

OÍTIVA DE MENORES NOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERAVEL DE ACORDO COM A LEI 13.431/2017, PROVAS CRIMINAIS E FALSAS MEMÓRIAS

*MINISTERS 'EVENT ON SEXUAL CRIMES AGAINST
VULNERABLE IN ACCORDANCE WITH LAW 13.431 /
2017, THE CRIMINAL AND FALSE MEMORIES*

Dirceu Pereira Siqueira¹

UniCESUMAR

Mariana Moreno do Amaral²

UniCESUMAR

Resumo

O texto consiste em analisar a prova penal, tendo como foco principal a prova testemunhal dentro dos processos de crime sexual contra pessoas vulneráveis. Para o desenvolvimento, foi utilizado o método dedutivo, pelo qual, partir-se-á da premissa que apenas a prova testemunhal, produzida através da oitiva inadequada da vítima menor ou ainda, produzida a partir da substituição do depoimento do infante pelo seu responsável, apta para o convencimento da entidade decidente, a qual, além de suprimir direitos fundamentais destes menores, podem

¹ Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru, Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto, Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), Professor Convitado do Programa do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State – EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br

² Mestranda em Direito pelo Centro Universitário Cesumar (UniCesumar); Advogada.

segregar direitos fundamentais do acusado. Essa credibilidade é colocada em xeque diante do fenômeno das falsas memórias, conforme será demonstrado no presente trabalho. A metodologia de abordagem, apoiou-se na legislação constitucional e infraconstitucional para a verificação de falhas existentes no depoimento testemunhal no que se refere à prova, na busca do conceito próximo da verdade real e influência na decisão do magistrado. Em razão da dispensa da oitiva da vítima menor ou a tomada de depoimento de forma imprópria, a Lei n. 13.431 de 4 de abril de 2017, normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima de violência, pautado na Doutrina da proteção Integral, criando mecanismos para prevenir e coibir a violência. Estudos recentes das áreas das ciências humanas tem contestado a força dos depoimentos das vítimas (prova testemunhal), principalmente em razão do fenômeno de falsas memórias. O STF tem aceitado a palavra da vítima de crime sexual para gerar condenação.

Palavras-chave

Processo Criminal. Prova Testemunhal. Oitiva de crianças. Falsas Memórias.

Abstract

The text consists of analyzing the criminal evidence, having as main focus the testimonial evidence within the processes of sexual crime against vulnerable people. For the development, the deductive method was used, from which it will be assumed from the premise that only the testimonial evidence, produced through the inadequate hearing of the minor victim or produced from the substitution of the infant's testimony by the person responsible, Capable of convincing the deciding entity, which, in addition to suppressing the fundamental rights of these minors, can segregate the fundamental rights of the accused. This credibility is put in check against the phenomenon of false memories, as will be demonstrated in the present work. The approach methodology was based on the constitutional and infraconstitutional legislation for the verification of existing flaws in the testimonial testimony regarding the evidence, in the search for the near concept of real truth and influence on the magistrate's decision. Due to the dismissal of the minor victim's plea or improper testimony, Law no. 13.431 of April 4, 2017, regulates and organizes the system of guaranteeing the rights of children and adolescents who are victims of violence, based on the Doctrine of Integral Protection, creating mechanisms to prevent and prevent violence. Recent studies in the areas of human sciences have challenged the strength of the testimonies of the victims (testimonial evidence), mainly because of the phenomenon of false memories. The STF has accepted the word of the sex crime victim to generate condemnation.

Keywords

Criminal process. Testimonial Test. Hear of children. False Memories.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como problemática a prova testemunhal sob a perspectiva da ocorrência do fenômeno chamado falsas memórias, especificadamente nos crimes contra a dignidade sexual de vulneráveis.,,

O tema é complexo e de fundamental relevância, na medida em que o Poder Judiciário lida constantemente com a prova testemunhal, sendo, notadamente a prova mais utilizada em nosso sistema penal brasileiro, sobretudo quando se trata de crimes desta espécie.

Reside aí o ponto nevrálgico do presente trabalho, tendo como objetivo analisar a se a oitiva da criança é realizada da forma correta, a fim de preservar seus direitos e garantias judiciais, explanando sobre o depoimento especial, normatizado pela Lei 13.431 sancionada em 04 de abril de 2017, sob o prisma da influência do fenômeno das falsas memórias nestes depoimentos, e quais consequências poderá gerar no convencimento do magistrado, uma vez que sua inadequada utilização poderá significar a suspensão de bens jurídicos supremos da ordem democrática constitucional.

Primeiramente discorreu-se brevemente sobre as provas penais, a fim de se fazer uma abordagem geral e introdutória, explicando para tal as classificações e os meios de prova, bem como os sistemas de avaliação, os princípios e como o juiz deve valorar tais provas.

Tratamos então de forma especial sobre a prova testemunhal, discorrendo sobre a testemunha e o quão falha esta pode se mostrar, já que é a reconstrução dos fatos sob o olhar e experiências pessoais de quem depõe. Ainda assim, é amplamente usada no âmbito processual, sendo responsável pela maior parte das condenações.

Principalmente nos crimes sexuais, importante se torna discorrer sobre a valoração da palavra da vítima, uma vez que é pacífico o entendimento de valora-la em detrimento das demais provas, dada as circunstâncias inerentes a este crime e sua natureza. E o caso se agrava quando o crime é perpetrado contra menor,

que muitas vezes não são ouvidos ou, se ouvidos, podem ser inquiridos de forma errada, o que pode propiciar a formação de falsas memórias e a supressão de seus direitos e garantias judiciais, consolidados em diplomas internacionais e na nova Lei 13.461/2017 que normatiza o depoimento especial.

Assim, realizou-se uma breve exposição sobre o funcionamento da memória e os principais fatores que levam ao surgimento das falsas memórias. Apesar de haver um longo período de estudos acerca deste tema, apenas recentemente passou a ser estudada na gestão de provas no processo penal, explicando-se como podem ser formadas, a partir da autosugestionabilidade ou de sugestionabilidade externa, finalizando com enfoque na psicologia do testemunho, através de identificações equivocadas quanto a falsas denúncias de abuso sexual de menores.

Para o desenvolvimento, foi utilizado o método dedutivo, pelo qual, partir-se-á da premissa que apenas a prova testemunhal, sobretudo nos crimes contra a dignidade sexual é apta para o convencimento da entidade decidente. Todavia, essa credibilidade será colocada em xeque diante do fenômeno das falsas memórias, conforme será demonstrado no presente artigo.

Como metodologia de abordagem, o trabalho apoiou-se em tratados e diplomas internacionais, bem como na legislação constitucional e infraconstitucional para a verificação de falhas existentes no depoimento testemunhal infantil no que se refere à prova, na busca do conceito da verdade real e influência na decisão do magistrado.

1 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

O processo penal é uma relação integrada de atos jurídicos que visam uma decisão final. Para tal é necessário o recolhimento de elementos através de atos de instrução, que em sentido amplo compreendem os atos probatórios e as alegações das partes, resultando na instrução probatória, para que o juiz chegue ao termo

final do processo, a fim de alcançar a verdade real³ e realizar a justiça.

Importante destacar que o tema em questão, referente à prova é o mais importante de toda ciência processual, uma vez que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. (CAPEZ, 2008) A palavra “prova” advém do latim *probatio*, do verbo *probare*, que significa examinar, persuadir, demonstrar.

