor, enquanto a Relatora e a Desembargadora Cristine entenderam haver carência probatória em relação ao ponto, mesmo tendo acesso aos mesmos tipos de provas, o que demonstra interpretações divergentes em relação às provas disponíveis.

3.2.2 Análise do laudo pericial e da valoração da prova pericial em processo tramitando em segredo de justiça

No próximo caso a ser analisado, o qual tive acesso através do estágio, não serão divulgados o número do processo e os nomes das partes, uma vez que se trata de segredo de justiça e o objeto de análise será o laudo pericial, bem como a sentença de primeiro grau.

Trata-se de caso em que o pai da vítima registrou ocorrência policial em 22/06/2004.

O Ministério Público apresentou denúncia contra L.C.Z., com 49 anos à época dos fatos como incurso nas sanções do artigo 214 c/c o artigo 224, “a” e 226, II na forma da Lei n.º 8072/90, todos do Código Penal, em continuidade delitiva.

Conforme a denúncia, L., o qual era tio da vítima, teria constrangido, por diversas vezes, mediante violência legalmente presumida (antigo art. 224, “a” do CP), a vítima V. L. C., com 07 anos de idade à época dos fatos, “a permitir que com essa fossem praticados atos libidinosos diversos da conjunção carnal”. Na ocasião dos fatos, L., quando ficava a sós com a

¹⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n.º 354.068/MG. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 21 de março de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685326&num_registro=201601030280&data=20180321&formato=PDF>.

vítima, coloca filmes pornográficos, deitava sobre o corpo da vítima, colocando a mão em suas partes íntimas.

O auto de exame de corpo de delito foi realizado aos 22 dias do mês de junho de 2004 no Hospital Presidente Vargas de Porto Alegre. A vítima foi atendida pela Equipe Multidisciplinar do Centro de Referência no Atendimento Infanto-juvenil-crai.

Foram exarados três laudos, sendo o primeiro relativo à lesão corporal, o segundo à conjunção carnal e o terceiro sobre ato libidinoso diverso da conjunção carnal

Os quesitos do primeiro laudo foram os seguintes: primeiro, se há ofensa à integridade corporal ou à saúde do paciente; segundo, qual o instrumento ou meio que produziu a ofensa; terceiro, se foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura, ou por outro meio libidinoso cruel(resposta especificada); quarto, se resultou incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias; quinto, se resultou perigo de vida; sexto, se resultou debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função (resposta especificada) e sétimo, se resultou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável ou deformidade permanente (resposta especificada).

O histórico menciona que a vítima vem a exame por suspeita de abuso sexual.

A descrição aponta que a na região perineal, na linha média, observou-se solução de continuidade superficial (escoriação).

A resposta ao primeiro quesito foi sim, ao segundo quesito, instrumento contundente; aos demais quesitos, não.

Participaram um perito relator e uma perita revisora.

Sobre o auto de exame de corpo de delito referente à conjunção carnal, o primeiro quesito foi se a paciente é virgem; o segundo, se há vestígio de desvirginamento recente; o terceiro, se há outro vestígio de conjunção carnal recente; o quarto, se há vestígio de violência e, no caso afirmativo, qual o meio empregado. O quinto, se da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida ou debilidade permanente, ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para, ou aceleração de parto, ou aborto (resposta especificada); o sexto, se a vítima é alienada ou débil mental, o sétimo, se houve outra causa, diversa de idade não maior de quatorze anos, alienação ou debilidade mental, que a impossibilitasse de oferecer resistência.

O histórico apontou que a vítima realizava o exame por suspeita de abuso sexual.

A descrição foi a seguinte:

Região pubiana glabra; genitais externos com desenvolvimento de acordo com a idade da periciada; mucosa vulvo vaginal de coloração rósea; hímen franjado, medindo cinco milímetros de largura média e, apresentando borda livre, íntegra e contínua. Óstio exíguo, não permitindo a introdução da extremidade do dedo indicador do examinador.

Durante a entrevista mantida com a periciada, não foram observados sinais de alienação ou debilidade mental. Em continuação do exame, foi verificado na região perineal, na linha média, “solução de continuidade superficial (escoriação) que mede oito milímetros de comprimento.”

Não foi coletado material vaginal para pesquisa de espermatozóides.

As respostas aos quesitos foram: ao primeiro quesito, sim; ao segundo quesito, prejudicado, ao terceiro quesito, prejudicado; ao quarto quesito, sim, instrumento contundente; ao quinto quesito, não; ao sexto quesito, não; ao sétimo quesito, prejudicado.

