
A perícia nos crimes de estupro de vulnerável praticados sem violência física

Evandro Dias Joaquim*

1. INTRODUÇÃO

A perícia é um meio de prova que traz para o processo informação fundada em especiais conhecimentos científicos, técnicos e artísticos, conhecimentos estes que o homem comum não possui.

Prevê a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, “f”) como garantia mínima de toda pessoa acusada de um delito, o direito da defesa de obter o comparecimento de peritos que possam lançar luz sobre os fatos.

O processo penal, visto como instrumento para legitimar o poder estatal de punir, não tem na busca da verdade um fim em si mesmo. A perícia é um meio de prova que permite uma aproximação de uma verdade com mais qualidade. Apesar de ser impossível obter um conhecimento absoluto sobre um fato, não se deve abandonar a busca da verdade “*que é único critério aceitável como premissa para uma decisão justa*”, como pondera o professor Gustavo Badaró (2012, p. 266).

Este trabalho tem o objetivo de estudar a perícia nos crimes de estupro de vulnerável praticados sem violência física, analisando as funções desempenhadas pelo perito e pelo assistente técnico na realização

*Docente e Advogado.

da perícia psicológica, considerando as dificuldades para obtenção e produção da prova em tais casos.

2. PERITO E ASSISTENTE TÉCNICO NO PROCESSO PENAL

Ensina José Frederico Marques que o “*perito, no processo penal, é órgão técnico e auxiliar do juízo na formação e colheita do material instrutório*” (2000, p. 424).

Explica o mestre que, no processo penal, a perícia “*apresenta a peculiaridade de ser uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação do corpo de delito*” (2000, p. 425).

Como auxiliar do juiz, o perito deve ser imparcial, aplicando-se as regras sobre suspeição (art. 254 do CPP) dos juízes aos peritos, como disciplina o art. 280 do Código de Processo Penal.

Estabelece o art. 159 do Código de Processo Penal que as perícias serão realizadas por perito oficial. No Estado de São Paulo, o órgão oficial para realização de perícias judiciais é a Superintendência da Polícia Técnico-Científica (SPTC), criada em 1998, regulamentada pela Lei Estadual n.º 756 de 1994 e pelo Decreto n.º 42.847 de 9 de fevereiro de 1998.

Com a reforma legislativa ocorrida em 2008, a Lei 11.690/08 introduziu a figura do assistente técnico no processo penal, facultando às partes a sua indicação (art. 159 § 4.º do CPP). O assistente técnico atua no interesse da parte que o indicou, e sua participação no processo dinamiza e incrementa a discussão sobre o *thema probandum*.

Mesmo atuando no interesse da parte que o indicou, o assistente técnico deve se pautar por conduta escorreita, como aponta o professor Antonio Magalhães Gomes Filho, já que “*as exigências da ética profissional e o interesse na própria credibilidade recomendem que sua conduta seja sempre pautada pela isenção e objetividade*” (2009, p. 278).

Ao trazer para os autos suas conclusões, o assistente técnico permite que as partes e o juiz aumentem seus conhecimentos sobre temas de ordem técnica, fomentando e incrementando o contraditório. Como observa o professor Andrey Borges de Mendonça, a “*possibilidade de nomeação de assistente técnico prestigia a ampla defesa e o contraditório, embora seja um privilégio de poucos contratá-los*” (2008, p. 185).

Ressalta o doutrinador Guilherme de Souza Nucci sobre a importância da atuação do assistente técnico que:

O perito oficial nem sempre oferta a melhor versão para o caso em análise, valendo ao seu laudo juntarem-se outras vozes, com opiniões concordantes ou díspares, tudo com o objetivo de melhor informar o magistrado, em busca da verdade real. (2008, p. 370)

A prova pericial deve ser obtida, produzida e debatida observando-se as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, e o assistente técnico desenvolve importante tarefa de, com sua contribuição, aprofundar a discussão e a análise em relação às conclusões do perito oficial.

As questões que envolvem a obtenção e produção da prova nos crimes de estupro de vulnerável – art. 217-A do Código Penal –, as dificuldades na busca da verdade processual nos casos em que tais crimes são praticados sem violência física, a perícia psicológica e as atuações do perito e do assistente técnico são os temas que se pretende analisar no presente estudo.

3. O ASSISTENTE TÉCNICO NO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO

A faculdade das partes indicarem assistente técnico no processo penal passou a ser regulada com a Lei 11.690/2008, que alterou vários artigos do Código de Processo Penal.

A indicação e atuação do assistente técnico no processo penal estão tratadas nos parágrafos 3º, 4º, 5º e 6º do artigo 159 do CPP. Com estas modificações promovidas pela reforma no processo penal no ano de 2008, surgiram questões sobre a possibilidade de indicação de assistente técnico antes do início da ação penal.

3.1 INDICAÇÃO E ATUAÇÃO DO ASSISTENTE TÉCNICO ANTES DO INÍCIO DA AÇÃO PENAL

A discussão sobre a possibilidade ou não de atuação do assistente técnico já na fase das investigações preliminares, antes do início da ação penal, tem alcance prático já que, em muitos casos, a prova pericial é realizada durante o inquérito policial. Nestas situações, a prova pericial é considerada cautelar e o contraditório será diferido, como observa Vicente Greco Filho:

A prova pericial, por exemplo, que não tem outro jeito senão o de ser realizada na fase investigatória, não somente porque a urgência é imperiosa mas porque muitas vezes não há sequer alguém suspeito, tem o contraditório diferido, porque, em juízo, o acusado tem a oportunidade de contrapor-se a ela, demonstrando, se for o caso, a sua falha técnica, a impropriedade da colheita, a inaptidão do perito e outras circunstâncias que possam comprometer a sua credibilidade. (2010, p. 205)

Nesse contexto, deve ser também considerada a alteração que a mesma Lei 11.690/08 promoveu no art. 155 do Código de Processo Penal, que passou a ter a seguinte redação:

Art. 155. O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A prova pericial, quando realizada na fase inquisitiva, é prova de natureza cautelar, e diante da ressalva do art. 155 do Código de Processo Penal, poderá formar a convicção do juiz. Por esta razão, alguns autores defendem a possibilidade de indicação de assistente técnico, ainda na fase do inquérito policial. Dentre esses, Aury Lopes Jr.:

Situação sensível se apresenta na investigação preliminar (anteriormente tratada), em que o baixo nível de constitucionalização do inquérito, aliado ao fato de que importantes provas periciais são feitas nessa fase (até pela proximidade com o momento do delito), conduz a uma perigosa negação de eficácia dos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa (que, como explicado anteriormente, incidem também).

Daí porque seria razoável exigir que a autoridade policial, quando da determinação da realização de perícias, permitisse que o sujeito passivo pudesse requerer sua produção; apresentar quesitos; indicar assistente técnico; se possível, pela natureza do ato, acompanhar a colheita de elementos pelos peritos (extração de sangue, vestígios químicos do local, etc.); manifestar-se sobre a prova, podendo requerer nova perícia, sua complementação ou esclarecimentos dos peritos.

