

UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA

FACULDADE DE DIREITO

GIOVANA SALES VITAL

**O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A
DIGNIDADE SEXUAL**

Juiz de Fora

2020

GIOVANA SALES VITAL

**O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A
DIGNIDADE SEXUAL**

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela, na área de concentração Direito Processual Penal, sob orientação do Prof. Me. Felipe Fayer Mansoldo. Juiz de Fora 2020.

Juiz de Fora

2020

FOLHA DE APROVAÇÃO

GIOVANA SALES VITAL

O VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharela. Na área de concentração Direito Processual Penal, submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Me. Felipe Fayer Mansoldo

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof^a Dra. Marcella Mascarenhas Nardelli

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. João Beccon de Almeida Neto

Universidade Federal de Juiz de Fora

Parecer da banca

() APROVADA () REPROVADA

Juiz de Fora, de Novembro de 2020.

RESUMO

O presente trabalho de conclusão de curso compreende um estudo sobre o valor probatório conferido à palavra do ofendido, enquanto elemento de prova isolado no processo, acerca da autoria dos delitos praticados contra a dignidade sexual. Inicialmente, aborda uma breve introdução histórica sobre os sistemas de valoração da prova no processo penal, versando os pontos mais pertinentes quanto a cada um deles. Expõe, brevemente, sobre os *standards* probatórios, e os problemas encontrados quando não empregados de maneira satisfatória pelo julgador, especialmente no tocante aos crimes praticados na clandestinidade, em que a palavra do ofendido é único elemento probatório. Discute a temática das falsas memórias e intenciona demonstrar, com casos concretos, os riscos de uma condenação, baseada tão somente no relato da vítima, quando colhido de forma inadequada. Diante disso, apresenta como uma possível solução para a problemática a introdução de métodos interdisciplinares ao processo penal, qual seja a entrevista cognitiva.

Palavras-chave: crimes contra a dignidade sexual; provas; sistemas probatórios; falsas memórias; palavra da vítima.

ABSTRACT

The present work of completion of course, comprises a study on the evidential value given to the word of the victim, as an isolated element of evidence in the process, about the authorship of the crimes committed against sexual dignity. Initially, a brief historical introduction about the systems of valuation of evidence in criminal proceedings is addressed, covering the most pertinent points in relation to each one of them. Briefly exposes the evidence standars, and the problems encountered when not used satisfactorily by the judge, especially with regard to crimes committed in hiding, in which the victim's word is the only evidence element. Thus, inserting the theme of false memories and demonstrating with concrete cases the risks of a conviction, based only on the

victim's report, when collected inappropriately. Therefore, it presents the possible solution to the problem, with the introduction of interdisciplinary methods to the criminal process, namely the cognitive interview.

Keywords: *crimes against sexual dignity; evidences; evidence systems; false memories; victim's word.*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO. 2. SISTEMAS DE VALORAÇÃO PROBATÓRIOS. 3. STANDARDS PROBATÓRIOS. 4. OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E O VALOR PROBATÓRIO ATRIBUÍDO À PALAVRA DA VÍTIMA. 4.1. Falsas memórias no processo penal e a condenação de inocentes. 4.2. Uma proposta para a redução de danos: a entrevista cognitiva. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo partiu da experiência proporcionada em dois anos de estágio realizado junto à Promotoria de Justiça da Comarca de Vara Única de Bicas/MG, em que um caso especial chamou a atenção, já que o frágil depoimento da ofendida foi o único meio de prova colhido durante todo o trâmite processual, e posteriormente, o acusado de cometimento do crime contra a dignidade sexual foi condenado, em primeira instância.

Optou-se por não discutir o caso em si, para preservar a identidade das pessoas envolvidas, mas sim a problemática da (in)suficiência probatória para a condenação em casos semelhantes. Assim, o objetivo deste trabalho é buscar uma melhor compreensão sobre o elevado valor probatório atribuído ao relato da vítima, enquanto prova única no processo.

Para tanto, em primeiro plano, desenvolveu-se uma breve apreciação sobre os sistemas de valoração da prova, e suas perspectivas históricas, além do desenvolvimento acerca dos *standards* probatórios e sua influência nas decisões de caráter condenatório.

Explana-se quanto às influências externas e naturais que podem contaminar o depoimento do ofendido, o fenômeno das falsas memórias, bem como a problemática envolvida no assunto, demonstrando casos concretos em que foram condenadas pessoas inocentes, após reconhecimentos errôneos e depoimentos viciados.

Importante asseverar que o objetivo não é, de forma alguma, afirmar que todas as condenações baseadas no depoimento do ofendido são injustas ou desarrazoadas, mas sim chamar a atenção para um problema muito recorrente e que pode gerar perdas imensuráveis, tanto para o acusado, que cumpre pena por um delito que não cometeu, quanto para a vítima, que acredita ter colocado atrás das grades o seu malfeitor, quando na verdade contribuiu para punir um inocente.

A metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, com base em artigos científicos, livros de doutrina, matérias jornalísticas e análise da legislação

brasileira, em que se verificou uma lacuna em relação ao tema dos standards probatórios.

2. SISTEMAS DE VALORAÇÃO PROBATÓRIOS

Os sistemas de valoração probatórios integram o fundamental e amplo estudo sobre a teoria da prova, em outras palavras, segundo Patrícia Melhem e Rudy Rosas, "esta é o gênero e aquela a espécie" (MELHEM; ROSAS, 2014).