O significado de prova, dentro do dicionário jurídico brasileiro é plurívoco, tendo os mais diversos significados, sendo conceituado como meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa. (RANGEL, 2014, p. 461)

Para tanto, importante à análise do conceito de prova, a começar pelos autores clássicos, segundo a lição de Carnelutti:

Provar significa uma atividade do espírito dirigida à verificação de um juízo. O que se prova é uma afirmação; quando se fala provar um fato, ocorre assim pela costumeira mudança entre a afirmação e o fato afirmado. Como os meios para a verificação são as razões, esta atividade se resume na contribuição de razões. Prova, como substantivo de provar é, pois, o procedimento dirigido para tal verificação. Mas as razões não podem estar no ar; com efeito, o raciocínio não atua a não ser partindo de um dado sensível, que constitui o fundamento da razão. Em linguagem figurada também estes fundamentos chamam-se provas; neste segundo

³ Insta explicar que para a doutrina mais moderna, a verdade real é uma verdade relativa, inalcançável. De acordo com Salah H. Khaled Jr., em seu livro *A Busca da Verdade no Processo Penal*, o autor sustenta que a verdade na melhor das hipóteses será contingencial e que a sentença condenatória somente poderá ser legitimada se as regras do devido processo legal tenham sido estritamente respeitadas, para que se reduza a possibilidade de danos decorrentes de condenações equivocadas. (KHALED JR., Salah H. *A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial*. São Paulo: Atlas, 2013.)

significado, prova não é um procedimento, mas um quid sensível enquanto serve para fundamentar uma razão. (CARNELUTTI, 2001, p. 495)

Assim, a prova servirá para formar a convicção do magistrado, a fim de se afirmar as alegações trazidas pelas partes. Corroborando, Chiovenda ensina que provar significa formar a convicção do juiz sobre a existência ou não de fatos relevantes no processo. Desta forma, consistem os procedimentos probatórios no conjunto das atividades necessárias a por o juiz em comunicação com os meios de prova ou a verificar a atentabilidade de uma prova. (CHIOVENDA, 2000, pp. 109-114)

Segundo Miguel Fenech, em sua obra *El Proceso Penal*, provar é produzir um estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para a convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo. (FENECH, 1982, p. 107)

Além de formar a convicção da entidade discente, as provas têm como finalidade o seu convencimento, ou seja, são necessárias para provar a existência ou não de fatos relevantes, bem como provar sua veracidade.

Ainda, as provas são um conjunto de atos praticados pelas partes, por terceiros (testemunhas, peritos etc.) e até pelo juiz para averiguar a verdade e formar a convicção deste último (MIRABETE, 2006, p. 249)

Ademais é o instrumento usado pelos sujeitos processuais para comprovar os fatos da causa, isto é, aquelas alegações que são deduzidas pelas partes como fundamento para o exercício da tutela jurisdicional (MOUGENOT, 2014, p. 367)

De acordo com Paulo Rangel, o principal destinatário da prova é o juiz; porem não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial como justa (RANGEL, 2014, p. 462)

Desta forma, prova pode ser entendida como a atividade realizada pelas partes, com intuito de demonstrar a veracidade de suas alegações, assim como ser meio ou instrumento utilizado para a demonstração da verdade da existência de um fato, como um documento ou um atestado, e, por fim, a convicção que surge no espírito de seu destinatário.

Segundo Germano Marques da Silva, a terminologia legal e doutrinária acerca da prova não é unívoca, tendo um tem tríplice significado: Prova como atividade probatória através de atos ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do magistrado sobre a existência ou não de determinada situação; Prova como resultado a partir da convicção da entidade decidente formada no processo; e Prova como meio para formar aquela convicção. (SILVA, 1990, pp. 93-96)

Portanto a finalidade da prova é influenciar no convencimento do julgador, permitindo que conheça o conjunto sobre os quais fará incidir a norma jurídica. Conforme expressa Mongenot:

A prova tem como finalidade permitir que o julgador conheça os fatos sobre os quais fará incidir o direito. Esse aliás, o objetivo primordial do chamado processo de conhecimento, no âmbito do qual a parte mais substancial dos atos é voltada à instrução – a produção de provas, a fim de iluminar o espírito do julgador e permitir a ele exercer o poder jurisdicional. Por conta disso, “a prova foi chamada de ‘alma do processo’ (Mascardo), ‘sombra que acompanha o corpo’ (Romagnosi), ‘ponto luminoso’ (Carmagnani), ‘pedra fundamental’, ‘centro de gravidade’ (Brusa) (MOUGENOT, 2014, p. 368)

Em suma, nas palavras de Antonio Magalhães Gomes Filho, os mecanismos probatórios servirão para formar o convencimento do magistrado, e concomitantemente, justificam perante o corpo social a decisão adotada. Em outras palavras, além

de ser um procedimento cognitivo, é também um fenômeno psicossocial. (LIMA, 2003, p. 21)

Desta forma, são admitidos conforme o artigo 332 do Código de Processo Penal: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Meio de prova é todo fato, documento ou alegação que possa servir, direta ou indiretamente, à busca da verdade real dentro do processo. (MOUGENOT, 2014, p. 308)

Segundo Malatesta, as provas podem ser testemunhal, produzidas através de declaração oral ou escrita, sendo produzidas pelo ofendido, acusado e testemunhas do fato. A prova documental é a verificação da pessoa na forma escrita ou mesmo na outra materialidade permanente, desde que não seja produzida oralmente, ou seja, são os documentos escritos ou gravados como cartas e fotos. Prova material por fim, trata-se da verificação de coisa na materialidade de suas formas que pose ser qualquer materialidade que sirva para embasar o convencimento do julgador, como exames periciais do local e de corpo de delito. (MALATESTA, 1997)

Desta forma, o juiz é obrigado fundamentar sua decisão com as razões que o convenceu, demonstrando as partes que sua convicção foi auferida do material probatório constante nos autos, bem como os motivos, a fim de garantir flexibilidade aos julgamentos, evitando situações manifestamente injustas ensejadas pela adoção cega do sistema da prova legal, sem, por outro lado, recair no excessivo arbítrio concedido aos juízes pelo sistema do livre convencimento absoluto, permitindo um controle objetivo sobre a legalidade das decisões. (MOUGENOT, 2014, p. 324)

Cabe frisar que as provas não tem valor predeterminado, nem peso legal. Cada fato e circunstancia será apreciado pelo juiz de acordo com o contexto das provas apresentadas, segundo o entendimento e interpretação do julgador. Assim, deverá o juiz,

apenas respeitar o artigo 155 do CPP⁴, formando sua convicção a partir das provas produzidas em contraditório judicial, vedado a sua decisão fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No campo da valoração das provas, uma vez admitida à prova, o julgador a valorará integralmente de acordo com a sua consciência. Logo, para que não corra o risco de ficar absolutamente ao critério de seu livre convencimento, ensina Malatesta que só se pode concretamente apreciar uma prova, avaliando a credibilidade subjetiva e formal e sua conclusão objetiva: somente em consequências dessa dupla avaliação, pode-se chegar a determinar em concreto o valor de determinada prova. (MALATESTA, 1997)

Neste liame, das provas produzidas, a serem valoradas pelo juiz, a que encontramos maiores especificidades, com maior probabilidade de contradições e erros é a prova testemunhal, que serão tratadas a seguir.

2 PROVA TESTEMUNHAL

A palavra testemunhar origina-se do latim *testari*, que significa confirmar, mostrar. A prova testemunhal, apesar de ser uma das provas mais importantes do processo, é chamada de “a prostituta das provas”, pois geralmente, contém muito de seu emocional, uma vez que a testemunha fala sobre fatos caídos sob seus sentidos e percepções.

