



CAROLINI CHRISTI DE OLIVEIRA

**A ANÁLISE DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO
ÚNICO MEIO DE PROVA NO CRIME DE
ESTUPRO: UM ESTUDO A PARTIR DO INSTITUTO
DAS FALSAS MEMÓRIAS**

**LAVRAS – MG
2021**

CAROLINI CHRISTI DE OLIVEIRA

**A ANÁLISE DA PALAVRA DA VÍTIMA COMO ÚNICO MEIO DE PROVA NO
CRIME DE ESTUPRO: UM ESTUDO A PARTIR DO FENÔMENO DAS FALSAS
MEMÓRIAS**

Monografia apresentada à Universidade Federal de Lavras, como parte das exigências do Curso de Direito, para a obtenção do título de Bacharel.

Prof. Ricardo Augusto de Araujo Teixeira (UFLA)
Orientador

**LAVRAS – MG
2021**

Ao meu Tio Adir Oliveira, falecido em 25 de Abril de 2019, que ao se fazer presente em toda a minha trajetória escolar, deixou imensa saudade.

Dedico.

AGRADECIMENTOS

A Deus, que foi meu amparo nos momentos mais difíceis.

A minha mãe Dulce Nascimento e ao meu Pai José Antônio, pelo incansável apoio e fonte de inspiração. Aos meus irmãos Álvaro Oliveira e Érica Oliveira, pelo companheirismo e paciência. As minhas tias Carla Resende e Renata Oliveira, por se fazerem sempre presentes, dando o suporte necessário.

Ao meu namorado Henrique Hostalácio, por entender minha necessidade de dedicação e me apoiar incondicionalmente.

Aos meus amigos Leticia Vilela e Lucas Villas Boas, por terem transformado a graduação em uma das melhores fases de minha vida.

A todos os professores que contribuíram de forma efetiva para a minha formação, em especial ao meu orientador Ricardo Augusto de Araújo Teixeira.

A todos aqueles que contribuíram de alguma forma para que meu sonho fosse realizado, meu Muito Obrigada!

“É preciso evitar essa inadequada interpretação do especial valor probatório da palavra da vítima visto como autorização à redução a pó da presunção de inocência.” (MATIDA, Janaina, 2019)

RESUMO

Pretendeu-se, no presente trabalho, abordar a problemática referente ao especial valor que se atribui à palavra da vítima no âmbito dos delitos que violam a dignidade sexual, em especial no crime de estupro. Para isso, utilizou-se como técnica de pesquisa a documentação indireta, onde fora realizada pesquisa bibliográfica, e levantamento dos principais dados sobre o tema. Ademais, fora observado que há uma tendência perante a jurisprudência brasileira em se decidir com base única e exclusiva nas declarações da vítima, quando o crime não deixar lastro probatório diverso. Tal fator se mostra problemático, na medida em que pode a declaração da vítima estar maculada por diversos fatores, em especial pelo Fenômeno das Falsas Memórias. Sendo assim, se mostra como violadora do princípio constitucional da Presunção de Inocência a posição adotada pela jurisprudência atual, já que o mandamento constante do ordenamento penal e processual penal é a absolvição do réu, nos casos de ausência de lastro probatório mínimo.

Palavras-chave: Estupro. Declarações do ofendido. Falsas memórias. Princípios. Presunção de Inocência.

ABSTRACT

It was intended, in the present work, to address the problem related to the special value attributed to the victim's word in the context of crimes that violate sexual dignity, especially in the crime of rape. For this, indirect documentation was used as a research technique, where bibliographic research was carried out, and a survey of the main data on the topic. In addition, it was observed that there is a tendency before Brazilian jurisprudence to decide based solely and exclusively on the victim's statements, when the crime does not leave a different probative basis. Such a factor proves problematic, inasmuch as the victim's statement may be tainted by several factors, especially by the Phenomenon of False Memories. Thus, the position adopted by current jurisprudence is shown to violate the constitutional principle of the Presumption of Innocence, since the commandment constant of in the penal and penal procedural order is the acquittal of the defendant, in cases of absence of minimal probative ballast.

Keywords: Rape. Statements by the victim. False memories. Principles. Presumption of Innocence.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	NEOCONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO PROCESSO PENAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO.....	12
3.	PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL	13
	3.1 Presunção de Inocência.....	14
4.	OS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL.....	16
5.	O CRIME DE ESTUPRO: BREVES CONSIDERAÇÕES E ATIVIDADE PROBATÓRIA.....	18
	5.1 A Prova nos Crimes de Estupro.....	21
	5.2 Declarações do ofendido e o interrogatório do acusado e sua tratativa pelo Processo Penal.....	26
6.	FALSAS MEMÓRIAS.....	28
	6.1 Breves considerações sobre a mente humana.....	30
	6.2 O surgimento das falsas memórias.....	32
	6.3 O induzimento das Falsas memórias e a atuação Estatal: a presença da entrevista cognitiva.....	35
7.	CONDENAÇÃO DO ACUSADO NOS CRIMES DE ESTUPRO, A AUSÊNCIA DE PROVAS E AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA.....	39
	7.1 A valoração da palavra da vítima nos crimes de estupro.....	39
8.	CONCLUSÃO.....	42
9.	REFERÊNCIAS.....	44

1. INTRODUÇÃO

Os Direitos Penal e Processual Penal, assim como outros ramos do direito, necessitam se adaptar às mudanças pelas quais passa a sociedade, na medida em que novos bem jurídicos carecem de proteção, e outros já não mais necessitam da tutela estatal. É nesse viés, que foram introduzidas mudanças significativas no capítulo que cuidava dos crimes contra “os costumes”, começando pelo bem jurídico tutelado, que agora de uma forma muito mais ampla, protege a dignidade e a liberdade sexual.

Dentre o rol dos crimes contra a dignidade sexual, encontra-se o crime de estupro, que pós Lei 12.015/09 passou a punir, em um só tipo penal, as condutas de “constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso”, restando revogado formalmente o crime de atentado violento ao pudor.

Não obstante a gravidade de tal delito, bem como a grande comoção social que o mesmo é capaz de gerar, tem-se que a produção probatória nesse âmbito encontra diversos entraves. Primeiramente, é o estupro um crime de natureza clandestina, e com isso se quer dizer que o mesmo é praticado na grande maioria das vezes em lugares ermos, sem a presença de testemunhas, restando como atores do evento delituoso apenas autor e réu.

Outro fator que dificulta sobremaneira a instrução probatória é a ausência de vestígios deixados pelo delito, ou a transitoriedade desses, o que torna impossível a produção de provas de ordem técnica, como o exame de corpo de delito, e que podem por ventura vir a embasar uma condenação criminal. É escorada nessa ausência de elementos de prova, que vem a jurisprudência atribuindo um maior valor à palavra da vítima quando da ocorrência de tal crime, fator que carrega grande problematicidade, na medida em que pode dar ensejo a inúmeras condenações injustas.

Tanto é assim que, não nos faltam exemplos da ocorrência de tal fato, o que demonstra a relevância do tema e a necessidade de enfrentá-lo. Porém, não se pretende relegar a vítima um papel de menor importância, descredibilizando suas declarações e a tornando mais uma vez vítima, mas sim, entendendo os fatores que podem macular as suas declarações.

Nesse contexto, emerge o fenômeno das Falsas Memórias, processo pelo qual o indivíduo modifica uma recordação, acreditando terem ocorrido fatos na verdade e que por conseguinte podem macular a realidade. Tal fenômeno pode se originar no próprio

indivíduo, mas no contexto de indivíduos adultos, as falsas memórias tendem a surgir quando são induzidas.

A indução às Falsas Memórias, por sua vez, pode ser feita de maneira voluntária ou involuntária, sendo a segunda forma a mais comum, principalmente quando se fala do modo como as declarações da vítima são obtidas. Ainda, faz-se necessário o destaque para o fato de que, por ser a pessoa diretamente interessada no deslinde do feito, não presta a vítima o compromisso de dizer a verdade, o que a torna não uma testemunha, mas sim uma informante.

É por essa e outras razões que se pretende demonstrar ser a condenação do acusado com base apenas na palavra da vítima, quando da ausência de outros elementos probatórios, fator problemático, na medida em que fere o estado de presunção de inocência constitucionalmente garantido ao réu, sendo tal princípio corolário do Processo Penal e símbolo da proteção que detém o indivíduo contras as ingerências estatais em sua esfera privada, principalmente no que tange a sua liberdade.

Sendo assim, abordou-se em um primeiro momento o fenômeno do Neoconstitucionalismo e a necessidade de interpretação do Processo Penal conforme os ditames constitucionais, para depois se explorar os princípios que regem o processo, em especial o princípio da presunção de inocência, tão caro às democracias. Adiante, aborda-se sucintamente as nuances do crime de estupro, bem como a problemática produção de provas no âmbito de tal delito.

Por fim, se pretende explorar as peculiaridades que detêm as declarações da vítima enquanto meio de prova, bem como a possibilidade do surgimento de Falsas Memórias quando as recordações da vítima não são acessadas da maneira mais adequada, ensejando assim na condenação de indivíduos presumidamente inocentes, o que fere sobremaneira os princípios constitucionais penais.

Passe-se então à análise propriamente dita.

2. NEOCONSTITUCIONALISMO E A NECESSIDADE DE INTERPRETAÇÃO DO PROCESSO PENAL CONFORME A CONSTITUIÇÃO

O direito fundamental à liberdade, lema da Revolução Francesa, marca a primeira dimensão dos Direitos Humanos, sendo estes universalmente concedidos e garantidos a todos os indivíduos, sem qualquer distinção. Ao contrário do que assegura os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, os direitos “civis e políticos” se caracterizariam por impedir a ingerência estatal na esfera privada, funcionando assim como uma espécie de direito de defesa e ainda como um direito negativo, ou seja, como um protetor do indivíduo frente as arbitrariedades estatais.

Com o passar dos anos e com a evolução dos instrumentos normativos, os Direitos Humanos consagrados em âmbito internacional passaram a integrar os ordenamentos jurídicos dos mais diversos países. No Brasil não poderia ser diferente, e por isso a Constituição Federal de 1988 trouxe em seu bojo um amplo sistema de proteção e garantia dos Direitos Fundamentais em suas três dimensões, quais sejam, civis e políticos, sociais e econômicos e de solidariedade ou transindividuais.

Além da importante incorporação dos Direitos Fundamentais pela Constituição, tornando-os corolários de todo o sistema jurídico brasileiro, a era pós 1988 inaugura o chamado neoconstitucionalismo. Tal fenômeno apresenta natureza jurídico-constitucional, mas apesar disso não encontra uma conceituação uniforme no campo doutrinário, tanto que autores como Humberto Ávila esclarecem não ser possível esboçar uma única concepção sobre a temática, não sendo raro se ver utilizar o plural “constitucionalismos” para se referir ao fenômeno. (ÁVILA, 2011)

Fato é que, dentre as várias implicações que o Constitucionalismo impõe ao Direito Brasileiro contemporâneo, merece destaque a Constitucionalização do Direito. Assumindo várias significações, busca-se compreender a Constitucionalização do Direito para os fins aqui propostos, como o processo histórico pelo qual as Constituições passam a assumir um papel de supremacia dentro dos ordenamentos jurídicos, implicando na adequação dos demais ramos infraconstitucionais as normas previstas na Carta Magna.

