

A VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA VULNERÁVEL NOS CRIMES DE ESTUPRO FRENTE ÀS FALSAS MEMÓRIAS.

Anderson Machado da Silva¹

Helena Lahude Costa Franco²

Marjane Bernardy Souza³

RESUMO: A finalidade é explorar a complexidade da memória e os seus reflexos no processo penal, sob a visão interdisciplinar, principalmente, no que se refere à prova testemunhal da vítima vulnerável nos crimes de estupro. O evento dos fatos vivenciados não são registrados pela memória rigorosamente como aconteceram, porque há influência de diversos elementos que permitem possíveis alterações nas fases de formação do processo cognitivo, ocasionando o surgimento das falsas memórias. Devido à prova testemunhal ser o único meio de prova, na maioria das vezes, a embasar a condenação do acusado nos crimes em comento, e a fragilidade de falsificação da memória, é necessário a utilização de técnicas para a avaliação da credibilidade do testemunho da criança e para obtenção de um juízo de qualidade.

Palavras-chave: Estupro de Vulnerável. Prova testemunhal da vítima. Falsas Memórias. Depoimento acolhedor. Entrevista Cognitiva.

Sumário: 1 Introdução. 2 O crime de estupro de vulnerável. 3 Das provas nos crimes sexuais. 3.1 O ônus da prova no processo penal. 3.2 Princípio da presunção

1 Bacharelado em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus São Jerônimo/RS.

2 Orientadora da monografia, Advogada e Professora Universitária na Universidade Luterana do Brasil – Campus São Jerônimo. Leciona Direito Penal, Processo Penal e Estágio Supervisionado Penal. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, Brasil (2002) e Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-Portugal (2009), com validação pela Universidade Federal do Paraná. Membro da Comissão de Direitos Humanos Sobral Pinto da OAB/RS e Presidente do Conselho Deliberativo da FAESP/RS (Fundação de Apoio ao Egresso do Sistema Penitenciário).

3 Coorientadora da monografia, Possui graduação em Psicologia-Bacharelado pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), Psicologia-Licenciatura pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), especialização em Aconselhamento das Relações Familiares pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) e mestrado em Família e Sistemas Sociais pelo Instituto Superior Miguel Torga – Coimbra-Portugal (ISMT-2004), especialista em Psicologia no Trânsito (CFP) e especialista em Psicologia Jurídica (CFP). Perita em Avaliação Psicológica no Departamento de Trânsito – DETRAN/RS. Coordenadora e professora adjunta do Curso de Psicologia da ULBRA de São Jerônimo e Coordena o Grupo de Pesquisa sobre violência.

de inocência ou de não culpabilidade. 4 A credibilidade da palavra da vítima no crime. 5 A memória e as falsas memórias. 5.1 A memória. 5.1.1 Classes de memórias. 5.2 As falsas memórias. 5.2.1 Composição das falsas memórias. 5.2.2 Classes das falsas memórias. 6 O processo penal e as falsas memórias. 6.1 Consequência da falsificação da memória para a palavra da vítima no processo penal. 6.2 Métodos para reduzir os danos. 6.2.1 Depoimento sem dano ou depoimento acolhedor. 6.2.2 Entrevista Cognitiva. 7 Considerações finais. 8 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Em nosso sistema penal brasileiro, a prova testemunhal é o meio probatório por excelência, especialmente no delito de estupro de vulnerável. Ela tem atravessado séculos instituindo-se nos diferentes tipos de procedimento, apesar da desconfiança com a qual sempre foi aceita.

As vítimas vulneráveis valem-se das lembranças, principalmente, para descrever os fatos acontecidos. Nesse passo, a memória assume um papel fundamental para a reestruturação do delito. Nessa situação, o processo criminal depende da rememoração, a qual corrobora a prática delitiva. Entretanto, a vulnerabilidade da prova testemunhal revela-se justamente nessa dependência da memória dos fatos por parte da criança que os relata.

Estudos realizados e pesquisas recentes têm demonstrado que o processo mnemônico não é confiável, bem como o referido mecanismo é suscetível a falhas, que podem atrapalhar a aquisição, retenção e recuperação das informações, afetando, conseqüentemente, a lembrança. A possibilidade de erro da memória humana torna necessária uma análise a respeito da formação das falsas memórias, fenômeno que se constitui na recordação de eventos, os quais em nenhum momento ocorreram, e que, geralmente, se dão pela associação de lembranças verdadeiras e assuntos provenientes de sugestão externa.

Apesar do grande avanço nas pesquisas sobre o tema, principalmente nos Estados Unidos, há poucos estudos sobre a falsificação da lembrança no Brasil. Tanto é que o país implementou uma lei específica para tenta prevenir as ocorrências de falsas memórias apenas em 2017, a Lei nº 13.431/2017, a qual

estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Além da influência de diversas causas que comprometem o armazenamento da informação na memória, a lembrança da criança poderá ser contaminada por perguntas sugestivas e tendenciosas, gerando uma falsa memória em relação ao fato ocorrido.

O assunto relacionado às falsas memórias é recente, complexo e de relevante importância para garantir a ampla defesa do acusado no processo penal, já que os operadores do Direito trabalham constantemente com as lembranças das vítimas como provas do delito de estupro, pelo fato de ser um delito realizado às ocultas. Assim, é necessário ter conhecimento deste fenômeno, poder identificá-lo e estar preparado para enfrentá-lo.

2 O CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

Na década de 1980, houve grandes repercussões acerca do questionamento da presunção de violência, a qual constava no art. 224, alínea A, do Código Penal. Em vários casos, o entendimento que predominava era como presunção de violência relativa, sob o fundamento de que a sociedade, no final do século XX e no início do século XXI, teria modificado significativamente, tendo que aos menores de 14 anos não exigiam a mesma proteção daqueles que viveram quando da edição do Código Penal de 1940⁴.

Porém, ao longo do tempo, se podia observar que a doutrina e a jurisprudência não eram unânimes quanto a esse ponto, pois poderia ser de natureza relativa (*iuris tantum*) ou de natureza absoluta (*iuris et de iure*) quando discutida a presunção de violência. Quando sua natureza fosse relativa, transigiria diante da situação do caso concreto, e quando absoluta, não poderia ser questionada⁵.

Assim, para dirimir essas questões, surgiu em nosso ordenamento jurídico penal, através da Lei nº 12.015, de 07 de agosto de 2009, o delito denominado de estupro de vulnerável, o qual visa a identificar a situação de vulnerabilidade em que

4 GRECO. Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017, p. 1185.

5 Idem. Ibidem.

se encontra a vítima. Tendo-se que os Tribunais não poderão interpretar de qualquer outra forma quando a vítima do ato sexual for alguém menor de 14 (quatorze) anos⁶.

Para configurar-se o delito em estudo é necessário que o agente apenas atue sem qualquer tipo de violência. Portanto, não existe mais a violência presumida, contudo não ocorreu *abolitio criminis*. Dessa forma, a combinação que existia entre os artigos 224 e 213 do Código Penal passa a ser considerada tipo próprio, com denominação de “Estupro de Vulnerável”, e sua previsão encontra-se no artigo 217-A, do Código Penal Brasileiro.

Pode-se notar que o tipo penal do art. 217-A configura-se pela mera conjunção carnal ou prática de outro ato libidinoso, mesmo sem existir qualquer ato de constrangimento. Ainda assim, pode o crime ser praticado também por meio de violência ou grave ameaça⁷. Para Rogério Greco, a “violência diz respeito à *vis corporalis, vis absoluta*, ou seja, a utilização de força física, no sentido de subjugar a vítima, para que com ela possa praticar a conjunção carnal, ou a praticar ou permitir que com ela se pratique outro ato libidinoso”⁸.

A conjunção carnal pode ser ampla ou estrita. Na ampla pode ser qualquer união sensual entre partes do corpo (cópula entre pênis e vagina/anal/oral), bem como também toques do órgão sexual. Na estrita, quem melhor define o ato é Néelson Hungria, que caracteriza o conceito de conjunção carnal referindo-se ser “a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal”⁹.

A doutrina e a jurisprudência adotam a conjunção carnal de forma estrita para determinar a prática do estupro, bem como utiliza a conjunção carnal no sentido amplo para os demais contatos físicos e denominando-os como atos libidinosos¹⁰.

Ademais, a conjunção carnal também é considerada um ato libidinoso, ou seja, é aquele ato em que o agente deixa aflorar a sua libido, contudo, na expressão “outro ato libidinoso” estão contidos todos os atos de natureza sexual, os quais não

6 MACHADO, Costa; organizador; AZEVEDO, David Teixeira de; coordenador. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. – 7. ed. -Barueri. Manole, 2017. p. 337

7 MACHADO, Costa; organizador; AZEVEDO, David Teixeira de; coordenador. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. – 7. ed. -Barueri. Manole, 2017. p. 338.