A testemunha depõe sobre um fato passado, ou seja, sobre um *thema probandum*. Nele, irá transmitir suas percepções sensoriais, captadas no mundo exterior ao processo. Camargo Aranha define como todo homem, estranho ao feito e equidistante

⁴ Art. 155, CP: 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 antecipadas.

às partes, capaz de depor, chamado ao processo para falar sobre os fatos caídos sobre os seus sentidos e relativo ao objeto de litígio. (CAMARGO ARANHA, 1999, p. 140)

A testemunha deverá ser objetiva e depor sobre fatos concernentes a causa, não podendo exprimir juízo de valor, exatamente por que depõe a partir de suas apreciações pessoais, consoante o art. 213 do CPP. (LIMA, 2003, p. 135)

Dentre as diversas classificações das testemunhas, o testemunho pode ser direto e indireto. No primeiro caso, temos o testemunho da pessoa que presenciou o fato (de visu), e, no segundo, daquele que “ouviu dizer”, ou seja, tomou conhecimento do fato por terceiros. (LIMA, 2003, p. 135)

Assim, a prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, tem valor extraordinário, uma vez que apenas em hipóteses excepcionais, as infrações são provadas com outros meios de prova. Em geral, as infrações são provadas em juízo, através de pessoas que presenciaram o fato ou dele tiveram conhecimento.

À vista disso, a prova testemunhal torna-se uma necessidade. Explica Vitorino Prata Castelo Branco, a fim de analisar a veracidade das informações colhidas por testemunhas, uma experiência realizada por Afrânio Peixoto, em que durante uma aula, quando abrindo-se uma porta, nela apareceu, por alguns momentos, um estudante de cara pintada e vestido exoticamente, sendo em seguida, atribuída à classe o exercício de descrever, por escrito, o que todos viram. Recolhidas as provas, comparadas, verificou-se entre as mesmas diferenças enormes, algumas antagônicas, demonstrando quanto é falho o testemunho humano. (BRANCO, 1973, p. 258)

De acordo com Vitorino Prata Castelo Branco, provas testemunhais, por sua vez são as mais fracas de todas, embora o processo lhes de muita consideração. Como em qualquer outro meio de prova, a testemunhal é relativa. Em alguns casos deverá ser colhida com reservas, seja em razão de uma anomalia psíquica, defeito sensorial ou imaturidade. E são fracas, nem sempre pela má-fé das testemunhas, mas pela ineficiência natural dos sentidos, especialmente quando não alcançaram pleno desenvolvimento

(testemunhos de menores), ou já ultrapassaram a idade da vivacidade intelectual (testemunhos dos velhos), ou ainda por deficiência de saúde quando a testemunha altera, aumenta, fantasia o que viu ou pensou ter visto (testemunhos histéricos e mitômanos). (BRANCO, 1973, p. 423)

Malatesta assevera ainda que é inidôneo testemunhar o infante, entendendo a palavra em seu rigor etimológico, no sentido de que não fala com bom senso. (MALATESTA, 1997, p. 342) Corroborando com a posição, de acordo com Gustavo Noronha de Ávila, em especial, sobre o testemunho infantil, pois são passíveis de maior influência psicológica e moralmente, sendo ainda o infante tendente à imaginação fértil e a inocentes mentiras deve ser visto com a necessária e prudente reserva. (MALATESTA, 1997, p. 141)

Além os critérios explanados, outro critério importante funda-se no interesse pessoal que a testemunha tenha em relação ao desenvolvimento ou resultado final da causa. Por este prisma, tem-se então as testemunhas que podem ser consideradas suspeitas, ou seja, aquela que, por motivos físicos, psíquicos ou morais, presume-se não dizer a verdade, e, assim, seja por amizade íntima com o acusado, seja por relações de afeição ou inimizade e ódio, seu testemunho perde em valor probatório. (LIMA, 2003, p. 141)

Na verdade existe a presunção de que aquele que depõe perante a justiça irá transmitir a verdade sobre os fatos, mas, consoante alerta Xavier de Aquino, não podemos olvidar que a vida cotidiana nos tem ensinado que o homem, não raro, percorre os caminhos obscuros da mentira, seja consciente ou inconscientemente. (AQUINO, 2003, p. 132)

Corroborando, Malatesta afirma que todas as vezes que, numa condição pessoal, encontre-se a revelação da perda ou fraqueza do senso moral, isto é, a revelação da perda ou fraqueza daquele obstáculo que Deus colocou na consciência humana, contra mentira... ter-se-á legítima razão de suspeitar no testemunho uma possível vontade de enganar, a propósito de tudo e todos. (MALATESTA, 1997, p. 352)

Destarte, inescusável torna-se a análise da pessoa da testemunha e de sua condição pessoal, pois se a testemunha advém de um conflito anterior com as partes, certamente encontrar-se-á em uma condição com perda ou fraqueza de seu senso moral. A situação se agrava quando se trata de crime sexual, pois, a testemunha, ainda que tenha motivos para ser considerada suspeita, dificilmente seu testemunho perderá valor probatório, em razão da natureza do crime.

O ambiente judicial e a colheita das provas orais também contribuem para tal insegurança, uma vez que diversos fatores podem influenciar no testemunho, fazendo com que não seja totalmente fidedigno para com a realidade:

A questão das imperfeições das provas orais colhidas durante a instrução processual, afirma que as partes envolvidas num episódio criminal tendem a ter sua capacidade de senso-percepção prejudicada pela emoção, pelo tipo de relacionamento com as partes, pela maneira de olhar o mundo, pelas crenças irracionais que adotam, enfim, por uma série de empecilhos que dificultam a apreensão da verdade dos fatos na sua pureza objetiva. O ambiente do tribunal também gera tensões emocionais nos depoentes, que, com frequência, sofrem bloqueios e terminam dizendo coisas que nem estavam na sua intenção de dizer nem guardam correspondência com a verdade do que se passou. (THOMPSON, 2007, p. 87)

Desta forma, o valor probatório é de escassa consistência. Isso porque, o subjetivismo inerente à prova em questão contamina sua eficácia. Entretanto, por sua força impressionística, mesmo diante das comprovadas falhas desse meio de prova, os juízes continuam a ser influenciados pela identificação positiva realizada pela testemunha, ainda que tais resultados equivalham a uma pacífica indicação de culpa. (LOPES, 2011, pp. 6-7)

À vista disto, clara está a necessidade de examinar com o devido cuidado e cautela todos os fatores que norteiam a prova

testemunhal e não apenas se deixar influenciar pelo relato das testemunhas como se fossem uma verdade absoluta, sendo necessário avaliar através de critérios objetivos seguros para se afirmar que uma tese judicial é verdadeira a fim de tentar alcançar a tão almejada verdade processual.

Todavia, em casos em que há valoração incondicional da palavra da vítima em relação às demais provas, veremos que o resultado deste processo poderá significar uma condenação, não pautada nos princípios constitucionais consolidados, mais sim, pautada em um sistema de arbitrariedade.

3 DA OITIVA DA VÍTIMA MENOR E DA VALORAÇÃO DA PALAVRA DA VÍTIMA NOS CRIMES SEXUAIS

Nos crimes de cunho sexual, há uma tendência em aceitar-se a palavra da vítima, com maior valoração em relação ao *minus* probatório, uma vez que via de regra, tais delitos são praticados na clandestinidade, em lugares ermos, onde não se fazem presentes testemunhas oculares.