Tal participação no inquérito policial está perfeitamente autorizada, não só pelos direitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa, ambos com incidência nesta fase, mas também pelo art. 14 do CPP (cabendo Mandado de Segurança contra o ato do delegado que injustificadamente recusar o pedido feito pela defesa). (2009, p. 603)

Assim também se posiciona Andrey Borges de Mendonça, ao comentar o art. 159 do CPP, alterado pela Lei 11.690/08, acrescentando importante argumento para a admissão do assistente técnico já no curso do inquérito policial, no que se refere a possibilidade de absolvição sumária:

Pelo que consta do § 5º, apenas no curso do processo poderão as partes indicar assistentes técnicos. Não vislumbramos a razão da restrição. Se muitas provas já são colhidas durante a fase inquisitorial, inclusive de natureza cautelar, deveria ser permitido às partes nomear assistente ainda antes de iniciado o processo. Ademais, com a possibilidade de absolvição sumária, logo no início do procedimento ordinário, as considerações do assistente técnico poderiam ser relevantes. (2008, p. 186)

Em sentido contrário, o entendimento do mestre Antonio Magalhães Gomes Filho, na análise do parágrafo 5º do art. 159 do Código de Processo Penal: *“Parece mais adequada, assim, à natureza da atividade do assistente – que é, como visto,*

profissional ligado ao interesse das partes – a interpretação de que a intervenção somente será possível em juízo”.

Todas as provas devem ser obtidas e produzidas com observância das garantias do contraditório e da ampla defesa, e isso não se discute. Nesse prisma, diante da importância da prova pericial, o ideal é que a participação do assistente técnico ocorra ainda na fase das investigações preliminares, principalmente em vista do caráter cautelar da prova pericial.

Sobre o assunto, a opinião do doutrinador Eugênio Pacelli:

Desnecessário insistir na inconveniência de nosso modelo de investigação criminal. É claro que determinadas medidas devem mesmo ser encetadas sem o conhecimento e sem a participação da defesa, sob pena de inviabilização completa da persecução penal. Mas a prova pericial deveria, sempre que possível, contar com a contribuição e a fiscalização da defesa, *desde o início*, para a garantia não só do contraditório, mas sobretudo da amplitude da defesa.

No ponto, a Lei n.º 11.690/08, embora portadora de grandes inovações, sobretudo no que respeita à possibilidade de participação do assistente técnico indicado pelas partes, não resolveu o problema essencial. E isso porque a atuação da defesa sobre o objeto periciado somente será possível após a elaboração do laudo oficial e quando já em curso a ação penal, isto é, depois da fase de investigação. Consulte-se, a respeito, o disposto no art. 159, §§ 4º e 5º, CPP. (2012, p. 424)

Concluindo, para um efetivo exercício do contraditório e da ampla defesa, tanto à acusação como à defesa deveria ser facultada a indicação do assistente técnico ainda na fase de investigação preliminar.

3.2 Assistente técnico para parte carente

Argumenta-se que apenas as partes economicamente favorecidas teriam condições de indicar assistente técnico no processo penal. Fala-se que a alteração legislativa é elitista, por esta razão. O assistente técnico pode ser indicado pelo Ministério Público, pelo acusado, pelo assistente de acusação e pelo querelante.

Certamente o Ministério Público criará condições para formação de um corpo de assistentes técnicos próprio na área criminal. Em relação às partes carentes, a solução para que possam contar com o assistente técnico seria a contratação do profissional remunerado pelo Estado.

Existe no Código de Processo Penal Italiano, previsão neste sentido, no art. 225.2, assim redigido:

225. Nomina del consulente tecnico.

2. Le parti private, nei casi e alle condizioni previste dalla legge sul patrocinio statale dei

non abbienti (1), hanno diritto di farsi assistere da un consulente tecnico a spese dello Stato.

A organização de um quadro de profissionais para atuação como assistente técnico no processo penal, dentro da Defensoria Pública, poderia ser uma medida que permitiria acesso de pessoas carentes ao trabalho do assistente técnico, no processo penal.

4. O PROBLEMA DA PROVA PENAL NO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL (ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL)

Neste estudo, os termos criança e adolescente serão utilizados na acepção dada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, que considera criança a pessoa até 12 anos de idade incompletos, e adolescente, aquela entre 12 e 18 anos (art. 2º da Lei 8.069/90).

Segundo lição de Francesco Carrara, no estudo da prova no processo penal,

com referência a um fato, podemos encontrar-nos em quatro estados diversos: o de *ignorância*, o de *dúvida*, o de *probabilidade*, o de *certeza*. Tudo o que serve para fazer-nos progredir do primeiro ao último estado se denomina *prova*. (1957, p. 399)

O tema em análise - estupro de vulnerável - normalmente acontece às escondidas, muitas vezes, infelizmente, no contexto familiar, no interior dos lares e, portanto, longe de testemunhas. O silêncio das vítimas – possivelmente em razão de ameaças – e a ausência da prova testemunhal faz com que o estado de *ignorância* prevaleça, diante das dificuldades na obtenção e produção de provas do fato.

O estupro de vulnerável não é somente um grave problema de segurança pública, mas também de saúde pública, pois:

O abuso sexual representa uma verdadeira catástrofe na vida de uma criança e produz uma devastação da estrutura psíquica que afeta seus distintos aspectos. É um tipo de violência diferente de outras. Implica uma vivência de solidão extrema e constitui uma situação-limite para a sustentação do funcionamento psíquico, enquanto afeta o núcleo mais pessoal e básico da identidade: o corpo. (FUKS, 2010, p. 188)

A afirmação é de Lucia Barbero Fuks, médica psiquiátrica e psicanalista (membro do Departamento de Psicanálise do Instituto *Sedes Sapientiae*), em seu livro “Narcisismo e vínculos: ensaios reunidos”, que traz as seguintes explicações sobre o que se considera abuso sexual, e dados estatísticos da Organização Mundial da Saúde (relacionados a vítimas no mundo):

Para a Organização Mundial da Saúde (OMS) o abuso sexual em crianças implica que estas sejam vítimas de um adulto ou de uma pessoa com uma diferença significativa de idade, com a finalidade da satisfação sexual do agressor.

O delito de abuso pode assumir diferentes formas: ligações telefônicas obscenas, apresentação de imagens pornográficas, ofensas ao pudor, contatos sexuais físicos ou simplesmente tentativas de concretizá-lo, violação, incesto ou prostituição de menor. É um problema, em suas diversas modalidades, mais freqüente do que pensamos. As estatísticas demonstram que 25% das mulheres e 12% dos homens sofreram abuso sexual antes dos 17 anos. (FUKS, 2010, p. 190)

O problema da prova no processo penal no crime previsto no artigo 217-A do Código Penal – estupro de vulnerável – tomando por base a conduta consistente em ato libidinoso diverso da conjunção carnal e cópula anal, praticado sem violência física é o objeto deste estudo, destacando-se a perícia psicológica como meio de prova em tais situações.

A lei 12.015 de 07 de agosto de 2009 alterou o Título VI da Parte Geral do Código Penal, que passou a denominar-se “Dos crimes contra a dignidade sexual”. Dentre as modificações, a conduta antes tipificada no art. 214 – atentado violento ao pudor – agora está englobada pelo crime de estupro descrito no art. 213. Foi criado o crime de estupro de vulnerável, assim tratado pelo art. 217-A:

Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos:
Pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

Nos casos de estupro com violência física, os vestígios deixados pelo crime permitem, em tese, a realização do exame de corpo de delito na vítima e também no acusado (como por exemplo, perícia nas lesões físicas, exames em materiais coletados como sêmen, sangue etc.).

As dificuldades para a obtenção e produção da prova penal são muito maiores nas situações em que a vítima sofre o estupro, sem que vestígios físicos se verifiquem.