8 GRECO, Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017. p. 1124.

9 HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal**, v. VIII. São Paulo: Revista Forense, 1959. p.116.

10 MACHADO, Costa; Loc Cit.

são a conjunção carnal. Assim, compreende todo o ato que tenha por finalidade satisfazer a libido do agente¹¹.

Contudo, o crime de estupro de vulnerável continua a despertar debates no que se refere à vulnerabilidade da vítima, mesmo com a alteração feita pela Lei 12.015/09, que conceituou de presunção absoluta de violência. Para Cezar Roberto Bittencourt: “a presunção implícita de violência contida no novo artigo do Código Penal não afastaria a discussão sobre a questão da relatividade, sendo que “o rótulo não altera a substância”¹²

Assim, serão considerados como absolutamente vulneráveis os menores de 14 (quatorze) anos, embora possuam experiências sexuais ou exista consentimento. Trata-se de delito que possui forma qualificadora, deliberada em tipo penal distinto de seu tipo base, qual seja o delito de estupro. Para Graziela Nasato, “o estupro de vulnerável é um crime comum e de forma livre, cujo elemento subjetivo do tipo é o dolo, não se admitindo a forma culposa, porém, que admite tentativa, em que pese, de difícil comprovação”¹³.

3 DAS PROVAS NOS CRIMES SEXUAIS

Para haver a condenação do sujeito praticante do crime contra a dignidade sexual é imprescindível que se comprove a autoria e a materialidade do delito, para que, aplicando-se o direito no caso concreto, o magistrado avalie as provas, e ao final da instrução, julgue a ação procedente ou improcedente¹⁴.

Nessa linha, é importante observar que o crime sexual em comento, estupro de vulnerável previsto no art. 217-A do Código Penal, pode ser comprovado por documentos, os quais, segundo Greco Filho, tomam a definição de “todo objeto ou coisa do qual, em virtude de linguagem simbólica, se pode extrair a existência de um fato”¹⁵. Assim, pode-se utilizar como exemplos fotos, vídeos e laudos psicológicos, todavia não podemos deixar de referir que nem sempre os documentos existirão,

11 Idem. Ibidem.

12 BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. IV.** 8 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2014, p.102.

13 NASATO, Graziela. **Crimes contra a dignidade sexual: Alterações trazidas pela lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009.** Revista Jurídica – CCJ/FURB ISSN 1982, v.14, nº 27, p.60.

14 GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal.** 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 228.

15 Idem, p.253.

pois na maioria dos delitos de natureza sexual inexistem provas cabais de demonstrar a inocência ou a culpabilidade do acusado.

Outro meio de prova também é a prova testemunhal, contudo, sua existência não é algo comum, já que esses delitos são praticados clandestinamente na maioria das vezes¹⁶. *Dessa forma, já que ocorrem longe dos olhos de outros, são raras as ocasiões em que há abundância de provas para a condenação do acusado*¹⁷.

Outrossim, a prática delitiva também pode ser comprovada através de exame de corpo de delito e, finalmente, pela declaração da vítima que pode estar lastreada ou não por laudo psicológico. Norberto Avena entende que o exame de corpo de delito:

Compreende-se a perícia destinada à comprovação da materialidade da infração que deixa vestígio [...] Tal conceituação decorre da exegese do art. 158 do Código de Processo Penal que dispõem que 'quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado'¹⁸.

Portanto, a inobservância do referido dispositivo legal acarretará nulidade processual. Ademais, deve ser observado o art. 167 do Código de Processo Penal, o qual traz uma ressalva quanto à dispensabilidade do exame pericial, reparemos que “não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”¹⁹.

Nos crimes sexuais, existe a possibilidade de haver a comprovação da materialidade delitiva por meio de exames periciais, quais sejam: Exame de Conjunção Carnal, Exame de Ato Libidinoso e Exame de Pesquisa de Espermatozoides, além do Exame de Lesão Corporal, utilizado geralmente para caracterização do emprego de violência, para alcançar o constrangimento inerente ao crime de estupro²⁰.

O exame de conjunção carnal busca a constatação da prática de conjunção carnal ou tentativa. Neste exame, os peritos devem dispor de um cuidado excessivo com o pudor da paciente, sempre explicando o procedimento com detalhes técnicos e sua finalidade, solicitando sua autorização para proceder com o mesmo. Ainda, o

16 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.38.

17 Idem, p.142.

18 AVENA, Norberto. **Processo Penal**: versão universitária. São Paulo: Método, 2009. p.267.

19 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 567.

20 FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub). p. 620 et seq

exame objetiva evidenciar através da tração e distensão das formações labiais a existência de roturas no hímen, no caso de mulheres virgens, e vestígios de prática sexual, em mulheres que não são mais virgens ou que possuam o hímen complacente, tais como: fissuras, lacerações, hematomas e outras lesões na região vulvar, vestibular, fúrcula, pesquisa de espermatozoides na cavidade vaginal e a pesquisa de outros vestígios tais como pelos pubianos, líquido espermático, etc²¹.

Ademais, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul possui o mesmo entendimento:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. ESTUPRO. [...]. **A conduta de constranger a ofendida a manter cópula vaginal pode não deixar sinais passíveis de constatação por meio de exame médico pericial. Inclusive o decurso de tempo entre o evento e a submissão da mesma à dita análise clínica pode contribuir para o desaparecimento de indicativos passíveis de aferição técnica. Logo, torna-se dispensável que a ocorrência de delito sexual venha comprovada exclusivamente por laudo médico, podendo-se concluir pela sua existência por outros meios, em especial a palavra da vítima. [...]**²².

Nesse sentido, quanto à insuficiência dos exames periciais para provar a materialidade de abusos sexuais, o melhor ensinamento, na maioria dos casos, é de Furniss, o qual refere:

A prova Forense e a evidência médica estão disponíveis apenas em uma minoria dos casos [...] Os profissionais terão de conviver com o fato de que também no futuro a maioria dos casos não terá evidência médica conclusiva de abuso sexual. Por exemplo, um grave abuso oral prolongado pode não ser medicamente detectável. Mas até mesmo uma clara evidência médica de abuso sexual muitas vezes ainda não constitui prova forense no que se refere à pessoa que cometeu o abuso²³.

Além do mais, em se tratando de crimes executados às ocultas, como já referido, torna-se quase impossível haver a comprovação da materialidade delitiva, tanto que não são raras as vezes em que há apenas a palavra da vítima contra a palavra do acusado, de forma que cabe ao operador do Direito atribuir valoração diferenciada aos depoimentos das vítimas. Outrossim, deve delimitar e extrair o grau de confiabilidade da palavra da vítima, que bate de encontro às declarações

21 FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub). p. 620 et seq

22 BRASIL. **Apelação Crime Nº 70050498823, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 29/04/2014. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 09/05/2014. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 11 nov. 2017.

23 FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança**: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e intervenção legal integrados. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993. p.29.

prestadas pelo acusado²⁴, o que se explanará mais especificadamente em seguida, adentrando-se no caso concreto.

Conforme já exposto, os delitos dessa natureza geralmente ocorrem em lugares ocultos, *qui clam committit solent*²⁵, que se cometem longe dos olhares de testemunhas, totalmente contrário ao que ocorre nos demais crimes. Logo, a palavra da vítima assume uma relevância muito grande no intento probatório e, se sua valoração não for diferenciada, o sujeito ativo do delito se beneficiará pela própria natureza clandestina de seu ato.

No caso de exame de ato libidinoso, busca-se avaliar a existência de prática sexual no coito anal, prática mais comum nesse exame. Os peritos buscam vestígios como fissuras na mucosa anal, hematomas, ademas, feridas, etc.

É considerada como ato libidinoso também a cópula oral. Nesse ato, o perito pesquisará espermatozoides na cavidade oral, pelos pubianos e outros vestígios, utilizando de máxima cautela, seguindo os mesmos passos do exame de conjunção carnal²⁶.

Existem outras práticas libidinosas que também são objetos de perícia, que são as práticas masturbatórias, nas quais os vestígios geralmente não são encontrados. Contudo, a prática libidinoso não pode ser considerada apenas nesses atos, pois podem ocorrer outros de acordo com cada caso e estes serão objetos de investigação na perícia²⁷.

O exame de Lesão Corporal ou de corpo de delito (*Corpus Delicti*) busca a verificação de todos os elementos sensíveis e passíveis de exame que cercam o delito ou que com ele possua algum tipo de relação, ou seja, prova que existiu o fato típico e sua autoria²⁸. O principal objetivo do exame é buscar a verificação de lesões (silenciamento, imobilização, arrasto e trauma), em zona erógenas, de espermas em roupas, pele, períneo, vulva e região perianal, ou seja, lesões decorrentes da conjunção carnal e de atos libidinosos²⁹.

24 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.44.

25 Crime cometido sob o véu da clandestinidade.

26 FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub). p. 620 et seq.

27 Idem. Ibidem.

28 REIS, Jair Neves dos. **Investigação Médico-Legal de Crimes Sexuais**. Núcleo de Perícias Médico-Legais- RP. p.18 et seq. Disponível em: < <http://www.enqfor.com.br/docs/2016/09/D15-13.pdf> >. Acesso em: 10 nov. 2017.