Participaram um perito relator e uma perita revisora

No que diz respeito ao auto de exame de corpo de delito referente a ato libidinoso diverso da conjunção carnal, os quesitos foram: primeiro, se há vestígios de ato libidinoso; segundo, se há vestígio de violência e, no caso afirmativo, qual o meio empregado; terceiro, se da violência resultou para a vítima incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida, ou debilidade permanente, ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função, ou incapacidade permanente para o trabalho, ou enfermidade incurável ou deformidade permanente (resposta especificada); quarto, se a vítima é alienada ou débil mental; quinto, se houve outra causa, diversa de idade não maior de quatoze anos, alienação ou debilidade mental, que a impossibilitasse de oferecer resistência.

O histórico apontou que a vítima realizou o exame por suspeita de abuso sexual.

A descrição mencionou o seguinte:

Ao exame verificamos mucosa anal e tegumento da região perianal apresenta-se íntegro e contínuo. Na região perineal, na linha média, observa-se a solução de continuidade superficial (escoriação) que mede oito milímetros de comprimento. Durante a entrevista mantida com a periciada, não observamos sinais de alienação ou debilidade mental.

Nestas condições, as respostas ao primeiro quesito foram que sim; ao segundo quesito, sim, instrumento contundente; ao terceiro quesito, não; ao quarto quesito; não ao

quinto quesito, não temos elementos para responder. E, como nada mais houvesse para constar, encerramos o presente.

O processo iniciou perante o Juizado da Infância e da Juventude, tendo sido recebida a denúncia em 08/05/2009. A tramitação ocorreu até a prolação de sentença e a interposição de recurso de apelação, seguindo-se aos recursos especial e extraordinário. Diante de agravo em recurso especial em face de decisão que negou seguimento aos recursos especial e extraordinário, o STJ concedeu *habeas corpus* de ofício a fim de anular ação penal que até então tramitava perante o Juizado da Infância e Juventude por razões atinentes à competência em virtude da Resolução 943/2013 do Conselho da Magistratura, a partir do recebimento da denúncia, determinando, assim, a remessa do feito a uma das varas criminais da comarca de Porto Alegre, motivo pelo qual a instrução teve que ser renovada.

Assim, a denúncia foi recebida em 19/04/2013.

Citado, o acusado apresentou Resposta à Acusação.

Não foi constatada hipótese de absolvição sumária.

Após, realizou-se a oitiva das testemunhas, bem como o interrogatório do réu.

O Ministério Público apresentou desistência da oitiva da vítima.

A defesa não concordou e realizou diligências para encontrá-la. Frustradas as tentativas, acabou a defesa por desistir de sua inquirição, o que restou homologado com o consentimento do Ministério Público.

A defesa desistiu da inquirição das testemunhas arroladas, M. e R.

O Ministério Público desistiu da oitiva da testemunha C.

Foi realizado interrogatório do acusado e encerrada a instrução no dia 25/09/2018.

Diante da existência de problemas com a gravação do interrogatório do acusado, o ato necessitou ser renovado. Assim, a instrução encerrou-se no dia 03/12/2018.

O Ministério Público postulou pela procedência da ação em memoriais.

Em seguida, segue resumo dos fundamentos que levaram à condenação do réu em primeiro grau.

A defesa alegou, preliminarmente, a ausência de fundamentação do recebimento da denúncia e a violação do art. 157 do Código de Processo Penal, requerendo, no mérito, a improcedência da ação penal.

Após, os autos vieram conclusos para sentença, a qual foi proferida no dia 11/07/2019.

A preliminar de nulidade absoluta por deficiência da decisão de recebimento da denúncia foi rejeitada com base no artigo 563 do Código de Processo Penal.

No que diz respeito à alegação da necessidade de desentranhamento da prova ilícita, a magistrada colacionou parte da decisão do STJ que declarou a nulidade da primeira instrução levada a efeito nos autos. O STJ negou provimento ao agravo regimental e concedeu *Habeas Corpus* de ofício para anular a ação penal de primeiro grau que tramitava perante o Juizado da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre desde o recebimento da denúncia e determinou sua remessa para uma das varas criminais da mesma comarca. A segunda preliminar foi afastada, com base no artigo 573 e 567 do Código de Processo Penal, uma vez que o STJ delimitou o alcance da nulidade que declarou.