Prova é o meio pelo qual se fará a reconstrução do fato (crime) ao decorrer do processo penal. Por meio dela o magistrado deve exercer sua "atividade recognitiva", ou seja, uma construção aproximada do fato passado, buscando sempre a verdade processual ou jurídica, nunca a mitológica verdade real¹, cuja única "realidade" é a de sustentar um sistema inquisitório.

Para Gustavo Badaró, a dicotomia entre verdade formal e verdade material, tradicionalmente utilizada para se referir aos objetivos do processo civil e do processo penal, precisa ser abandonada, pois vazia de sentido. Segundo ele, "a verdade processual traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional" (BADARÓ, 2019), mas deve ser revestida de balizas legais que a tornam sempre "relativa", buscando a "maior aproximação possível" daquilo que de fato se denomina "verdade".

Sendo assim, além dos chamados limites epistemológicos, a prova no processo penal deve ter limites legais, ainda de acordo com Gustavo Badaró, deve haver limitações quanto à investigação das fontes probatórias, quanto à admissão e produção das provas, bem como quanto à valoração da mesma. Isso tudo porque não se pode admitir no processo penal a busca desenfreada da verdade, ou seja, a busca da verdade a qualquer custo, com a utilização, por exemplo, de provas ilícitas, derivadas das ilícitas ou a obtenção de provas por meios que ferem os direitos constitucionalmente garantidos (BADARÓ, 2019).

¹ O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o "interesse público" (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma "verdade" a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor), LOPES JR, Aury, Direito Processual Penal. São Paulo, 2019, p.448.

A busca pela verdade não é a última finalidade do processo penal, mas sim uma forma de conferir a adequada aplicabilidade da lei penal. As provas, colhidas, admitidas e valoradas de maneira correta, respeitando as regras do devido processo legal, permitem a verificação da correlação ou da falsidade da imputação de uma conduta definida como delito a um acusado. Nas palavras de Aury Lopes:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR, 2018, p. 413 - 414).

Através de uma análise histórica, é possível verificar que os critérios de valoração probatória passaram por significativas transformações. O surgimento de cada sistema de valoração está intimamente relacionado com os momentos históricos vivenciados pelo Direito, bem como com as distintas formas de atuação dos julgadores.

A doutrina registra a existência de três deles: o Sistema Legal de Provas (Prova Tarifada), Íntima Convicção e Persuasão Racional ou Livre Convencimento Motivado, conforme passará a se expor, para melhor compreensão.

No Sistema Legal de Provas, em sua fase religiosa ou mística, prevaleciam as ordálias, interpretada como “o juízo de Deus”, usado para determinar a culpa ou a inocência do acusado por meio da participação de elementos da natureza e cujo resultado era interpretado como um juízo divino, em que o magistrado somente interpretava a prova revelada por Deus, aplicada normalmente aos vassallos. Também era comum a utilização de duelos, que selavam a sorte dos cavaleiros. Além da utilização do juramento, destinado,

usualmente, aos senhores feudais, como forma de repressão à grande ocorrência de falsos testemunhos.

Já no Sistema da Prova Tarifada, o legislador previa *a priori* o valor que o julgador deveria atribuir a cada prova trazida ao processo, como forma de controlar o poder que os magistrados detinham no período da Idade Média. Em outras palavras, havia uma hierarquização dos valores de cada elemento probatório, sem se atentar, portanto, para peculiaridades de cada caso. Cabendo ao juiz somente realizar a soma dos valores que resultaria na absolvição ou condenação do indivíduo.

Destaca-se que não há unanimidade na doutrina quanto à ordem cronológica em que ocorreu a fase da tarifação e a fase religiosa, ou seja, não há consenso sobre a correta ordem temporal de ocorrência de tais fases no Sistema Legal de Provas (HARTMANN, 2003).

A chamada tarifação deixou resquícios que muitos doutrinadores apontam estar presentes no ordenamento jurídico atual. Um exemplo disso em nossa legislação processual, conforme bem observa Gustavo Badaró, é o artigo 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, vez que a prova do estado de pessoas somente poderá ser feita na forma determinada pela lei civil (BADARÓ, 2019).

No referido sistema, a prova tida como “máxima” era a confissão do acusado, já que mesmo havendo outras provas em contrário, a confissão daquele, por ter sido atribuído elevadíssimo valor, superava as demais.

Assim sendo, a confissão pura e simples levaria a uma sentença de caráter condenatório, não havendo espaço para juízo de valor sobre os demais elementos fáticos. Na avaliação crítica de Carlos Bacila: “tabelar significa cercar a capacidade de o julgador fazer uma análise mais inteligente no caso concreto. É o medo da falha humana que fez com que este sistema falhasse como um todo (...)” (BACILA, 2002).

Após a superação do modelo axiológico da prova tarifada, surgiu o Sistema da Íntima Convicção, trazendo à baila um outro extremo: neste sistema o julgador não precisa fundamentar suas decisões, sendo ele completamente livre para valorar a prova conforme sua íntima convicção, segundo os ensinamentos do professor Aury Lopes Jr:

Para sair do positivismo do sistema anterior, caiu-se no excesso de discricionariedade e liberdade de julgamento, em que o juiz decide sem demonstrar os argumentos e elementos que amparam e legitimam a decisão. Evidentes os graves inconvenientes que traz esse sistema. (...) A "íntima convicção", despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. (LOPES JR, 2019, p.444).