29 Idem. Ibidem.

Porém, são raras as vezes em que a materialidade do delito sexual consegue ser comprovada, mesmo com a realização de todos os exames supramencionados, pois a prática destes atos delitivos não deixa vestígios na grande maioria dos casos³⁰, seja pelo decurso do tempo, por peculiaridades pessoais e físicas da vítima, pela própria característica do abuso praticado ou por talvez nem terem ocorrido.

Nesse sentido, para exemplificação, refere-se que o ato de tocar nas partes íntimas da vítima não deixa vestígios constatáveis através de perícia, considerando-se assim como ato libidinoso; bem como a prática de conjunção carnal com vítima que já não é mais virgem ou que possua o hímen complacente, ou seja, aquele que, pela elasticidade de sua membrana e amplitude de seu óstio na prática da conjunção carnal não se rompe³¹, além de que decorrido determinado lapso temporal, não seria possível de haver a constatação por perícia. Segundo Tourinho Filho, a palavra da ofendida possui o seguinte conceito:

Nos crimes contra a liberdade sexual, a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem³².

Nesse sentido, destaca-se o fato de que, embora a materialidade delitiva do acusado seja comprovada através de exame médico legal, é inevitável não ter que recorrer à palavra da vítima. É fundamental fazermos menção de que há casos em que crimes sexuais são imputados a pessoas inocentes, como forma de se buscar justiça, vingança pessoal, até mesmo para obter vantagens, bem como em decorrência de casos em que há uma desordem psíquica por parte da vítima.

Assim, para que se possam evitar erros judiciais e atenuar consequências de outros erros já cometidos, nascem movimentos que possuem a finalidade de auxiliar os condenados definitivos a obterem revisão dos julgados, como por exemplo o caso do “Innocence Project”.

Contudo, ainda que seja possível a ocorrência de erros judiciais, mesmo que inadmissíveis e altamente indesejáveis, estes constituem uma pequena parcela se comparados com os acertos nas decisões judiciais fundadas na palavra da vítima.

30 NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p.38.

31 BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 79.

32 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.336.

Indiscutível é a necessidade de se atribuir importante valor à palavra da vítima, especialmente neste tipo de delito, no qual não se mostra naturalmente robusto o material probatório colhido³³. Neste sentido, a jurisprudência e a doutrina se mostram pacificadas. No melhor ensinamento está Avena:

Embora a palavra do ofendido deva ser considerada com reservas, exigindo-se que seja sempre confrontada com os demais elementos de prova existentes nos autos, não se pode deixar de reconhecer que em alguns casos, possui alto valor, como nas hipóteses de crimes contra os costumes (atualmente contra a dignidade sexual), os quais, cometidos na clandestinidade não apresentam testemunhas. Neste sentido, é pacificada a jurisprudência³⁴.

Dessa forma, embora a palavra da vítima seja considerada como elemento probatório, ela não deveria ser considerada prova, pois, sem outros elementos existentes nos autos, fica difícil se obter a certeza de que o ato foi praticado e por quem foi praticado.

3.1 O ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A palavra ônus está associada a um dever ou uma obrigação. No aspecto jurídico, o ônus é um imperativo do próprio interesse, ou seja, uma espécie de prerrogativa. Trata-se de um posicionamento jurídico ativo em relação ao qual não existe posição contrária ou contraproposta e tampouco sanção em caso de não ser cumprido pelo titular da obrigação. Esse encargo apenas poderá ser desincumbido pelo próprio sujeito ativo³⁵.

Contudo, há uma diferença entre obrigação e ônus, qual seja, a obrigatoriedade. Na obrigação, a parte tem o dever de praticar o ato, sob pena de violar a lei; no ônus, o adimplemento é facultativo, não havendo sanção ou tampouco existe violação de lei, de modo que o não cumprimento não significa atuação contrária às normas do Direito³⁶. Com base nisso, o art. 156 do Código de Processo Penal traz a regra do ônus da prova.

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei n. 11.690, de 2008)

33 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (E-pub). p.391-392.

34 Idem. **Processo Penal**: versão universitária. São Paulo: Método, 2009. p.299.

35 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal** – 1. ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003. p.175-178.

36 CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.396.

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei n. 11.690, de 2008)³⁷

Diante dessa regra, discute-se qual é o ônus da prova da acusação e da defesa no processo penal. A respeito de tal questionamento, é necessário informar que existem duas correntes: uma primeira (majoritária), que trabalha com uma efetiva distribuição do ônus da prova entre a defesa e a acusação no processo penal; e uma segunda, que aponta o ônus da prova como exclusivamente da acusação no processo penal³⁸.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I – ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II – ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor³⁹.

Para Fernando Capez, “a prova é indubitavelmente um ônus processual, na medida em que as partes provam em seu benefício, visando dar ao juiz os meios próprios e idôneos para formar a sua convicção”⁴⁰. Nesse sentido, Norberto Avena refere que:

Portanto, a prova cabe àquele que afirma determinado ato, fato ou circunstância, seja a acusação ou a defesa, não sendo verdade que somente o autor da ação penal tenha esta incumbência. Tudo dependerá da natureza da alegação. Neste contexto, à **acusação** caberá provar a existência do fato imputado e sua autoria, a tipicidade da conduta, os elementos subjetivos de dolo ou culpa, a existência de circunstâncias agravantes e qualificadoras. Já à **defesa**, por outro lado, incumbirá a prova de eventuais causas excludentes de ilicitude, de culpabilidade e de tipicidade, circunstâncias atenuantes, minorantes e privilegiadoras que tenha alegado⁴¹.

Desta forma, ao autor cabe provar o(s) fato(s) constitutivo(s) de seu direito, pois incumbe ao réu provar eventuais fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito que o autor alega ser possuidor, o que se denominou de aspecto subjetivo

37 BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 03 de outubro 1941. **Código Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm >. Acesso em: 12 dez. 2017.

38 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 525.

39 BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março 2015. **Código Processo civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/13105.htm >. Acesso em: 11 dez. 2017.

40 CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.397.

41 AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. – 9.ª ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (E-pub). p.321.

do ônus da prova, o qual possui menor importância em virtude do princípio da comunhão da prova⁴².

Ainda que ocorra o ônus probatório nos termos supramencionados, podem existir dúvidas no momento de ocorrer o julgamento, ou seja, ainda que haja toda a produção de provas e alegações das partes, o magistrado poderá não ter plena convicção ao proferir uma sentença condenatória ou absolutória⁴³.

Assim, é defeso ao magistrado pronunciar sua sentença com base no princípio *non liquet*⁴⁴, devendo utilizar-se das regras de distribuição do ônus da prova, tais regras devem ser vistas como “*regra de julgamento*”. Portanto, em caso de não haver dúvida, o julgador deve sentenciar. É o aspecto objetivo do ônus da prova⁴⁵.

Portanto, em regra, o réu não alega nenhum fato, apenas deverá opor-se à pretensão ministerial ou do querelante, pois é presumidamente inocente e a dúvida o socorre, sendo a absolvição a medida mais justa que se impõe com base no princípio do *in dubio pro reo*⁴⁶.

3.2 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA OU DE NÃO CULPABILIDADE

No decorrer do período inquisitório medieval, quando havia dúvida gerada pela insuficiência de provas, existia uma sistemática processual penal, na qual era proferido um juízo de semicondenação e semiculpaabilidade em desfavor do acusado, sendo que a dúvida equivaleria a uma semiprova e admitia uma semicondenação, desde que uma pena leve⁴⁷.

No final do século XVIII, os ideais iluministas inspiraram a Europa Continental a insurgir contra o sistema penal inquisitório vigente, visando a trazer proteção ao cidadão contra o arbítrio do Estado, já que o acusado era consideradamente

42 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal** – 1. ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003. p.403-405.

43LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 525.

44 Idem, p. 524.

45 MIRZA, Flávio. **Processo Justo: O Ônus da Prova à luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do In Dubio Pro Reo**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo> >. Acesso em: 12 dez. 2017

46 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 17.

47 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 177.

culpado, sendo privado de toda e qualquer garantia⁴⁸. Logo, o acusado possuía um tratamento igual a um objeto, e não como pessoa humana, pois ele possuía o ônus de provar que não era culpado, ou seja, ele que deveria afastar as provas em contrário ante a presunção de culpabilidade que estava sobre si⁴⁹.

Em sua época, o autor Cesare Beccaria já referia que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz, e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública após ter decidido que ele violou os pactos por meio dos quais ela lhe foi outorgada”⁵⁰. O autor ainda ressalta que enquanto existirem dúvidas referentes a sua culpabilidade e inocência, o poder conferido ao juiz para aplicar a pena a uma pessoa consiste em um direito de força⁵¹.

Assim, com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão estabeleceu-se o marco principal da garantia à presunção da inocência⁵². O artigo 9º dessa Declaração prevê que “todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”⁵³.