Com isso, o Estado Legalista cede lugar a um Estado Constitucional de Direito, onde há a presença de uma Constituição rígida, que tem o poder de irradiar as suas normas por todos os campos do Direito, não sendo diferente com os campos do Direito Penal e Processual Penal, que devem, por conseguinte, assegurar que os direitos fundamentais expressos no ordenamento constitucional sejam respeitados.

Nesse sentido, percebe-se que tanto o Direito Penal como o Direito Processual Penal funcionam como instrumentos de limitação da atividade estatal, dada a relevância do bem jurídico que buscam tutelar, sendo este o direito fundamental à liberdade. Portanto, imperioso neste campo do Direito a utilização de princípios, pois esses inibem a atuação arbitrária do Estado, já que impedem ou pelo menos amenizam os efeitos de lacunas legislativas.

3. PRINCÍPIOS DO PROCESSO PENAL

A palavra princípio pode assumir diversos sentidos, tanto que são vários os doutrinadores que se predispõe a conceituá-lo. De acordo com as concepções de José Afonso da Silva (2011), bem como de Renato Brasileiro de Lima (2016), os princípios podem ser definidos como “os mandamentos nucleares de um sistema”. Isso implica na definição dos princípios como sendo a base de todo o ordenamento jurídico, na medida em que são capazes de orientar o aplicador do direito em sua atuação frente as normas jurídicas e situações concretas.

Em decorrência disso, são os princípios responsáveis pela limitação do poder punitivo estatal, principalmente no que tange a violação do direito fundamental à liberdade, na medida em que não admite discricionariedade quando das decisões proferidas. Funcionam, portanto, como uma proteção constitucional dada ao cidadão contra os arbítrios do Poder Jurisdicional, que terá sua liberdade resguardada até que se tenha contra ele elementos suficientes e capazes de comprovar a sua culpabilidade frente ao caso concreto. (PIRES, 2018)

Dada a importância dos princípios dentro do ordenamento jurídico, observa-se que a Constituição Federal de 1988 elencou em seu texto vários princípios processuais penais, estando dentre eles a presunção de inocência e o devido processo legal. No âmbito internacional, Tratados Internacionais de Direitos Humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH – Pacto de São José da Costa Rica), foram responsáveis por prever várias garantias processuais, inclusive quanto à tutela da liberdade pessoal.

Segundo Renato Brasileiro de Lima (2016), com a incorporação pelo Brasil do Pacto de São José da Costa Rica, assume o país o dever de adotar medidas capazes de dar efetividade aos direitos assegurados em tal tratado, sendo esses então garantidos em 3 perspectivas:

a) utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)¹⁰ e das opiniões consultivas na interpretação dos casos penais internos de cada país; b) controle difuso da convencionalidade, a ser exercido pelos magistrados em cada caso concreto, nos termos do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CF; c) controle concentrado ou abstrato da convencionalidade, a ser realizado pela CIDH, em sua jurisdição contenciosa e consultiva, e pelos Tribunais, após a EC nº 45/04. (LIMA, 2016, p. 78)

Levando em consideração a importância que detêm os princípios constitucionais penais em nosso ordenamento jurídico, não restam dúvidas que a presunção de inocência é o mais relevante deles quando se fala em condenação do acusado com base apenas nas declarações da vítima. Pois como direito fundamental que é, só poderia se ver vencido quando da existência de elementos robustos o suficiente para que se pudesse eliminar a sua presunção.

3.1 Presunção de Inocência

É traço comum nas Constituições formuladas a partir do século XVIII a presença de vários princípios de natureza penal e que são pertinentes à matéria penal. Segundo o que preconiza Carvalho (2002), os princípios de natureza penal condicionam a forma de intervenção penal do Estado, com o intuito de garantir os direitos individuais. Já os princípios pertinentes à matéria penal ampliam a área de proteção do Direito Penal, tendo em vista a crescente necessidade de resguardo dos direitos coletivos.

É nesse contexto de existência de princípios constitucionais essencialmente penais que se observa o princípio da Presunção de Inocência, e que se faz este, por conseguinte, como corolário do Direito Processual Penal. Tal princípio remonta à Idade Média, tendo sido acolhido pela Ordenação Francesa de 1670, e previsto por Cesare Beccaria em sua célebre obra “Dos Delitos e das Penas”, de 1764.

Dando continuidade a previsão de tal princípio, vários são os Tratados Internacionais que versam sobre o tema. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já previa em seu art. 9º que o homem não deve ser considerado culpado enquanto houver dúvidas sobre sua inocência. Posteriormente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948, traz em seu art. 11.1 que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de

acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa”.

A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais em seu art. 6.2, o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos em seu art. 14.2 e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos em seu art. 8º, § 2º, dispõem que “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

No Brasil, o princípio da presunção de inocência passou a ser previsto de forma expressa no ordenamento jurídico com o advento da Constituição Federal de 1988, diploma que inovou quando do estabelecimento de uma série de princípios próprios e limitadores do sistema penal, que devem ser observados tanto pelo poder legislativo, quando da elaboração das normas, com pelo poder judiciário, quando da aplicação das mesmas. (CARVALHO, 2002)

Dessa forma, a presunção de inocência, consagrada como um dos maiores corolários da liberdade individual deixa de existir apenas de forma implícita, como decorrência lógica do princípio do Devido Processo Legal, para se fazer valer no art. 5º, LVII da CF de 88 que estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Como consequência do processo de constitucionalização de tal princípio, o mesmo passou a ser visto sobre dois pontos de vista distintos, quais sejam, formal (extrínseco) e substancial (intrínseco).

Em conformidade com o que estabelece Carvalho (2002), do ponto de vista formal a presunção de inocência se revela como um direito constitucional fundamental e por tal motivo tem aplicação direta e imediata, obrigando assim poder público e particular quanto ao seu fiel e irrestrito cumprimento. Já do ponto de vista substancial, caracteriza-se como um direito processual penal, que tem repercussões no campo probatório, sendo uma presunção *juris tantum*, ou seja, que admite prova em contrário. (CARVALHO, 2002)

Desse modo, em conformidade com o princípio da não culpabilidade, nenhum indivíduo será considerado culpado, senão depois do transcurso de um devido processo legal, onde serão assegurados ao acusado todos os seus direitos fundamentais, em especial o contraditório e ampla defesa, que se exprimem na utilização de todos os meios de provas pertinentes para a realização de sua defesa, bem como para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação. (LIMA, 2016)

Portanto, indubitável que a presunção de inocência é princípio de observância obrigatória em todo Estado Democrático de Direito, pois de outra forma, não caberia ao

acusado comprovar a sua inocência para se ver livre da qualificação de culpado. Conforme preconiza Carvalho (2002, p. 38) “a regra é, antes, que ninguém pode ser de início inculcado, gozando da presunção de inocência até que surjam provas convincentes do contrário.”

4. OS MEIOS DE PROVA NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL

A palavra prova tem origem no latim *probare*, que por sua vez se traduz nas ideias de “verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação”. (LIMA, 2016, p. 792) Segundo Távora e Alencar (2016), “a prova é tudo aquilo que contribui para a formação do convencimento do magistrado, demonstrando os fatos, atos, ou até mesmo o próprio direito discutido no litígio”. Já para Aury Lopes Jr. (2019, p. 422), prova seria o meio pelo qual se pretende fazer a reconstrução aproximativa do fato histórico que é o crime, se referindo dessa maneira sempre a um fato passado, que será examinado pelo julgador no presente, na medida em que esse profere uma decisão que projeta efeitos para o futuro, formando o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário.

Ainda nos importa ressaltar que Renato Brasileiro de Lima considera haver três acepções da palavra prova, sendo elas: prova como atividade probatória, prova como resultado e prova como meio. A primeira acepção “consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”. (LIMA, 2016, p. 792) Pela segunda acepção, caracteriza-se a prova “pela formação da convicção do órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática”. (LIMA, 2016, p. 793) Por fim, de acordo com a última acepção, considera-se a prova como “os instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática”. (LIMA, 2016, p. 793)

A partir de tais considerações, é possível se inferir que a prova é todo aquele elemento de convicção produzido durante a fase processual penal, através de um procedimento dialético, onde são assegurados os direitos fundamentais ao contraditório e ampla defesa. Em sede de Inquérito Policial, fase marcada pela ausência de contraditório e ampla defesa, dado o seu caráter inquisitorial, são produzidos os chamados elementos de informação, que não tem o condão de sozinhos sustentar uma condenação criminal, mas que se conjugados a outros elementos de prova podem ser usados para a formação da *opinio delicti* do órgão acusador.

Nesse sentido, tem-se que são sujeitos da prova tanto as pessoas como as coisas de quem e de onde esta deriva, podendo, portanto, ser a prova pessoal ou real. Diz-se haver uma prova pessoal quando há a afirmação de conhecimento ou a certificação de fato ou fatos do processo, como é o caso da prova testemunhal, por exemplo. Já a prova real equivale à atestação que advém da própria coisa constitutiva da prova, como o ferimento oriundo da prática delituosa, o projétil balístico, etc. (LIMA, 2016, p. 798).

Seguindo, a prova pode se apresentar em juízo de três maneiras diversas, quais sejam, documental, material e testemunhal. Diz-se que estas são as formas pelas quais as provas se materializam no âmbito do processo penal, derivando-se de uma fonte de prova. Na lição de Renato Brasileiro de Lima,

A expressão fonte de prova é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo). (LIMA, 2016, p. 798)

Já os meios de prova podem ser considerados como os instrumentos através dos quais as fontes de prova adentram no Processo Penal, ou seja, é o modo como a prova se materializa durante a condução do processo. Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima considera que os meios de prova são:

Os instrumentos através dos quais as fontes de prova são introduzidas no processo. Dizem respeito, portanto, a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo. Enquanto as fontes de prova são anteriores ao processo e extraprocessuais, os meios de prova somente existem no processo. (LIMA, 2016, p. 799) Para autores como Eberhardt, o Código de Processo Penal de 1940 teria adotado o sistema liberatório de provas, onde seria possível as partes a busca de outros meios de prova para além daqueles já codificados, desde que esses não fossem capazes de tornar a prova ilícita. Daí se inferir pela não taxatividade dos meios de prova elencados no código em vigência, podendo a parte recorrer a outros meios que julgar convenientes quando do cumprimento da finalidade probatória, qual seja, o convencimento do juiz.

Seja qual for o meio através do qual a prova se materializa, tem-se que a sua finalidade é a busca pelo convencimento do órgão julgador, destinatário final da produção probatória. Nesse sentido, é a discussão doutrinária a respeito do sistema processual adotado no Brasil, ao passo que para alguns doutrinadores viveríamos em um sistema

misto, marcado por uma fase pré-processual inquisitória e uma fase processual acusatória. Já para outros, o sistema adotado seria o acusatório, dado o fato de que a fase investigativa não faria parte do processo propriamente dito, sendo, como já destacado anteriormente, fase pré-processual.