4.1 BEM JURÍDICO TUTELADO NO CRIME DE ESTUPRO

O estupro consistente na conjunção carnal e praticado com violência física é crime material e demanda resultado naturalístico, que consiste no efetivo tolhimento à liberdade sexual, e tem como objeto jurídico protegido a liberdade sexual (NUCCI, 2009, p. 17).

Entendendo ser, no crime de estupro (art. 213 e 217-A do CP) - assim como no crime de atentado violento ao pudor, anteriormente previsto no art. 214 do CP e hoje englobado pelo tipo penal descrito tanto no art. 213 como no art. 217-A

do CP alterado pela Lei 12.015/09 - a liberdade sexual da mulher e do homem o bem jurídico tutelado, a doutrina de Cezar Roberto Bitencourt (2008, p. 1 e 8) e Fernando Capez (2007, p. 2 e 25).

Neste mesmo sentido destacam Julio Fabbrini Mirabete e Renato N. Fabbrini:

protege-se no crime de estupro não a simples integridade física, mas a liberdade sexual tanto do homem como da mulher, ou seja, o direito de cada indivíduo de dispor de seu corpo com relação aos atos de natureza sexual, como aspecto essencial da dignidade humana. (2012, p. 390)

Em obras mais antigas, como exemplo as “Lições de Direito Penal” editada em 1958, de autoria de Heleno Claudio Fragoso, a objetividade jurídica no crime previsto no art. 214 (atentado violento ao pudor) era tida como “*a liberdade sexual, no sentido que lhe atribui a lei, isto é no particular aspecto da inviolabilidade carnal da pessoa, contra atos de libidinagem violentos*” (1958, p. 394).

Semelhante é o entendimento de Magalhães Noronha, ao comentar o art. 214 do Código Penal, para quem:

o bem que o artigo tutela é ainda a liberdade sexual, tomada em sentido amplo, ou mais particularmente, a *inviolabilidade carnal*. Protege a lei a pessoa contra os atos libidinosos que ferem essa inviolabilidade. (1986, p. 122)

Na introdução do livro “Crimes contra a dignidade sexual”, Guilherme de Souza Nucci, fazendo referência às mudanças no Código Penal trazidas pela Lei 12.015/09, destaca que:

No campo dos crimes contra a dignidade sexual, muito há por fazer, uma vez que aos poucos o preconceito e o machismo vêm desaparecendo dos tipos penais, como se pode constatar pela unificação dos delitos de estupro e atentado violento ao pudor sob uma única figura: estupro. (2009, p. 13-14)

A liberdade sexual como bem jurídico protegido pela lei, está inserida no contexto da dignidade da pessoa, incluindo sua honra, sua intimidade, sua vida privada, sua integridade física e *moral*, constitucionalmente protegidos. Não se pode, por isso, conceber que o bem jurídico tutelado, no caso do crime de estupro, seja apenas a *inviolabilidade carnal*, mas também a liberdade sexual vista como um direito individual relacionado à dignidade humana.

4.2 O CRIME PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL E SUA CLASSIFICAÇÃO CONFORME O RESULTADO: VESTÍGIOS NOS CASOS DE ESTUPRO COMETIDO SEM VIOLÊNCIA FÍSICA

Na doutrina, classificam-se os crimes quanto ao resultado, em crimes materiais, crimes formais e crimes de mera conduta.

Na clássica obra “Crimes de Mera Conduta”, o mestre Manoel Pedro Pimentel define crime material da seguinte forma:

O crime material, portanto, é aquele em que a descrição feita no preceito primário da norma inclui, como elemento essencial do fato típico, a produção de um determinado resultado. É o crime de dano por excelência. O efeito lesivo deve-se concretizar em uma exteriorização destacada da ação. (1968, p. 58)

Em relação aos crimes formais, é esta a ensinância do citado professor:

Reunindo as opiniões que perfilham a doutrina dominante, é possível dizer que os crimes *formais* são aqueles em que o dano ou o perigo constitutivos do crime se tornam realidade com o desencadear da conduta. O resultado que a lei considera relevante para a perfeição da figura delituosa já se completa com a própria conduta. (PIMENTEL, 1968, p. 60)

Afirmando a diferença entre crimes formais e crimes de mera conduta, Manoel Pedro Pimentel esclarece:

Para nós, os crimes de mera conduta constituem uma categoria autônoma, que não está subordinada ao grupo dos crimes formais, porque, apesar da semelhança genérica existente, uma diferença específica claramente os distingue: nos crimes de mera conduta há uma ofensa (dano ou perigo) presumida; nos crimes formais, há *um resultado* de dano ou de perigo ínsito na conduta e que se realiza ao término do desdobramento desta. Os crimes formais se compõem de conduta e resultado considerado relevante para o direito, resultado esse que pode não ser apresentar destacado da ação, mas que é um resultado material. Os crimes de mera conduta se realizam tão-somente com a conduta, não sendo relevante para o direito o resultado natural que dela decorra. (1968, p. 84)

Ao tratar do *resultado* (evento) em sua obra “Lições de Direito Penal”, Heleno Claudio Fragoso traz a seguinte lição:

Entende-se por resultado o efeito natural da ação que configura a conduta típica, ou seja, o fato tipicamente relevante produzido no mundo exterior pelo movimento corpóreo do agente e a ele ligado por relação de causalidade. (1985, p. 172)

Segundo Luis Jiménez de Asua, não existe delito sem resultado. “*La vieja categoría de delitos formales era falsa*”. Afirma o mestre, que “*el resultado no es sólo el daño cometido por el delito, no consiste únicamente en el cambio material en el mundo exterior, sino también en mutaciones de orden moral.*” (1954, p. 231).

É exatamente neste aspecto do resultado que se pretende dar maior atenção, ou seja, nas mutações de ordem moral que a prática de um crime pode causar como dano na vítima, especificamente nos crimes de estupro de vulnerável praticados sem violência física.

Comentando o delito de atentado violento ao pudor, crime então previsto no artigo 214 do Código Penal (revogado pela Lei 12.015/09), Guilherme de Souza Nucci, quanto ao resultado, afirmava tratar-se de crime material:

Classificação: trata-se de crime comum (aquele que não demanda sujeito ativo qualificado ou especial); material (delito que exige resultado naturalístico, consistente no efetivo tolhimento da liberdade sexual da vítima). Há quem entenda ser crime de mera conduta, com o que não podemos concordar, pois o legislador não pune unicamente uma conduta, que não possui resultado naturalístico. A vítima que foi constrangida a ato libidinoso pode sofrer lesões de ordem física – se houver violência – e, invariavelmente, sofre graves abalos de ordem psíquica, que constituem, com nitidez, um resultado detectável no plano da realidade. (2007, p. 850, g.n.)

Tomando como referência esse entendimento, e agora analisando o crime de estupro de vulnerável, pode-se afirmar que a vítima sofre, além de danos físicos – nos casos em que acontecer a violência física –, abalos de ordem psíquica, que deve ser visto como um resultado naturalístico consistente em “*mutaciones de ordem moral*”, **na linha da ensinança de Asua, acima destacada.**

Portanto, na hipótese de configuração do crime previsto no art. 217-A do Código Penal - nos casos em que a conduta não envolver violência física – em virtude dos danos psíquicos experimentados pela vítima, existe um resultado naturalístico, que deve ser considerado um vestígio deixado pelo crime, que pode ser detectável por perícia.