O princípio da presunção de inocência foi previsto no Pacto de São José da Costa Rica. Assim, foi introduzido no ordenamento jurídico do Brasil, através do Decreto Federal nº 678/92, bem como no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966. Cabe mencionar que o princípio da presunção de inocência está previsto também no tratado de Roma, o qual institui o Tribunal Penal Internacional⁵⁴ em seu artigo 66, que refere:

Artigo 66 Presunção de Inocência

1. Toda a pessoa se presume inocente até prova da sua culpa perante o Tribunal, de acordo com o direito aplicável.
2. Incumbe ao Procurador o ônus da prova da culpa do acusado.
3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável⁵⁵.

48 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 23-24.

49 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. Op. Cit. p. 16.

50 BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella. p. 50.

51 Idem. Ibidem.

52 RANGEL, Paulo. Loc. Cit.

53 FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: < http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf >. Acesso em: 18 dez. 2017.

54 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 16.

55 ROMA. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

Determinado princípio encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa Brasileira e no Decreto nº 4388, de 25 de Setembro de 2002, o qual promulgou o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Este prevê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”⁵⁶.

Para José Afonso da Silva, o referido enunciado da Constituição Federal Brasileira é negativo e universal, pois utiliza-se de uma forma negativa para delegar a garantia positiva ao princípio da presunção de inocência. Ainda, o autor refere que o acusado é considerado presumidamente inocente até que haja o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, que ocorre no momento em que não cabe mais recurso da referida decisão⁵⁷.

Vale destacar que o fundamento para tratar o acusado com dignidade e respeito à sua liberdade de locomoção encontra-se na aplicação dos postulados do sistema acusatório, o qual representa um antagonismo ao sistema inquisitório vigente no período medieval⁵⁸.

Nessa perspectiva, o Magistrado Alexandre de Moraes da Rosa refere que “a presunção de inocência deve ser colocada como o significante primeiro, pelo qual, independente de prisão em flagrante, o acusado inicia o jogo absolvido. A derrubada da muralha da inocência é função do acusador”⁵⁹. Assim, para que exista a adoção de medidas coercitivas pessoais contra o acusado no decorrer do processo, estas deverão ser extraordinariamente necessárias e revestidas de caráter cautelar⁶⁰.

A Lei nº 12.403/11 estabeleceu que somente poderá ser decretada a custódia preventiva nos casos em que não sejam cabíveis a substituição por outras medidas cautelares, assim, merece ser analisada pelo magistrado a possibilidade de substituição por outras medidas cautelares previstas no artigo 319 do Código de Processo Penal.⁶¹

56 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

57 SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 158.

58 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 16.

59 ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 100.

60 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 24.

61 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 48.

Por sua vez, o caráter probatório possui fundo probante que impõe o ônus processual de demonstrar a credibilidade das alegações feitas na peça inicial acusatória. Dessa forma, o ônus processual recai totalmente sobre o acusador. Nos casos em que o acusador não consegue provar a prática delitiva, deve ser aplicado o princípio do *in dubio pro reo*⁶².

Assim, existindo dúvida quanto à autoria delitiva, o acusado é inocente devendo ser absolvido pelo Magistrado conforme previsão do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal⁶³. A regra mencionada pode ser considerada como um reflexo do sistema acusatório, bem como do princípio da ampla defesa, pois não é obrigação do acusado provar a sua inocência, mas, sim, do acusador que necessita provar a sua culpabilidade⁶⁴.

4 A CREDIBILIDADE DA PALAVRA DA VÍTIMA NO CRIME

A materialidade delitiva ou a culpabilidade do agente pode ser comprovada com alguns exames periciais tais como: Exame de Conjunção Carnal, Exame de Ato Libidinoso e Exame de Pesquisa de Espermatozoides, além do Exame de Lesão Corporal e outros, conforme anteriormente citado.

Nélson Hungria reflete sobre as limitações periciais de sua época, referindo que os vestígios os quais apresentam indícios da violência ou da cópula são alheios à prova de autoria, pois tratam-se de prova de materialidade do crime⁶⁵. Contudo, mesmo com o avanço da medicina e sendo possível colher material genético do acusado, a polícia judiciária brasileira, infelizmente, em regra, possui restrições técnicas⁶⁶. Pois, para comparar o material genético contido nos vestígios do crime, tais como espermatozoides e pelos, o acusado não será obrigado a realizar os exames laboratoriais, mesmo que tenha sido pego em flagrante, devido ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo⁶⁷.

62 SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 16.

63 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 1050.

64 RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 26.

65 HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal**, v. VIII. São Paulo: Revista Forense, 1959. p.167.

66 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.471.

67 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São

Assim, a prova testemunhal acaba se tornando, na maioria das vezes, o principal meio de prova no processo penal. Embora a imensa fragilidade e pouca credibilidade que possui ou deveria possuir, a prova testemunhal acaba por ser a fundamentação da maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas pelos magistrados⁶⁸. Uma vez que a recusa do acusado na realização do exame, junto com a prova testemunhal colhida e demais provas, poderá formar a convicção do magistrado, conforme determina o art. 155 do Código de Processo Penal. Observemos:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas⁶⁹.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o exame de DNA (ácido desoxirribonucléico) não é necessário para obter a conclusão da autoria delitiva do crime de estupro, mas constitui importante meio probatório. Na realidade esse exame poderá também servir de instrumento para a comprovação da negativa de autoria⁷⁰.

Ainda que constitua importante meio probatório não poderá ser considerado suficiente para a comprovação de autoria delitiva. Uma vez que, o juiz deverá formar a sua convicção de acordo com o art. 167 do Código de Processo Penal Brasileiro, o qual refere que “não sendo possível o exame de corpo de delito por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta”⁷¹. Já para Fernando Capez, a palavra da vítima deve estar corroborada por demais elementos probatórios. Vejamos:

Via de regra, a palavra da vítima tem valor probatório relativo, devendo ser aceita com reservas. Contudo, nos crimes praticados às ocultas, sem a presença de testemunhas, como nos delitos contra a dignidade sexual, a palavra da vítima, desde que corroborada pelos demais elementos probatórios, deve ser aceita⁷².

Paulo: Saraiva, 2012. p.47.

68 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.471.

69 LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 463.

70 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.48.

71 LIMA, Renato Brasileiro de. *Op. Cit.* p. 567.

72 CAPEZ, *Op. Cit.* p.48.

Por sua vez, a lição de Francisco de Assis do Rêgo Monteiro Rocha é no sentido de que:

Nos delitos contra os costumes, a palavra da ofendida avulta em importância, principalmente quando se trata de pessoa recatada, de bons costumes, de vida anterior honesta e ilibada, recatada, e acima de suspeitas. Nessas condições, é muito evidente que suas declarações, apontando o autor do crime que lhe vitimou, assumem caráter extraordinário, frente às demais provas. Não seria razoável e nem é comum que a pessoa com essas qualidades viesse a juízo cometer perjúrio, acusando um inocente de lhe haver constrangido à conjunção carnal ou a ato libidinoso outro qualquer. Por isso, sua palavra, enquanto não desacreditada por outros meios de prova, digamos, vale como bom elemento de convicção⁷³.

É de extrema relevância mencionar que nos delitos contra a dignidade sexuais praticadas contra vulneráveis a palavra do ofendido vulnerável possui também importante valor probatório, desde que encontre-se corroborada pelos demais elementos probatórios⁷⁴.

Nessa perspectiva, cita-se parte da fundamentação do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo-SP, na apelação criminal nº 0007568-23.2005.8.26.0348 da Comarca de Mauá:

[...] Como é sabido, os crimes sexuais, via de regra, ocorrem em locais vedados a testemunhas, pois o autor, degenerado quando assim age, procura não se expor à execração, procurando assim evitar que seja descoberto. São condutas criminosas que ocorrem na clandestinidade e se são harmônicos os relatos da vítima, há que se crer no que narra. A jurisprudência, a respeito do tema, é remansosa (RT 777/602; RJTJERGS 194/70; RT 601/305; RJTJSP 180/306; RT 604/425, 663/285, 665/266, 712/399, 727/462; RJTJSP 148/103, 151/267, 176/141, 184/115). Além disso, segundo julgados, **“o depoimento infantil tem valor probatório, principalmente quando a criança narra fato de simples percepção visual e de fácil compreensão, fazendo-o com pureza. E o convencimento aumenta quando ele é confortado pelo conjunto probatório”** (TACRIM-SP AP Rel. Penteado Navarro RT 709/330 e também nesse mesmo sentido RT396/102, 157/619, 161/53, 170/102, 450/89, 436/329, 442/377, 470/335, 546/347,553/362, 560/363, 604/425 e 652/276, bem como RJDTACRIM-SP 13/67) [...]”⁷⁵.

A prova testemunhal produz uma narração dos fatos, porém, isso não significa que a vítima proferirá a verdade, mas o pressuposto é de que narrará a história de

73 ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1999. p. 355.