Seja qual for o sistema processual adotado, não nos cabe introduzir maiores discussões sobre o tema na presente argumentação, mas sim a finalidade a que se presta a prova em um sistema acusatório. Neste, é possibilitado ao juiz o chamado livre convencimento motivado, ou seja, não existe um valor predefinido para cada espécie de prova, como o era no sistema acusatório, mas pode o juiz se valer de igual modo de todas as provas apresentadas no processo para formar o seu convencimento acerca do caso concreto, devendo fundamentar a sua decisão.

Nas considerações de Eberhardt (2016), a prova “deve ser contundente o suficiente para superar o estado de não culpabilidade constitucionalmente garantido ao réu.” Dessa forma, a prova deve ser produzida de maneira que promova o real convencimento do julgador a respeito do fato criminoso, devendo ser especialmente clara e inequívoca, e em casos de dúvida quanto à culpabilidade do indivíduo, deve ser a decisão proferida a seu favor.

5. O CRIME DE ESTUPRO: BREVE APRESENTAÇÃO E ATIVIDADE PROBATÓRIA

A Lei 2.848 de 7 de dezembro de 1940, assim como as demais normas infraconstitucionais que compõe o ordenamento jurídico brasileiro, sofreram alterações significativas ao longo de sua vigência. Tudo isso com o intuito de se adaptarem à nova realidade social que se apresentava, pois fenômenos como a conquista de diversos direitos pelas mulheres, aliados com a ampliação do papel que esta ocupava na sociedade contribuíram e muito para a concretização de tal mudança.

Fora seguindo esta tendência, que todo o capítulo que cuida dos crimes contra a dignidade sexual, e em especial a redação do artigo que tipifica o crime de estupro, sofreram mudanças significativas que impactaram no modo como a prática delituosa é configurada, o bem jurídico tutelado e ainda, os meios de prova a serem utilizados nesta esfera.

Sendo assim, e dando início à exploração do título VI do Código Penal, no qual está inserido o crime de estupro, percebe-se que o mesmo, antes intitulado dos “Crimes

Contra os Costumes”, carregava consigo uma ideia conservadora, que segundo Masson (2020, p. 1) indicava uma “linha de comportamento sexual imposto pelo Estado às pessoas, por necessidades ou conveniências sociais” e se mostrava ainda restrito, na medida em que restringia a esfera de proteção ao gênero feminino, e ia mais além quando buscava proteger apenas as “mulheres ditas honestas”, excluindo ainda a possibilidade de configuração do estupro conjugal ou marital.

Sendo assim, com o advento da Lei 12.015/09, responsável por várias mudanças no campo dos delitos sexuais, o referido Título VI passou a contar com a nomenclatura dos “Crimes Contra a Dignidade Sexual”, tendo como fundamento de validade o art. 1º, III da Constituição Federal de 1988. Por esse motivo:

toda e qualquer pessoa humana tem o direito de exigir respeito no âmbito da sua vida sexual, bem como o dever de respeitar as opções sexuais alheias. O Estado deve assegurar meios para todos buscarem a satisfação sexual de forma digna, livre de violência, grave ameaça ou exploração. (MASSON, 2020 p.2)

Da mesma forma, foi também objeto de modificação pela Lei 12.015/09 a redação do dispositivo 213 do CP/40, que trata do crime de estupro. Inicialmente, contava o Código Penal com dois crimes sexuais cometidos mediante o uso de violência e/ou grave ameaça, sendo estes o estupro e o atentado violento ao pudor. Tais delitos mantinham em sua estrutura o mesmo verbo, “constranger”, e apresentavam a mesma pena, se diferenciando quase que exclusivamente pela conduta adotada, pois se havida a conjunção carnal configurava-se o estupro, já se detectada a realização de atos libidinosos, estaria presente o atentado violento ao pudor.

Pós modificação, os conteúdos de ambos os artigos foram fundidos, e tanto a conduta de constranger alguém mediante violência ou grave ameaça a ter conjunção carnal, como a praticar atos libidinosos passaram a configurar o crime de estupro. Por consequência, o âmbito de incidência de tal delito sofreu ampliação, ocorrendo assim a revogação formal do crime anteriormente tratado pelo art. 214 da Lei 2848/40, não havendo que se falar em *abolitio criminis*, pois o fato criminoso, relevante para o Direito Penal, continuou existindo em tipo penal diverso. (MASSON, 2020)

Desta feita, imprescindível se faz estabelecer a diferença entre conjunção carnal e ato libidinoso. A conjunção carnal é o ato sexual propriamente dito, consistente na introdução do pênis na cavidade vaginal, tido também como “ato libidinoso por

excelência”. Nesta seara, os demais atos de cunho sexual, como o sexo oral, sexo anal, dentre outros, configuram-se como atos libidinosos. De acordo com Prado (2019),

Ato libidinoso, também elemento normativo extrajurídico, é toda conduta perpetrada pelo sujeito ativo de cunho sexual, que se consubstancia numa manifestação de sua concupiscência. Como exemplo de atos libidinosos podem ser citados a *fellatio* ou *irrumatio in ore*, o *cunnilingus*, o *pennilingus*, o *annilingus* (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal; o coito *inter femora*; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros. É certo que não se enquadram aqui hipóteses de necrofilia, bestialismo ou zoerastia. (PRADO, 2019, p. 552)

Partindo-se de tal premissa, se considera ato libidinoso todo aquele ato que tenha conotação sexual e que não se confunda com o sexo vaginal propriamente dito, devendo guardar a mesma relação de gravidade imposta ao primeiro, sob pena de se ferir o princípio da proporcionalidade. Ou seja, deve a pena aplicada ao caso concreto ser proporcional à conduta adotada pelo autor, sob hipótese de que a punição seja exagerada para o caso concreto.

Diante disso e dirigindo-se mais especificamente para a análise do art. 213 do Código Penal brasileiro, verifica-se que este passou a compreender quatro modalidades de estupro, sendo uma simples e as demais qualificadas, incidindo tais qualificadoras sobre a idade da vítima, se maior de 14 anos e menor de 18 e pelo resultado proveniente da conduta, se lesão corporal de natureza grave ou morte, sendo que as lesões leves e vias de fato são absorvidas pelo *caput*, configurando o delito em sua modalidade simples.

Outrossim, tendo como fim a tutela tanto da dignidade como da liberdade sexual, podem configurar como objeto material do delito qualquer pessoa que seja constrangida, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar qualquer ato libidinoso. Com isso, denota-se que o núcleo do tipo traduz-se em *constranger*, que nas palavras de Cleber Masson (2020, p. 7) tem o “sentido de coagir alguém a fazer ou deixar de fazer algo. Consiste, em suma, no comportamento de retirar de uma pessoa sua liberdade de autodeterminação.”

Ou seja, o constrangimento retira da vítima a sua liberdade de escolha, induzindo-a a adotar uma conduta positiva, quando age ativamente, ou passiva, obrigando-a a aceitar que sobre o seu corpo recaiam atos de cunho sexual, sejam estes atos libidinosos ou a

conjunção carnal. Portanto, o meio de execução do crime é a violência ou grave ameaça, devendo existir o real dissenso da vítima, devendo esta ser compelida, mediante o uso de violência ou grave ameaça - que pode ser dirigida diretamente ao sujeito passivo ou a terceiro relacionado a este - a praticar ou a permitir que com ela se pratique conjunção carnal ou ato libidinoso.

Enfim, superadas tais considerações de cunho dogmático, depreende-se que os delitos contra a dignidade sexual tendem, na grande maioria das vezes, a causar um desconforto social maior do que geralmente causariam outros tipos penais, principalmente quando tal fato é exposto pela mídia e acaba por tomar grandes proporções. Por essas circunstâncias, é notável que a sociedade abalada pelo fato criminoso de maneira imediata, bem como aquela que toma conhecimento deste através das mídias sociais, anseie pela condenação do acusado, que tende a ser confundida com a verdadeira concretização de justiça.

Nesse viés, onde a punição do acusado é sinônimo de justiça e onde a mídia encontra campo fértil para a realização de grandes reportagens sensacionalistas, desprovidas de qualquer responsabilidade para com a vítima ou acusado, a garantia pelo Estado dos direitos fundamentais básicos constitucionalmente previstos ao réu passa a ser vista pela sociedade como um ataque à própria vítima, já que a tendência é sobrevalorizar a palavra desta, a fim de incrementar a persecução penal.

5.1 A prova nos crimes de estupro

Os crimes contra a dignidade sexual guardam em geral um traço em comum. A grande maioria deles é marcada pela clandestinidade, pois se consumam sem a presença de testemunhas, em lugares isolados e até de difícil acesso, fazendo com que ao se chegar na fase instrutória de um eventual processo criminal, restem como fontes de prova apenas autor e réu, sendo os seus testemunhos os únicos meios disponíveis em que o juiz deverá se basear para prolatar a decisão mais acertada.

No entanto, apesar da existência de tal cenário fático, uma vez noticiada a possível prática do delito, faz-se necessário a colheita de elementos que possam embasar uma possível denúncia e posteriormente, já na fase processual, imprescindível que se produzam as provas necessárias e suficientes para que se promova o convencimento do juízo a respeito da culpabilidade do agente.

Nesta seara, os meios de prova mais utilizados quando da tentativa de reconstrução da verdade aproximada dos fatos, no caso do crime de estupro, são: a prova oral, consubstanciada no depoimento de testemunhas e até nas declarações da vítima e a prova pericial, particularmente o exame de corpo de delito, sendo esta espécie de prova técnica, realizada por pessoa dotada de conhecimentos técnicos, científicos ou artísticos sobre determinado objeto ou indivíduo, e que busca com isso auxiliar o juiz na formação de seu convencimento. (EBERHARDT, 2016)

De acordo com o que expressa o art. 158 do Código de Processo Penal, a prova pericial é de cunho obrigatório quando o delito houver deixado vestígios – sendo esses entendidos como qualquer rastro ou indício de sua prática -, não podendo ser suprida em nenhuma hipótese pela confissão do acusado. Segundo Oliveira (2018, p. 5) “esta é uma regra excepcionada pelo princípio da verdade real, tratando-se de adoção excepcional do sistema da prova legal, pois o julgador não pode buscar a verdade por nenhum outro meio de prova.”