Em razão disso por serem considerados delitos clandestinos *qui clam committit solent* – que se cometem longe dos olhares de testemunhas - a palavra da vítima é de valor extraordinário, (TOURINHO FILHO, 2009, p. 314) verificáveis através de decisões datadas desde o ano de 1950 no STF.

Mas, de acordo com José Guilherme de Souza, para que ele atinja o verdadeiro objetivo, que é a busca da verdade, independentemente do alvo, que se pode dizer subalterno, que é a condenação do acusado em si – já que é de clareza solar que não se deve, nem se pode, obter a condenação de alguém laborando contra os mais elementares princípios informadores da verdade real - é preciso que extraia, dessa vítima mesma, como já perorava Calamandrei, “qualquer gota preciosa de verdade”. (SOUZA, 1998, p. 124)

Não deverá o julgador analisar a palavra da vítima isoladamente, mas sim, deverá ser relativizada em relação a outras provas. Não seria demais afirmar que tornou-se uma espécie de

truísmo (isto é, uma verdade trivial, tão evidente que não tem necessidade de ser enunciada) a concepção de que a palavra da vítima vale mais do que a palavra do vitimizador (do acusado). Mais do que um truísmo, porém, já de per si perigoso, o que se pode dizer é semelhante à concepção adquiriu foros de falácia, isto é, aquela afirmação que passa invariavelmente por verdadeira, sem sê-lo; um sofisma. Melhor seria dizer, portanto, que o valor, ou conteúdo de veracidade, daquela afirmação, deve ser sempre relativizado, conforme o contexto que se encontre. (SOUZA, 1998, p. 103)

É evidente a importância significativa a palavra da vítima, em razão da busca de uma decisão judicial justa em razão da natureza do crime sexual. Porém, deve ela ser entendida e valorada tanto para afirmar, quanto para negar a existência de suporte fático do delito sexual, ou seja, a credibilidade que mereça a ofendida e o cortejamento de sua versão com as demais provas dos autos é que vão dar a justa medida para a decisão judicial. (MESTIERI, 1991, p. 77)

Destarte, o que ocorre no Processo Penal, quando se trata de crimes sexuais, é um verdadeiro conflito de versões entre vítima e acusado. A palavra da vítima pode-se, em alguns casos não ser dotada de certezas e verossimilhança, pois muitas vezes suas declarações não correspondem fielmente com a verdade dos fatos, exatamente por se tratar de crimes que não possuem, salvo raras ocasiões testemunhas. (SOUZA, 1998, p. 104)

Desta forma, deve ser o testemunho analisado atentamente pelo agente público que o recebe, em especial pelo julgador que recebe os autos, de forma neutra, porém crítica:

Um delegado de polícia ou um promotor de justiça dificilmente se darão conta de circunstâncias tão sutis, pelo fato de situarem, habitualmente, na ponta da “acusação”. Eles procuram, um apurar originalmente, e o outro denunciar e provocar a apuração do juiz sobre os fatos.

Partem, para isto, de estereótipos em que a palavra da vítima e a sua conduta *ante facto* costumam se apresentar inatacáveis. Cabe ao juiz, destarte, um papel marcadamente neutro, mas ao mesmo tempo agudamente crítico, no desenvolvimento da apuração desses fatos. Essa neutralidade, todavia, que tem a ver com equilíbrio e equidistância de preconceitos e estereótipos psicosexuais, precisa fazer-se acompanhar de um instrumental crítico necessário e suficiente a apuração dos fatos com a limpidez e transparência indispensáveis a um processo judicial (que, infelizmente, na prática nem sempre se caracteriza por esses predicados), característicos esses que inevitavelmente se refletirão na sentença. (SOUZA, 1998, pp. 105-106)

Nos crimes praticados contra crianças, há ainda o conflito existente entre as declarações do infante (quando ouvidas pelo juiz), declarações de seu responsável, sendo na maior parte das vezes relatos apenas da genitora e do ofendido. O crime previsto no artigo 217-A, *caput*, do Código Penal, trazido pelo advento da Lei n. 12.015/09 ao Título VI do Código Penal, no qual o legislador buscou realizar diversas modificações, a fim de garantir maior proteção à pessoa humana em desenvolvimento, com foco a proteção integral da dignidade sexual da pessoa humana. (CAPANO, 2009)

Em que pese, a da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, provada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1959 em seu art. 1º, considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, em nosso

Ordenamento jurídico o ECA, no seu art. 2º, *caput*⁵, trata sobre a pessoa, considerando ser criança até 12 anos de idade incompletos, porém, pretendeu o legislador, com o tipo penal do crime de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP), conferir proteção expressa a pessoa menor de 14 anos.

Traçando uma relação entre as legislações infraconstitucionais brasileiras, percebe-se que houve intenção do legislador em trazer um conceito mais abrangente em relação a idade. Com égide na lição de Ferrajoli, conclui-se que a extensão ou denotação de um termo está determinada por sua intenção ou conotação (FERRAJOLI, 2006), estendendo o legislador, a idade por entender que ainda não tenham o necessário discernimento para a prática do ato sexual, bem os que, por doença mental ou enfermidade também não possuam.

Porém a problemática reside na oitiva da criança vítima ou testemunha do crime sexual. Numa tentativa de emitir medidas especiais de proteção aos menores, certas hipóteses interpretativas são aplicadas as quais tendem ao enfraquecimento das garantias judiciais destes, em razão da capacidade reduzida que se encontram por estarem em desenvolvimento, resultando na dispensa ou substituição de suas declarações pelo de seus responsáveis.

Com a aprovação da Convenção Internacional sobre os Direitos das Crianças em 1989, pela Organização das Nações Unidas (ONU), promulgado pelo Brasil em 1990, instaurou-se um novo paradigma de proteção dos direitos das crianças, haja vista ter sido acolhida a Doutrina da Proteção Integral, ou seja, a criança é sujeito de direito, e não um mero objeto de proteção deste:

“A criança gozará de proteção especial e disporá de oportunidade e serviços, a serem estabelecidos em lei por outros meios, de modo que possa desenvolver-se física, mental, moral, espiritual e

⁵ **Art. 2º, do ECA:** Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

socialmente de forma saudável e normal, assim como em condições de liberdade e dignidade. Ao promulgar leis com este fim, a consideração fundamental a que se atenderá será o interesse superior da criança.” (ONU 1959, on-line)

Ainda no art. 3° da Convenção sobre os Direitos da Criança, engloba o desenvolvimento e o pleno exercício de seus direitos, sendo um dever a sua oitiva. Corroborando com o entendimento, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, constatou na Opinião Consultiva 17/2002 que deve ser aplicado o Princípio da Igualdade - art. 24 da Convenção - não impede um tratamento diferenciado dado às crianças por algumas normas (tratamento especial), já que estas necessitam deste tratamento em razão da situação de vulnerabilidade que distingue as crianças de outros sujeitos.

Trata-se de uma garantia que almeja promover o direito das crianças, uma vez que a noção de igualdade segue diretamente a noção de unidade e de humanidade, a qual é de natureza inseparável da dignidade essencial da pessoa, considerando inaceitável que as disparidades de tratamento entre os seres humanos não corresponda com sua natureza única e idêntica.

Assim, os Tribunais de Justiça e operadores do Direito devem-se pautar na Legislação Pátria e na legislação infraconstitucionais para a correta oitiva da criança. Não obstante, existem mecanismos criados como forma de auxiliar essa correta oitiva. O estado do Paraná formulou uma Cartilha do Poder Judiciário do Paraná sobre Risco, Violência e acolhimento de crianças e adolescentes no ECA em 2012, com o intuito de estabelecer uma política de atendimento que assegure à Criança e ao Adolescente seus direitos fundamentais.

