

Lei que impede perícia em menor vítima de estupro é inconstitucional



Ruchester Marreiros
delegado da Polícia Civil do RJ

O estado do Rio de Janeiro, por meio dos poderes Legislativo e Executivo,

respectivamente, aprovou e promulgou a Lei 8.007, de 26 de junho de 2018, com o objetivo de instituir o “programa de atenção às vítimas de estupro, com objetivo de dar apoio e identificar provas periciais”.

Por se tratar de uma lei estadual, peço vênua aos leitores para transcrever alguns trechos que merecem reflexão. Assim, destaco seu artigo 1º, parágrafo 3º:

“Art. 1º O Programa de atenção às vítimas de estupro visa a apoiar as vítimas e identificar provas periciais, que caracterizem os danos, estabelecendo nexu causal com o ato de estupro praticado.

§3º Sempre que possível, a vítima do sexo feminino será examinada por perito legista mulher, exceto em caso de *menor de idade do sexo feminino*, que *deverá ser, obrigatoriamente, examinado por legista mulher*”.

Não temos dúvida de que o parlamento do estado do Rio de Janeiro devia estar imbuído de sentimentos nobres, por se tratar de uma temática de especial preocupação porquanto direcionado a garantir dignidade à criança e ao adolescente diante de circunstância flagrantemente aviltante e violenta ao desenvolvimento sexual de pessoas vulneráveis, cuja proteção o Estado não poderia falhar em medir esforços para garanti-la.

Mas falhou.

No caso em comento, a legislação, no afã de criar mecanismos para diminuir ou prevenir maiores danos psicológicos decorrentes do crime de estupro, em especial a “menor de idade do sexo feminino”, sacramentou a violência, desrespeitou a boa técnica legislativa e vilipendiou a dignidade dessas pessoas que pretendia proteger.



Assim que a norma entrou em vigor, deparamo-nos com um caso tenebroso de estupro de uma menina de 11 anos. A lei estadual foi aplicada e o desfecho acabou sendo pior que o crime.

A menina foi levada a uma delegacia pela mãe, dizendo que o padrasto havia ejaculado nela. Lá só havia um perito homem, que se recusou a fazer o laudo pro causa da nova lei. Portanto, não foi possível fazer o exame de corpo de delito.

Mãe e filha rodaram por quilômetros madrugada adentro, e nem mesmo no hospital conseguiram fazer o exame — médicos de hospitais não podem fazer perícia técnica. Receberam até mesmo uma recusa por escrito, sempre sob o argumento de que a Lei estadual 8.007/18 veda a atuação do perito do sexo masculino em vítima menor de idade de sexo feminino em casos de estupro.

No desespero, a mãe se retirou da delegacia. Certamente foi para casa, juntamente com uma prova essencial para a materialidade delitiva. E não foi possível coletar o material.

O criminoso que pratica esse tipo de comportamento não necessariamente é alguém com distúrbio psicológico de cunho sexual cujo libido é direcionado a criança pré-púbere, ou seja, uma parafilia, denominado pela OMS de pedofilia, podendo ser um “molestador situacional (pseudopedófilo)”^[1], comportamento tipicamente de um abusador, que utiliza a manipulação e sedução para cativar a criança e permitir que ele satisfaça sua concupiscência sexual com ela.

No caso concreto, a criança apresentava sinais indicativos de fluido em suas pernas, compatível com a aparência de sêmen. Diante de tal circunstância, a providência salutar é a coleta desse material — certamente rico em material genético — durante o exame de corpo de delito, à luz do artigo 158, do CPP, que deverá ser acautelado para exame laboratorial, conforme o artigo 170 do CPP. Mas, com a recusa dos peritos e dos médicos, isso não foi possível.

Lançando um primeiro olhar no artigo 1º, o que o legislador quis dizer com o propósito normativo contido na redação na qual “visa a apoiar as vítimas e identificar provas periciais, que caracterizem os danos, estabelecendo nexos causal com o ato de estupro praticado”.

Analisando o contexto de toda a lei, verifica-se a preocupação em identificar as provas relacionadas ao crime de estupro, o que a toda evidência em nada inova ou se cria para permitir a “identificação” da prova, visto que essa ocorre no exercício da própria atividade do perito legisla ou do perito criminal no local do crime, não precisando de lei estadual para fazer aquilo que já é garantido pelo Código de Processo Penal.