Sobre a materialidade do crime, deixou registrada a magistrada:

A materialidade delitiva do crime está comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito de fls 13, que atestou a existência de sinal de ato libidinoso caracterizado por “solução de continuidade superficial (escoriação), que mede oito milímetros de comprimento” na região perianal na linha média, agregadas essas circunstâncias à prova oral colhida em juízo.

O réu negou a autoria, disse, entre outros, que V. é sua sobrinha e que é padrinho da irmã mais velha da ofendida. Disse que apesar da menina ter visitado a sua casa, não ficou sozinho com ela. Mencionou que não tinha videocassete e nem TV por assinatura na época. Aduziu que foi acusado por motivos de ressentimento da cunhada, P., mãe da ofendida, porque há 40 anos, se recusou a separar da esposa para ficar com ela. Mencionou que tem filho com paralisia cerebral e que sempre cuidou dele, sendo que a limitação do menino diz respeito somente à locomoção.

Depois da anulação do processo, quando da repetição da instrução, a vítima não foi localizada para ser inquirida, tendo o Ministério Público desistido de sua oitiva.

A informante M. R. Z. , esposa do réu, corroborou a sua versão. Disse que a irmã (mãe da ofendida) sempre fez intriga para ela e para o marido. Disse que a ocorrência foi feita pelo ex-cunhado, mas que esse estava cumprindo ordens da irmã. Asseverou que os sobrinhos frequentavam sua casa durante as férias e que, inclusive, as meninas nunca se queixaram para ela do comportamento do marido.

O informante P.A.C, pai da ofendida, em juízo, mencionou ter duas filhas, V. e J.. Disse que o réu é tio das vítimas. Disse que J. fez uma denúncia através de uma redação da escola, onde narrou que tinha sofrido abusos sexuais pelo mesmo. Mencionou que, à época do

relato de J., a família decidiu não denunciar pois estavam sensibilizados com a situação do acusado, que tinha dois filhos, um deles portador de deficiência. No entanto, quando recebeu denúncia da outra filha, V. o declarante fez o registro de ocorrência policial, no ano de 2004. Relatou que a dinda de V. era filha do acusado e buscava a vítima para realizar visitas na casa dos pais dela. Disse que na época estava separado da mãe de V. e que a filha chorava muito, pois não queria ir para a casa da dinda. Referiu que V. contou para a madrasta que L. fazia com que ela sentasse no colo dele e colocasse a mão em suas partes íntimas. Disse que, num primeiro momento, resolveram verificar, pois, à época dos fatos, V. tinha apenas 3 anos de idade, mas a menina apresentou mais detalhes, mencionando que o réu mostrava vídeos pornográficos para ela. Disse que V. não desenvolveu, tendo dificuldades na escola. Relatou que procurou atendimento psicológico para V. e que a psicóloga afirmou que ela tinha trauma de difícil superação. Mencionou que a filha era ameaçada e tinha medo de falar sobre os fatos. Disse que P. tem problemas psiquiátricos e chegou a ajudá-la depois da separação.

A informante P., mãe da vítima e cunhada do réu, disse que os abusos iniciaram quando filha tinha 04 anos de idade, porém, a menina só revelou o que acontecia quando tinha 7 anos de idade. Disse que os fatos foram revelados pela filha no aniversário da declarante, momento em que a irmã de P. foi reclamar para V. que essa não cumprimentava o tio e que não poderia revelar o motivo, caso contrário, esse mataria. S., filho do acusado. Disse que V. ia visitar S. e ficava no colo dele. Disse que o réu tirava a menina do colo de S. e levava até o quarto para assistir filme pornográficos. Disse que V. narrou o que via nos filmes. Sustentou que só veio saber mais detalhes sobre os fatos quando a filha foi ouvida em juízo – quando da instrução anulada. Disse que quando foi realizar o exame de corpo de delito, a médica disse que a menina não apresentava ruptura himenal, mas tinha lesão na vagina. Disse que V. é muito revoltada. Mencionou que depois dos fatos teve muitas dificuldades e chegou a passar por quatro sanatórios para tratamento, pois tem alucinações. Referiu que L.C. mentiu quando disse que nunca ficou sozinho com a menina. Disse que L. abusou sexualmente dela, mas a mãe disse que era para ela fingir que nada tinha acontecido. Ressaltou que só o pai lhe defendeu. Disse que o acusado abusou sexualmente de J., filha mais velha, e que não adotou providências e permitiu que V. visitasse a casa do acusado. Mencionou que não lembrava de problemas escolares e de incontinência urinária de V.