74 CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012. p.48.

75 BRASIL. TJ-SP – **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0007568-23.2005.8.26.0348**, Relator: DES. Cardoso Perpétuo, Data do Julgamento: 09/09/2017, SP. Disponível em: < <https://www.tjsp.jus.br/> >. Acesso em: 06 maio. 2018.

acordo com a percepção da parte que lhes indicou, ou seja, existe a possibilidade de a vítima relatar apenas o que a acusação achar conveniente⁷⁶. Nesse sentido, Jorge Trindade refere que:

[...] existem alguns critérios comuns que devem ser obedecidos e aplicados na coleta de informações das testemunhas, dentre eles, cabe referir: 1. a proibição de perguntas que induzem a resposta (*leading questions*); 2. a proibição de expressar opiniões meramente pessoais; 3. a proibição de testemunhar aquilo que se ouviu dizer de outrem acerca da afirmação sobre o fato (*hearsay*)⁷⁷.

Assim, podemos referir que a prova testemunhal é o meio mais utilizado como prova no processo penal brasileiro, principalmente no crime de estupro. Podendo ser, ao mesmo tempo, o meio de prova mais perigoso, manipulável e pouco confiável, já que, frequentemente, não existem vestígios⁷⁸.

Em razão de nem sempre ser fácil perceber quando uma pergunta está sendo apresentada com um viés indutivo, é difícil constatar o ponto exato que diferencia a opinião de um fato, bem como identificar até onde a afirmação é genuinamente própria ou já se constitui uma “falsa memória”, que foi implantada pela versão de um terceiro e assumida como se fosse verdadeira⁷⁹.

5 A MEMÓRIA E AS FALSAS MEMÓRIAS

5.1 A MEMÓRIA

Para podermos abordar detalhadamente o problema das falsas memórias, que abrange a credibilidade da palavra da vítima, cabe efetuarmos algumas considerações acerca do funcionamento da memória.

A memória possui essa definição pela finalidade de reter as ideias, impressões, lembranças, conhecimentos adquiridos e à reminiscência. Robert J. Sternberg conceitua a memória como “o meio pelo qual você recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refere-se a um

76 TRINDADE, Jorge. **Manual da Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 8. ed. rev. Atual, e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2017. p.348.

77 Idem. *Ibidem*.

78 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.486.

79 TRINDADE, Jorge. *Loc. Cit.*

processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação⁸⁰.

Como diversos processos são julgados com base apenas na prova testemunhal, embora esta seja utilizada na seara processual penal, é, sem dúvida, a mais frágil das provas, porque depende da recordação dos fatos⁸¹.

Por vezes, o cérebro ao reter e conservar uma memória, acaba modificando a realidade percebida⁸², o que demonstra o risco ao qual é exposto o processo e, principalmente, o suposto autor do delito. Ocorrem erros judiciais pelo fato de alguns operadores do Direito desconhecerem as vulnerabilidades e limitações às quais se sujeita a cognição⁸³. Robert J. Sternberg refere o conceito de cognição como:

A cognição consiste no conjunto de atividades mentais inerentes às relações humanas e a tudo o que as cerca, com a percepção de um estímulo, a resolução de um problema ou a tomada de decisão. Nesse contexto, a Psicologia Cognitiva atua enquanto ramo da Psicologia que estuda a cognição, ou seja, o modo pelo qual as pessoas percebem, aprendem, recordam e pensam a informação⁸⁴.

Sob este ângulo, ensina Cristina Di Gesu:

No processo penal, através da atividade recognitiva, faz-se uma retrospectiva do passado. E esta retrospectiva é impulsionada pelas partes – em observância ao sistema acusatório –, através de prova, a qual busca reconstruir, no presente, o delito ocorrido no passado. Diante da ausência, na maioria dos casos, de provas técnicas, julga-se com fundamento naquilo que foi dito pelas vítimas e testemunhas, as quais se valem da memória. Daí a imprescindibilidade do estudo desta⁸⁵.

Pode-se dizer que a memória encontra-se na origem de qualquer ato cognitivo e que a perda desta leva à perda do próprio indivíduo, ou seja, de sua identidade, uma vez que utilizamos a memória permanentemente. Assim, “somos o que somos em grande parte porque aprendemos e lembramos”⁸⁶.

Segundo Iván Izquierdo, “a memória é a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações e [...] o acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é, [...] um ser para o qual não existe outro

80 STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000. p.204.

81 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 110.

82 OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 166.

83 TRINDADE, Jorge. **Manual da Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 8. ed. rev. Atual, e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2017. p.348.

84 STERNBERG, Robert J.. **Psicologia cognitiva**. São Paulo: CENGAGE, 2012. p.46.

85 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.81.

86 SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R.. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A.. Porto Alegre: Artmed, 2003. p.14.

idêntico⁸⁷. Portanto, a memória refere-se ao conjunto de mecanismos psíquicos responsáveis pelo armazenamento de todas as experiências vividas e as informações obtidas, possibilitando sua fixação, retenção e, posteriormente, evocação⁸⁸.

O processo mnemônico abrange múltiplos mecanismos de recuperação de experiências e arquivos, de modo que, ela pode parecer fixa e inamovível⁸⁹, contudo, pode ocorrer de ela ser criada, modificada e até ocorre de se perder ao longo do tempo⁹⁰. Logo, pode-se perceber que “a memória é o processo pelo qual aquilo que é aprendido persiste ao longo do tempo. Nesse sentido, o aprendizado e a memória estão conectados de forma inextricável”⁹¹.

5.1.1 CLASSES DE MEMÓRIAS

A Psicologia trabalha com diversos tipos de classes de memórias, bem como traça pontos divergentes em suas teorias. Em análise aos tipos de memórias, podemos observar que três chamam a atenção para esta dissertação; a memória de trabalho, a memória de curto prazo e a memória de longo prazo⁹².

Assim, passaremos a analisar esses três tipos de memórias, com base nos conceitos abrangidos pela Psicologia, para tecer de forma melhor o capítulo das falsas memórias.

A memória funcional, conhecida como memória de trabalho, trata-se do tipo de memória que exerce a função de base à capacidade de preservar as informações durante a realização de tarefas que exijam uma determinada complexidade⁹³. Paulo Dalgallarrondo refere que:

Esse tipo de memória diz respeito a um amplo conjunto de habilidades que permite manter e manipular informações novas (acessando-as em face às antigas). Tais informações (verbais ou visuoespaciais) são mantidas ativas (on-line), geralmente por curto período (poucos segundos até, no máximo, 1

87 IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 09.

88 DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 137.

89 SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R.. Loc. Cit.

90 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.486.

91 DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 137.

92 Idem. *Ibidem*.

93 Idem, p. 141.

a 3 minutos), a fim de serem manipuladas, com o objetivo de selecionar um plano de ação e realizar determinada tarefa⁹⁴.

Para Paulo Dalgalarrodo, a memória de trabalho também é vista como um gerenciador da memória, cuja função não é apenas formar arquivos, e sim selecionar e analisar as informações para compará-las com as já existentes, de curta ou de longa duração⁹⁵.

Dessa maneira, a memória funcional ajuda na recordação das informações visuais e visuoespaciais, além de coordenar as atividades cognitivas permanentes e planejar estratégias. Assim, em síntese, trata da lembrança breve e fugaz, que gerencia a realidade e determina o contexto onde ocorrem os fatos.

A Memória a Curto Prazo, também conhecida como memória de curta duração, é responsável pelo processamento e permanência da informação de modo temporário, de poucos minutos até 3 (três) a 6 (seis) horas⁹⁶. Allan Baddeley e outros a definem como a “retenção temporária de pequenas quantidades de material por breves períodos de tempo”⁹⁷. Portanto, consiste, resumidamente, na captação de pouca informação ao longo de poucos segundos e acopla-se ao raciocínio, à compreensão e à aprendizagem.

Ademais, cabe destacar que o mecanismo cognitivo responsável pela memória de curto prazo está dentro de um sistema maior, o sistema de memória funcional. Neste caso, Baddeley refere-se ao teste de extensão de dígitos de um aparelho celular, que é utilizado para refletir a memória de curto prazo e determinar a capacidade mental, na medida em que tarefas de mais complexidade de raciocínio refletem a extensão da memória funcional, que exige, concomitantemente, armazenamento e processamento⁹⁸.

A Memória remota, ou memória de longa duração, é aquela que permite o armazenamento da informação processada por longo período de tempo, ou seja, consiste no conjunto de dados que o indivíduo sabe e lembra. Ela dura de meses até muitos anos⁹⁹. Paulo Dalgalarrodo refere que esse tipo de memória “é a capacidade de evocação de informações e acontecimentos ocorridos no passado, geralmente

94 Idem, p. 141.

95 DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008. p. 142.

96 Idem, p. 139.

97 BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael, EYSENCK, Michael. **Memória**, Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.21.