A cartilha define o Direito da Infância e Adolescência em um ramo constituído a partir da Constituição de 1988, inspirado na Doutrina da Proteção Integral da Convenção Internacional dos Direitos da Criança (ONU, 1989) e regulamentado por lei específica - ECA, com fundamento em direitos especiais e específicos no reconhecimento da Criança e Adolescente como Sujeitos de Direi-

tos, em razão da sua condição peculiar de pessoas em desenvolvimento (CF, Art. 227 e ECA, Arts. 1º e 100, § único, inciso III).

Organizada pelas Organizações Childhood Brasil, UNICEF e a Universidade Católica de Brasília, foi formulado um compilado de artigos com o objetivo de ser material de referência para profissionais em escuta especializada de Crianças e Adolescentes, incluindo o Depoimento Especial no ano de 2014.

Traz princípios e diretrizes ancorados na normativa internacional, escora-se na Convenção sobre os Direitos da criança (ONU, 1989), de acordo com seu art. 12, no qual oferece bases legais ao direito da criança de ser ouvida em juízo e de sua opinião ser levada em consideração. E Resolução n. 20/2005 do UN Economic and Social Council (Ecosoc, Conselho Econômico e Social das Nações Unidas), delimitando parâmetros internacionais para a aplicação de metodologias em processos de investigação de crimes de violência sexual dos quais tenham sido vítimas ou testemunhas.

Recentemente foi sancionada a Lei n. 13.431 de 4 de abril de 2017, a qual normatiza e organiza o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, cria mecanismos para prevenir e coibir a violência, nos termos do Art. 227 da CF, da Convenção sobre os Direitos da Criança e seus protocolos adicionais, da Resolução nº 20/2005 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas e de outros diplomas internacionais, e estabelece medidas de assistência e proteção à criança e ao adolescente em situação de violência e regula o depoimento especial.

Desta forma, ao ouvir a criança vítima de abuso sexual, devem ser observadas todas as normas do devido processo legal, tais como a do juiz natural e imparcial, o duplo grau de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, e, se possível, a participação direta do mesmo no processo.

Todavia, não estando sujeitos ao juramento formal e obrigação de dizerem a verdade, vitimizador e vítima podem dar suas respectivas versões, tendo como única sanção a confutação de suas versões.

Assim, explica Antonio Scarance Fernandes, que a vítima não pode ser equiparada a testemunha. A testemunha não tem nenhuma relação jurídica com o acusado, nem interesse direto na solução do feito, enquanto a vítima importa o resultado da causa. O ofendido quer geralmente a punição do agente, seja pelo simples fato de ter sofrido o crime e desejar vê-lo reparado com a condenação, seja por outros motivos. (FERNANDES, 1995, p. 253)

No caso de abusos sexuais infantis, no qual geralmente é o seu responsável que leva ao conhecimento das autoridades o abuso, além da palavra da vítima, a palavra deste responsável tem extremo valor. Porém esses depoimentos podem vir recheados de fantasias, criadas pelas próprias crianças ou suggestionados por adultos.

A cautela se faz necessária em relação ao depoimento infantil, devendo ser manuseado por profissionais competentes e preparados para tal. Destarte, por ser volátil e por serem as crianças e adultos supetíveis a influencias externas que podem comprometer todo depoimento, deve-se ter maior cuidado ao aceitar a palavra da vítima, com valor probatório maior para gerar condenações, que claramente ferem princípios constitucionais como o *in dubio pro réu*, pois neste caso, ainda que haja duvida, diante do valor probatório de escassa consistência, o depoimento da vítima ou testemunha é suficiente para sua condenação.

No nosso ordenamento jurídico, os crimes contra a dignidade sexual tem altas penas. O estupro tem pena de reclusão de 6 a 10 anos; quando perpetrado contra vulnerável, tem-se a pena de reclusão de 8 a 15 anos, ou seja, condenado, o acusado cumprirá sua pena no regime fechado. Portanto, para a condenação nestes casos, dever-se-ia exigir grau de certeza tão alto quanto sua pena.

4 FALSAS MEMORIAS

Como analisado anteriormente, nas situações que envolvem abuso sexual, em razão de poucas ou da total ausência de evidencias materiais, a prova testemunhal acaba sendo a prova mais robusta utilizada.

Assim sendo, olhando este viés, a prova que a justiça dispõe, portanto, é a memória, ou seja, as lembranças armazenadas pela testemunha, colhidas através de seus depoimentos, sobre os fatos.

Para entendermos sobre as falsas memórias, primeiramente é necessário entender o que é memória. A memória pode ser vista como um fenômeno biológico fundamental e extremamente complexo, sendo um dos grandes enigmas da natureza. Assim dificilmente se estabelecerá exatamente o que é memória, mas apenas possíveis olhares sobre o tema.

Seu estudo é interdisciplinar, uma vez que abrange diversas áreas como a psicologia, a neurologia, psiquiatria, biologia molecular, genética, neuroanatomia, filosofia, entre outras áreas. (ÁVILA, 2013, p. 80)

Assim, podemos dizer que:

O cérebro humano tem cem bilhões de neurônios, e boa parte deles é capaz de formar, armazenar e evocar memórias. Em princípio, a ‘capacidade instalada’ é enorme. Cada neurônio faz sinapse com milhares de outros. Mas nem todos os neurônios estão envolvidos no processamento de memórias, inclusive inibem a formação ou a evocação de memórias, e um número muito grande de neurônios, incluindo os do hipocampo e de várias regiões corticais (pré-frontal, frontal, temporal, parietal), que se especializam justamente na formação e evocação de memórias, esta constantemente submetido aos efeitos moduladores de vias nervosas vinculadas com o nível de alerta, com as emoções, os sentimentos e os estados de ânimo.⁶ O cérebro reúne percepções pela interação simultânea de conceitos inteiros,

⁶ IZQUIERDO, Ivan. *Questões sobre a memória*. São Leopoldo: Unisinos, 2004, p. 51 *apud* ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

imagens inteiras. Em vez de usar a lógica predicativa de um computador, de um chip, o cérebro é um processador analógico, o que significa, essencialmente, que ele funciona por analogia e metáfora. Relaciona conceitos completos uns com os outros e procura estabelecer as semelhanças entre eles. Não procede a montagem de pensamentos e sentimentos a partir de pequenos fragmentos de dados. (RATHEY, 2013, p. 83)

Somente é possível no conhecer porque podemos recordar. A memória é a força centrípeta que congrega aprendizagem, entendimento e consciência. (ÁVILA, 2013, pp. 82-83) Com tal característica, a memória só se formará quando solicitada, através de fragmentos que são armazenados em diferentes redes de neurônios. Quando evocamos uma lembrança, todos os fragmentos são reunidos.

O Sistema Nervoso Central armazena traços de informações que serão usados para reconstruir memórias, nem sempre representando um quadro fiel ao que foi vivenciado no passado. (PERES, MERCANTE, & NASELLO, 2013, p. 103) Neste liame, muita coisa é esquecida ou perdida, portanto somos também o que esquecemos. Nenhuma memória é perfeita, com reconstrução perfeita dos fatos, como se um filme fosse.

Assim, para lembrar-se 'do que' aconteceu, a pessoa precisa frequentemente tentar colocar o acontecido no seu tempo e lugar, isto é, contextualizá-la no tempo e espaço. (TULVING, 2013, p. 88) E é em razão da contextualização e esquecimento que, quando solicitado que relembremos o que aconteceu no ano anterior ou no dia de ontem é que podemos fazê-lo em poucos minutos.