A lei utiliza expressão há muito ultrapassada, posto que se refere à vítima como “menor”, e a legislação penal comum, adequada pela Lei 12.015/09, bem como o Estatuto da Criança e do Adolescente distinguem criança de adolescente, assim como estupro de vulnerável (menor de 14 anos) de estupro comum (213, CP), que pode ter como vítima maior de 14 e menor de 18 anos, dispendo também sobre o tipo de ação penal, conforme o artigo 225, parágrafo único do CP.

Nesta feita, em se tratando de menor de 18 anos, a ação penal é pública incondicionada. O delegado tem o dever de instaurar inquérito e requisitar os exames periciais, cujos vestígios necessários ao interesse



maior do Estado em combater uma violação à dignidade sexual, notadamente, os vestígios que estejam no corpo da vítima de violência sexual, por se tratar de ato investigativo em busca de se apurar a responsabilidade penal.

Ao que parece, a expressão “menor” teria que abranger todas as pessoas menores de 18 anos pela lógica de *maior proteção ao menor vítima de violência sexual*. Outro não é o sentido do artigo 225, parágrafo único do CP, e *não ao menor, do sexo feminino*.

Nesta toada, não poderia o legislador estadual interferir em regra de natureza processual por ser competência exclusiva da União, conforme o artigo 22, I CR/88. Não à toa, o legislador tratou de regra semelhante, visando a mesma preocupação com a redação do artigo 249 do CPP, quando tratou da busca pessoal em mulher, *in verbis*: “Art. 249. A busca em mulher será feita por outra mulher, *se não importar retardamento ou prejuízo da diligência*”.

Percebe-se a preocupação do legislador em não criar uma norma (artigo 249, CPP) que fosse um obstáculo à investigação criminal, ressalva não realizada pela lei estadual referida, bem como fica evidente que se trata de matéria de natureza processual, e não procedimental.

O STF já analisou a distinção de processo e procedimento algumas vezes e considerou processuais temas, considerados inconstitucionais por terem sido tratadas por leis estaduais, exigência de depósito recursal prévio[2], criação de recurso[3], interrogatório de réu por videoconferência[4], regulamentação de “atos de juiz, direcionando sua atuação em face de situações específicas”[5]; prerrogativa do delegado de polícia de ajustar com o juiz data, hora e o local em que será ouvido como testemunha[6], tramitação direta de inquérito policial entre MP e delegacia de polícia[7], atribuição do delegado de polícia previsto na Lei 9.099/95 estendido à Polícia Militar[8].

Na doutrina, a prova pode se apresentar sob diversos aspectos, em que podemos resumir, seja de caráter material ou processual, e independentemente das distintas naturezas, é matéria privativa da União, quais sejam: a) extraprocessual, que independe de qualquer processo (ex.: busca e apreensão domiciliar em situação flagrancial); b) pré-constituída, produzida para ser levada a um processo, também denominadas de provas irrepetíveis (ex.: exame cadavérico); ou c) processual, produzida no processo e, muitas vezes, também para o processo (ex., respectivamente, prova testemunhal na AIJ e produção antecipada de prova testemunhal).

Outrossim, a legislação resguardou o princípio da proteção integral, haja vista que o constrangimento de ser analisado por um perito ocorreria, também, no caso de vítima menor de idade do sexo masculino, justamente por ser confrontado com um adulto do mesmo sexo em circunstância muito mais constrangedora do que se fosse avaliado por uma perita.

Neste caso, o constrangimento se dá em razão de ser um ato de polícia perante pessoa fora das relações intercomunicativas da criança, e não em razão do sexo acaso se submeta a exame pericial com legista do sexo feminino.

Parece que o legislador avaliou mal nesse quesito e generalizou demais as circunstâncias relativas à menor vítima de crime contra a dignidade sexual, desprotegendo muito mais.

Em se tratando de um ato libidinoso, por exemplo, coito anal, com um adolescente de 16 anos, analisado por um adulto do mesmo sexo, o constrangimento é patente. A melhor medida a esse caso seria a análise por uma mulher, acabando por representar uma figura materna.

Por outro lado, exigir peremptoriamente que a análise da vítima menor de sexo feminino por uma perita, sem preparar os quadros técnicos para uma nova exigência legislativa, é inviabilizar por completo a identificação dos vestígios deixados nos crimes dessa natureza, o que vai no sentido oposto do propósito da referida lei, violando o princípio da vedação à proteção deficiente, fulminando a norma, também por esse motivo, da eiva de inconstitucionalidade.