98 Idem. *Ibidem*.

99 DALGALARRONDO, Paulo. Op. *Cit.* p. 142.

após muito tempo do evento (pode durar por toda a vida)¹⁰⁰. O processo de fixação de registros na memória é denominado de consolidação. E esta ocorre quando a memória de curto prazo persiste durante o intervalo de tempo necessário para que a memória de longa duração se consolide¹⁰¹.

Carla Cristina Di Gesu demonstra a pertinência do estudo sobre a falsificação da memória no âmbito processual penal, acerca das informações e dos agentes que afetam a consolidação das memórias:

A neurologia destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores internos e externos, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou judicial, pode também ocorrer alteração da lembrança da testemunha ou vítima. Isso vem a justificar o estudo das Falsas Memórias¹⁰².

Ademais, integram o sistema formado pela memória de longa duração, a memória declarativa ou explícita, e a memória implícita ou não declarativa; sendo esta última a que interessa para o presente trabalho, pois se refere a recordações de fatos, pessoas, conceitos, eventos, faces e ideias¹⁰³.

5.2 AS FALSAS MEMÓRIAS

Agora que, detalhadamente, foram efetuadas algumas considerações a respeito da memória, será abordado o problema das falsas memórias. Este assunto é muito recorrente entre psicólogos e neurocientistas da América do Norte e da Europa. No Brasil, as pesquisas sobre as falsas memórias vêm, nos últimos anos, ganhando espaço principalmente no âmbito forense¹⁰⁴.

Observamos que no ano de 2017, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já absolveu alguns acusados com fundamentação no indício de falsas memórias:

APELO MINISTERIAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DA PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO.

100 Idem. Ibidem.

101 BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael, EYSENCK, Michael. **Memória**, Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011. p.21.

102 DI GESU, Carla Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.86.

103 Idem, p.85.

104 REIS, M. A. B. M. N. **Docentes da Universidade de Lisboa: A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da Prova 2014**. 124 f. Dissertação (Doutorado em Ciências e Tecnologias da Saúde Especialidade em Desenvolvimento Humano e Social) – Faculdade de Medicina de Lisboa, Lisboa, 2014. p. 118 *et. seq.*

PROVIMENTO NEGADO AO PEDIDO. INDÍCIO DE **FALSAS MEMÓRIAS**. *IN DUBIO PRO REO*. DECISÃO QUE VAI MANTIDA POR SEUS FUNDAMENTOS. Recurso desprovido¹⁰⁵.

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. Estupro de vulnerável. Pedido de absolvição por insuficiência de prova. Conjunto probatório insuficiente. Possibilidade de **falsas memórias** em testemunho de menor. Aplicação do *in dubio pro reo*. Parecer ministerial nesse sentido que vai acolhido. APELO PROVIDO¹⁰⁶.

As falsas memórias são, para Aury Lopes Jr., diferentes da mentira, principalmente porque nas falsas memórias as testemunhas creem honestamente no que estão relatando, pois a sugestão é externa ou interna, mas inconsciente. Por sua vez, a mentira é um ato de plena consciência, já que a pessoa possui conhecimento do espaço de criação e manipulação¹⁰⁷.

5.2.1 COMPOSIÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Segundo Aury Lopes Jr., a maior autoridade nessa questão das falsas memórias na atualidade é Elizabeth Loftus, pois seu método revolucionou todos os estudos nessa área ao demonstrar a possibilidade de implantação das falsas memórias¹⁰⁸.

Em 1970, foi introduzido, a psicóloga americana introduziu um novo procedimento para análise das falsas memórias, denominado de Sugestão da Falsa Informação, que ocorre em razão da implantação de uma informação falsa junto a uma experiência vivida. Isso produz o chamado efeito *misinformation* (efeito da falsa informação), ou seja, é uma diminuição de reconhecimento verdadeiro e ocorre um aumento significativo dos dados falsos¹⁰⁹.

Para Cristina Di Gesu, a perspectiva defendida por Loftus é ampliada por Stein e Pergher, os quais sustentam que “há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de forma dirigida, quanto

105 BRASIL. **Apelação Crime Nº 70071689194, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

106 BRASIL. **Apelação Crime Nº 70074853136, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

107 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.485.

108 Idem. p.486.

109 SILVA, André do Eirado; et.al.. **Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças**. In: Revista Mnemosine, v. 2, n.2, jan. 2006. p. 77.

espontaneamente, sem que haja sugestibilidade externa¹¹⁰. Assim, a seguinte tese é reforçada com base em torno da existência de falsas memórias sugeridas e de falsas memórias espontâneas.

As falsas memórias, resumidamente, surgem quando há instigação de terceiros ou quando existe recriação do próprio indivíduo. Os mecanismos de aquisição, retenção ou recuperação da memória erram, induzindo o sujeito ao erro¹¹¹. As pesquisas apontam que as crianças e as pessoas que viveram experiências traumáticas são mais suscetíveis às falsificações das memórias, já que naquelas existe tendência infantil de corresponder às expectativas do adulto entrevistador, e nestas, a existência de uma imbricada relação entre emoção e memória¹¹².

No que tange ao armazenamento de informações provenientes de eventos traumáticos, Iván Izquierdo refere que os detalhes são esquecidos com o passar do tempo e que, quando a lembrança de um dado fato é lembrada, surgem apenas os detalhes emocionais, repletos de subjetivismo¹¹³. Cabe relatar que as falsas memórias não podem se confundir com a mentira, e Lilian Stein, cautelosamente, em suas palavras adverte:

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória¹¹⁴.

Além disso, uma informação falsa tem o potencial de gerar uma memória que não é verdadeira, afetando a recordação, e isso pode ocorrer quando a pessoa é interrogada sugestivamente, quando lê ou assiste a várias notícias sobre um evento do qual tenha participado ou vivenciado¹¹⁵. Percebe-se que as falsas memórias se constituem como um fenômeno do funcionamento normal da memória humana, a qual atribui à lembrança de eventos específicos como se tivessem ocorrido, quando

110 DI GESU, Carla Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.107.

111 SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003. p. 98.

112 GAUER, Gustavo. In: OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. p. 178-179.

113 IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006. p.09.

114 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 22.

115 LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub). p.486.

de fato não ocorreram. Posto isso, Lilian Stein destaca que “a Falsa Memória, sugerida ou espontânea, é um fenômeno de base mnemônica, ou seja, uma lembrança, e não de base social, como uma mentira ou simulação por pressão social”¹¹⁶.

5.2.2 CLASSES DAS FALSAS MEMÓRIAS

A falsificação da memória acontece em razão de uma distorção endógena ou de uma falsa informação recebida pelo ambiente externo. As falsas memórias podem ter origem de duas maneiras diferentes: de forma espontânea e de forma implantada ou sugerida¹¹⁷. Nesse viés, Osnilda Pisa ressalta o citado por Aury Lopes Jr. apontando que:

A memória não funciona como uma filmadora, que grava a imagem e pode ser revistas várias vezes. Cada vez que recordamos, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados. Daí por que, na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão. As falsas memórias podem ser espontâneas ou autossugeridas, ou ainda, resultado de sugestão externa (acidental ou deliberada). Sempre recordando que a distorção consciente conduz à mentira. As falsas memórias não são dominadas pelo agente e podem decorrer até mesmo de uma interpretação errada de um acontecimento¹¹⁸.

Destaca-se que as falsas memórias Espontâneas são formadas internamente sem haver autossugestão, como consequência do processo normal de percepção do evento. Por sua vez, as falsas memórias sugeridas ou implantadas são aquelas que originam-se de uma sugestão externa ao indivíduo, tendo caráter intencional ou não, do qual seu conteúdo não faz parte do evento experienciado, no entanto possui aspectos coerentes com o acontecimento¹¹⁹.

A partir disso, salienta-se que as falsas memórias Espontâneas ou Autossugeridas consistem no erro de lembrar algo que possui coerência com o que foi vivido, mas que, na verdade, não existiu¹²⁰. Portanto, durante a colheita do depoimento da vítima, a sugestibilidade apresenta-se como um risco nada

116 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 27.

117 ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Docentes da UFU: Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. 2007. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia 2007. p. 46.

118 PISA, 2006, p. 15 *et seq.*, *apud*, LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 490.

119 ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Loc. Cit.*

120 Idem, p. 54.

incomum e que conduz, na maioria das vezes, à resposta incoerente com a realidade.

6 O PROCESSO PENAL E AS FALSAS MEMÓRIAS

Atualmente, o Processo Penal possui contato, constantemente, com as recordações das vítimas devido ao objetivo de se encontrar prova capaz de determinar a prática de um delito. Portanto, é necessário que se possua conhecimento do fenômeno das falsas memórias para, só então, preparar-se para a possibilidade de enfrentá-lo em causas judiciais¹²¹.