Na legislação pátria, este sistema ainda se aplica nas decisões no Tribunal do Júri, onde os jurados que compõem o conselho de sentença têm poder de decisão absoluto, pois não precisam fundamentar ou motivar seu veredito, tendo somente o dever de seguir os parâmetros da justiça, assim como estabelecido no artigo 472 do Código de Processo Penal².

Entre o radicalismo dos dois sistemas acima apresentados, surge o terceiro sistema de valoração das provas, chamado Sistema da Persuasão Racional, ou Livre Convencimento Motivado, sendo o sistema que prospera (ou deveria prosperar) nos dias atuais.

Aury Lopes Jr. destaca que o livre convencimento seria "muito mais limitado que livre", e assim deve funcionar este sistema, para evitar os subjetivismos e decisões sem fundamento idôneo, baseadas na consciência do próprio julgador (LOPES JR, 2019).

Como expressão do Sistema da Persuasão Racional, temos o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988, que garante a fundamentação das decisões judiciais. Recentemente, a nova Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), trouxe alterações substanciais no Código de Processo Penal, acrescentando e alterando diversos dispositivos. Alguns deles, inseridos pelos parlamentares³,

² Art. 472. Formado o Conselho de Sentença, o presidente, levantando-se, e, com ele, todos os presentes, fará aos jurados a seguinte exortação: Em nome da lei, concito-vos a examinar esta causa com imparcialidade e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da justiça. Os jurados, nominalmente chamados pelo presidente, responderão: Assim o prometo.

³ O texto original do Projeto de Lei encaminhado pelo Executivo à Câmara dos Deputados não tocava nessa questão, tendo sido muito criticado por inúmeras vozes doutrinárias.

com o fim de garantir a devida fundamentação das decisões. Dentre as alterações, vale citar o artigo 315 e seus respectivos parágrafos⁴, o artigo 316, parágrafo único⁵, bem como artigo 564, inciso V⁶, do Código de Processo Penal.

O livre convencimento motivado, em tese, traz ao processo penal novas perspectivas e garantias como o princípio da presunção de inocência e o *in dubio pro reo*. Nas palavras de Aury Lopes Jr: “o juiz deve julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, demarcando o espaço decisório pela conformidade constitucional” (LOPES JR, 2019).

Entretanto, recentes decisões relativas aos crimes praticados contra a dignidade sexual mostram que o sistema da persuasão racional não tem sido levado a sério e, por isso, não tem sido capaz de cumprir seu objetivo de impedir o arbítrio. Diversos julgadores vêm considerando o depoimento da vítima isolado nos autos, como prova suficiente para a condenação, ou seja, afastam-se da racionalização das decisões para aproximarem-se de um subjetivismo.

Assim, ressalta-se a importância da fixação de *standards* de prova como estratégia para compatibilizar a valoração das provas pelo julgador com a necessidade de controlar a racionalidade das decisões, melhor dizendo, a fixação de um grau de corroboração, para que a hipótese apresentada seja

⁴ Art. 315. A decisão que decretar, substituir ou denegar a prisão preventiva será sempre motivada e fundamentada. § 1º Na motivação da decretação da prisão preventiva ou de qualquer outra cautelar, o juiz deverá indicar concretamente a existência de fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a aplicação da medida adotada. § 2º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I - limitar-se à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II - empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III - invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV - não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V - limitar-se a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI - deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

⁵ Art. 316. O juiz poderá, de ofício ou a pedido das partes, revogar a prisão preventiva se, no correr da investigação ou do processo, verificar a falta de motivo para que ela subsista, bem como novamente decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. Parágrafo único. Decretada a prisão preventiva, deverá o órgão emissor da decisão revisar a necessidade de sua manutenção a cada 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada, de ofício, sob pena de tornar a prisão ilegal.

⁶ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: V - em decorrência de decisão carente de fundamentação.

considerada como verdade, como bem afirmam Janaína Matida e Antônio Vieira (MATIDA; VIEIRA, 2019).

3. STANDARDS PROBATÓRIOS

Conforme cediço, para que uma decisão judicial seja considerada justa, não basta que o conjunto probatório seja valorado pelo magistrado com base tão somente em suas convicções, sob pena de perder o processo penal sua função primordial de servir como instrumento e garantia contra o arbítrio, dentro dos parâmetros do Estado Democrático de Direito.

A adoção de um processo penal de caráter racionalizado é de suma importância para que o julgador não se valha de suas preferências pessoais, no momento de proferir decisões.

Para que se alcance um processo sob a égide da racionalidade, necessário se faz que sejam estabelecidos critérios para a valoração dos elementos de prova, de modo que a suposta verdade trazida aos autos, necessariamente, apresente um ideal de corroboração e correspondência. Conforme explicitam Marcella Nardelli e Fabiana Mascarenhas:

A valoração permitirá outorgar a cada uma das hipóteses fáticas em conflito um determinado grau de confirmação - que nunca será igual a certeza absoluta. Porém, a questão da definição do *quantum* de confirmação se faz necessário para que se possa considerar uma hipótese provada ou não, já não é mais uma questão científica, é uma decisão política. (NARDELLI; MASCARENHAS, 2016, p.56).