Sendo assim, uma vez que a prática delituosa deixe vestígios, necessariamente deverá ocorrer a realização da prova pericial, que se perfectibilizará com a realização do exame de corpo de delito. Segundo o que afirma Siqueira (2019, p. 2) o exame de corpo de delito seria a “inspeção feita por expert, objetivando constatar a materialidade delitiva, a partir dos vestígios materiais deixados pelo crime.” Já Marcos Eberhardt (2016) considera que o exame de corpo de delito é:

Prova pericial que tem como objetivo comprovar a materialidade do crime, ou seja, demonstrar que a norma penal prevista em abstrato foi concretizada no plano naturalístico. O vestígio é examinado segundo critérios científicos e técnicos com o escopo de poder dar fundamento confiável não só a decisão judicial, mas principalmente a instauração da ação penal. (EBERHARDT, 2016, p. 73)

Com base nisso, nos importa salientar que tal exame pode ser realizado de maneira direta ou indireta, a depender das circunstâncias que cercam o caso concreto. Diz que há um exame de corpo de delito direto quando se analisa o próprio corpo objeto do delito, sob o qual recaiu a prática criminosa apta a deixar vestígios, já no exame indireto, não se analisa o corpo de delito em si, mas outros dados que dizem respeito ao corpo do delito, como laudos e exames médicos, fotografias, dentre outros documentos do gênero. (PASCHOAL, 2017)

Conforme salienta a doutrina, há no campo jurídico dois sistemas de valoração das perícias. O primeiro, denominado vinculatório, caracteriza-se pela necessidade de estar o juiz vinculado a conclusão a que se chega o laudo, já o segundo, conhecido como liberatório, preconiza que é o magistrado livre em seu convencimento, podendo tanto aceitar como rejeitar o laudo. Quando comparado ao Código de Processo Penal brasileiro, infere-se que este adota o sistema liberatório de valoração, ao dispor em seu art. 182, que o juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, seja no todo ou em parte. (EBERHARDT, 2016)

Por consequência, denota-se que a prova pericial apresenta um valor relativo, assim como os demais meios de prova existentes em nosso ordenamento, pois parte da ideia de que é o laudo resultado de conclusões subjetivas do perito, sendo que o ordenamento jurídico vigente não permite a existência de provas com valor decisivo, ou com maior prestígio do que outras, conforme se depreende do item VII da exposição de motivos do Código de Processo Penal brasileiro. (EBERHARDT, 2016)

É nesse sentido também a jurisprudência do STJ, que no AgRg no REsp n° 1257007/ SC, afirma ser necessário interpretar o art. 158 do CPP de modo a definir a regra geral e não exclusiva, podendo o juiz valer-se de quantos mais meios de prova julgar necessários para que se tornem incontroversos os fatos e para a formação do seu convencimento, conforme se depreende do trecho

O princípio do livre convencimento motivado, vigente em qualquer processo brasileiro, faz com que seja o art. 158 do Código de Processo Penal (quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado) interpretado de modo a definir a regra geral de necessidade de prova, e não de sua exclusividade, salvo diante de confissão, assim permitindo ao julgador valorar a existência de quaisquer fatos controversos, inclusive quanto aos vestígios do crime, por quaisquer meios de prova. (AgRg no Resp n° 1257007/ SC, 6° Turma, Rel. Sebastião Reis Júnior, j. 11/11/2014)

Uma última questão quanto ao exame pericial e que se faz relevante quando da análise do crime de estupro, principalmente após as mudanças advindas pela Lei 12.015/09, é a classificação dos crimes de acordo com a necessidade ou não de sua realização. Nesse sentido, compreendem-se como não transeuntes aqueles delitos que deixam vestígios materiais permanentes, onde há a produção de um resultado naturalístico e este é necessário para a consumação do delito.

Já os delitos transeuntes não deixam vestígios de ordem material, dispensando-se assim o exame, sendo crimes formais e de mera conduta, ao passo que poderá ocorrer a produção de resultado naturalístico, mas este não é essencial para a consumação do delito. Considerando ser o estupro delito material, necessário seria então a realização do exame de corpo de delito, porém, a problemática se instaura quando não há vestígios a serem investigados, seja porque desapareceram com o decurso do tempo, seja porque o ato libidinoso por si só não fora capaz de deixar vestígios.

Nesse sentido, e com base no que dispõe o art. 167 do CPP, no caso em que os vestígios vierem por desaparecer, poderá a prova testemunhal suprir a existência do exame, atuando assim como um meio supletivo de prova. Dessa maneira, é de grande relevância que se compreenda os contornos que a prova testemunhal pode assumir no âmbito do crime de estupro. (EBERHARDT, 2016)

Em sua acepção mais geral, testemunha é toda pessoa que comparece perante a autoridade requisitante, de maneira voluntária ou não, a fim de informar aquilo que presenciou ou aquilo que se ouvira dizer no que condiz a fatos juridicamente relevantes, e ainda a sua percepção sobre o acusado, principalmente quando necessário a aplicação e uso das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal Brasileiro. (EBERHARDT, 2016)

Autores como Tornaghi (1967) estabelecem uma importante diferenciação entre testemunho e depoimento, pois segundo ele o testemunho se dá no presente, sendo o momento em que o indivíduo se depara com o fato. Já o depoimento se refere ao momento passado, onde o depoente exterioriza no presente aquilo que testemunhou. Porém, apesar de tal diferenciação nos levar a pensar que é testemunha somente aquele que presenciou os fatos, tal premissa não se faz como verdadeira.

Isso, porque, de acordo com a doutrina podem as testemunhas serem classificadas em categorias diversas, de acordo com as especificidades que as ligam ao caso concreto. Assim, serão as testemunhas classificadas em informantes ou declarantes, que resumidamente podem ser definidas como aquelas que não detém uma visão imparcial dos fatos, e por isso mesmo não podem assumir o compromisso de dizer a verdade. As testemunhas fedatárias atestam a validade de um ato processual ou pré-processual, como é o caso daqueles que atestam a lavratura do auto de prisão em flagrante delito.

Ainda, há a figura da testemunha abonatória, que apesar de não ter tido nenhum contato direto com o fato juridicamente relevante, o seu testemunho é utilizado para atestar a conduta social do réu, primordialmente naqueles crimes onde a conduta social

do mesmo, como parte integrante do art. 59 do CP/40, deve ser analisada. E por fim, tem-se as testemunhas numerárias, que são aquelas indicadas por autor e réu, extranumerárias, que apesar de não terem sido indicadas pelas partes são citadas por outras testemunhas, podendo o mesmo conceito ser utilizado para as testemunhas referidas. (EBERHARDT, 2016)

Em princípio, todo indivíduo relacionado ao fato ou a pessoa envolvida no fato poderá ser testemunha, independentemente de possuir ou não capacidade civil, conforme se infere do art. 202 do CPP, que postula “Toda pessoa poderá ser testemunha”. Importante destacar que o termo pessoa acima elencado se refere exclusivamente as pessoas naturais, ao passo que pessoas jurídicas, por óbvio, não podem ser testemunhas, mas apenas seus sócios, diretores, etc.

No entanto, apesar de não se exigir maiores qualidades de um indivíduo para que este seja considerado testemunha, e o é assim pelo fato de nosso sistema ser direcionado a busca da “verdade real” – apesar de tal conceito ser problemático – deve o juiz promover a valoração de tal meio de prova levando em consideração as especificidades que o cercam, se houve o compromisso ou não por parte do depoente, e ainda, se é o agente interessado direta ou indiretamente na causa, seja para a absolvição do acusado, seja para a sua condenação.

Aliás, a assunção do compromisso de dizer a verdade é tema de enorme relevância quando comparado a instrução probatória nos crimes contra a dignidade sexual. Isto é, todo o indivíduo imbuído do status de testemunha deve assumir o compromisso de dizer a verdade sobre os fatos que presenciou, sob pena de falso testemunho. Nesse sentido e por suas condições pessoais ou de relação com o fato, determinadas pessoas não poderão prestar compromisso, devendo suas declarações terem menor valoração quando da emissão da sentença. (EBERHARDT, 2016)

Nesta seara, aquele que não presta o compromisso de dizer a verdade não pode ser considerado testemunha, mas mero informante, pois suas declarações podem estar imbuídas de informações que não condizem com a realidade dos fatos, seja de forma intencional, pelo dever moral que tem com a vítima ou réu, seja pela confusão mental ou até mesmo o trauma que tal episódio tenha causado. Portanto, a vítima está dentre o rol de informantes, dada a sua especial ligação com o evento jurídico.

Enfim, apesar de ser classificado como um crime material, o delito de estupro nem sempre conta com a presença de vestígios capazes de embasar um futuro exame de corpo de delito, seja porque a natureza do ato não permitira a presença de tais sinais, seja pela

rapidez com que estes desaparecem, inviabilizando assim o meio de prova técnico que é a perícia. Diante desse quadro, como meio de prova subsidiário ou complementar se tem a prova testemunhal, onde é necessário que indivíduos tenham presenciado o fato, no entanto, pela própria natureza clandestina do ato, não raro a inexistência de testemunhas.

Desta feita, restarão apenas autor e vítima e suas declarações, as quais gozam de um status valorativo menor em nosso ordenamento jurídico, justamente pela ligação que detêm com o fato. Vejamos.

5.2 Declarações do ofendido e o interrogatório do acusado e sua tratativa pelo Processo Penal

Quando da instrução probatória nos crimes contra a dignidade sexual, principalmente no que tange ao delito tipificado no art. 213 do Código Penal Brasileiro - que é o cerne da presente pesquisa - percebe-se que a palavra da vítima é revestida de um especial relevo. Isso se dá, principalmente, pela escassez dos elementos de prova, tendo o julgador muitas das vezes que exercer o seu convencimento acerca dos fatos baseado quase que exclusivamente nas versões trazidas ao processo pelo acusado e pela vítima, o que inicia o grande problema da atividade probatória no âmbito de tais delitos.

Iniciando pela forma como o acusado contribui para a instrução probatória em um processo criminal, tem-se que este atua no interrogatório judicial, que pode ser definido como o momento ao qual “o acusado tem a oportunidade de prestar esclarecimentos acerca do fato delituoso que lhe é imputado, e ao mesmo tempo, o momento em que o juiz poderá coletar informações para formar o seu convencimento” (EBERHARDT, 2016, p. 90)

Nesse sentido, quanto à natureza jurídica do interrogatório judicial, entende a doutrina que este detém um caráter misto, pois atua ao mesmo tempo como meio de prova e meio de defesa. Mas o fato é que não fora sempre assim, isso, porque, até o advento da Lei 10.792/2003, era o interrogatório tido como um meio de prova, sendo que algumas de suas características evidenciavam tal interpretação. A primeira delas dizia respeito a desnecessidade de ser o ato acompanhado por defensor nomeado ou constituído, podendo ser o acusado ouvido sem a garantia de defesa.

Ainda, era possível que o silêncio do acusado fosse interpretado em seu desfavor, tendo este que indicar provas da veracidade de suas declarações quando vinha a negar as acusações que lhe eram impostas. Outro fator que caracterizava o interrogatório como um

meio de prova era a necessidade de constar em ata as perguntas que o réu deixasse de responder, e o motivo de tal omissão. (EBERHARDT, 2016)

Sendo assim, após as modificações trazidas pela referida lei, o que diga-se de passagem contribui e muito para a garantia do direito de defesa e presunção de inocência pertencente ao réu, passou o interrogatório a contar com características que o fazem como meio de defesa. E o é assim considerado por não mais ser o direito ao silêncio interpretado em desfavor do réu, que poderá calar-se perante os questionamentos formulados pelo magistrado sem que isso lhe traga prejuízo. (EBERHARDT, 2016)

No mais, não poderão constar em ata perguntas eventualmente não respondidas pelo réu, o que evidencia mais uma de suas características como meio de defesa. Portanto, detém o interrogatório judicial natureza tanto de meio de defesa – sendo inclusive sua função principal – como de meio de prova, haja vista que o mesmo poderá ser utilizado como forma de convencimento do juízo a respeito do caso concreto. (EBERHARDT, 2016)

Quanto à forma como o ofendido se manifesta no âmbito da instrução probatória, inicialmente, a título de distinção terminológica, cumpre-se destacar que de acordo com o que estabelece Rodriguez Manzanera, citado por Marcos Eberhardt (2016), deve se fazer uma distinção importante entre os termos vítima, sujeito passivo e ofendido. Para ele, seria sujeito passivo o titular do bem jurídico tutelado, ao passo que o ofendido seria todo aquele indivíduo ou conjunto de indivíduos que sofrem de alguma forma com o delito cometido, como a família do sujeito passivo, por exemplo. Ainda, vítima seria o gênero do qual pertencem tanto o ofendido como o sujeito passivo.