6.1 CONSEQUÊNCIA DA FALSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA PARA A PALAVRA DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL

Partindo das considerações pressupostas apresentadas, principalmente as que foram referidas acerca da credibilidade da palavra da vítima e das falsas memórias, é necessário destacar alguns aspectos fundamentais para a análise a que se propõe este trabalho, qual seja, a credibilidade da palavra da vítima vulnerável nos crimes de estupro, e destacar como ocorre a falsificação da memória, que retira a credibilidade da palavra da vítima. As falsas memórias não intencionais não são simulações que a vítima possui, mas sim representam a verdade, ou seja, a forma como a vítima recorda dos fatos.¹²²

Diante disso, a vítima vulnerável não consegue separar o verdadeiro do falso ou até mesmo é induzida a reformar os fatos em sua memória, sem perceber, pois elas tendem a corresponder às expectativas do adulto entrevistador, como já referido¹²³.

Nessa perspectiva, foi implementada em nosso ordenamento jurídico a Lei nº 13.341, de 04 de abril de 2017, que entrou em vigor em abril de 2018, a qual aponta caminhos importantes nesse campo, principalmente, no que se refere a especificar o

121 DI GESU, Carla Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 127.

122 BARBOSA, Cláudia. **Estudo Experimental sobre Emoção e Falsas Memórias**. 2002. 190f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002. p. 26.

123 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 37.

depoimento especial (órgãos da Rede de Proteção) e escuta especializada (perante autoridade policial ou judiciária), bem como a sua forma de antecipação judicial em casos com violência sexual¹²⁴. O depoimento especial traz alguns principais objetivos, dentre os quais se destacam a redução do dano durante a produção de provas em processos judiciais nos quais a criança/adolescente é vítima ou testemunha, a valorização de sua palavra, melhoria na produção da prova produzida e garantir a efetividade dos princípios do contraditório e da ampla defesa¹²⁵.

Assim, a falsificação da memória acarreta implicações extremamente relevantes no processo, em especial nos depoimentos infantis, devendo ser minuciosamente avaliada a palavra da vítima vulnerável nos casos de estupro, já que se trata de delito praticado às ocultas, bem como muitas das vezes existe a instigação de um terceiro, para que a infante fantasie uma situação a qual nunca existiu.

6.2 MÉTODOS PARA REDUZIR OS DANOS

Embora existam vários estudos em relação ao valor probatório e da fragilidade dos depoimentos dos vulneráveis, poucos oferecem sugestões eficazes do modo como os depoimentos infantis devem ser colhidos. Não existe, efetivamente, uma preocupação por parte dos profissionais responsáveis da investigação preliminar e da instrução processual em relação à Psicologia do Testemunho. Todavia, cabe ressaltar que “de nada adianta uma boa aquisição e retenção da memória se houver falha justamente no terceiro momento, isto é, na recuperação da lembrança”¹²⁶

Nesse sentido, foi criada a Lei nº 13.431, de 04 de abril de 2017, a qual trouxe grande relevância ao Direito da Criança e do Adolescente. Assim, pela primeira vez, o depoimento especial foi expressamente referido em Lei, proporcionando à criança

124 SANTOS, A. R., & COIMBRA, J. C. **O depoimento judicial de crianças e adolescentes entre apoio e inquirição**. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 2017, 37(3), 595-607. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1982-3703004032016>>. Acesso em: 09 maio 2018. p. 597.

125 FIORIN, Patrícia Lena. **Depoimento Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência**. Disponível em: <<http://www.crp09.org.br/portal/images/noticias/2017/IIISEM JURIDICA/PatriciaLenaFlorin.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

126 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 168.

e aos adolescentes vítimas de violência o direito de serem ouvidos em locais apropriados e acolhedores.

Logo, embora restem ajustes a serem feitos, aos poucos, o Poder Judiciário tem tentado se adaptar à crescente demanda da revisão dos protocolos judiciais em relação à oitiva de crianças, principalmente, no depoimento acolhedor.

6.2.1 DEPOIMENTO SEM DANO OU DEPOIMENTO ACOLHEDOR

O depoimento sem dano também é conhecido como “depoimento acolhedor”, “depoimento especial” e “depoimento sem medo”. Ele começou a ser implementado nos Juízos da Infância e da Juventude no Brasil no ano de 2011, com a recomendação do Conselho Nacional de Justiça nº 33/2010, publicada em 25 de novembro de 2011¹²⁷.

O depoimento acolhedor baseia-se em retirar o infante ou adolescente da sala de audiência habitual e acomodá-lo em uma sala especialmente preparada para a colheita do depoimento, garantindo o exercício da ampla defesa e do contraditório em se tratando de caso de acusação penal. Santos e Gonçalves referem que a experiência da tomada de depoimento de crianças é uma “[...] nova prática que vem emergindo em vários países do mundo”¹²⁸.

Cabe salientar que a relação interpessoal entre os referidos sujeitos valoriza o fato de que o entrevistado possui algum outro conhecimento em relação ao fato que o entrevistador não tem e, por essa razão, ele deve se inteirar da informação que, ao seu entendimento forense, se demonstre de extrema relevância, utilizando para isso técnicas para que se obtenham os fatos exatos e o mais completos possível¹²⁹. Por essa razão, a entrevista deve ser registrada em áudio e vídeo, permitindo o acesso de profissionais envolvidos na investigação à literalidade do depoimento.

Para a pedagoga Rosimery Medeiros, que atua como entrevistadora junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, o depoimento acolhedor “é uma

127 BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194%20> >. Acesso em: 15 maio 2018.

128 SANTOS, B., & GONÇALVES, I. **Depoimento sem medo (?): Culturas e práticas não revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes**. 2a ed. São Paulo: Childhood Brasil, 2009. Disponível em:< www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2013/10/DSM_Livro_portugues1.pdf Acesso em: 17 maio 2018. p. 15.

129 Idem. Ibidem.

técnica de conversação que não sugestiona ou manipula respostas, utilizando-se de estratégias que ampliem a quantidade e a qualidade das informações, aplicando alternativas éticas”¹³⁰.

Através de filmagem, os advogados, Promotores e Magistrados podem dialogar com o responsável pela obtenção do depoimento por meio de um ponto eletrônico. O Depoimento Especial é composto por três ambientes: uma sala para entrevista, uma sala para a coordenação de trabalhos técnicos e administrativos e outra para a realização da audiência¹³¹.

Portanto, o depoimento sem dano torna-se uma ferramenta a ser utilizada no processo judicial para coibir os erros do Poder Judiciário em condenar pessoas inocentes. Assim, a Psicologia Forense é um dos meios para se evitar erros processuais, principalmente, os que se referem à memória da criança¹³².

6.2.2 ENTREVISTA COGNITIVA

De acordo com Leandro Feix e Giovanni Pergher, “a entrevista cognitiva enfoca fortemente técnicas de comunicação e dinâmica social, além de outras [...], e é um procedimento em que os componentes cognitivos e de comunicação operam conjuntamente”¹³³.

Conforme Leandro Feix e Giovanni Pergher, a prática da entrevista cognitiva contém uma abordagem elaborada em cinco etapas: construção do *rapport*, recriação do contexto original, narrativa livre, questionamento e fechamento¹³⁴.

A entrevista cognitiva possibilita informações mais confiáveis a respeito do fato investigado, diminuindo os riscos de formações das falsas memórias. Ademais, “é uma poderosa ferramenta para minimizar um problema muito comum em situações

130 MEDEIROS, Rosimery. **OITIVAS DE CRIANÇAS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA A IMPORTÂNCIA(PARA A CRIANÇA) DO DEPOIMENTO ACOLHEDOR.** Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/1252286/1369266/17.+Oitivas+de+crian%C3%A7as+nos+Tribunais+de+Justi%C3%A7a.pdf/1ca10862-92c0-4014-9377-38674678344f>>. Acesso em: 17 maio 2018.

131 SANTOS, A. R., & COIMBRA, J. C. **O depoimento judicial de crianças e adolescentes entre apoio e inquirição.** Psicologia: Ciência e Profissão, 2017, 37(3), 595-607. Disponível em:<<https://doi.org/10.1590/1982-3703004032016>>. Acesso em: 09 maio 2018. p. 598.

132 Idem. Ibidem.

133 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 211.

134 Idem, p. 212.

de investigação e julgamento de casos contra a lei: a revitimização daqueles que prestam depoimentos”¹³⁵.

Assim, a técnica reduz a ocorrência de sugestibilidade por parte dos entrevistadores, já que eles são instruídos no sentido de evitarem a utilização de perguntas fechadas e que possam intervir de maneira tendenciosa durante a colheita do depoimento das crianças vítimas de estupro. Ademais, essa prática evita que a pessoa seja exposta às lembranças que lhe trazem sofrimentos, pois as condições cognitivas e psicológicas do depoente são respeitadas.

Logo, com a redução da quantidade de entrevistas reiteradamente, minimiza-se a influência da sugestibilidade, o que reduz significativamente a chance de ocorrer falsificação da memória, permitindo ter uma produção de prova testemunhal mais verdadeira.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todos os elementos e fatores citados, verifica-se a complexidade que existe na utilização da prova testemunhal em face de sua vulnerabilidade, principalmente no que se refere às questões inconscientes e/ou despercebidas, que acontecem no momento da memorização e da percepção da cena do crime pela vítima vulnerável. O que justifica a relevância e a própria escolha da questão problema do presente trabalho.