A informante, J. C. D. C., irmã da vítima e sobrinha do réu, mencionou que quando tinha 5 anos, também sofreu abusos sexuais perpetrados pelo acusado. Disse que na época, em

virtude de decisão de sua família, não realizaram registro de ocorrência policial. Disse que os pais descobriram o abuso através de uma carta na escola. Disse que estranhou o comportamento de V. quando a dinda de V., irmã do réu, buscava V. para a visitá-lo na casa deles, uma vez que V. ficava muito nervosa e se recusava ir para lá. Mencionou que a vítima disse que o réu passa as mãos nela e a levava para assistir vídeos pornográficos. Disse que não tinha conflitos entre sua família e o acusado, tanto é que ele é seu padrinho. Relatou que a mãe permitia que a irmã visitasse a casa do acusado porque a avó ia junto, pois havia manipulação familiar e porque quando aconteceram os fatos contra J., disseram para ela que nada mais iria acontecer.

A magistrada de primeiro grau entendeu que os relatos apresentados em juízo comprovam a autoria do crime de atentado violento ao pudor por parte do acusado. Disse que “em que pese a negativa peremptória do acusado, sua versão não convence, pois divorciada dos demais elementos colhidos nos autos”.

A magistrada discorre sobre a prova oral, afirmando que o pai, a mãe e a irmã da ofendida apresentaram relatos coesos.

Menciona observações de uma psicóloga sobre os comportamentos de abusadores nas entrevistas e aduz que “depreende-se que o mesmo apresentou diversos dos argumentos usualmente adotados pelos abusadores sexuais, consoante os ensinamentos técnicos acima reproduzidos”.

Ainda, quanto ao laudo pericial, deixou registrado:

As afirmações dos familiares da ofendida, que narraram toques libidinosos na ofendida vão ao encontro da conclusão vertida no auto de verificação de violência sexual, que consignou a existência de vestígio de ato libidinoso produzido por instrumento contundente.

Ademais, assevera a magistrada que a tese autodefensiva do acusado não fez sentido, uma vez que não seria crível que uma mãe fosse capaz de manipular o relato da filha sujeitando-a a inúmeras oitivas e procedimentos psíquicos por não ter sido capaz de superar uma rejeição amorosa.

A ação foi julgada procedente para condenar L.C.Z como incurso nas penas do art. 214, c/c artigo 224, alínea “a”, na forma do artigo 71, todos do Código Penal., na forma da Lei n.º 8072/90.

Em resumo, trata-se de um caso complexo, onde há produção de prova oral e pericial. No que diz respeito à oitiva da vítima, tal prova foi considerada nula em virtude de decisão do STJ por motivos relacionados à competência, vez que o processo tramitava inicialmente na Vara da Infância e da Juventude da Comarca de Porto Alegre. Apesar da decretação de nulidade, a prova não foi desentranhada dos autos e a vítima não foi localizada para ser ouvida novamente.

No que diz respeito ao laudo pericial, nota-se que o perito concluiu pela existência de ato libidinoso ao responder sim para o quesito se e há vestígios de ato libidinoso diverso da conjunção carnal.

Como visto no primeiro capítulo, “ato libidinoso é qualquer ato de cunho sexual que objetive satisfazer a lascívia”¹⁴⁹.

Ainda, foi visto que sobre a demonstração de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, um dos vestígios mais importantes é a presença de sêmen (em partes do corpo da vítima que não a cavidade vaginal ou ainda nas roupas que usava quando do ocorrido)¹⁵⁰ e que a atribuição de concluir a respeito da ocorrência de estupro ou outro crime sexual não é do perito-legista.¹⁵¹

Quanto à valoração da prova pericial pela magistrada, essa relatou que as afirmações dos familiares da ofendida, “que narraram toques libidinosos na ofendida vão ao encontro da conclusão vertida no auto de verificação de violência sexual, que consignou a existência de vestígio de ato libidinoso produzido por instrumento contundente”. Ainda, mencionou que a materialidade do crime estava comprovada pelo laudo de exame de corpo de delito que confirmou a existência de sinal de ato libidinoso caracterizado por “solução de continuidade superficial (escoriação), que mede oito milímetros de comprimento” na região perianal na linha média, somadas essas circunstâncias à prova oral colhida em juízo. A magistrada também entendeu que os relatos apresentados em juízo comprovam a autoria do crime de atentado violento ao pudor por parte do acusado.