Os *standards* probatórios possuem papel fundamental no que tange a estabelecer critérios para compatibilizar a valoração das provas com um processo penal de caráter mais racional, reduzindo a arbitrariedade e subjetividade das decisões judiciais.

Sendo assim, a hipótese processual apresentada pela acusação precisa de uma carga determinada de corroboração para que seja considerada verdadeira e, só desta forma, valendo-se de critérios racionais de decisão que apontem a conclusão naquele sentido, o julgador poderá vir a proferir uma sentença condenatória.

Segundo os ensinamentos de Janaína Matida e Antônio Vieira, os *standards* de prova mais conhecidos têm origem na cultura jurídica dos Estados Unidos, sendo eles: o *preponderance of evidence*, o *clear and convincing* e o *beyond any reasonable doubt*, que pretendem buscar uma reflexão sobre a gradação de carga de corroboração que será necessária para considerar a hipótese como verdadeira. Sendo o primeiro dos três critérios aquele menos exigente, o segundo mediano e o último o que necessita de maior corroboração (MATIDA; VIEIRA, 2019).

Diante disso, temos que uma mesma hipótese processual pode ser considerada verdadeira em um *standard* menos exigente, enquanto em outro mais rigoroso é tida como não verdadeira.

No processo penal, o grau de certeza para que ocorra uma condenação, deve ser o mais alto possível. Assim, a adoção de *standards* mais rigorosos dificultaria a condenação de inocentes, já que uma prova ao passar pelo *standard* precisaria de uma carga grande de corroboração, por outros elementos que devem estar contidos nos autos, e só assim o julgador poderia proferir uma sentença de caráter condenatório.

Entretanto, o que tem se notado no âmbito do processo penal brasileiro é que mesmo com o avanço das discussões doutrinárias sobre a introdução de *standards* que necessitem de uma carga de corroboração e representem critérios mais rígidos para a valoração da prova, acabam sendo proferidas decisões adstritas à subjetividade de cada julgador. Ainda prevalece uma má interpretação da expressão “livre”, contida no art. 155 do Código de Processo Penal, que confere ao juiz a prerrogativa de “formar sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”.

Apesar de existirem limites fixados no *caput* do referido artigo, indicando a impossibilidade do julgador se valer exclusivamente dos elementos informativos colhidos no âmbito da investigação, bem como a previsão do art. 157 do Código de Processo Penal, que estabelece a vedação das provas ilícitas em cumprimento ao mandamento constitucional previsto no art. 5º, LVI, Constituição de 1988, não há critério uniforme e objetivo de mensuração no tocante a valoração dos elementos de prova, ou seja, não há um *standard* fixado pela legislação processual.

Ao confrontar decisões de julgadores primevos com aquelas proferidas em segunda instância, no mesmo processo, com o mesmo caderno probatório e com a adoção de *standard* idêntico, tais decisões são diametralmente diferentes (MATIDA; VIEIRA, 2019).

Nos crimes contra a dignidade sexual, vislumbra-se um exemplo claro de tal subjetividade. As decisões vêm conferindo elevado valor ao depoimento da vítima, mesmo sem outros elementos que o corroborem, independentemente dos métodos empregados na coleta de tais declarações, que podem tornar o depoimento da vítima suscetível de vícios, conforme se passará a expor nas próximas páginas do presente trabalho.

4. OS CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL E O VALOR PROBATÓRIO ATRIBUÍDO À PALAVRA DA VÍTIMA

Diante da redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, o Título VI do Código Penal passou a prever os chamados crimes contra a dignidade sexual, modificando, desta forma, a redação anterior, que previa os crimes contra os costumes. Além disso, com o advento da Lei nº 13.718/2018, foram acrescentados alguns novos artigos ao referido Título.

De uma maneira genérica, o Título VI do Código Penal, com a redação dada no ano de 2009, passou a proteger o bem jurídico “liberdade”, mais especificamente a liberdade sexual, conforme leciona Bitencourt:

A Lei n. 12.015/2009 alterou o Título VI do Código Penal, que passou a tutelar a dignidade sexual, diretamente vinculada à liberdade e ao direito de escolha de parceiros, suprime, de uma vez por todas, a superada terminologia “crimes contra os costumes”. Na realidade, reconhece que os crimes sexuais violentos ou fraudulentos atingem diretamente a dignidade, a liberdade e a personalidade do ser humano. (BITENCOURT, 2019, p. 60).

Já no final do ano de 2018, foi publicada a Lei nº 13.718/2018, que entrou em vigência imediata, alterando significativamente alguns aspectos quanto aos crimes contra a dignidade sexual, além de alterar a Lei de Contravenção Penal (Decreto-Lei nº 3588/41).

Em apertada síntese, a citada lei buscou ampliar a proteção às crianças, mulheres e pessoas com deficiência, ao tipificar o delito de "Importunação Sexual", bem como o de divulgação de fotos, vídeos ou qualquer tipo de imagem contendo cena de nudez, ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo sem que haja consentimento dos participantes, além de aumentar as penas para o ilícito de estupro coletivo e alterar a natureza da ação penal nos crimes contra a dignidade sexual, para ação penal pública incondicionada.