As normas consagradas em nosso ordenamento não levam em conta os efeitos distratores do testemunho, ou seja, relatividade do percebido, curva de esquecimento, pseudorecordações, sugestionabilidade, etc, residindo aí, alguns dos pontos críticos sobre a prova testemunhal.

Seus reflexos se revelam na composição do conteúdo probatório, pois na maior parte das vezes, estão recheados de contradições, uma vez que são colhidos anos depois do crime, exigindo-se que o faça de forma detalhada.

Destarte, olhando por este prisma, pode-se supor então, que o legislador considerou que todas as testemunhas seriam possíveis portadores da síndrome de hiperamnésia.⁷ Porém o ponto nevrálgico, em relação à questão da memória e o papel da testemunha no procedimento e no processo penal é em relação chamadas falsas memórias. Elas consistem em recordações de situações que na verdade nunca ocorreram. (ÁVILA, 2013)

As falsas memórias referem-se a uma gama de fenômenos que têm sido observados tanto em pesquisas experimentais, não apenas no âmbito da psicoterapia, como também na área jurídica, bem como em outras situações do cotidiano.

Os estudos científicos na área de falsas memória foram influenciados e incentivados a partir de questões relacionadas às habilidades de crianças e adultos relatar fidedignamente os fatos vividos, tanto nos casos de abuso sexual, quanto nos de contravenções penais. (STEIN & PERGHER, 2001). A fim de ilustrar como podem ser criadas as falsas memórias, uma situação é citada por Neufeld, Brust e Stein:

Uma jovem americana que perde sua mãe afogada na piscina de casa aos 14 anos. Passados 30 anos, um tio comenta, em uma reunião de família, que a

⁷ A síndrome da hiperamnésia consiste em uma inflação de memórias possíveis de ser invocadas. Jil Price, uma das únicas pessoas no mundo diagnosticadas, nos explica que: “Sou portadora do primeiro caso diagnosticado de um distúrbio da memória que os cientistas denominam síndrome de hipermemória – a lembrança autobiográfica contínua e automática de cada dia de minha vida desde os meus catorze anos. Minha memória começou a se tornar horrivelmente completa em 1974, quando eu tinha oito anos. A partir de 1980, é quase perfeita. Diga uma data daquele ano em diante que eu direi instantaneamente qual dia da semana foi, o que fiz naquele dia e quaisquer acontecimentos importantes ocorreram – ou até acontecimentos menores – contando que tenha ouvido falar deles naquele dia” (PRICE, 2013, pp. 51-52)

jovem foi a primeira a encontrar a mãe boiando na piscina. A partir deste momento, ela passa a lembrar vividamente da impactante cena que teria presenciado. Alguns dias depois, ela recebe um telefonema do irmão, desculpando-se pelo tio, informando que ele havia se confundido e que, na realidade, que encontrou a mãe na piscina fora sua tia. A jovem em questão é hoje uma renomada pesquisadora na área de falsas memórias, chamada Elizabeth Loftus. (NEUFELD, BRUST, & STEIN, 2013, p. 112)

As falsas memórias podem ser geradas espontaneamente, sendo autosugeridas, como resultado do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas ou podem ser implantadas ou sugestionadas, a partir de sugestões externas, de forma acidental ou deliberada, de uma informação falsa, a qual não fez parte da experiência vivida pela pessoa. A pessoa passa a recordar de fatos como se tivessem sido realmente vividos, quando, na verdade, estes fatos foram-lhe sugeridos. (STEIN & PERGHER, 2001)

Portanto, as falsas memórias podem ser formadas a partir de acontecimentos passados na vida de uma pessoa, quando sugeridas por alguém de extensa familiaridade com o indivíduo. Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade para os indivíduos que as lembram. (BARBOSA, 2002, p. 26)

O efeito da sugestionabilidade pode ser definido como uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior à ocorrência do evento original. (GUDJONSSON & CLARK, 2013, p. 114) Ou seja, dentro de um contexto de relação interpessoal, a sugestionabilidade seria a aceitação de mensagens que lhe são comunicadas durante uma entrevista, e como consequência alteram seu comportamento e/ou resposta.

A sugestionabilidade interrogativa refere-se à aceitação de sugestões, podendo representar uma vulnerabilidade psicológica durante uma entrevista policial. Isto pode ocorrer durante a

entrevista de duas maneiras: a aceitação de informação falsa e sensibilidade à pressão interrogatória do entrevistador. (GUDJONSSON & CLARK, 2013, p. 115)

Na busca da compreensão da sugestionabilidade, tem sido estudada a sua relação com variáveis, como idade, sexo, transtornos de conduta, inteligência, memória, autoestima e aquiescência, entre outras. (GUDJONSSON & CLARK, 2013, p. 119) Em relação às crianças, esses estudos mostram que a sugestionabilidade declina durante os anos pré-escolares, associando-se esta diminuição a processos como a memória e a habilidade na linguagem. (WELCH-ROSS, DIECIDUE, & S.A., 2013, p. 120)

O que deve-se procurar no abusado não é a memória explícita e declarativa, onde está incluída a memória do episódio. O ponto nevrálgico e revelador é a memória procedural ou implícita. Este domínio da memória não necessita nem envolve atenção focal, que fica muito comprometida no momento do trauma, segundo Milner, squire e Kandel (1998). Essa é a memória que demonstrará se o abuso ocorreu através dos sintomas e da nova estrutura da mente da criança-vítima. (FERREIRA, 2010, p. 98)

Pode-se verificar que todos estão sujeitos a sugestionabilidade. De forma tímida, o Tribunal do Rio Grande do Sul, Paraíba, Minas Gerais e Rio de Janeiro reconheceram a ocorrência das falsas memórias:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TÉCNICAS DE AFERIÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS SUAS DECLARAÇÕES. FALSAS MEMÓRIAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à materialidade e autoria do crime de estupro de vulnerável, tendo em vista o robusto conjunto probatório coligido, de onde se destaca, em particular, os relatos da vítima e de seu irmão. No que toca às declarações da vítima, constata-se que o depoimento prestado em juízo e aquele dado durante a investigação preliminar, mais especificamente na perícia psiquiátrica, são coerentes, harmônicos e ausentes de vícios entre si.

No caso dos autos, não obstante teórica e potencialmente presentes as causas mais comuns para a criação (ou potencialização) de falsas memórias, sejam elas espontâneas - internas ao sujeito - ou sugeridas - externas ao sujeito -, como a) a não utilização da melhor técnica, em juízo, para colher o depoimento da vítima, tendo, inclusive, a entrevistadora incorridos nos erros mais comuns neste tipo de entrevista (depoimento sem dano), como a elaboração de perguntas fechadas, bem como sugestivas/confirmatórias, e a interrupção da vítima no momento em que ela está falando; b) o considerável lapso temporal existente entre o fato e o depoimento da vítima em juízo, o qual oportuniza falsas memórias; c) a revitimização da vítima quando provocada a prestar depoimentos sucessivamente, o qual, além de aumentar as chances de contaminação dos relatos com falsas memórias, é lhe prejudicial emocionalmente, verifica-se que o relato da vítima está em consonância com aquele prestado na perícia psiquiátrica, a qual ocorreu logo após o fato e com a melhor técnica, qual seja, a entrevista cognitiva. Para fins de inquirição da vítima/testemunha, ainda mais quando se trata de crimes sexuais, deve-se utilizar a Entrevista Cognitiva como técnica, a qual maximiza a quantidade e a precisão das informações dada pelo entrevistado. Tal técnica, que possui cinco etapas, tem como principais características a informalidade da entrevista, o entrevistado no controle da entrevista, a narrativa livre do entrevistado, sem interrupções, evitando-se a perguntas fechadas/confirmatórias/sugestivas.