Neste contexto, considerando o abalo psíquico como vestígio do crime em discussão, a questão deve ser analisada também na perspectiva do art. 158 do Código de Processo Penal, que determina ser indispensável o exame de corpo de delito nos crimes que deixar vestígios.

Sendo possível detectar, no plano da realidade, o resultado de um ato libidinoso praticado sem violência real, considerando o abalo psicológico da vítima – em virtude do efetivo tolhimento da liberdade sexual desta –, na esteira da doutrina de Guilherme Souza Nucci (conforme a citação acima transcrita referente ao comentário ao revogado art. 214 do CP) vale o destaque para a seguinte afirmação do mesmo conceituado e respeitado autor, no comentário ao art. 158 do Código de Processo Penal, especificamente em relação aos crimes sexuais:

Formação do corpo de delito nos crimes sexuais: não há necessidade de exame de corpo

de delito (perícia), pois muitos desses delitos não deixam vestígios materiais. Exemplo: um estupro ou um atentado violento ao pudor, cometido com grave ameaça, pode não deixar rastro visível da sua ocorrência. Nem por isso deixarão de ser punidos os autores, desde que, por outras fontes (ex: prova testemunhal), seja possível comprovar a existência do crime. (2008, p. 368)

Nesse mesmo sentido, o autor, mais recentemente, já comentando as alterações da Lei 12.015/09, assim reafirmou, ao analisar a nova redação do art. 213 do Código Penal:

A realização de exame de corpo de delito permanece desnecessária, Logicamente, em caso de violência real, faz-se o exame, fator importante para a demonstração da materialidade do estupro. No entanto, na se depende desse exame para a condenação, afinal, o estupro pode ser praticado em forma que não deixa vestígio material. (2009, p. 21-22)

Assim, pode-se afirmar que, mesmo quando praticado sem violência real ou física (sem causar lesão corporal), o estupro é crime material, que produz resultado – consistente no abalo de ordem psíquica – caracterizando um vestígio, um rastro, um sinal deixado pela conduta do agente na vítima do crime.

Não se pretende, no escopo deste estudo, discutir se o acusado da prática do crime previsto no art. 217-A do CP, nos casos de conduta sem violência real, só pode ser condenado dependendo da existência de exame de corpo de delito, nos termos do art. 158 do CPP.

Nesses casos – estupro consistente e ato libidinoso diverso da conjunção carnal e cópula anal, praticado sem violência real - o abalo de ordem psíquica na vítima deve ser tratado como um vestígio deixado pelo crime, que pode ser comprovado por meio de perícia psicológica.

4.3 EXAME DE CORPO DE DELITO NO CRIME PREVISTO NO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL NOS CASOS DE ESTUPRO SEM LESÃO CORPORAL

Sendo o abalo psíquico experimentado pela vítima do crime previsto no art. 217-A (cometido sem violência física) um resultado aferível no plano da realidade, essa prova é realizável por meio da perícia psicológica.

Ao tratar da concepção de cunho processualista da expressão “corpo de delito” o mestre Rogério Lauria Tucci, em sua obra “Do Corpo de Delito no Direito Processual Penal Brasileiro” assim explica:

Ora, isso implica a asserção de que, em Direito Processual Penal, o estudo conceptual do *corpo de delito* – locução indicativa da atividade desenrolada por órgãos do Estado com a finalidade de verificação existencial do crime, visualizando extrinsecamente, com

todas as suas circunstâncias, - dever realizar-se tripartidamente, em correspondência à imprescindibilidade de determinação de situações diversificadas, condizentes com os elementos que o integram, essencial ou acidentalmente, e a saber:

- a) em primeiro lugar, tomada em consideração a pessoa ou coisa sobre a qual se tenha praticado o ato criminoso, assim considerada *elemento principal do corpo de delito – corpus criminis*;
- b) em seguida, averiguadas as coisas – objetos ou instrumentos, - utilizados na atuação delitativa, pelo criminoso ou criminosos, e tidas como elemento acessório da infração penal, nomeado *corpus instrumentorum*;
- c) por derradeiro, investigados os vestígios deixados pelo cometimento criminoso, hábeis também à reconstrução do delito, e tidos, outrossim, como *elemento acessório*, a que se denomina *corpus probatorium*. (1978, p. 17-18)

A vítima do crime em análise, obviamente, é considerada elemento do corpo de delito, pois é o *corpus criminis*, e não deve ser vista apenas no seu aspecto exterior, físico, mas evidentemente, também, em seu aspecto psíquico.

Nos casos de estupro sem lesão corporal tendo a criança ou adolescente como vítima, a situação é ainda mais delicada e complexa, já que os efeitos (resultados) são extremamente danosos, pois, como esclarece a professora e psicanalista Lúcia Barbero Fuks:

A sedução sexual difere de outras violências físicas porque está dirigida à satisfação sexual do sedutor e ao despertar de sensações sexuais na vítima. Mesmo sendo passiva fisicamente, a criança participa psicologicamente na atividade sedutora através de desejos, afetos, fantasias, que podem facilitar, contrariar ou complicar a sedução propriamente dita.

Falar dos efeitos do abuso, imediatos ou de longo prazo, é falar justamente da ameaça de um bloqueio danoso dos processos de subjetivação, da impossibilidade para a criança, sem auxílio dos outros, de simbolizar o traumatismo experimentado. A experiência persiste longamente em seus efeitos e impede que a vítima possa reencontrar-se como sujeito. (2010, p. 189)

É imprescindível a interação do Direito com outras disciplinas, ciências e áreas de conhecimento, como a Psicologia, por exemplo, para o enfrentamento de situações de tamanha complexidade. Demonstrando uma preocupação com a vítima do crime, o que antes não ocorria, o legislador, na reforma de 2008, por meio da Lei 11.690/2008, ao alterar a redação do art. 201 do Código de Processo Penal, incluiu o parágrafo quinto, com a seguinte redação:

Art. 201:

§ 5º - Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

Nessa nova perspectiva, a Psicologia tornou-se importante aliada do Poder Judiciário, não apenas auxiliando a compreensão e tratamento de diversos

problemas da criminalidade, mas também na busca de medidas para minimizar as consequências dos crimes contra a liberdade sexual cometidos contra crianças e adolescentes, anotando-se a preocupação com a integridade e saúde física e psicológica das vítimas de crimes, como uma nova e importante mudança de postura do legislador.

4.3.1 Perícia psicológica nos casos de estupro de vulnerável praticado sem violência física: prova indiciária

Nos casos de estupro de vulnerável praticado sem violência física, não havendo testemunha presencial dos fatos, a perícia psicológica é importante meio de prova para a formação do convencimento do juiz. Como já mencionado, a prova testemunhal ou documental (fotos, vídeos etc.) é rara em tais situações, uma vez que os fatos ocorrem na intimidade dos envolvidos, longe de testemunhas.

Segundo a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura indício, juridicamente, *“é todo rastro, vestígio, sinal e, em geral, todo fato conhecido, devidamente provado, suscetível de conduzir ao conhecimento de um fato desconhecido, a ele relacionado, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo”* (2009, p. 36).

A mudança no comportamento da vítima de estupro de vulnerável é o fato concreto (fato base, o fato provado), a partir do qual será possível desenvolver o raciocínio indutivo-dedutivo realizado na prova indiciária, para se chegar ao fato a ser provado, que é o crime.