O título do Código Penal que visa proteger a dignidade sexual estabelece e regula hábitos comportamentais em uma sociedade como um todo, reconhecendo a autonomia da vontade de cada indivíduo para deliberar sobre seu próprio corpo e exercer sua liberdade sexual.

Quando estas regras são quebradas, ou seja, quando um crime sexual é praticado, enorme indignação e revolta surgem na população, diante de sua natureza bárbara.

Diante disso, são disseminados discursos de caráter punitivista, que apregoam a existência de impunidade no sistema jurídico penal brasileiro, afirmando que a maioria dos processos criminais não teriam a eficácia desejada, especialmente no que tange aos crimes sexuais, pois, em tese, se condenaria pouco no país, ainda que o Brasil seja um dos países com maior população carcerária do mundo⁷.

⁷ Em 2019, o número de presos no Brasil, entre condenados e provisórios, segundo dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), era de 748.009 mil pessoas. Disponível em < <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjojZWl2MmJmMzYtODA2MC00YmZiLWI4M2ltNDU2Zmly>

Como tais crimes são praticados na maioria das vezes – senão todas - na clandestinidade, ou seja, às escuras, sem a presença de testemunhas, por isso, tendem as decisões à supervalorização do relato do ofendido, como "resposta" ao dito discurso de impunidade e à própria repugnância ao fato em si, o que é compreensível, mas não pode significar a punição de inocentes.

A exemplo disso a Apelação Criminal nº 1.0024.15.202987-2/001 2029872-92.2015.8.13.0024, do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que a palavra da vítima, ainda em tenra idade, mesmo isolada nos autos, foi considerada "sumamente importante para a convicção do julgador". Bem como no julgado nº 1.0003.15.003162-7/002 0031627-54.2015.8.13.0003, também do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que frente a dificuldade probatória quanto à autoria do delito, o relato do ofendido menor de idade, foi de especial valor para o deslinde do ocorrido.

Entretanto, as decisões proferidas conforme o citado, acabam por superar algumas prerrogativas de que deveriam gozar os acusados, sendo eles condenados com base em uma prova única.

Salienta-se que essa prova é extremamente importante em relação ao todo, mas não pode ser considerada cabal, deve-se ponderar, também, os demais elementos dos autos. Além disso, o depoimento da vítima precisa ser colhido de forma a garantir a higidez do relato, aumentando seu valor.

Ocorre aqui um problemático e inadmissível rebaixamento do *standard* probatório. Em outras palavras, não subsiste a exigência de um manancial probatório peremptório e contundente para se chegar a uma sentença condenatória. São feridas de morte garantias e conquistas civilizatórias, com um completo esvaziamento do princípio da presunção de inocência (MATIDA, 2020).

O citado rebaixamento resulta em condenações de inocentes, contrariando a finalidade do processo penal. Ora, a presunção de inocência não é um botão que pode ser ligado e desligado ao dispor do magistrado diante de um problema probatório. Portanto, devem ser feitas algumas ressalvas quanto

às condenações em crimes contra a dignidade sexual baseadas tão somente no relato da vítima.

Neste ponto, destaca-se especialmente o fenômeno das falsas memórias, inserido no processo penal e a repercussão avassaladora que elas podem trazer ao acusado.

Isso porque na fase de inquérito e durante o próprio processo, a forma pouco técnica e empática como é conduzida a oitiva das vítimas, pode influenciar no momento da identificação de um suspeito ou na própria narrativa do ofendido de como se deram os fatos. Por isso merece o instituto das falsas memórias uma análise mais detida.

4.1. Falsas memórias no processo penal e a condenação de inocentes

A memória humana não é fiável como se espera que seja. Além disso, no caso de depoimentos de vítimas, a forma pouco técnica como frequentemente o relato é colhido pode gerar a contaminação da memória. Daí decorre o fenômeno chamado de “falsas memórias”, isto é, o ofendido passa a se recordar de fatos que nunca existiram.

Quem tenta se recordar do fato é vítima de um crime que deixa grandes marcas psicológicas e traumas, isso somado ao precário e inadequado tratamento que ela recebe da autoridade policial, que colhe o primeiro e mais importante relato. No mesmo sentido, ensinam Aury Lopes Jr e Cristina Di Gesu:

O delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor). (LOPES JR; DI GESU, 2015).

No início do século XX, o francês Alfred Binet já se dedicava ao estudo das falsas memórias, mas foi em meados dos anos de 1970 que a psicóloga

cognitiva Elisabeth Loftus trouxe novos conceitos que revolucionaram o entendimento sobre elas.

A psicóloga inseriu uma nova técnica para o estudo das falsas memórias, a qual consiste na sugestão de uma falsa informação (LOFTUS, 2005). Aury Lopes e Cristina Di Gesu expõem tal metodologia:

É a inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa. Loftus constatou, através de experimentos com mais de 20 mil pessoas, que *“a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos”*. (LOPES JR e DI GESU, apud LOFTUS, 2015).

Sendo assim, é possível afirmar que as falsas memórias podem surgir na mente de pessoas que realmente vivenciaram uma experiência, e, posteriormente, foram questionadas de maneira equivocada ou sugestionadas por terceiros sobre tais fatos. Nas palavras de Patrícia Melhem e Rudy Rosas, tudo pode se resumir a uma equação matemática:

Se fosse o caso de uma solução equacional ter-se-ia o seguinte: EXPERIÊNCIA REAL + INFORMAÇÃO FALSA (implantada) = FALSA MEMÓRIA, a consequência disso seria um relato viciado da experiência real, por conseguinte, a experiência seria falsa, irreal ou virtual. (MELHEN e ROSAS, 2014).