TENTATIVA RECONHECIDA. Situação que recomenda o reconhecimento da forma tentada do crime, porquanto evidenciado pela prova testemunhal colhida que o réu percorreu parte do iter criminis do estupro de vulnerável, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade.

DECLASSIFICAÇÃO DO FATO. Não prospera o pedido de desclassificação do fato em razão da ausência de prova documental da idade da vítima, que facilmente se verifica pelo depoimento dela, gravado em vídeo, que ela possuía à época do fato menos de 14 anos de idade.

APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70057063984, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS,

Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 15/05/2014)
(TJ-RS - ACR: 70057063984 RS , Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 15/05/2014, Sétima Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 01/07/2014)

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL. CRIANÇA DE CINCO ANOS DE IDADE. SUPOSTO RELACIONAMENTO. PEDIDO DE PROVIDÊNCIAS DOIS ANOS APÓS OS FATOS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS. SUBSISTÊNCIA DO PEDIDO. ACERVO PROBANTE INSUFICIENTE A ENSEJAR UMA CONDENAÇÃO. LAUDO PERICIAL NEGATIVO. MEIOS PROBATÓRIOS CONFUSOS E INCONSISTENTES. DÚVIDA NA ANÁLISE DOS AUTOS. PALAVRA DA GENITORA DA VÍTIMA E DA MENOR. EXISTÊNCIA DE CONTRADIÇÕES. AUSÊNCIA DE CREDIBILIDADE. VERSÃO DO ACUSADO EM HARMONIA COM OS ACONTECIMENTOS FÁTICOS. CRIANÇA QUE NÃO APRESENTA DANOS. LAUDO ALERTANDO SOBRE A IMPLANTAÇÃO DE MEMÓRIAS FALSAS. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. INTELIGÊNCIA DO ART. 386, VII, DO CPP. APELO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Se a palavra da vítima em crime de estupro de vulnerável, foi a única voltada a incriminar o acusado e, ainda, se apresenta confusa e inconsistente, diante da forma como o cenário delitivo foi por ela montado, eis que repleta de contradições e demonstrando intuito vingativo, além de as testemunhas terem, apenas, repetido suas declarações, dando a crer ser uma coisa direcionada, é de se absolver o apelante, por ausência de provas, a teor do art. 386, VII, do CPP. 2. Havendo insuficiência de provas nos autos, bem como, contradições em alguns elementos probantes, em que resultam dúvidas sobre (TJPB - ACÓRDÃO/DECISÃO do Processo Nº 00023384420128152002, Câmara Especializada Criminal, Relator DES CARLOS MARTINS BELTRAO FILHO , j. em 05-11-2015)

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA ISOLADO NOS AUTOS - INDÍCIOS DE FALSA MEMÓRIA - PROVA INSEGURA - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. - É necessária prova escoreita e segura da existência e da autoria do fato delituoso para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida. Isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte o princípio da não-culpabilidade, ínsito à dignidade da pessoa, matriz de nossa Constituição. - Em se tratando de crimes contra o patrimônio, as palavras da vítima têm especial relevância. Entretanto, quando há fortes indícios de que elementos externos inflaram a imaginação dos ofendidos, é impossível prolatar sentença condenatória fundada exclusivamente nas suas declarações, diante da manifesta insegurança probatória. (TJ-MG - APR: 10024043490044001 MG, Relator: Cássio Salomé, Data de Julgamento: 16/05/2013, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 24/05/2013)

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. OFENDIDA PRÉ-ADOLESCENTE, ACOMETIDA DE DEBILIDADL LEVE. MOTIVOS PARA SUSPEITAR DE FALSA MEMÓRIA INDUZIDA. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. Recurso desprovido. (Apelação Crime Nº 70039348727, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Julgado em 16/12/2010) (TJ-RS - ACR: 70039348727 RS, Relator: João Batista Marques Tovo, Data de Julgamento: 16/12/2010, Sexta Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 10/01/2011)

Destarte, o processo penal não pode mais ignorar que a memória da vítima ou da testemunha é fonte primordial para o esclarecimento do delito e para a convicção do magistrado, a fim de

fundamentar a decisão judicial, uma vez que não se pode negar que as falsas memórias ressaltam a perniciosidade das provas produzidas, colocando em xeque o princípio da verdade real difundido no sistema penal.

Devemos desconfiar de relatos absolutamente perfeitos, pois geralmente não são verdadeiros, dado que como diamantes, não raro, são falsos. (ROSA & AVÍLA) Deve-se portanto o juiz e todos os envolvidos no processo, agir com cautela a na apuração dos fatos, para não se correr um risco de adotarem um viés confirmatória, colocando em risco a memória, sugestionando a testemunha.

Vítimas de abuso sexual, em especial os infantes, além da situação de abuso, passam por diversas outras situações e eventos relacionados, sendo expostos a outras fontes de informação, como discussões posteriores, contatos com os pais e a família, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, que podem comprometer a exatidão de seu depoimento. Assim como um terapeuta, um investigador ou um juiz pode ter uma hipótese sobre os fatos acontecidos, e, com isto, corre o risco de adotar um viés confirmatório em suas entrevistas. A consequência dessa postura é evidente: o investigador pode sugestionar a testemunha, implantando lembranças sobre os fatos que não ocorreram. (PERGHER, 2010, pp. 122-123)

Em razão disso é necessária à preocupação e comprometimento com uma prova consistente que implica em uma entrevista bem conduzida com a testemunha. Assim, técnicas de entrevista, baseadas nos conhecimentos científicos sobre o funcionamento da memória, são ferramentas importantes na coleta de informações detalhadas e acuradas. (PERGHER, 2010, p. 126)

Esse estudo deverá ser realizado a partir de técnicas de entrevistas baseadas em conhecimento científico acerca do funcionamento da memória, para que seja possível extrair da criança o verdadeiro relato sobre os fatos que permeiam o suposto abuso. Perguntas feitas ao participante em forma aberta, ou narrativa, resultam em relatos mais acurados, porém, menos completos sobre os eventos. Ao contrario, perguntas tendenciosas,

que sugerem à pessoa uma resposta, prejudicam a acuidade do relato. (PERGHER, 2010, p. 127)

Em nosso sistema judiciário, anteriormente esta oitiva era realizada através do depoimento sem dano e agora, com a promulgação da Lei 13.431 de 04 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência, trouxe importantes inovações, ao passo que regula o chamado depoimento especial, em que a criança vítima deverá ser ouvida uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial (de acordo com artigo 156, I do CPP), garantida a ampla defesa do investigado.

Mais do que nunca, mister é o estudo da memória por estes profissionais, encarregados por colher estes depoimentos, caso contrario garantias constitucionais, como a presunção de inocência continuaram a ser violadas, enquanto os profissionais que atuam, seja direta ou indiretamente no atendimento apuração de processos relacionados ao abuso sexual, em especial contra crianças, a abandonarem posicionamentos reificados, idéias passadas como verdades absolutas, para mergulharem na incerteza, rompendo com velhos paradigmas, como forma de convite ao desafio a reflexões sobre o tema, olhando para todo o contexto que envolve as relações interpessoais e familiares em suas singularidades, a fim de que se alcance a verdade real e a justiça que tanto se espera.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo foi possível apresentar uma visão geral das provas no processo penal, em especial a prova testemunhal, a fim de se analisar como é valorada a palavra da vítima nos crimes sexuais e vislumbrar o funcionamento da memória, com a consequente possibilidade de criação das falsas memórias, para por fim analisar de que forma influenciará no depoimento pessoal e consequentemente na convicção e convencimento do magistrado, nas possíveis condenações.