Ao tratar da índole da operação mental procedida no indício, explica a professora Maria Thereza Rocha de Assis Moura:

Para que o fato particular, conhecido, conduza ao fato desconhecido, faz-se necessário, por primeiro, um trabalho de indução, para ligá-lo a uma regra geral, fundada na observação do que ordinariamente acontece em fato análogo, que é a determinação do caráter comum. (2009, p. 39)

A perícia psicológica na vítima nos casos de estupro de vulnerável é um meio de prova técnica e indiciária para se chegar ao fato a ser provado, que é o próprio crime. A perícia trata-se de meio de prova de extrema importância no processo penal, já que, como destaca o professor Antonio Magalhães Gomes Filho, é *“o instrumento para o ingresso de elementos de prova apoiados em um saber especializado que o juiz e demais operadores do direito, como homens comuns, normalmente não possuem”* (2009, p. 274).

É indiscutível a relevância da perícia psicológica nos processos envolvendo estupro de vulnerável, como meio de prova que tem o potencial de trazer um saber

especializado direcionado para a apuração do fato criminoso, sendo enorme a importância que esta prova tem no convencimento do juiz.

Contudo, graves deficiências do Estado prejudicam e dificultam a realização dessa prova no processo penal.

4.3.1.1 Superintendência da Polícia Técnico Científica do Estado de São Paulo - Inexistência de núcleo de crimes contra a dignidade sexual – Assistente Social e Psicólogo Judiciários com atribuição para atuação apenas na área cível (Família e Sucessões)

No Código de Processo Penal, sobre a prova pericial, existe a seguinte previsão:

Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 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.

Sobre os peritos oficiais, leciona o professor Gustavo Badaró, comentando o art. 159 do CPP que os *“peritos oficiais integram os quadros da polícia, normalmente em órgão de polícia científica, pertencendo aos institutos de criminalísticas ou repartições congêneres”* (2012, p. 302).

No Estado de São Paulo o órgão oficial para administrar as perícias criminalísticas e médico-legais, com a função de auxiliar a Polícia Civil e o Sistema Judiciário é a Superintendência da Polícia Técnico-Científica (SPTC), criada em 1998, regulamentada pela Lei Estadual n.º 756 de 1994 e pelo Decreto n.º 42.847 de 9 de fevereiro de 1998.

Existem vários núcleos de perícias na SPTC, tais como núcleo de acidentes de trânsito, núcleo de crimes contra a pessoa, núcleo de engenharia, mas não existe um núcleo específico para os crimes contra a dignidade sexual.

No Poder Judiciário do Estado de São Paulo, os psicólogos e assistentes sociais judiciários têm atribuições funcionais voltadas apenas para a área cível. Nos autos do processo n.º 25.605/05 que tramitou perante a Corregedoria Geral da Justiça paulista, definiu-se que *“a participação de Assistentes Sociais e Psicólogos Judiciários em processos que versem matéria penal não se enquadra dentre as atribuições definidas a essa duas categorias de servidores”*.

Desta forma, não havendo no órgão oficial do Estado um núcleo de perícia de crimes contra a dignidade sexual, e não sendo atribuição dos Psicólogos e

Assistentes Sociais judiciários a atuação na área criminal, resta aos magistrados, para a realização de perícia psicológica nos casos de estupro de vulnerável – objeto do presente estudo - a indicação de duas pessoas idôneas portadoras de diploma de curso superior (preferencialmente na área específica).

Não é preciso muito esforço para se concluir que, em muitos casos criminais (principalmente aqueles ocorridos em pequenas comarcas do interior do estado) envolvendo a apuração de estupro de vulnerável, sendo necessária a realização de perícia psicológica (diante da evidente deficiência do aparelho estatal acima apontada) esta será feita por profissionais que, apesar de portadores de diploma superior, não são especialistas e desconhecem as questões específicas relacionadas ao abuso sexual da criança e do adolescente.

Oportuna a lição do professor italiano Michele Taruffo, que ao dissertar sobre *conhecimento científico e decisão judicial*, destaca o importante papel do juiz na escolha do perito, considerando o conhecimento científico e técnico deste:

In Italia, a differenza che negli Stati Uniti (dove gli *expert witnesses* sono scelti e pagati dalle parti), il problema non è solo quello di controllare il fondamento epistemológico delle conoscenze che l'esperto fornisce al giudice. Molto importante è anche la scelta dell'esperto che il giudice deve compiere. In proposito pare legittimo formulare dubbi intorno alla disciplina della consulenza tecnica presente nel nostro c.p.c.: il requisito della 'particolare competenza tecnica' di cui parla l'art. 61 è quanto mai generico, e si riferisce alla competenza dell'esperto nel suo campo (ma si ricordi che un bravo cartomante può essere dotato di particolare competenza tecnica nel campo della cartomanzia!). (2005, p. 8)

Como regra, diante da inexistência de perito oficial, em virtude da falha estatal acima apontada, nos casos envolvendo estupro de vulnerável, o juiz deve indicar, sendo necessária a realização de perícia psicológica, profissionais (art. 159 § 1º do CPP) que comprovadamente tenham conhecimentos técnicos na área de abuso sexual da criança e do adolescente.

Mas além deste obstáculo, um outro aspecto traz verdadeira limitação (dificuldade) para se atingir a verdade processual (judicial) nos casos envolvendo estupro de vulnerável, que é a colheita da prova no que se relaciona ao depoimento da vítima (criança ou adolescente).

5. O PROBLEMA DA BUSCA DA VERDADE PROCESSUAL NOS CRIMES DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: DEPOIMENTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – IMPLANTAÇÃO DE FALSA MEMÓRIA

Na reconstrução histórica dos fatos no processo penal, nos casos envolvendo estupro de vulnerável, existe um ingrediente que dificulta ainda mais a árdua tarefa

de se aproximar da verdade fática: a palavra da vítima, o depoimento da criança ou do adolescente ofendido.

Como acentua o professor Gustavo Badaró, ao tratar do tema processo penal, prova e verdade, “*tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica é algo inatingível*” (2012, p. 265). Destaca o mestre que a verdade judicial é uma verdade necessariamente relativa (2012, p. 266), asseverando:

De qualquer forma, mesmo aceitando-se a impossibilidade de se atingir um conhecimento absoluto ou uma verdade incontestável dos fatos, não é possível abrir mão da busca da verdade, que é o único critério aceitável como premissa para uma decisão justa. (2012, p. 266)

O doutrinador Aury Lopes Junior bem considera, na mesma linha do raciocínio acima, “*que o processo penal tem por finalidade – através da prova – fazer a reconstrução de um fato histórico (crime) e que a reconstrução de um fato histórico é sempre minimalista e imperfeita*” (2013, p. 572).

Ressaltando as dificuldades da atividade cognitiva de um juiz no processo penal, “*que não sabe, mas precisa saber*” (2013, p. 572), pondera o mencionado professor:

Por isso se diz que o juiz é um ignorante, pois ele ignora os fatos e necessita de alguém que tenha conhecimento do ocorrido (*cognitio*) para lhe permitir a *recognitio*. É, com certeza, uma cognição bastante contaminada. (2013, p. 572)

Na tarefa de reconhecimento do fato, nos casos de estupro de vulnerável, o juiz necessitará, normalmente, do conhecimento de um perito psicólogo, que na realização de seu trabalho técnico, terá como objeto de pesquisa a vítima criança ou adolescente, por meio de sessões e entrevistas.