Além disso, em 2015 a pesquisadora e estudiosa Júlia Shaw teve resultados surpreendentes em uma pesquisa conduzida na companhia de Stephen Porter (SHAW; PORTER, 2015), que 70% dos voluntários desenvolveram falsas memórias, quando submetidos a histórias com alicerce em eventos reais, mesclados a situações falsas que foram repetidas por diversas vezes pelos pesquisadores. Os voluntários chegaram, inclusive, a confessar a prática de pequenos delitos, que nunca sequer existiram.

O método utilizado por Shaw e Porter consistiu em misturar informações sobre eventos reais, anteriormente fornecidas pelos familiares dos voluntários em um questionário, mescladas com informações falsas. Assim, quando os voluntários tinham dificuldades em explicar o evento falso, o entrevistador os encorajava a tentar recordar mais detalhes, usando estratégia de memórias específicas, o que gerou o surpreendente resultado já citado.

Aprofundando um pouco mais sobre o tema, destaca-se, ainda, que é possível que as falsas memórias surjam de forma espontânea ou natural, conforme aduzem Gustavo Ávila, Gabriel Gauer e Dinéia Anzileiro:^[10]

As falsas memórias podem ser formadas de maneira natural, através da falha da interpretação de uma informação (...) de outra forma, podem ser geradas espontaneamente quando resultam do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorção mnemônicas endógenas. (ÁVILA, GAUER e ANZILIERO, 2012, p.382).

Aplicando-se tais estudos ao processo penal, é notável que ambas as formas de surgimento das falsas memórias podem trazer consequências gravíssimas para os denunciados pela prática de crimes sexuais. Isto porque, assim como um pesquisador que por indução implantou as informações falsas nos voluntários, os juízes, delegados e investigadores, que fazem contato com a vítima durante todo o rito pré-processual e processual, frequentemente, tendem a ter uma hipótese de como os fatos se deram e, mesmo que sem querer, podem adotar um viés confirmatório desta versão, contaminando o depoimento do ofendido e conseqüentemente todo o processo.

O *Innocence Project*, organização que busca identificar e interferir em casos de réus injustamente condenados, estima que, nos Estados Unidos, cerca de 69% das condenações errôneas se deram após reconhecimentos pessoais

eivados de vícios, sendo que 84% dos casos de identificação incorreta foi realizado pela própria vítima do delito⁸.

Recentemente, o *Innocence Project* Brasil, em parceria com a Defensoria Pública do Ceará, conseguiu provar a inocência de Antônio Cláudio Barbosa, que foi solto, após 5 anos encarcerado, acusado de ser o "maníaco da moto", homem que praticava estupros contra mulheres, pelas ruas da cidade de Fortaleza.

Antônio foi, supostamente, reconhecido por uma das vítimas do crime, de apenas 11 anos de idade. Posteriormente, ele acabou sendo absolvido após demonstradas inconsistências no processo, que provaram a impossibilidade de ser ele o criminoso. Dentre elas, destacou-se um vídeo de local próximo a um dos estupros, que mostrou que Antônio Cláudio era cerca de vinte centímetros mais baixo que o maníaco⁹.

Também se tornou emblemático o caso de Steven Avery, nos Estados Unidos, após uma série exibida na Netflix, chamada "*Making a Murderer*", que retratou os seguidos erros do Judiciário norte-americano, em conjunto com a polícia local. Steven também foi reconhecido pela vítima do estupro e, após permanecer 18 anos preso, o *Wisconsin Innocence Project* conseguiu provar sua inocência¹⁰.

É notável que os erros do Judiciário, infelizmente são comuns, seja no Brasil ou em qualquer outro país do mundo, especialmente nos casos envolvendo crimes sexuais, em que a condenação é baseada exclusivamente no reconhecimento e relatos da vítima¹¹, como nos casos acima citados e tantos outros.

Portanto, a necessidade da adoção de um método para diminuir o risco de erro e evitar que inocentes passem mais da metade de suas vidas encarcerados por crimes que não cometeram, é medida que se impõe.

⁸ Disponível em: <https://www.innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>. Acesso: 10, out. 2020.

⁹ Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/casos>. Acesso: 16, out. 2020.

¹⁰ Disponível em: <https://www.innocencebrasil.org/casos>. Acesso: 16, out. 2020.

¹¹ O recente julgamento da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC 598.886-SC) representa um importante passo para a fixação de critérios decisórios de valoração do conjunto probatório que elevem os *standards* necessários para uma condenação, já que restou definida a invalidade do reconhecimento de um suspeito realizado exclusivamente por fotografia.

Sendo o relato do ofendido de enorme relevância para o deslinde do fato criminoso, é de suma importância que este seja colhido da melhor forma possível, o quanto antes, com a adoção de métodos interdisciplinares eficazes para tanto, devendo o Direito Processual Penal utilizar-se de outras ciências para auxiliar na busca pela justiça, sendo a entrevista cognitiva uma sugestão apontada pela doutrina para proporcionar um maior grau de certeza e reduzir os vícios que podem macular o depoimento das vítimas.