A prova oral colhida visa a trazer aos autos processuais informações de conhecimento do depoente, as quais resultam de sua capacidade de percepção, de retenção e de recordação. Contudo, a experiência forense tem demonstrado sua vulnerabilidade a inúmeras falhas, o que é confirmado pelos resultados de estudos efetuados no âmbito da Psicologia Cognitiva e do Testemunho referente à falibilidade da memória humana, afirmando que qualquer pessoa é capaz de cometer equívocos ao recordar um fato.

A recordação de um acontecimento traumático, as falhas da memória e a indução são requisitos necessários para a certificação das falsas memórias, suscetibilidade mnemônica que permite declarar ser provável recordar-nos de fatos

135 STEIN, Lilian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010. p. 223.

que nunca ocorreram. Isso devido a um processo interno de distorção ou uma informação falsamente sugerida, o que ocorre mais comumente.

Dessa forma, a falsificação da memória pode desacreditar totalmente a credibilidade do depoimento da vítima no crime de estupro de vulnerável, motivo pelo qual não há como o processo desconsiderar a realidade posta em questão. Diversas pesquisas têm provado ser possível impedir falhas nos depoimentos infantis, principalmente nos crimes de estupro, através da aplicação de determinados procedimentos de identificação e de inquirição. Esses procedimentos têm por finalidade reduzir a formação de falsas memórias, minimizar os prejuízos delas decorrentes e conceder maior certeza à prova oral colhida, como é o caso da Lei nº 13.431/2017, que entrou em vigor no dia 05 de abril de 2018.

Logo, o depoimento da vítima vulnerável tem por finalidade, no processo penal, reconstruir de forma aproximada, no presente, um delito praticado no passado, porém o processo penal estará comprometido se existir contaminação no depoimento com uma falsa memória.

Portanto, a ideia foi apresentar uma reflexão crítica sobre o depoimento da vítima vulnerável como prova no processo penal, pois há possibilidade de ocorrer uma falsificação mnemônica. Assim, não se objetiva desacreditá-la, mas demonstrar que ele não é suficiente para afastar o princípio constitucional da presunção de inocência, pois não utilizar os meios capazes de prevenir as falsas memórias fere as garantias intrínsecas que existem no devido processo legal.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Docentes da UFU: Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. 2007. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia 2007.

AVENA, Norberto. **Processo Penal: versão universitária**. São Paulo: Método, 2009.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. – 9.^a ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. Livro digital (E-pub).

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal** – 1. ed. – São Paulo: Editora Revistas dos Tribunais, 2003.

BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael, EYSENCK, Michael. **Memória**, Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BARBOSA, Cláudia. **Estudo Experimental sobre Emoção e Falsas Memórias**. 2002. 190f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. Tradução de J. Cretella Jr. E Agnes Cretella.

BENFICA, Francisco Silveira; VAZ, Márcia. **Medicina legal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal. IV**. 8 ed rev amp at. São Paulo: Saraiva, 2014.

BRASIL. **Apelação Crime Nº 70050498823, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 29/04/2014. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 09/05/2014. Disponível em: < www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 11 nov. 2017.

BRASIL. **Apelação Crime Nº 70071689194, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em:< www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **Apelação Crime Nº 70074853136, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS**, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 18/12/2017. Data de Publicação: **Diário da Justiça** do dia 19/01/2018. Disponível em:< www.tjrs.jus.br >. Acesso em: 29 jan. 2018.

BRASIL. **CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA**. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194%20> >. Acesso em: 15 maio 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, de 03 de outubro 1941. **Código Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm >. Acesso em: 12 dez. 2017.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março 2015. **Código Processo civil**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm >. Acesso em: 11 dez. 2017.

BRASIL. TJ-SP – **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0007568-23.2005.8.26.0348**, Relator: DES. Cardoso Perpétuo, Data do Julgamento: 09/09/2017, SP. Disponível em: < <https://www.tjsp.jus.br/> >. Acesso em: 06 maio. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal, volume 3, parte especial: dos crimes contra a dignidade sexual a dos crimes contra a administração pública (arts. 213 a 359-H)**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso De Processo Penal**. – 19. ed. – São Paulo: Saraiva, 2012.

DALGALARRONDO, Paulo. **Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais**. 2. ed. – Dados eletrônicos. – Porto Alegre: Artmed, 2008.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

FIORIN, Patrícia Lena. **Depoimento Especial de crianças e adolescentes vítimas de violência**. Disponível em: < <http://www.crp09.org.br/portal/images/noticias/2017/IIISEM JURIDICA/PatriciaLenaFiorin.pdf> >. Acesso em: 09 maio 2018.

FRANÇA. **Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão**. 1789. Disponível em: < http://escoladegestores.mec.gov.br/site/8-biblioteca/pdf/direitos_homem_cidadao.pdf >. Acesso em: 18 dez. 2017.

FRANÇA, Genival Veloso de. **Medicina legal**. 10. ed. - Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2015. Livro digital (E-pub).

FURNISS, Tilman. **Abuso sexual da criança: uma abordagem multidisciplinar, manejo, terapia e Intervenção legal integrados**. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993.

GAUER, Gustavo. *In*: OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

GRECO. Rogério. **Código Penal Comentado**. Niterói/Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2017.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao código penal, v. VIII**. São Paulo: Revista Forense, 1959.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado** – 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. Livro digital (E-pub).

MACHADO, Costa; organizador; AZEVEDO, David Teixeira de; coordenador. **Código Penal interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. – 7. ed. -Barueri. Manole, 2017.

MEDEIROS, Rosimery. **OITIVAS DE CRIANÇAS NOS TRIBUNAIS DE JUSTIÇA A IMPORTÂNCIA(PARA A CRIANÇA) DO DEPOIMENTO ACOLHEDOR**. Disponível em: < <http://www.tjpe.jus.br/documents/1252286/1369266/17.+Oitivas+de+crian%C3%A7as+nos+Tribunais+de+Justi%C3%A7a.pdf/1ca10862-92c0-4014-9377-38674678344f> >. Acesso em: 17 maio 2018.

MIRZA, Flávio. **Processo Justo: O Ônus da Prova à luz dos Princípios da Presunção de Inocência e do In Dubio Pro Reo**. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-v/processo-justo-o-onus-da-prova-a-luz-dos-principios-da-presuncao-de-inocencia-e-do-in-dubio-pro-reo> >. Acesso em: 12 dez. 2017

NASATO, Graziela. **Crimes contra a dignidade sexual: Alterações trazidas pela lei n. 12.015, de 7 de agosto de 2009**. Revista Jurídica – CCJ/FURB ISSN 1982, v.14, n° 27.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual**. 5. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Alcyr Alves. Et. al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

PISA, 2006, p. 15 *et seq.*, *apud*, LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

REIS, Jair Neves dos. **Investigação Médico-Legal de Crimes Sexuais**. Núcleo de Perícias Médico-Legais- RP. p.18 *et seq.* Disponível em: < <http://www.engqfor.com.br/docs/2016/09/D15-13.pdf> >. Acesso em: 10 nov. 2017.

REIS, M. A. B. M. N. **Docentes da Universidade de Lisboa: A memória do testemunho e a influência das emoções na recolha e preservação da Prova 2014**. 124 f. Dissertação (Doutorado em Ciências e Tecnologias da Saúde Especialidade em Desenvolvimento Humano e Social) – Faculdade de Medicina de Lisboa, Lisboa, 2014.

ROCHA, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. **Curso de direito processual penal**. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

ROMA. **Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm >. Acesso em: 03 jan. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SANTOS, A. R., & COIMBRA, J. C. **O depoimento judicial de crianças e adolescentes entre apoio e inquirição**. *Psicologia: Ciência e Profissão*, 2017, 37(3), 595-607. Disponível em: < <https://doi.org/10.1590/1982-3703004032016> >. Acesso em: 09 maio 2018.

SANTOS, B., & GONÇALVES, I. **Depoimento sem medo (?): Culturas e práticas não revitimizantes: uma cartografia das experiências de tomada de depoimento especial de crianças e adolescentes**. 2a ed. São Paulo: Childhood Brasil, 2009. Disponível em: < www.childhood.org.br/wp-content/uploads/2013/10/DSM_Livro_portugues1.pdf > Acesso em: 17 maio 2018.

SILVA, André do Eirado; et.al.. **Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças**. In: *Revista Mnemosine*, v. 2, n.2, jan. 2006.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUZA, Sérgio Ricardo de; SILVA, Willian. **Manual de Processo Penal Constitucional: Pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

STEIN, Lillian Milnitsky, et al. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

STERNBERG, Robert J.. **Psicologia cognitiva**. São Paulo: CENGAGE, 2012.

SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R.. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dal-maz, C.; Quillfeldt, J. A.. Porto Alegre: Artmed, 2003.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRINDADE, Jorge. **Manual da Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 8. ed. rev. Atual, e ampl. - Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2017.