Desta forma, verifica-se que a justiça brasileira não está apta para enfrentar o problema de falsas memórias. A prova teste-

munhal tem sido amplamente utilizada, principalmente nos crimes sexuais, no qual muitas injustiças têm sido cometidas, especialmente quando tratamos de possíveis condenações amparadas em testemunhos acometidos de falsas memórias.

A prova testemunhal por si só, já é uma prova que exige do magistrado certa cautela, por isso é chamada pela doutrina de “prostituta das provas”. Pois, na tentativa de reconstrução dos fatos pretéritos, é sempre recheada de impressões e vivências pessoais da testemunha. Na apuração destes crimes, o lapso temporal que vai do momento que o crime é cometido até a instrução penal, bem como a ausência da correta aplicação normativa imposta pelo Código penal, a falta de diretrizes para que se aprenda inquirir vítimas e testemunhas da forma correta, contribuem para a ocorrência das falsas memórias, resultando em condenações injustas.

Em que pese, nos crimes sexuais nem sempre se tem muitas alternativas para recorrermos a outras provas para compor o *múnus probatório*, todavia, utilizar, hipervalorizando a palavra da vítima ou o depoimento da vítima infantil nos casos de estupro de vulnerável, ou ainda o relato de seu responsável, cria uma atmosfera de insegurança jurídica.

Isto porque, como demonstrado à vítima tem interesse direto no deslinde da causa e na condenação do acusado. A vítima infantil também deveria ter seu depoimento relativizado em razão de sua idade e percepção cognitiva dos fatos. Ainda, é mais suscetível a implantação de falsas memórias do que em adultos.

E por derradeiro, o depoimento do responsável da criança, sofre a influencia de diversos fatores que o compromete, uma vez que separação conjugal, suas impressões sobre o acusado (sobretudo quando este era seu cônjuge), o próprio interesse na condenação, entre outros, deveriam resultar na perda probatória de seus relatos.

Porém, verifica-se que o contrario tem ocorrido, com práticas inquisitoriais e autoritárias que ainda persistem, pois os olhares estão extremamente voltados apenas para medidas de proteção adotadas para estas vitimas. Contudo, esta medida de

proteção resulta em uma dicotomia: garante-se e violam-se ao mesmo tempo direitos, tanto de vítima, quanto do vitimizador, tornando-se medida de punição. Não é possível escapar desta dicotomia, enquanto não se treinar o olhar para outras formas de soluções e reconhecimentos de fenômenos como das falsas memórias, em relação à prova testemunhal.

Pois, se este olhar não for transformado, continuar-se-á em uma constante negativa de utilização e violação de princípios constitucionais como o *in dubio pro réu*, a fim de se alcançar uma verdade que se torna absolutamente incompatível com a busca da verdade perseguida pelo processo penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AQUINO, J. C. A prova testemunhal no processo penal brasileiro, 3º Ed. São Paulo:Saraiva, 1995.
- ÁVILA, G. N. Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- BARBOSA, C. Estudo experimental sobre a emoção e as falsas memórias. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Faculdade de Psicologia, Pontifca Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: PUCRS, 2002.
- BRANCO, V. P. O advogado diante dos crimes sexuais. (3º ed.). São Paulo: Sugestões Literárias, 1973.
- CAMARGO ARANHA, A. J. Da Prova no Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CAPEZ, F. Curso de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CARNELUTTI, F. Sistema de direito processual civil. Franca: Lemos &Cruz, 2001.
- CHIOVENDA, G. Instituições de direito processual civi. Campinas: Bookseller, 2000.
- FAZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando Henrique Rugno da. A tutela interdital: um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe. V. 2, N. 2, 2014.

- FENECH, M. El proceso penal (4° ed.). Madri: Agesa, 1982.
- FERNANDES, A. S. O papel da vítima no processo criminal. São Paulo: Malheiros, 1995.
- FERREIRA, M. H. Memórias Falsas ou apuração inadequada? In: M. B. DIAS, Incesto e Alienação Parental: Realidades que a justiça insiste em não ver (2ª ed.). São Paulo: RT, 2010.
- GUDJONSSON, G., & CLARK, N. Suggestibility in Police interrogation: a social psychological model. *Personality, Individual and Differences*, v. 7. N.1, p. 195-196, 1986.
- LIMA, M. P. A Prova Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.
- LOPES, M. T. Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepetível e urgente. Necessidade realização antecipada. *Boletim IBCCRIM*, 6-7, dez. 2011.
- MALATESTA, N. F. A lógica das Provas em matéria criminal. (T. d. 1912, & P. Capitanio, Trans.) Campinas: Boockseller, 1997.
- MESTIERI, J. Advocacia criminal: casos práticos. Rio de Janeiro: Printshop, 1991.
- MIRABETE, J. F.. Processo Penal. 18° ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- MOUGENOT, E. B. Curso de Processo Penal. 9° ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- NEUFELD, C. B., BRUST, P. G., & STEIN, L. M. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). Falsas memórias. Porto Alegre, 2013.
- PERES, J. F., MERCANTE, J. P., & NASELLO, A. G. Promovendo resiliência em vítimas de trauma psicológico. *Revista da Sociedade de psiquiatria do Rio Grande do Sul*, v. 27, n.2, p. 132, maio/ago. 2005.
- PERGHER, G. K. Falsas memórias autobiográficas. In: L. M. STEIN, Falsas memórias apud ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque. Porto Alegre: Artes Médicas, 2013.
- PRICE, J. A mulher que não consegue esquecer – relatos da síndrome de hipermemória. Tradução de Ivo Korytowski. São Paulo: Arx, 2010, pg. 9. In: G. N. apud ÁVILA, Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

- RANGEL, P. (2014). *Direito Processual Penal*. São Paulo: Atlas.
- RATHEY, J. J. (2013). *O cérebro – um guia para o usuário*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002.
- ROSA, A. M., & AVÍLA, G. N. (s.d.). *Memória é como diamante: quanto mais falsa mais perfeita*. Acesso em 13 de junho de 2015, disponível em <http://justificando.com/2014/09/08/memoria-e-como-diamante-quanto-mais-falsa-mais-perfeita/>
- SILVA, G. M. *Curso de processo Penal*. Lisboa: Minerva, 1990.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FERRARI, Caroline Clariano. O direito à informação como direito fundamental ao estado democrático. *Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas – Unifafibe*. V. 4, N. 2, 2016.
- _____; OLIVEIRA, Flávio Luis (Orgs.). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012.
- SOUZA, J. G. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: RT, 1998.
- STEIN, L. M., & PERGHER, G. K. *Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas*. *Psicologia: Reflexão e crítica*, 2001.
- THOMPSON, A. *Quem são os criminosos?* 2º ed. Rio de Janeiro: Lumen júris, 2007.
- TOURINHO FILHO, F. *Processo Penal*, 31º ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TULVING, E. *Episodic Memory: From Ming to brain*. *Annual Review of Psychology*, v. 53, p. 1-25, 2002.
- WELCH-ROSS, M., DIECIDUE, K., & S.A., M. (2013). *Young children understanding of conflicting mental representation predicts suggestibility*. *Developmental Psychology*. v. 33, p. 47, 1997.