4.2. Uma proposta para a redução de danos: a entrevista cognitiva

As pesquisas até hoje realizadas, bem como os estudos de casos concretos, serviram para demonstrar toda a complexidade e fragilidade que envolve a memória e a prova oral. Neste sentido, o procedimento para sua recuperação deve ser o mais cuidadoso possível.

Assim, pensa-se em medidas que possam reduzir os danos, com a finalidade de se extrair a melhor qualidade da prova oral, ou seja, o maior potencial epistêmico da palavra da vítima, utilizando para tanto, métodos propostos pela chamada entrevista cognitiva.

As contaminações e alterações a que está sujeita a memória da vítima tendem a serem reduzidas quando a colheita da prova oral se dá em um prazo razoável.

Portanto, a fase de inquérito é de extrema importância, pois é o primeiro momento em que o ofendido relatará os fatos, tendendo-se a colher uma prova oral menos desgastada pelo tempo, com menos interferências externas, ou seja, é colhido um relato mais acurado do ocorrido.

Sendo assim, é necessária a capacitação dos profissionais que atuam neste momento, adotando meio de interrogatório mais empático, salutar e acolhedor, para que a vítima se sinta o mais confortável possível para narrar os fatos, que na maioria das vezes, lhe remete a momentos de dor e trauma.

O objetivo aqui é evitar que as perguntas formuladas pelos entrevistadores se deem de maneira tendenciosa, que sugiram um caminho “mais adequado” para a resposta a ser dada pelo ofendido.

Nas palavras de Janaína Matida ao citar Feix e Perguer, a entrevista deve refletir especificamente a observância de alguns princípios cognitivos:

- O entrevistador deve construir um ambiente receptivo e empático para que o relato se dê;
- O relato deve ser livre e o entrevistado deve ser estimulado a descrever todos os detalhes, sem editar o relato, no seu ritmo;
- O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem o direito e o dever de dizer “não sei”, “não entendi”;
- O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem a responsabilidade de lhe corrigir. (FEIX e PERGHER, apud, MATIDA, 2019, p. 97).

Sugerem Aury Lopes Jr e Cristina Di Gesu, que a oitiva realizada na fase pré-processual, seja gravada para permitir que o julgador tenha acesso completo ao registro eletrônico da entrevista. A fim de que possibilite ao magistrado avaliar como foi realizada a oitiva, os métodos utilizados e os estímulos empregados pelos entrevistadores. Desse modo, se pode verificar ou não o grau de contaminação do depoimento prestado (LOPES JR; DI GESU, 2015).

A limitação probatória em delitos desta natureza é evidente, e de fato torna a tarefa da reconstrução bastante hercúlea. Assim, o desafio que se coloca ao processo penal é abarcar as peculiaridades trazidas por este tipo de delito, vedado que qualquer tipo de tratamento prejudicial ao réu seja empregado pelo sistema de justiça, frente a dificuldades probatórias.

A condenação é medida drástica e as provas devem ser valoradas de forma racional, se aplicando um *standard* probatório rigoroso, qual seja o *beyond any reasonable doubt*, de forma a evitar ao máximo a ocorrência de condenações injustas.

Insta salientar que não basta a utilização deste de forma retórica, inscrevendo a expressão na sentença a partir de um subjetivismo do julgador, pois fará com o que o problema persista.

É necessária a adoção de meios para aumentar o potencial epistêmico do conjunto probatório, nestes casos, reduzido quase exclusivamente à palavra do ofendido, para que assim, o processo seja um meio adequado para a compreensão dos fatos.

Além disso, é imprescindível que todos os envolvidos na justiça criminal, em especial aqueles que participam da fase investigativa, consigam compreender a violência de gênero e suas perspectivas, de modo que a entrevista com a vítima não seja feita de forma generalizada ou com viés preconceituoso, afim de que o ofendido se sinta confortável para prestar suas declarações (MATIDA, 2020).

Com isso, o método utilizado pela entrevista cognitiva pode elevar o grau epistêmico da prova, possibilitando um cotejo mais qualificado do conjunto probatório e conseqüentemente compreende uma elevação do *standard*, já que o depoimento terá mais chances de ser livre de máculas ou vícios. Deste modo, buscando reduzir os consecutivos erros do Judiciário no que tange as condenações por crimes contra a dignidade sexual.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo exposto, o que se pode concluir é que mesmo diante de um sistema de valoração de provas que evoluiu consideravelmente nos últimos séculos, estabelecendo parâmetros, em tese, mais racionais para a valoração da prova pelos julgadores, a arbitrariedade e o decisionismo, ainda permeiam a grande maioria das decisões, em especial naquelas que dizem respeito aos crimes cometidos contra a dignidade sexual.

Isso tudo porque é atribuído grande valor probatório ao depoimento do ofendido, mesmo quando colhido de forma pouco técnica, já que a maioria desses delitos é cometido longe da presença de testemunhas. O julgador procura uma espécie de "solução", diante de um discurso punitivista de impunidade, frente a especial dificuldade probatória em crimes de tal natureza, somada à crença eficientista de que um processo penal eficaz é aquele capaz de gerar condenações, contribuem para o atual cenário.