Apesar da existência no campo doutrinário de tal distinção terminológica, não a adota o Código de Processo Penal brasileiro, que intitula o seu Capítulo V, do Título VII como “Do ofendido”, para tratar das declarações do sujeito passivo, quando possível, no âmbito da instrução probatória. Desta feita, percebe-se desde logo que não se confunde o ofendido, na sistemática do CPP, com as testemunhas, inicialmente e principalmente por estarem dispostos em momentos diversos e contando com regramentos diversos, sem prejuízo das premissas gerais que afetam a produção e valoração das provas.

Um traço do tratamento diferenciado que se deva dar ao ofendido e testemunha consubstancia-se no fato de que a vítima nem mesmo é quantificada para fins de contagem do número de testemunhas permitidas em cada rito processual, sendo no rito ordinário 8 testemunhas mais ofendido, no rito sumário 5 testemunhas mais ofendido e no rito sumaríssimo 3 testemunhas, além do ofendido. Ademais, quando se observa a

classificação do meio de prova testemunhal – tema já tratado anteriormente – em nenhuma delas se encaixa a vítima, nos restando clara a diferenciação.

Mas talvez o traço de maior importância na distinção entre testemunha e ofendido estaria no fato de prestar ou não o compromisso de dizer a verdade, e o motivo pelo qual este ocorre em um caso e no outro não. Pois bem, tem a testemunha o dever legal de prestar o compromisso de dizer a verdade em juízo, sob pena de incorrer no crime de falso testemunho (art. 342 CP), ao passo que o ofendido não presta tal compromisso, uma vez que “não presta depoimento, mas mera declaração acerca de sua versão do ocorrido”. (EBERHARDT, 2016, p. 133)

Isso porque, apesar de o ofendido ser o objeto direto do crime, o seu ator principal, e aquele que vivenciou e presenciou as agressões, é ao mesmo tempo o maior interessado na condenação do acusado. E isso se dá por diversas razões, pois como destaca Eberhardt (2016, p. 133) pode a vítima “dar margem a declarações motivadas por vingança, medo de represálias por parte do réu ou até mesmo por interesse em eventual reparação de danos a ser fixada na sentença condenatória”.

Desta feita, presume-se claro o interesse da vítima em ver alterado o estado de presunção de inocência que é resguardado ao réu, o que pode contaminar sobremaneira as suas declarações. Mas não só questões ligadas a versões dadas de maneira consciente podem ser consideradas, ao passo que os fatos emocionais e psicológicos contribuem sobremaneira para a prejudicialidade das declarações da vítima como elemento de prova, principalmente quando se trata do fenômeno das falsas memórias, capaz de driblar as próprias convicções do ofendido, criando-se um estado de insegurança jurídica.

6. FALSAS MEMÓRIAS

Dentre os vários atos que compõe o processo penal, infere-se que detém a produção probatória papel essencial, senão central, quando da ocorrência deste. Isso, porque, é a prova a responsável por reconstruir no presente e de maneira aproximada fato passado e juridicamente relevante, no intuito de informar o julgador e auxiliá-lo na formação de seu livre convencimento.

Muito tem se falado sobre ser o fim da atividade probatória a busca da “verdade real”, embora tal feito seja inalcançável, pois os meios de reconstrução dos fatos são falhos e imperfeitos. Geralmente, tal tentativa de reconstrução parte da junção de vários testemunhos, daqueles que presenciaram os fatos ou de alguma forma estão relacionados

a eles, deixando assim a cargo da memória humana a realização de uma “factografia” a partir de suas percepções.

Nesse sentido, por mais que se empenhe esforços na tentativa de retratar um fato da maneira mais fiel possível ao que realmente ocorreu, tal tarefa não se realizará, pois o fato na sua essência só existe na memória dos indivíduos e esta por sua vez pode ser falha e imprecisa. Ainda, salienta Aury Lopes Jr. e Cristina di Gesu (2008) que:

No processo acusatório, a “verdade” dos fatos não é elemento fundante do sistema. O poder do julgador não se legitima pela verdade, tendo em vista que o poder contido na sentença é validado pela versão mais convincente sobre o fato, seja a da acusação ou a da defesa. O que importa é o convencimento do julgador. Para reduzir a esfera de arbitrariedade ou substancialismo, a prova que ingressa nos autos deve respeitar o *due process of law*, aportando ao feito de forma lícita e legítima. Parte-se, portanto, do abandono da idéia de verdade como escopo do processo, devido a seu excesso epistêmico⁴, não esquecendo a lição magistral de CARNELUTTI⁵ de que a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós (“*la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi*”) (LOPES JR.; DI GESU, 2008, p.100)

Desta feita e justamente por ter a memória humana resquícios de imprecisão, podendo ser redirecionada a formação de lembranças distorcidas e até mesmo que nunca ocorreram é que necessariamente se deve observar certa cautela, tanto na realização da oitiva de vítima e testemunhas, como na valoração e interpretação daquilo que é exteriorizado, a depender do caso concreto.

Os primeiros estudos sobre o fenômeno das falsas memórias remontam ao final do século XIX, início do século XX, na Europa, primeiramente com Binet na França e com Stern na Alemanha. De acordo com Pereira (2018), Alfred Binet teria iniciado seus estudos sobre a formação de falsas memórias a partir da experimentação com crianças, em um projeto que consistia na realização de entrevistas com seis objetos distintos pelo período de dez segundos, ao passo que era o possível o acesso à memória infantil de modo sugestivo e de modo livre. (PEREIRA, 2018)

Desse modo, ao final do processo “as recordações livres, sem qualquer tipo de ingerência, tinham o maior índice de acerto quando invocada, de outro turno, as memórias que foram respondidas com ingerências, tiveram um índice maior de erros”. (PEREIRA, 2018, p. 16) Dando continuidade aos estudos de Binet, Stern retomou o mesmo experimento na Alemanha, 10 anos depois, mas agora com crianças entre 7 e 18 anos, e obtendo por conseguinte o mesmo resultado de Binet. (PEREIRA, 2018)

A investigação das falsas memórias em adultos veio a ser iniciada por Bartlett, na Inglaterra, que a partir da utilização de experimentos de maior complexidade, “descreveu a recordação como sendo um processo reconstutivo, baseado em esquemas mentais e no conhecimento geral prévio da pessoa, salientando o papel da compreensão e a influência da cultura nas lembranças” (NEUFELD, STEIN E BRUST apud PEREIRA, 2018)

A compreensão do tema observou um grande avanço e amadurecimento com Loftus, nos anos 70, que ao introduzir uma nova técnica de investigação da presença de falsas memórias, se tornou uma das grandes autoridades no assunto. Seu método, denominado “Procedimento de Sugestão de Falsa Informação ou Sugestão” consistia na inserção de uma falsa afirmação no contexto de uma experiência realmente vivenciada, onde o indivíduo acreditava cegamente ter passado pela falsa experiência. (LOPES JR.; DI GESU, 2008)

Dessa maneira, após a realização de um experimento com mais de 20 mil pessoas foi possível a constatação de 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.; DI GESU, 2008, p.6)

O motivo pelo qual tal fato ocorre passa a ser explorado a seguir.

6.1 Breves considerações sobre a mente humana

Na contramão do que há muito tem se considerado, a memória humana não é capaz de armazenar fotografias, sons, vídeos, enfim, acontecimentos de uma forma geral de maneira exata e precisa, como um grande arquivo. Izquierdo, citado por Henriques e Pompeu esclarece que é a memória humana a “aquisição, formação, conservação e evocação de informações” (IZQUIERDO apud HENRIQUES e POMPEU, 2014, p. 3), sendo coerente que se fale em memórias e não em memória, já que é a primeira decorrente das experiências. Salienta António Damásio, citado por Aury Lopes Jr. (2014) que:

As imagens não são armazenadas sob forma de fotografias de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com ‘deixas’ ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas. (DAMÁSIO apud LOPES JR., 2014, p.2)

Em síntese e a partir de estudos neurológicos, infere-se que a memória humana pode ser classificada em três grandes categorias. A primeira delas, denominada memória de trabalho, gerencia a realidade e determina o contexto em que os fatos ocorrem, como se fizesse uma pré análise a respeito da viabilidade de se formar uma nova memória, ou até mesmo se aquela já está armazenada em nosso cérebro. Por tais características, geralmente a memória de trabalho não guarda lembranças, não produzindo assim arquivos, como por exemplo, o fato de se guardar um número de telefone apenas nos segundos suficientes para anotá-lo em algum local. (HENRIQUES e POMPEU, 2014)

A segunda, denominada de memória procedural, está ligada ao aprendizado e realização de atividades, mais especificamente as funções motoras e sensoriais, como escrever, andar de bicicleta, dentre outras do gênero. A especificidade da memória procedural está no fato de que é adquirida de forma implícita e automática, ou seja, não se consegue perceber que se está aprendendo tal tarefa, nem mesmo descrever com riquezas de detalhes a forma como conseguiu adquirir tal capacidade. (HENRIQUES e POMPEU, 2014)

Por fim, temos a memória declarativa, que está de certa forma ligada às emoções, sendo responsável pelo armazenamento de fatos, eventos, como a ocorrência de um delito por exemplo, pessoas, conceitos e ideias, e por isso é tão relevante para o Processo Penal quando se fala em atividade probatória. (LOPES JR.; DI GESU, 2008) Recebem tal denominação pelo fato de ser possível ao ser humano relatar, mesmo que seja em partes, que elas existem e a forma como adquiriram. Ainda, pode a memória declarativa se dividir em autobiográfica, que condiz com os eventos dos quais participamos, e semânticas, que está relacionada a conhecimentos gerais. (HENRIQUES e POMPEU, 2014)

Com base nisso, apesar de ser grande a capacidade da memória humana em armazenar fatos e informações esta não é absoluta, principalmente quando se sujeita ao decurso do tempo. Isso ocorre pelo fato de que, quando o indivíduo perpassa por um episódio de intenso sofrimento, geralmente como acontece em tragédias – e aqui essas podem ser entendidas como o fato criminoso – com o decorrer do tempo, os detalhes vão sendo descartados da memória, restando apenas a lembrança do momento de ápice traumático.

Assim, os detalhes não emocionais, que são justamente aqueles que importam em maior relevo para o Processo Penal e para a instrução probatória, vão sendo esquecidos, sendo que cada vez que o indivíduo é solicitado a relatar o fato, o que se encontra presente

em sua lembrança são os detalhes emocionais, ligados ao fato ou momento que mais lhe traumatizou, e não à visão ampla e detalhada daquilo que ocorreu em todas as suas nuances.