¹⁴⁹ FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada**. Rio de Janeiro: Rubio, 2018. p. 83.

¹⁵⁰ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 605-614

¹⁵¹ HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. p. 605.

4 CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como escopo analisar a dinâmica da prova pericial consistente no exame médico legal nos processos envolvendo crimes sexuais.

Foi visto que a jurisprudência atual entende que o exame de corpo de delito não é imprescindível para a persecução penal nos casos envolvendo delitos sexuais, considerando indícios suficientes para tal fim a palavra da vítima corroborada por outras provas testemunhais idôneas e harmônicas.

Apesar do entendimento jurisprudencial, entendemos que todas as provas que forem viáveis devem ser produzidas na persecução penal, assegurado o seu contraditório e direito de defesa. Nesse sentido, cabe mencionar que a Lei n.º 12.015/2009 que modificou artigos a respeito dos crimes sexuais, não trouxe alteração sobre o exame de corpo de delito, mantendo-se o entendimento da sua realização quando viável, mesmo não sendo elemento determinante para a prova do crime.

Ainda, para além da sua realização, entendemos que deve ser levada em conta a qualidade da produção dessa prova. Para tanto, foi visto através de pesquisa bibliográfica, como seria um exame médico e um laudo pericial ideal nesses casos. Ainda, importante mencionar a pesquisa intitulada “Protocolos e iniciativas de atendimento médico-legal em casos de violência sexual em mulheres: comparação entre os achados no Brasil e no mundo” publicada em 2014 que demonstrou que o Brasil ainda necessita evoluir no que diz respeito à qualidade das perícias que envolvem casos de agressão sexual, visto que, através do estudo, foi demonstrado que o país não segue diversas boas práticas referentes ao assunto em comparação a outros países modelos: nosso país não apresenta um protocolo padrão onde se detalha todos os procedimentos envolvidos na perícia e não há aconselhamento e assistência às vítimas de modo institucionalizado, por exemplo. Ainda, através de matéria publicada no site Gaúcha ZH, percebeu-se a precariedade no atendimento às vítimas de estupro em Porto Alegre no ano de 2015.

Para além da questão de como deveria ser realizado o exame, foram vistas questões atinentes à admissibilidade, valoração e interpretação da prova pericial. Foram estudados casos da Suprema Corte Americana onde a admissibilidade da prova pericial no processo começou a ser discutida a partir de 1923. Discorreu-se, mais especificamente, a respeito dos critérios de admissibilidade estabelecidos em *Daubert* e sua utilização no processo brasileiro

como fim de garantir mais racionalidade à valoração da prova pelo magistrado. Foi visto que o nosso sistema processual utiliza critérios estabelecidos nos casos *Frye* e *Daubert* de forma conjugada e não exaustiva a fim de garantir um contraditório ampliado em relação à prova pericial.

Sobre a interpretação da prova pericial, o teste inferencial de Thomas Young ganhou relevância ao dispor que não se deve conjecturar uma única versão dos fatos a partir dos vestígios de um crime sem escutar com uma mente aberta os relatos das testemunhas e averiguar se há coerência entre os elementos de prova. Nessa senda, entendemos que havendo dúvidas em relação ao cometimento do crime pelo acusado, essa deve ser dirimida sempre em seu favor, sendo a absolvição imperativa, conforme preconiza o princípio do *in dubio pro reo*.

Por fim, foram analisados dois casos com o propósito de exemplificar o que foi exposto ao longo do trabalho.

No primeiro caso, cabe ressaltar que, como se não bastasse todo o constrangimento que o exame médico legal por si só provoca na vítima somado ao fato da rememoração do ocorrido, o Estado falhou em não realizar todas as diligências possíveis a fim de elucidar o caso. Não foram realizados nenhum procedimento probatório em relação ao local de crime que havia manchas de sangue e sêmen. Ainda, não houve notícias de que quaisquer diligências tenham sido feitas para apreender algum objeto pessoal do réu a fim de buscar material genético do réu para comparar com o material genético encontrado quando do exame médico legal na vítima, por exemplo.

Já no segundo caso, em que o réu foi condenado pelo delito de estupro de vulnerável em primeiro grau, o laudo pericial restou por concluir vestígios de atos libidinosos, conduta repugnada pela bibliografia explorada. Tal conclusão foi corroborada posteriormente pela magistrada no momento da valoração das provas, sendo que o laudo pericial, junto a prova oral, restaram por convencer a juíza pela materialidade do delito.