Entretanto, agir assim é fechar os olhos para as peculiaridades cientificamente comprovadas de que a memória humana tem dificuldade de assimilar e se recordar de fatos, em particular daqueles que causam trauma, bem como o possível e comum desenvolvimento das chamadas "falsas memórias", surgidas de forma natural ou por contaminação.

Os casos de inocentes condenados em crimes dessa natureza, tendo por base somente o relato do ofendido, são uma realidade, no Brasil e fora dele, assim como comprovam os dados trazidos alhures, colhidos pelo *Innocence Project*.

Se nem mesmo os culpados, justificadamente condenados, merecem as insalubres condições do cumprimento de reprimenda e as dificuldades de reinserção social, o que dizer dos injustamente condenados?

Para se evitar que isto continue acontecendo, necessário se faz a adoção de medidas que aproximem a valoração das provas e as decisões no processo penal da racionalidade. Para tanto, é necessário que o Direito Penal busque amparo nas demais ciências, dentre elas a psicologia, por meio da entrevista cognitiva como meio de coleta do relato do ofendido, aplicando-se métodos mais adequados para tanto.

Por mais grave e abominável que seja o crime, os princípios da isonomia da presunção de inocência estão em plena vigência, sendo eles de aplicação obrigatória, não comportando qualquer tipo de mitigação.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. **Memória(s) e Testemunho: um enfoque interdisciplinar**. In POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). Crime e Interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

BACILA, Carlos Roberto. **Princípios de Avaliação das Provas no Processo Penal e as Garantias Fundamentais**. In: BONATO, Gilson (Org.). Garantias Constitucionais e Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2019.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal, Parte Especial (Arts. 213 a 311-A) Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. 13. Ed. Vol. 4, São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro 1988.

BRASIL. Decreto Lei n. 3.931 de 11 de dezembro de 1941. Lei de Introdução ao Código de Processo Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 13 dez. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

HARTMANN, Érica de Oliveira. **Os Sistemas de Avaliação e o Processo Penal Brasileiro**. Revista Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná: [s.l.], 2003.

IMPROVÁVEL. Ep.30: **O valor probatório da palavra da vítima nos crimes sexuais**. Autora: Janaína Matida. Podcast, 2020. Disponível em: <<https://open.spotify.com/show/3ya0obvyqleZ5SwkDAdhzX>>. Acesso em: 20 ago. 2020.

LOFTUS, Elizabeth. **“As falsas lembranças”**, in: Viver Mente & Cérebro, 2005.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos**. Boletim IBCCRIM: São Paulo, 2015. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fgabrieldivan.files.wordpress.com%2F2010%2F02%2Fprova-penal-e-falsas-memorias.doc&ei=NTYqUqqOCPat4APe4YDQDw&usg=AFQjCNFxfcyI6rrFpDKJVskVfIMhOdLFQ&sig2=DxZclOTwsMVAMsUXLj9_NA&bvm=bv.51773540,d.dmg>. Acesso em: 26 ago. 2020.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 16. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

MATIDA, Janaína. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero: entre compromissos epistêmicos e o respeito a presunção de inocência**. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristina Brandão (orgs.). Violência de gênero temas polêmicos e atuais. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 87-110.

MATIDA, Janaína. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero.** Coluna Elas No Front. Trincheira Democrática, [s.l.]: Instituto Baiano de Direito Processo Penal, 2019. Disponível em:

<https://www.academia.edu/40049514/Matida_2019_O_que_deve_significar_o_especial_valor_probatorio_da_palavra_da_v%C3%ADtima_nos_crimes_de_g%C3%AAnero>. Acesso em: 26 ago. 2020.

MATIDA, Janaína; VIEIRA Antônio. **Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 156, a.27, p.221-248, Editora RT, 2019.

MELHEM, Patrícia Manete; ROSAS, Rudy Heitor. **Palavra da Vítima no Estupro de Vulnerável: Retorno da Prova Tarifada?** [s.l.]: Editora Pucrs, 2014. Disponível em: <<https://editora.pucrs.br/anais/cienciascriminais/IV/19.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2020.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas; MASCARENHAS, Fabiana Alves. **Os standards probatórios como métrica da verdade: em busca de parâmetros objetivos para a racionalização das decisões sobre os fatos.** Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, D.C. Colômbia, 2016. Disponível em: <<http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/view/425>>. Acesso em: 22, out. 2020.

SHAW, Júlia; PORTER, Stephen. **Constructing Rich False Memories of Committing Crime.** Psychological Science OnlineFirst, [s.l.], 2015. Disponível em:

<<http://nebula.wsimg.com/817eae8b59ce6cedb6a5ed0d104b5c34?AccessKeyId=AF62ECFBCD8F6D95BACE&disposition=0&alloworigin=1>>. Acesso em: 12, out. 2020.

TJMG. Apelação Criminal: 1.0003.15.003162-7/002 0031627-54.2015.8.13.0003 (1). Relator Des.(a) Doorgal Borges de Andrada. DJ: 21/06/2017. Disponível em: <

TJMG. Apelação Criminal: 1.0024.15.202987-2/001 2029872-92.2015.8.13.0024 (1). Relator Des.(a) Eduardo Brum. DJ: 10/06/2020. Disponível em:
<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=6&totalLinhas=1908&paginaNumero=6&linhasPorPagina=1&palavras=palavra%20v%EDtima%20estupro&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>>.
Acesso em: 22, out. 2020.