Isso pode ser explicado, segundo Lopes Jr. e Di Gesu (2008), pelos estudos neurológicos, que apontam ser impossível dissociar emoção da razão assim como Descartes fizera no passado, pelo fato de que o indivíduo não possui a capacidade de classificar, de forma voluntária, aquilo que é razão e aquilo que é emoção, nem mesmo escolher quais são os detalhes relevantes para o processo e que devem ser guardados para um eventual interrogatório e aqueles que podem ser esquecidos. Sendo assim, está o Processo Penal, principalmente nos crimes materiais e que não raro deixam vestígios frágeis ou até mesmo não os deixam, como o estupro, sujeito as intempéries da mente humana e ao decurso do tempo, que pode ser fatal em tais casos.

6.2 O surgimento das Falsas Memórias

Mais problemático do que o esquecimento dos detalhes não emocionais com o decorrer do tempo, devido à capacidade reconstitutiva de nosso cérebro, é o surgimento da falsificação de lembranças, comumente chamadas de falsas memórias. Segundo Alves e Lopes (2007, p. 2) “as falsas memórias podem ser definidas como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento”. Ainda, “são memórias que vão além da experiência direta e que incluem interpretações ou inferências ou, até mesmo, contradizem a própria experiência” (ALVES e LOPES, 2007, p. 2)

Com base nisso, compreende-se que há a formação das falsas memórias quando há a conjugação de lembranças verdadeiras com sugestões falsas ou enganosas, que geralmente partem de outros indivíduos. Sendo que, “durante este processo, a pessoa fica suscetível a esquecer a fonte da informação ou elas se originariam quando se é interrogado de maneira evocativa”. (ALVES e LOPES, 2007, p. 2)

Elizabeth F. Loftus tem considerado que

A informação enganosa tem o potencial de invadir nossas recordações quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos ou vemos a cobertura da mídia sobre algum evento que podemos ter vivenciado nós mesmos. Depois de mais de duas décadas explorando o poder da informação enganosa, pesquisadores aprenderam muita coisa sobre as condições que fazem as

pessoas suscetíveis à modificação da memória. As recordações são mais facilmente modificadas, por exemplo, quando a passagem de tempo permite o enfraquecimento da memória original (LOFTUS, 1977, p. 2)

Diferente do que se acredita, as falsas memórias não podem ser confundidas com a exteriorização de mentiras deliberadas, pois naquelas o indivíduo acredita cegamente que vivenciou tal fato e que aquilo que está a relatar se faz como verdade. Já na prestação de uma declaração mentirosa, tem a vítima a consciência de que o fato narrado não condiz com a verdade. Dessa forma, tão complexa é a identificação das falsas memórias, pelas peculiaridades que a assolam.

Quando da instauração de um procedimento criminal e início da instrução probatória, realizada na audiência de instrução e julgamento, são tanto vítima como acusado chamados a exporem sua versão dos fatos, assim como produzirem outras provas possíveis e pertinentes. Como já visto, a vítima contribui para o procedimento como informante, através de suas declarações, e é nesse momento que a sua memória declarativa procedural autobiográfica é invocada.

Para a compreensão do processo pelo qual passa a mente humana na formação das falsas memórias, Henriques e Pompeu (2014) avaliam que o conhecimento sobre os processos de formação, evocação e alteração da memória são essenciais, e, portanto, necessário que se explore três processos essenciais quando da análise da “memória testemunhal”, sendo eles, a aquisição, a retenção e a recordação.

É na aquisição, ou também chamada codificação, que ocorre a preparação das informações para o posterior armazenamento, através da percepção. Durante a aquisição as informações podem ser modificadas, a depender da natureza da ocorrência, das características do evento que a originou, do estado emocional do sujeito passivo da informação, e ainda, se houve ou não a presença de violência. Sendo assim, é a aquisição um momento determinante para a posterior recuperação da memória. (HENRIQUES e POMPEU, 2014).

A retenção, que se consubstancia como a segunda fase do processo, compreende o momento da aquisição até a ocorrência da recordação, e é aqui que está a vítima sujeita ao desenvolvimento das falsas memórias. Isso, porque, quanto maior o tempo de retenção mais incompleta e imprecisa se torna a recordação, estando sujeita à interação daquilo que é verdadeiro com influências externas e imprecisas. Loftus citada por Henriques e Pompeu (2014, p. 6) considera que “quanto mais distante as declarações prestadas da

prática do crime, maior a probabilidade de esquecimentos, alterações e manipulações na memória”.

Por fim, é na recordação que o indivíduo recupera a informação que armazenou no momento da aquisição. Para que tenhamos uma recordação fidedigna à realidade, livre de vícios e incoerências, é necessário que os processos de aquisição, retenção e até da obtenção da lembrança tenham sido saudáveis. Quando o processo de recordação apresenta falhas, o mesmo pode macular o bom resultado obtido nos processos anteriores, perdendo-se assim toda a credibilidade da cadeia da memória. (HENRIQUES e POMPEU, 2014).

Durante a recordação, também é plenamente possível o surgimento de falsas memórias, facilitadas nesse caso por terceiros, principalmente quando da má condução de interrogatórios, com a indução de informações que não condizem com a realidade. Justamente por tal possibilidade, que cai por terra a crença de que falsas memórias se formam apenas involuntariamente, como se acreditava quando do início da investigação sobre o tema.

Dado tal fato, é possível que a falsificação da lembrança se dê de maneira espontânea, quando resulta de processos de distorção que são internos ao indivíduo, através da autossugestão, como exemplo. Aqui, o indivíduo está sujeito a comprometer parte da informação original, modificando detalhes importantes e que alterariam de forma substancial a maneira como se deu o evento traumático. (HENRIQUES e POMPEU, 2014).

Desta feita, pode a vítima se recordar de um fato que julga ter ocorrido na cena do crime, quando, na verdade, decorre de um medo de infância ou de um trauma obtido já na vida adulta. Por outro viés, podem as falsas memórias ser sugeridas, e aqui o que ocorre é o aceite pelo indivíduo de uma informação obtida por meios externos e a incorporação desta à memória original, após a ocorrência do evento delituoso. (HENRIQUES e POMPEU, 2014).

Afirma Henriques e Pompeu que,

aquele que aceita essas informações, assim o faz devido à sugestibilidade, que pode ser definida como a tendência de se incorporar informações alteradas às suas recordações pessoais, emanadas de fontes externas, intencional ou acidentalmente. Poderia, em algumas situações, ser considerada uma defesa ou técnicas de adaptação a circunstâncias adversas ou estressantes. (HENRIQUES E POMPEU, 2014, p. 8)

Apesar da importância e recorrência do tema, ainda é latente o questionamento sobre a real possibilidade da ocorrência do induzimento de falsas memórias no dia a dia forense, quando da realização de oitivas da vítima e até mesmo das testemunhas, seja por policiais, juízes, promotores e até mesmo profissionais especializados, como psicólogos. Sendo assim, importante se faz explorá-lo.

6.3 O induzimento das falsas memórias e a atuação estatal: a presença da entrevista cognitiva

Conforme dito acima, ainda pairam dúvidas sobre a possibilidade de instigação da formação de falsas memórias por parte dos agentes responsáveis pela condução de oitivas, e aqui, em especial na tomada de declarações de vítima. Elizabeth L. Loftus ao conduzir seus experimentos na busca da compreensão de como o fenômeno das falsas memórias é formado em crianças e adultos, esclarece que, nos segundos, a influência de terceiros é de extrema importância.

Segundo a pesquisadora, a retificação de um evento falso por outra pessoa pode ser fundamental na formação de falsas memórias, pois o próprio ato de afirmar ter visto alguém sendo o autor ou vítima de certo fato, pode conduzi-la a proferir uma falsa declaração ou até mesmo uma falsa confissão. (LOFTUS, 1977, P. 6) A possibilidade de tal fato é confirmada por Loftus em um experimento, onde se investigava a reação de vários indivíduos acusados falsamente de terem danificado um computador apertando uma tecla errada.

Em um primeiro momento, os indivíduos negaram ter apertado a referida tecla, mas quando a história fora confirmada por terceiros, que afirmaram ter visto a conduta dos mesmos, estes confessaram a prática falsa, inclusive dando detalhes do porquê e como teriam praticado tal ato. No campo das investigações criminais, interrogatórios judiciais e tomadas de depoimento, Loftus (1977) esclarece que,

Embora uma sugestão enfática pode não acontecer habitualmente em um interrogatório policial ou na terapia, a sugestão na forma de um exercício imagético às vezes o faz. Por exemplo, quando tentando obter uma confissão, oficiais da lei podem pedir para um suspeito que imagine ter participado de um ato criminoso, e alguns profissionais de saúde mental encorajam os pacientes a imaginar eventos infantis como um modo de recuperar memórias supostamente escondidas. (LOFTUS, 1977, p. 4)

A explicação sobre o motivo pelo qual há o induzimento de falsas memórias, principalmente no que tange a vítima, e mais específico, a vítima do delito de estupro, está no fato de que o crime por si só já carrega alta carga de desprezo e repulsa social, onde há uma cobrança insistente por parte da sociedade na resolução do feito e mais na condenação do acusado. Nesse sentido, como menciona Loftus (1977), há uma imposição social para que os indivíduos se lembrem, inclusive com a utilização de técnicas que envolvem certo tipo de pressão.

Ainda, não raro tem a vítima dificuldade em se recordar de todos os detalhes do evento de forma clara, motivo pelo qual é encorajada por outras pessoas, geralmente com sugestões, a retornar à cena do crime e descrever o ocorrido. Essas sugestões podem ser por demais prejudiciais, principalmente quando relacionadas às características de certo indivíduo, que já pode contar como suspeito da prática do ato, induzindo assim a vítima a acreditar verdadeiramente que a culpa recai sobre determinado sujeito.

Por fim, e não menos importante, quase nunca a vítima é questionada sobre se aquilo que está relatando é real ou não, ou se há certo grau de coerência em sua fala. Justamente pela presença constante de tal fenômeno no âmbito do direito, que novas técnicas de entrevista emergiram, com o fim de propiciar a redução de danos, auxiliando assim na redução do percentual de condenações injustas. Sendo usadas inicialmente com testemunhas, nada impede que tais técnicas sejam aplicadas quando da oitiva da vítima, que detém um papel primordial quando da instrução probatória nos crimes de estupro.

Em um primeiro momento, os psicólogos norte-americanos Ronald P. Fisher e R. Edward Geiselman desenvolveram, em 1984, a chamada entrevista cognitiva. De acordo com o que preceitua Ambrósio (2015) o fundamento básico de tal técnica se escora na estruturação da entrevista de maneira com que seja mais próxima possível do modo como o cérebro recupera as memórias. Posteriormente, fora desenvolvida no Reino Unido, em 1993, o método de entrevista “PEACE”, como uma forma de aprimoramento da entrevista cognitiva. (AMBRÓSIO, 2015)

O método “PEACE”, consiste na entrevista guiada, que deve observar necessariamente cinco passos importantes, sendo eles: Planejamento e Preparação (Planning and Preparation), Engajar e Explicar (Engage and Explain), Relato (Account), Fechamento (Closure) e Avaliação (Evaluation), sendo inclusive as fases responsáveis pela formação da sigla que nomeia o método. (AMBRÓSIO, 2015)

Na primeira etapa dessa espécie de entrevista, denominada “Planejamento e Preparação (Planning and Preparation), é importante que o entrevistador faça o planejamento do modo como ocorrerá a entrevista e a preparação dos questionamentos que considera importantes de serem feitos, devendo ter o cuidado necessário para não induzir o entrevistado a repetir convicções suas, previamente estabelecidas, atuando de modo imparcial.