Em importante estudo sobre a contribuição da neurociência no processo, o advogado italiano Antonio Forza trata exatamente da questão relacionada à veracidade de um depoimento, que, na sua visão, depende do modo como se conduziu o primeiro depoimento, ou a entrevista investigativa inicial (*iniziale colloquio investigativo*):

La neuroscienza cognitiva, oltre ad aver dimostrato che il contenuto di una testimonianza dipende dalla codifica e dal recupero, ha chiarito che la genuinità di un racconto è fortemente compromessa dalle modalità con le quali viene condotto l’iniziale colloquio investigativo. Gli interrogatori, che contengono domande che suggeriscono la risposta o che forniscono versioni scorrette dei fatti, possono inquinare irreversibilmente il ricordo dell’evento originario. (2007, p. 373)

Destacando estudos realizados com crianças, Antonio Forza adverte sobre o risco de contaminação das narrativas (e lembranças) nos casos em os depoentes são induzidos pelo entrevistador que fornecem, propositadamente, detalhes falsos, sobre episódios que sequer aconteceram (falsa memória):

Questo fenomeno è particolarmente evidente soprattutto negli interrogatori e nei colloquio investigativi svolti con i bambini.

Recenti studi svolti su questo tema hanno dimostrato che una gran percentuale di bambini, dopo essere stati indotti alla confabulazione (ossia inventare dettagli non veri su episodi mai accaduti), ricorda, anche distanza di tempo, il contenuto della confabulazione e molto spesso non è in grado di distinguere la realtà dalla fantasia (Mazzoni, 2003/b). (2007, p. 373)

A psicóloga e advogada italiana Luisella de Cataldo Neuburger, no livro por ela organizado (2007, p. 520), também discutindo a relevância da psicologia jurídica e da neurociência no processo, traz um precedente jurisprudencial italiano, em caso de abuso sexual de menor.

No referido caso concreto, houve a anulação de uma sentença condenatória, adentrando-se no tema do exame em menores, bem como no papel do perito, que a autora resumiu nos seguintes pontos:

Come ricorda Baldassarre le discipline a cui è affidato lo studio del comportamento e della vita mentale sono principalmente le neuroscienze e la psicologia. Le neuroscienze adottano i costrutti teorici ed i metodi di indagine delle scienze naturali come la fisica, la chimica e la biologia, di cui fanno parte. Ma anche la psicologia giuridica nella sua attività di ricerca ha fatto grossi passi in avanti: ha proposto delle classificazioni dei fenomeni osservati ed un linguaggio e una prassi per trattarli tanto soddisfacenti da aver portato all'elaborazione di una giurisprudenza di fondamentale importanza. Una recentissima sentenza (Cass. pen., sez. III. 08-03-2007 n. 9817) nell'annullare con rinvio una sentenza di condanna per abuso sessuale di minore sostanzia alcuni fondamentali principi, da tempo elaborati e sostenuti dalla psicologia giuridica in tema di esame del minore e di ruolo dell'esperto, che possono essere riassunti nei seguenti punti:

1. la compatibilità e l'attendibilità delle dichiarazioni del minore sono di esclusiva competenza del Giudice;
2. il Perito deve solo precisare quale sia lo sviluppo psichico del minore, le sue capacità di comprendere i fatti e di rievocarli in modo utile, indicando quali siano le sue condizioni emozionali, indagare sulle dinamiche parentali e riferire come ha percepito e vissuto gli episodi per cui è testimone;
3. la risposta allo stress è aspecifica per cui le stesse reazioni emotive e comportamentali possono derivare sia dall'abuso sessuale, dal conflitto genitoriale, da entrambi i fattori o per altre cause;
4. è dimostrato scientificamente che un bambino, quando è incoraggiato o sollecitato a raccontare, da parte di persone che hanno una influenza su di lui tende a fornire la risposta compiacente che l'interrogante si attende e che dipende, quasi sempre, dalla formulazione della domanda;
5. gli studiosi della memoria insegnano che gli adulti "raccontando ricordando" mentre i bambini "ricordano raccontando";
6. solo le primissime dichiarazioni spontanee sono quelle maggiormente attendibili perché non "inquinata" da interventi esterni che alterano la memoria dell'evento;

7. è vietato demandare all'esperto la valutazione della compatibilità e dell'attendibilità del minore. (NEUBURGER, 2007, p. 520)

Concluindo, assim posiciona-se a psicóloga e advogada italiana Luisella de Cataldo Neuburger:

Se questi criteri saranno seguiti (e perché lo siano, è indispensabile che le parti e il Giudice si rivolgano a esperti dotati di 'specificata competenza') si potrà ovviare all'eliminazione dei principali 'inciampi' che ostacolano la strada della giustizia e che tanti errori giudiziari hanno generato. (2007, p. 520)

A obtenção e produção de prova envolvendo criança e adolescente é um campo minado, rico em armadilhas que se transformam em verdadeiros empecilhos para se chegar a uma “*maior aproximação possível daquilo que se denomina verdade*” (BADARÓ, 2012, p. 266).

É necessário um esforço para se aprofundar a discussão sobre a criação de regras e critérios (protocolo), direcionados para os diversos profissionais envolvidos nas ocorrências que demandam a abordagem inicial (“*iniziale colloquio investigativo*”), entrevistas em investigações preliminares, colheita de depoimentos de criança e adolescente, com o objetivo de se eliminar, dentro do possível, os diversos obstáculos que tornam a tortuosa estrada da justiça, muitas vezes, levam a um caminho sem volta para os indesejáveis erros judiciários.

5.1 RECOMENDAÇÃO DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA A CRIAÇÃO DE SALAS ESPECIAIS PARA OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES NOS PROCESSOS JUDICIAIS (RECOMENDAÇÃO N ° 33 DE 23 DE NOVEMBRO DE 2010)

Ainda são tímidas, no Brasil, providências e medidas do Poder Judiciário para enfrentar a questão da tomada de depoimento de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas em processos judiciais.

No ano de 2003, na cidade de Porto Alegre (RS), por iniciativa do Juiz José Antônio Daltoé Cezar, da 2ª Vara da Infância e Juventude do foro central, foi implantado um sistema de colheita de depoimentos judiciais de crianças e adolescentes, em salas especiais e com o apoio de psicólogos e assistentes sociais. Esta experiência é narrada pelo magistrado em livro de sua autoria “Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes em processos judiciais” (2007, passim).

O Conselho Nacional de Justiça, por meio da recomendação n ° 33, de 23 de

novembro de 2010, recomendou a criação de serviços especializados, consistentes na implantação, pelos tribunais, de sistema de depoimento videogravado para crianças e adolescentes, “o qual deverá ser realizado em ambiente separado da sala de audiências, com a participação de profissional especializado para atuar nessa prática” (item I).

A criação de salas especiais para a oitiva de vítimas e testemunhas crianças e adolescentes é uma providência importante, mas não suficiente, diante da complexidade e dificuldades que a apuração de crimes contra a dignidade sexual envolvendo criança e adolescente apresenta.

Em um trabalho pioneiro, resultado de sua larga experiência clínica em países como Holanda, Inglaterra e Alemanha, o médico e pesquisador alemão Tilman Furniss, conhecido especialista no estudo relacionado ao abuso sexual da criança, traz uma abordagem multidisciplinar, discutindo aspectos práticos envolvendo os diversos profissionais que lidam com o tema (2002, passim).