Não interpretar essa norma como programática é o mesmo que prometer com uma mão e retirar com a outra, haja vista que poderíamos estar diante, por exemplo, de uma mãe que queira que o exame seja realizado em sua filha de tenra idade (decisão que cabe aos genitores) para que não se percam os vestígios, como a coleta de material biológico para exame laboratorial (ex. DNA), porém ao se atribuir eficácia plena ao parágrafo 3º do artigo 1º, sem o cotejo sistêmico e teleológico da norma, tornaria a identificação da prova (objetivo da lei) impossível e se perderia para sempre a materialidade delitiva, consequentemente produzindo um dano irreparável ou de difícil reparação à investigação criminal, por não se definir ou se definir mal a autoria.

O legislador estadual atou de mãos para trás o responsável legal que fala em nome da menor, ou até mesmo a própria adolescente que queira se submeter ao exame para que se faça justiça ao seu caso, tendo os pais seus maiores incentivadores, já que possuem interesse na apuração da violência à dignidade sexual dela, ainda que por perito, posto ser possível, na realidade da vítima, que a mesma já possua vida sexual iniciada e frequente um ginecologista.

Porém, permitir a interpretação dessa norma da maneira insensível que o perito do caso concreto foi capaz de realizar é inegável que se fomente uma total desproteção às vítimas de violência sexual, que em sua maioria é do gênero feminino, ao negar proteção com uma proibição generalizada de exame pericial, inviabilizando a produção de prova, matéria essa, repito, afeta à União.

Em outras palavras, a lei incorre em grande equívoco porquanto a proteção deveria ocorrer em razão da vulnerabilidade da pessoa, como realizou o artigo 225, parágrafo único do CP, e não somente por ser pessoa do sexo feminino, cuja ação do estado em legislar dessa forma se dá em busca de maior proteção pela vulnerabilidade delas, porém foi inviabilizada pelo legislador estadual que criou uma regra que impossibilita a constatação da materialidade delitiva, restando flagrantemente desproporcional.

Podemos ressaltar, ainda, que o legislador estadual nega o avanço que se realizou com relação à política de gênero trazida pela Lei 11.340/06, tendo em vista que a referida norma, ao revés de se referir ao gênero feminino, faz alusão ao “sexo” feminino, não protegendo aquelas pessoas já adolescentes, contudo, emancipadas, por exemplo, que apesar do “sexo masculino” se identificam socialmente como do gênero feminino, como já autorizou o STF, em sede de ADI 4.275 e RE 670.422, a alteração de registro civil de pessoa do sexo masculino, contudo do gênero feminino, ou seja, assegura a garantia de identidade de gênero feminino ao transgênero.

Noutra toada, basta um exercício de hermenêutica simples que encontramos em Tércio Sampaio Ferraz Jr [\[9\]](#)



, Hans Kelsen[10] e Norberto Bobbio[11] sobre conflito aparente de normas. O Código de Processo Penal é norma hierarquicamente superior a essa legislação estadual que trata sobre matéria probatória, e não de natureza procedimental.

Ainda assim, ultrapassada a análise sobre a inconstitucionalidade em razão da matéria, ou ao fomento à desproteção proporcionada às vítimas de violência sexual, não é preciso nenhuma ginástica jurídica da alta complexidade para compreender que a lei estadual é programática, sendo inaplicável enquanto não cumprir o *caput* do artigo 1º e artigo 2º, que afirma se tratar a norma de um programa, ou seja, precisa ser implementada, consoante o artigo 1º, parágrafo 1º, onde aduz que “o programa será implantado”, e o parágrafo 3º, terá eficácia após a implantação das regras que o antecedem, restando equivocada a postura do perito que se recusar a realizar perícia requisitada pelo delegado de polícia, sob pena de responder administrativamente e criminalmente.

Por essa razão, o delegado de polícia, como garantidor dos direitos fundamentais, não se submete à norma flagrantemente inconstitucional e tem o dever de determinar a realização da perícia com esse fundamento, não restando outra postura ao perito senão atender a determinação de quem preside a investigação criminal.

**Texto editado às 15h do dia 20 de julho.*

[1] SERAFIM, Antonio de Pádua et al. *Perfil psicológico e comportamental de agressores sexuais de crianças*. Rev. psiquiatr. clín., 2009, vol.36, no.3, p.107.

[2] ADI 4.161.

[3] AI 253.518-AgR.

[4] HC 90.900.

[5] ADI 257.

[6] ADI 3.896-6.

[7] ADI 2.886.

[8] RE 702.617 e ADI 3.614.

[9] FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2001.

[10] KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

[11] BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 10ª edição, Brasília: UnB, 1999.