A segunda etapa do método recebe a denominação de Engajar e Explicar (Engage and Explain), e requer um engajamento por parte do entrevistador, no intuito de estabelecer uma conexão segura e de confiabilidade com o acusado, livrando-o de qualquer ansiedade que possa prejudicar o seu momento de recordação, bem como se mostrar preocupado com o bem estar do indivíduo. Requer ainda que seja explicado ao entrevistado o motivo pelo qual ele ali se encontra naquele momento, e o quão importante são suas declarações para o caso concreto, pois muito provável que somente ele detenha tais informações.

Para que obtenha sucesso em seu feito, deve o entrevistador se valer da técnica “*rapport*” que presume o estabelecimento de uma relação de confiança e empatia para com o outro. Sendo assim e para o estabelecimento de tal relação, deve o entrevistador se utilizar do princípio da sincronia, “segundo o qual, em uma relação interpessoal, as pessoas tendem a agir de maneira semelhante ao seu interlocutor”. (AMBRÓSIO, 2015, p. 7)

Dessa forma, se o entrevistador apresenta uma postura tranquila e segura, tende o entrevistado a se comportar de maneira semelhante. Estabelecida tal relação de confiança, deve o profissional solicitar ao entrevistado que se recorde do fato ocorrido, pedindo que relate tudo o que conseguir de forma detalhada. Como a recordação é um processo que requer empenho por parte do entrevistado, deve o entrevistador estimulá-lo e engajá-lo nesse momento. (AMBROSIO, 2015)

Todavia, necessário que se alerte o entrevistado nessa fase sobre o perigo de se fazer presunções, ou de tentar inventar fatos que não lembra, pois deve ser informado a ele que o mesmo não tem a obrigação de se recordar de todos os fatos com riquezas de detalhes, ainda mais por não serem tais episódios comuns no dia a dia.

A terceira etapa, denominada Relato (Account) como o próprio nome já sugere, consiste no Relato do entrevistado. De acordo com Ambrósio (2015, p. 10) “para essa etapa, os psicólogos orientam a utilização da técnica da recriação do contexto, a qual é baseada na Teoria da Especificidade da Codificação e na Teoria dos Múltiplos Traços.”

Tais teorias revelam ser as lembranças formadas por uma rede de associações, possibilitando o seu acesso, dessa forma, por vários caminhos e por isso que as lembranças podem ser recuperadas de várias formas.

Nesse sentido, a recuperação de determinada memória não depende só do modo como tal foi armazenada, mas também da forma como é acessada. Ambrósio destaca que:

como as informações armazenadas na memória estão ligadas ao contexto no qual foram apreendidas, a recriação desse contexto facilita a recuperação das lembranças. Assim, se o entrevistador conseguir recriar, no momento do relato, o mesmo ambiente em que se deu a percepção dos fatos, serão fornecidas poderosas pistas à memória, favorecendo o acesso aos dados arquivados. (AMBRÓSIO, 2015, p. 10)

As últimas etapas da entrevista cognitiva consistem no Fechamento (Closure) e na Avaliação (Evaluation). No Fechamento, deve o entrevistador repetir o conteúdo daquilo que fora informado pelo entrevistado, preferencialmente com as mesmas palavras, possibilitando a este que cheque o seu testemunho e se recorde de fatos adicionais, se possível for. (AMBRÓSIO, 2015)

Por fim, na avaliação, devem os próprios entrevistadores avaliar o seu desempenho, destacando os pontos que podem ser aprimorados para a próxima entrevista e como tal melhoria deve se dar. O ideal seria que tal processo de avaliação fosse contínuo e aplicado até aos entrevistadores que possuem mais experiência, podendo aqui serem feitas pelo próprio agente ou por aqueles que observaram o procedimento, pois justamente por estarem de fora da dinâmica, são capazes de perceber com maior clareza possíveis falhas. (AMBRÓSIO, 2015)

7. A CONDENAÇÃO DO ACUSADO NO CRIME DE ESTUPRO, A AUSÊNCIA DE PROVAS E AS DECLARAÇÕES DA VÍTIMA

Dadas tais informações, e por mais que se possam parecer distantes, a condenação do acusado com base nas informações trazidas pela vítima ao processo, frente à ausência de demais provas é realidade que assola o processo penal brasileiro, principalmente quando se está diante de delitos que violam a dignidade sexual. Aury Lopes Jr. e Di Gesu, já vêm alertando que,

muito embora haja necessidade de uma prova robusta, se vêm inúmeras decisões condenatórias fundamentadas exclusivamente na

prova oral, principalmente na palavra da vítima, quando a infração não deixa vestígios, como nos delitos de atentado violento ao pudor, sem falar nas condenações motivadas no cotejo entre a prova oral colhida na fase processual e na fase pré-processual, totalmente despida de contraditório e ampla defesa. (LOPES Jr., DI GESU, 2008, p. 9)

Nesse contexto de evidenciada insegurança jurídica e latente violação do estado de presunção de inocência constitucionalmente garantido ao réu, deve o julgador, para além da adoção de métodos de oitiva que desencorajem a formação de falsas memórias, ter certa cautela quando da valoração da prova oral produzida pela vítima, dadas as suas especificidades.

7.1 A valoração da palavra da vítima nos crimes de estupro

Conforme bem demonstrado quando da tratativa dos meios de prova existentes no âmbito do Processo Penal, a vítima contribui para a instrução probatória através de suas declarações. Tais declarações, por sua vez, tendem a assumir um posto de grande relevo, na medida em que, como incansavelmente demonstrado, trata-se de delito clandestino, cometido na ausência de demais testemunhas, restando como integrantes da cena do crime apenas autor e vítima, e ainda, pela transitoriedade dos vestígios deixados nessa espécie de delito, resta-se incabível a produção de outras provas, de ordem técnica, capazes de auxiliar na reconstrução aproximada do fato.

Tanto é assim, que a jurisprudência brasileira tem se manifestado no sentido de dar maior valor à palavra da vítima e decidir com base nela, não faltando julgados que expressem tal posicionamento, conforme se depreende do trecho,

A configuração do crime de estupro prescinde da realização do exame de corpo de delito, sendo suficiente a manifestação inequívoca e segura da vítima, quando em consonância com os demais elementos probatórios delineados no bojo da ação penal (HC 8.720-RJ, 6ª T., rel. Vicente Leal, 16.11.1999, v.u., DJ 29.11.1999, p. 126)

Todavia, apesar do grande papel que exercem as declarações da vítima quando servem de base para a condenação no crime de estupro, estas devem ser observadas com cautela, dada as suas peculiaridades. Primeiramente, ao contrário das testemunhas de um fato, não é imposto à vítima o dever de se prestar o compromisso de dizer a verdade, dado o seu possível interesse no desenrolar no fato.

Isso porque, o estado de vulnerabilidade em que a vítima se encontra a torna impossibilitada de se manter isenta diante da situação, podendo, conforme o caso, desenvolver falsas memórias, e ainda, emitir declarações viciadas por sentimento de vingança, o que pode contribuir para com que seu relato seja eivado de vícios e que por conseguinte serão capazes de fundar uma condenação penal injusta, conforme já demonstrado em vários casos reais.

Outro fator que contribui sobremaneira para a valorização da palavra do ofendido é a tendência existente no “discurso social em sobrevalorizar a voz da vítima a fim de incrementar a repressão penal, principalmente através dos veículos midiáticos.” (EBERHARDT, 2016, p.134) Portanto, qualquer tentativa de respeitar os direitos constitucionalmente assegurados ao acusado se torna um atentado à própria vítima, afetando dessa forma, por óbvio, os aplicadores do direito, que muito raramente irão na contramão daquilo que é desejado pela coletividade, qual seja, a condenação do réu.

Desta feita, todos os fatores capazes de influenciar na imparcialidade das declarações da vítima devem ser considerados por parte do aplicador do direito, que através de sua experiência deve analisá-las conjuntamente com outras circunstâncias que lhe permitam concluir pela probabilidade de veracidade daquilo que está sendo dito. (EBERHARDT, 2016, p.134)

Nesta seara, Marcos Eberhardt (2016, p. 135) tem se manifestado no sentido de que “a condenação por crimes contra a dignidade sexual baseada exclusivamente na palavra da vítima, apesar de aceita e propagada pelos tribunais, pode acarretar prejuízos intransponíveis para o acusado, quando aplicada como fórmula de decidir.” Ou seja, a valorização da palavra da vítima deve ser realizada com máximo de zelo possível, a fim de não permitir que funde decisões injustas.

Sendo assim, apesar de ser contrária à posição adotada pela jurisprudência atual, é evidente que a palavra da vítima, dados todos os fenômenos que a envolvem, principalmente o instituto das falsas memórias, não pode, por si só, fundar uma decisão condenatória. É certo que detém a palavra da vítima determinada importância como meio de prova, mas não deve conduzir uma instrução processual se não encontra amparo em outros meios de prova existentes. (EBERHARDT, 2016)

Esclarece Perine (2018) que a condenação com base apenas na palavra da vítima seria um fator problemático, ao passo que,

O erro desse entendimento recai justamente ao conceder o poder decisivo através da presunção de veracidade desses depoimentos, resultado da presunção tola de uma inconsciente e inconsequente premissa de que a vítima fala sempre a verdade e não teria porque mentir ou mesmo errar. Ora, o erro é da nossa própria natureza humana. (PERINE, 2018. p.2)

Ainda, de acordo com os seus apontamentos mais radicais,

É preciso sair do mundo das fantasias e deixar de lado a ilusão de que a vítima não possui qualquer interesse no processo ou de que é infalível. Isso, pois, a vítima está diretamente envolvida e contaminada com os fatos, o seu interesse é direto, seja para condenar um inocente – por erro, vingança ou por qualquer razão que seja – ou para absolver um culpado. Pensar diferente é ser ingênuo dentro do processo penal. (PERINE, 2018, p. 2)

Ademais, Janaina Matida (2019) tem considerado que,

A afirmação de que a palavra da vítima tem especial valor nos crimes sexuais, sem que isso represente reais cuidados no contexto da produção de provas orais é, em realidade, uma afirmação vazia: por um lado, ela não se desdobra em medidas que representem empatia, proteção e respeito à vítima e, por outro, ela acaba servindo ao perverso efeito de se relativizar a garantia da presunção de inocência; tão cara às democracias. (MATIDA, 2019, p. 3)

Nesse contexto, o que se observa na prática é a elevação da vítima a uma posição de maior importância, sem que seja cumprido, pelo Estado-juiz, o seu papel na construção de uma oitiva segura, livre de vícios, através da utilização de métodos como a Entrevista Cognitiva. Desse modo, é oferecido à vítima o mais inseguro dos ambientes para a recepção de suas declarações, sem o uso de qualquer técnica ou método que possa reduzir os danos provocados pelo delito e ainda protegê-la de uma possível indução à formação de falsas memórias.