Ao analisar a questão da “entrevista legal com a criança” vítima de abuso sexual, Tilman Furniss apresenta importantes contribuições para aquilo que poderia ser tratado como um padrão mínimo de regras e procedimentos no momento da entrevista legal com crianças vítimas de crimes contra a liberdade sexual, inclusive aprofundando a problemática da forma como as perguntas devem ser encaminhadas, para se evitar o indesejável sugestionamento nas respostas do depoente:

A entrevista legal com a criança acontece no contexto do domínio legal e é parte do processo de uma entrevista de revelação completa. Um prolongado estágio de suspeita e revelação parcial pode precedê-la, e a revelação pode, inclusive, ser o resultado de se ter contado anteriormente ‘A Estória da Outra Criança’ como permissão terapêutica para a criança revelar.

A entrevista legal com a criança, em busca de fatos legais, pode variar bastante de acordo com a idade e estágio de desenvolvimento. Com uma menina de quinze anos de idade, a entrevista geralmente envolverá um questionamento direto e neutro, assumindo uma forma semelhante à da entrevista com um adulto. Com crianças pequenas, as comunicações não-verbais como o desenho e o brinquedo são essenciais para o processo diagnóstico. Jones e McQuiston (1985) enfatizaram a importância da paciência e o fato de que a entrevista talvez precise ser prolongada por várias sessões.

De modo a estabelecer um vínculo com a criança, no início, os períodos de brinquedo livre são importantes no desenvolvimento de um relacionamento pessoal com o entrevistador. As sugestões precisam vir da criança, e não ser colocadas em sua cabeça. Por outro lado, as deixas oferecidas pela criança sobre abuso sexual devem ser seguidas, atenta e imediatamente, por perguntas esclarecedoras neutras.

Durante a entrevista podemos fazer quatro tipos principais de perguntas:

- 1) Perguntas abertas.
- 2) Perguntas fechadas.
- 3) Perguntas de escolha.
- 4) Perguntas hipotéticas.

As perguntas abertas possibilitam às crianças relatar seu próprio ponto de vista. A pergunta:

‘O que aconteceu quando você foi ver o papai no último domingo?’ não sugere qualquer resposta particular. A pergunta fechada: ‘Seu papai colocou o dedo na sua xoxota?’ sugere claramente a possibilidade de abuso sexual e somente pode ser respondida com ‘sim’ ou ‘não’. A pergunta de escolha: ‘Ele colocou o dedo na sua xoxota ou mais embaixo entre suas pernas?’ sugere, de maneira semelhante, uma de duas dadas possibilidades. Perguntas hipotéticas como: ‘Se ele tivesse colocado o dedo na xoxota da boneca, será que ela teria contado à sua mamãe?’ levanta um tópico que é introduzido pelo entrevistador.

Para o estrito processo legal, somente são admissíveis as respostas às perguntas abertas. No entanto, as crianças, muitas vezes, não revelam informações factuais quando fazemos perguntas absolutamente neutras. Outros tipos de perguntas são necessárias e podem ser usadas para facilitar o processo, mas devem ser seguidas diretamente por uma pergunta aberta. Por exemplo: ‘Ele tocou você com a mão?’, que precisa, então, ser seguida pela pergunta aberta: ‘O que ele fez?’ (2002, p 196-197)

A realização da oitiva de criança vítima de abuso sexual em sala especial, com regras mínimas, é medida que já se discute faz algum tempo na doutrina estrangeira, conforme as indicações dadas por Tilman Furniss, sobre a forma de tomada de tais depoimentos:

A entrevista de revelação deve ser conduzida conjuntamente pelo assistente social com responsabilidade estatutária, na presença da Pessoa de Confiança a quem a criança revelou inicialmente, ou em cuja presença ela manifestou os sintomas que levaram à suspeita inicial, e na presença da polícia, se a evidência legal é necessária.

O uso de um espelho, através do qual se possa observar, pode ser muito útil com crianças pequenas em idade pré-escolar. Significa que apenas a criança, o entrevistador e a Pessoa de Confiança precisam estar na sala de entrevista. Todos os outros podem ficar atrás do espelho.

(...)

Quando o oficial da polícia não é a pessoa que conduz a entrevista, podem ser feitos arranjos para garantir que a informação seja obtida de uma maneira legalmente aceitável. As comunicações entre as pessoas atrás do espelho e o entrevistador podem ser feitas por telefone, pequenos fones de ouvido, mensagens escritas ou batendo-se à porta da sala de entrevista. (2002, p. 198)

Ressalta-se que a primeira edição da mencionada obra de Tilman Furniss, traduzida no Brasil, é de 1993.

Faz-se necessário o aprofundamento no estudo de medidas que visariam permitir que obstáculos normalmente encontrados em tais casos concretos (ex: implantação de falsa memória na vítima), possam ser contornados, possibilitando ao Poder Judiciário, às partes e aos demais profissionais envolvidos o desenvolvimento de suas atividades de forma não apenas a alcançar uma verdade com maior qualidade - e conseqüentemente a prolação de uma sentença justa -, mas também a preservação da saúde psíquica e mental das vítimas, principalmente nos casos envolvendo criança e adolescente.

Um passo nesta direção poderia ser o estabelecimento de regras mínimas (um protocolo de procedimento), vinculando as pessoas das diversas áreas que atuam

em casos de crimes contra a dignidade sexual envolvendo crianças e adolescentes (Conselho Tutelar, Polícia Científica, Polícia Civil, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia, Magistratura, etc) para a realização da abordagem, entrevistas, oitivas na fase de investigação preliminar e durante a instrução criminal.

6. O ASSISTENTE TÉCNICO NA PERÍCIA PSICOLÓGICA

Na reforma no processo penal ocorrida em 2008, por meio da Lei 11.690/08, quanto à prova pericial, às partes facultou-se a indicação de assistente técnico.

Diante das peculiaridades que envolvem a perícia psicológica, merece especial atenção a previsão contida no parágrafo 6º do art. 159 do Código de Processo Penal, que se refere a disponibilização do material probatório para exame pelo assistente técnico, na presença do perito oficial, nos seguintes termos:

Art. 159

§ 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.

Na perícia psicológica em casos de estupro de vulnerável, o material probatório e que serviu de base para a perícia é a própria vítima. A aplicação, em tais casos, do dispositivo legal acima transcrito, deve ser analisado na perspectiva do ofendido, considerando-se inclusive regras que regulamentam o exercício da Psicologia.

A Resolução do Conselho Federal de Psicologia n.º 008/2010 dispõe sobre a atuação do psicólogo como perito e assistente técnico no Poder Judiciário. Sobre a realização da perícia, estabelece o art. 2º:

O psicólogo assistente técnico não deve estar presente durante a realização dos procedimentos metodológicos que norteiam o atendimento do psicólogo perito e vice-versa, para que não haja interferência na dinâmica e qualidade do serviço realizado.

Parágrafo único – A relação entre os profissionais deve se pautar no respeito e colaboração, cada qual exercendo suas competências, podendo o assistente técnico formular quesitos ao psicólogo perito.

Tanto o perito oficial, como o assistente técnico, nos casos de perícia psicológica, para a consecução de suas tarefas, objetivando cumprir suas funções perante o Poder Judiciário, dependem de condições mínimas de trabalho (por exemplo, ambiente adequado para entrevista com a vítima), principalmente quando se está lidando com periciando criança ou adolescente.