Em suma, esse trabalho é um apelo ao olhar crítico para o tema num contexto em que qualquer deslize, na pior das hipóteses, pode vir a provocar a condenação de inocentes a penas altíssimas (sem adentrar aqui nas consequências da pena para a vida do indivíduo), bem como não oferecer o melhor tratamento possível às vítimas e deixá-las sem respostas possíveis.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS DIREITOS HUMANOS. **Protocolo de Istambul, Série de Formação Profissional nº 08 Manual para a Investigação e Documentação Eficazes da Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. Nações Unidas. Genebra; 2001. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/manual_protocolo_istambul.pdf>

BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina Legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. 216 p.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: Parte especial 4 Dos crimes contra os costumes até dos crimes contra a fé pública. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BOE. Ley nº 1/2000, de 08 de janeiro de 2000. **Ley de Enjuiciamiento Civil**. España, Disponível em: <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. Acesso em: 01 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2019.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 25 set. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009**. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12015.htm#art2>. Acesso em: 18 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13105, de 16 de março de 2015**. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 354.068/MG**. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 21 de março de 2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1685326&num_registro=201601030280&data=20180321&formato=PDF>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n.º 287682**. Ministra Laurita Vaz. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1328258&num_reg>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão nº HC 486861 / BA Habeas Corpus n.º 2018/0346439-1**. Ministro Leopoldo de Arruda Barroso. Brasília, 01 out. 2019. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=>

1871085&num_registro=201803464391&data=20191011&formato=PDF>. Acesso em: 02 nov. 2019.

BONNET, Fabianne Ribeiro; CINTRA, Raquel Barbosa. **Protocolos e iniciativas de atendimento médico-legal em casos de violência sexual em mulheres: comparação entre os achados no Brasil e no mundo.** 2014. Saúde, Ética e Justiça. 2014; 19(1):45-51..

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 886 p.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL- CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **I Jornada de Direito Processual Civil.** Brasília, 24 e 25 ago. 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução Cfm nº 1.931, de 17 de setembro de 2009. **Código De Ética Médica.** Brasília, 17 set. 2009. Disponível em: <<https://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/codigo%20de%20etica%20medica.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2019.

CROCE, Delton; CROCE JÚNIOR, Delton. **Manual de Medicina Legal.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 864 p.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina Legal.** 11. ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2017. 665 p.

FRANKLIN, Reginaldo. **Medicina Forense Aplicada.** Rio de Janeiro: Rubio, 2018. 448 p.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães et al. **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover:** Notas Sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). São Paulo: DPJ Editora, 2005.p. 317

HERCULES, Hygino de C.. **Medicina Legal.** 2. ed. Rio de Janeiro: Atheneu, 2014. 800 p.

KNIJNIK, Danilo. **Prova pericial e seu controle no direito processual brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. 219 p.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1159 p.

MALATESTA, Nicola Flamarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal.** 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005. 624 p.

MANZANO, Luís Fernando de Moraes. **Prova Pericial: Admissibilidade e assunção da prova científica e técnica no processo brasileiro.** São Paulo: Atlas S.a., 2011. 249 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado.** 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 1266 p.

OLHOS que condenam. Direção: Ava Duvernay. Criação: Ava Duvernay. Netflix, 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 18. ed. São Paulo: Atlas S.a., 2014. 1067 p.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 70082460247**. Relatora: Desembargadora Lizete Andreis Sebben. Porto Alegre, RS, 09 de outubro de 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 70082276833**. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 19 de setembro de 2019. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php>. Acesso em: 02 nov. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Contraditório como Direito Humano e Fundamental**. 2019. Palestra : “O Contraditório (ausência) nos Laudos Técnicos Judiciais” em 02 out. de 2019.

RION, Adriana. **Estrutura escassa para atender vítimas de estupro no RS**. Gaúcha ZH. Porto Alegre, 01 jun. 2016. Disponível em: <<https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2016/06/estrutura-escassa-para-atender-vitimas-de-estupro-no-rs-5822328.html>>. Acesso em: 02 nov. 2019.

SILVA, Ângelo Roberto Ilha da. **Curso de Direito Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. 543 p.

YOUNG, Thomas W.. **The Sherlock Effect: How Forensic Doctors and Investigators Disastrously Reason Like the Great Detective**. Boca Raton, FL: Crc Press, Taylor & Francis Group 2018. 254 p.