Como um agravante do processo de revitimização, tem-se a utilização de pré-julgamentos e juízos de valor desfavoráveis por parte dos agentes estatais, que desencorajam a vítima e por conseguinte, contribuem para o seu desejo de encontrar um culpado pelo fato “a qualquer custo”, como forma de fazer valer a sua versão, e desmistificando o pré-julgamento atribuído a ela.

Em brilhante consideração sobre o tema, Janaína Matida (2019) se vale de um caso real para exemplificar o quão contraditório é a consideração especial dada à palavra

da vítima pelo Estado, quando na verdade ele próprio não a atribui o valor necessário enquanto indivíduo que teve bem jurídico violado,

Em caso de estupro coletivo ocorrido em 2016, a declaração da vítima foi colhida em sala com mais três homens, no qual o delegado iniciou a conversa com um “me conta aí”. E ainda continua, “ele colocou na mesa as fotos e o vídeo. Expôs e falou: “me conta aí”. Só falou isso. Não me perguntou se eu estava bem, se eu tinha proteção, como eu estava. Só falou: “me conta aí”. (MATIDA, 2019, p. 2)

Diante de tais circunstâncias, não há como atribuir um especial valor à palavra da vítima, as custas, por óbvio, da violação da presunção de inocência, tendo em vista que não é garantida à vítima as mínimas condições de realização de uma tomada de declaração segura, onde a mesma é incentivada a acessar suas recordações em um ambiente isento, livre do estímulo do desenvolvimento de falsas memórias, e amparada por mecanismos que para além da tomada de sua declaração, lhe oferecerá apoio, e não a julgará, como se tem observado.

Portanto, imprescindível que a palavra da vítima seja valorada levando em consideração todo o contexto probatório, e nos casos onde esta paira como único meio de prova, o mais acertado, segundo Eberhardt (2016) seria a absolvição do réu, por insuficiência de provas. Já que este, conforme mandamento constitucional, tem a favor de si a presunção de inocência, tão cara às democracias, devendo ser tida como mandamento basilar quando da ausência de autoria e prova da materialidade delitiva.

8. CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988, seguindo o que já previam vários Tratados Internacionais em matéria de Direitos Humanos, foi responsável por consagrar uma série de princípios, tanto de natureza penal como pertinentes à matéria penal. Foi seguindo tal tendência, que o princípio da Presunção de Inocência deixou de ser previsto apenas implicitamente no ordenamento jurídico, para integrá-lo de forma efetiva, portanto, isso significa dizer que é o acusado considerado inocente até que uma prova robusta o bastante mostre o oposto.

Quando analisados os crimes contra a dignidade sexual, em especial o crime de estupro, o que se percebe é uma insuficiência de provas robustas, e isso se deve às peculiaridades que rondam tal delito. Primeiramente, é o crime de estupro cometido na

grande maioria das vezes de forma clandestina, às ocultas, ou seja, sem a presença de testemunhas e sem deixar vestígios, o que impossibilita a produção de provas de ordem técnica, como o exame de corpo de delito.

Restam então, como forma de se tentar reconstruir a verdade aproximada dos fatos, as declarações da vítima e o interrogatório do acusado, e é sobre o especial valor dado à palavra da vítima que se debruçou a presente pesquisa. Isso, porque, se mostra como um problema o fato de ser possível, em um Estado Democrático de Direito, a condenação do acusado com base em um meio de prova dotado de diversas peculiaridades, afastando-se assim o estado de presunção de inocência inerente ao réu.

Nesse contexto, fora observado que, ao contrário das demais testemunhas, a vítima não presta o compromisso legal de dizer a verdade, e por isso mesmo não está sujeita às penas relegadas ao crime de falso testemunho. Tal fato encontra explicação na não possibilidade de ser a vítima isenta em relação a todo o acontecimento, tendo interesse direto na resolução do conflito e mais, na condenação do acusado.

Outro fator de extrema relevância e que deve ser levado em conta quando da valoração da palavra da vítima é o surgimento de Falsas Memórias. Como já bem demonstrado acima, a memória humana é capaz de sofrer interferências que a levam à formação de recordações falsas, que nunca chegaram a acontecer no mundo dos fatos. Compreendeu-se também que quando dos indivíduos adultos, as falsas memórias tendem a surgir por indução de terceiros, que aqui podem ser compreendidos pela própria família, pela mídia e pelos agentes estatais, quando da tomada de suas declarações.

Portanto, a maneira como as recordações da vítima são acessadas faz toda a diferença quando da credibilidade de suas declarações, pois uma oitiva realizada em um contexto propenso ao induzimento de falsas informações pode ser fatal na obtenção de declarações viciadas, o que, por conseguinte, pode acarretar em uma eventual condenação injusta.

Pensando na redução de tais danos fora criada a Entrevista Cognitiva. Baseada no modelo PEACE, tal método visa à tomada de declarações de uma forma isenta, sem a realização de juízos de valor sobre a vítima e sem a indução de conceitos pré estabelecidos pelo entrevistador, que deve necessariamente assumir uma posição de facilitador, criando um ambiente de empatia, e por conseguinte saudável para a vítima.

Porém, tal realidade não é observada no cenário brasileiro. Isso, porque, apesar de o Estado atribuir um papel de maior valor à palavra da vítima, este nada faz para que essas declarações sejam tomadas de forma adequada, livres de qualquer interferência

prejudicial. E mais, o que se observa é um tratamento aquém do merecido pela vítima, que se vê subjugada, além de não ser respeitada.

Portanto, o objetivo do Estado nestes crimes não é a reparação do bem jurídico tutelado e muito menos a redução dos danos sofridos pela vítima, mas única e exclusivamente a persecução penal e a condenação do acusado. Afirma-se isso, porque, como visto, o lastro probatório no âmbito do crime de estupro pode ser mínimo, não podendo assim ensejar uma condenação, que para se mostrar “válida” precisa se escorar em algo inicialmente aceitável, que no caso em concreto é a palavra da vítima.

A tomada de tal posição pelo Estado pode encontrar explicação em diversos fatores, mas o mais comum deles reside no fato de que requer a sociedade a condenação do acusado a qualquer custo. Tal fenômeno é observado principalmente nos delitos de maior repugnância, como os que afetam a dignidade sexual, onde qualquer posição que não seja a de punir o acusado passa a ser entendida como um ataque à própria vítima do delito.

Enfim, resolver o problema da questão probatória nessas espécies de crime é algo que requer um grande esforço, justamente por não ser uma tarefa fácil, na medida em que autor e réu são igualmente sujeitos de direitos a serem resguardados. Deve então o Estado se munir de ferramentas que ajudem a identificar quando a vítima possui falsas memórias, e ainda, buscar outros elementos que ajudem a embasar a decisão, de maneira que esta seja mais acertada, sendo que nos casos de dúvida quanto à autoria e materialidade do crime, sempre deve prevalecer o estado de presunção de inocência do réu.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia (Ribeirão Preto), Ribeirão Preto, v. 17, n. 36, p. 45-56, Apr. 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em mai. 2021.

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Manual de processo penal: volume único**. 4.ed. rev., ampl.e atual. - Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

AMBROSIO, Graziela. **Psicologia do Testemunho: Técnicas de Entrevista Cognitiva**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região, n. 46, 2015. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/100761/2015_ambrosio_graziella_psicologia_testemunho.pdf?sequence=1> Acesso em Jan. 2021.

ARAÚJO, Marina Saavedra. **A Credibilidade da Prova Testemunhal: Análise objetiva no crime de Estupro de Vulnerável, art. 217-A, CP.** 2017. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), 29 de Mai. de 2017. Disponível em < <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/179770>> Acesso em Jan. 2021.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.** Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 09 jan. 2020.

BRASIL. Código de Processo Penal. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

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

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência sexual presumida: sua análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor.** 2002. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2002. Disponível em < <https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4368>> Acesso em Fev. 2020.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza; DIAS. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** – 4. ed, ver. e atual. – Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

DIEHL, Astor Antônio; TANTIM, Denise Carvalho. **Pesquisa em ciências sociais aplicadas: métodos e técnicas.** São Paulo: Prentice Hall, 2004.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal. Análise crítica, doutrinária e jurisprudencial.** Livraria do Advogado, Porto Alegre – 2016.

GARCIA, Willian Roberto Peres. **A Influência das Falsas Memórias na Produção dos Elementos Probatórios no Processo Penal.** 2017. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Sul de Santa Catarina, Santa Catarina, 23 de novembro de 2017. Disponível em <<https://www.riuni.unisul.br/bitstream/handle/12345/3826/TCC%20-%20WILLIAM%20GARCIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y>> Acesso em Jan. de 2021.

HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes; POMPEU, Julio Cesar. **As Falsas Memórias e o Mito da Verdade no Processo Penal**. Publica Direito, 2014. Disponível em <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a8de36128c9564d4>> Acesso em Jan. 2021.

LOFTUS, Elizabeth F. **Creating false memories**. Scientific American, 1977, 70-75. Disponível em <<http://staff.washington.edu/eloftus/Articles/sciam.htm>> Acesso em Ago. 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. – 7. ed. – São Paulo: Atlas, 2010.

LOPES JR., Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente o Processo Penal depende dela**. Conjur, 2014. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela#_ftnref3> Acesso em Jan. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla Di. **Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em Busca da Redução de Danos**. Doutrina Penal, RJ 364 – Fevereiro, 2008. Disponível em <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:8jzvwn4geFoJ:www.bdr.sintes.com/AnexosPDF/RJ%2520364%2520-%2520Doutrina%2520Penal.pdf+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>> Acesso em Ago. 2020.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte especial (arts. 213 a 359-H)** – vol. 3 – 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

MATIDA, Janaína. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero**. Coluna: Elas no Font, 2019. Disponível em <file:///C:/Users/carol/Downloads/Matida_2019_O_que_deve_significar_o_espe.pdf> Acesso em Jan. 2021.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2º e.d. São Paulo; Atlas, 2015.

OLIVEIRA, Keila Araújo de. **Falsas Memórias no Processo Penal e a Entrevista Cognitiva**. JusArtigos, 2019. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/74636/falsas-memorias-no-processo-penal-e-a-entrevista-cognitiva>> Acesso em Jan. 2021.

PEREIRA, Ricardo Santos. **Prova Testemunhal e Falsas Memórias no Processo Penal: A Influência das Falsas Memórias nos Depoimentos das Vítimas e Testemunhas nos**

Crimes Patrimoniais com Emprego de Violência e Grave Ameaça. 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 7 de Mar. de 2018. Disponível em <<file:///C:/Users/carol/Downloads/Ricardo%20Santos%20Pereira.pdf>> Acesso em Jan. 2021.

PERINE, Eduardo Antonio. **A condenação com base exclusiva na palavra da vítima.** Canal Ciências Criminais, 2018. Disponível em <<https://canalcienciascriminais.com.br/condenacao-palavra-vitima/>> Acesso em Ago. 2020.

PIRES, Rômulo Becker. **A valoração da palavra da vítima de abuso sexual como principal prova para a condenação do acusado.** 2018. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade do Vale do Taquari - Univates, Lajeado, 28 jun. 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10737/2078>> Acesso em Ago. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal: parte especial** – arts.121 a 249 do CP, volume 2 – 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.