A presença do perito oficial, no momento do exame a ser realizado na vítima pelo assistente técnico, pode interferir no trabalho deste, prejudicando a avaliação, e possivelmente gerando constrangimento no periciando.

Por esta razão, nos casos de perícia psicológica, o ideal seria a não aplicação da previsão contida no parágrafo 6º do art. 159 do Código de Processo Penal, diante da inconveniência da realização pelo assistente técnico, na presença do perito oficial, de seu exame na vítima do crime.

Os papéis desenrolados pelo perito e pelo assistente técnico, nos casos envolvendo perícia psicológica nos crimes de estupro de vulnerável devem ser estudados e analisados tanto do ponto de vista da Psicologia, como da natureza processual da perícia que apresenta, na visão de José Frederico Marques “*a peculiaridade de ser uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios de ordem técnica e a proceder à verificação e formação do corpo de delito*” (2000, p. 424).

Ao discorrer sobre a prova no processo penal, o mestre italiano Giovanni Leone traz a seguinte lição doutrinária e de vida:

Cada sujeto es un mundo aparte: y cada uno representa, especialmente cuando se ve puesto frente a la tremenda responsabilidad de colaborar en la obra de la justicia, actitudes particulares y en ocasiones extrañas, que deben ser atentamente meditadas. ¡ Qué fácil es decretar la falsedad de un imputado o de un testigo sobre la base, incluso, de graves errores y contradicciones, cuando a menudo son esos elementos los que deben inducir a cautela y a un delicado y sereno sondeo de las almas! (1963, p. 160)

O perito oficial e o assistente técnico, no exercício de suas atividades na perícia psicológica, devem considerar suas grandiosas responsabilidades na colaboração da obra da justiça, agindo com cautela e serenidade, pois trabalham com a sondagem de vidas e almas humanas consideradas individualmente, antes de tudo.

Para finalizar, os ensinamentos do velho mestre Goffredo, ao afirmar que na sociedade dos homens e mulheres “o principal é *cada individuo*, é cada ser humano, *cada pessoa, singularmente considerada*.” Indaga o mestre: “Por que dizemos que o principal é cada ser humano? Porque o que sobretudo interessa é a felicidade das pessoas” (2001, p. 380-381).

Direito e Psicologia apesar de terem objetos e finalidades distintas em seus estudos, necessitam encontrar um meio de interação e convivência, pois lidam com a mesma matéria prima, que é o homem em sociedade.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assistente técnico, mesmo atuando no interesse da parte que o indicou, deve proceder de forma ética e objetiva. A participação do assistente técnico no processo penal prestigia o contraditório, permitindo que o juiz e as partes ampliem seus conhecimentos técnicos sobre os fatos de interesse processual.

O assistente técnico pode ser admitido mesmo antes do início da ação penal, ainda no curso das investigações preliminares, permitindo que a obtenção e produção de provas cautelares durante o inquérito policial ocorram em consonância com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

O Estado deve criar condições para que pessoas carentes envolvidos com o processo penal (acusado e ofendido) possam contar com profissionais competentes para atuar como assistentes técnicos no processo penal.

A Superintendência de Polícia Técnico-Científica, o órgão oficial para realização de perícias judiciais no Estado de São Paulo, deve criar um núcleo para crimes contra a dignidade sexual.

O Poder Judiciário no Estado de São Paulo deve ter Psicólogos e Assistentes Sociais forenses com atribuição para atuação na área criminal.

O estupro de vulnerável cometido sem violência física é crime material, que gera um resultado naturalístico, consistente no abalo psicológico da vítima, em virtude do efetivo tolhimento da sua liberdade sexual. Este resultado naturalístico deve ser considerado com um vestígio deixado pelo crime, aferível e detectável por meio de perícia.

O abalo psíquico experimentado pela vítima do crime previsto no art. 217-A do Código Penal, cometido sem violência física, é um resultado aferível no plano da realidade, e a perícia psicológica na vítima é a prova técnica apta para a formação do corpo de delito em tais casos.

A previsão contida no § 6º do art. 159 do Código de Processo Penal que determina que o material probatório que serviu de base à perícia só pode ser examinado pelo assistente técnico na presença do perito oficial não se aplica nas perícias psicológicas.

É necessário ampliar a discussão e estudo para o estabelecimento de regras mínimas (um protocolo de procedimento), vinculando as pessoas das diversas áreas que atuam em casos de crimes contra a dignidade sexual envolvendo crianças e adolescentes (Conselho Tutelar, Polícia Científica, Polícia Civil, Ministério Público, Defensoria Pública, Advocacia, Magistratura etc.) para a realização da abordagem, entrevistas, oitivas na fase de investigação preliminar e durante a instrução criminal.

REFERÊNCIAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. (v. 4, parte especial).
- BRASIL. *Recomendação n. 33*, de 23 de novembro de 2010. Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento especial. Brasília: Conselho Nacional de Justiça; 2010.
- CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. (v. 3, parte especial).
- CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. Tradução José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra. São Paulo: Saraiva, 1957. (v. 2, parte geral).
- CEZAR, José Antonio Daltoé. *Depoimento sem dano: uma alternativa para inquirir crianças e adolescentes nos processos judiciais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- FORZA, Antonio. “L’approccio convenzionalista del sapere giuridico e gli apporti delle neuroscienze nel proceso”. In: NEUBURGER, Luisella de Cataldo (Org.). *La prova scientifica nel proceso penale*. **Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007.**
- FRAGOSO, Heleno Claudio. *Lições de Direito Penal*. São Paulo: Editor José Bushatsky, 1958. (v. 2, parte especial).
- _____. *Lições de Direito Penal*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- FUKS, Lucia Barbero. *Narcisismo e vínculos: ensaios reunidos*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010. (Coleção clínica psicanalítica dirigida por Flavio Carvalho Ferraz).
- FURNISS, Tilman. *Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar*. Tradução Maria Adriana Veríssimo Veronese. Porto Alegre: Artmed, 2002.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. “Provas”. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. *La ley y el delito: Principios de derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: Hermes, 1954.

LEONE, Giovanni. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tradução Santiago Sentis Melendo. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa, 1963. v. 2.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

_____. *Direito Processual Penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. 2. ed. rev. e atual. por Eduardo Reale Ferrari. Campinas: Millennium, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de. *Nova reforma do Código de Processo Penal*. São Paulo: Método, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. *Manual de Direito Penal*. 29. ed. São Paulo: Atlas, 2012. (v. 2, parte especial).

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. *A prova por indícios no processo penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

NEUBURGER, Luisella de Cataldo. “Gli sviluppi della psicologia giuridica: La valutazione della qualità del contributo dell’esperto”. In: _____. (org.). *La prova scientifica nel proceso penale*. Itália: Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 2007.

NORONHA, Magalhães. *Direito Penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1986. (atualizada por Dirceu de Mello e Eliana Passarelli Lepera).

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Código de Processo Penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015/09*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes de mera conduta*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

TARUFFO, Michelle. “Conoscenza scientifica e decisione giudiziaria: profili generali”. *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2005, n. 8, p. 3-22.

TELLES JUNIOR, Goffredo da Silva. *Iniciação na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2001.

TRINDADE, Jorge; TRINDADE, Elise Karam; MOLINARI, Fernanda. *Psicologia judiciária: para a carreira da magistratura*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. (Coleção Direito e Psicologia).

TUCCI, Rogério Lauria. *Do corpo de delito no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1978.