



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CURSO DE MESTRADO ACADÊMICO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CONSTITUIÇÃO, SOCIEDADE E PENSAMENTO
JURÍDICO

DEISE ARAUJO BARBOSA

***STANDARDS* PROBATÓRIOS EM CRIMES SEXUAIS**

FORTALEZA
2020

DEISE ARAUJO BARBOSA

***STANDARDS* PROBATÓRIOS EM CRIMES SEXUAIS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a conclusão do curso de Mestrado em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado

FORTALEZA
2020

STANDARDS PROBATÓRIOS EM CRIMES SEXUAIS

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como exigência parcial para a conclusão do curso de Mestrado em Direito. Área de concentração: Constituição, Sociedade e Pensamento Jurídico.

Orientadora: Prof^ª. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado

Aprovada em ___/___/___ .

BANCA EXAMINADORA

Prof^ª. Dra. Raquel Cavalcanti Ramos Machado (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Sérgio Bruno Araujo Rebouças (Coorientador)
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Hugo de Brito Machado Segundo
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. José Cândido Lustosa Bittencourt de Albuquerque
Universidade Federal do Ceará – UFC

Prof. Dr. Tiago Seixas Themudo
Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7

A Deus, misterioso pseudônimo da minha vida, cujas camadas enigmáticas se confundem com as minhas próprias.

AGRADECIMENTOS

Nesse momento de fim de um ciclo de tanto aprendizado, várias recordações vêm à tona. Quantas pessoas somaram, enriqueceram e foram apoios essenciais nesse crescimento!

Inicialmente, gostaria de agradecer à minha família e aos meus amigos, pelo seu amor que me acolhe, renova e me impulsiona a seguir em frente nos momentos difíceis.

Ao Professor Gérson Marques, fundamental mentor e inspirador na descoberta científica desde o início da minha caminhada.

Aos Professores Orientadores deste trabalho, Raquel Machado e Sérgio Rebouças, por terem gentilmente aceitado a missão de guiar este percurso.

Aos atenciosos Professores Examinadores Hugo Segundo e Tiago Themudo, que acresceram tanto com suas sugestões e críticas e, em especial, ao Magnífico Professor Reitor da UFC, Cândido Albuquerque, minha especial referência em matéria criminal e que, na sua simplicidade, participou e enriqueceu sobremaneira a experiência da Defesa.

Ao Instituto Intellegens, que contribuiu para tornar ainda mais desafiante a vivência acadêmica.

Ao Ministério Público do Estado do Ceará, que, no meu contato cotidiano, provocou inquietações que me impeliram à investigação científica.

Enfim, aos colegas do PPGD que trilham junto comigo esta caminhada e compartilharam conhecimentos e momentos de alegria.

RESUMO

BARBOSA, Deise Araujo. *Standards Probatórios em Crimes Sexuais*. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

Os *standards* de prova, enquanto proposta de racionalização da valoração da prova criminal, constituem um instrumento de objetivação da decisão judicial, estabelecendo critérios mínimos de confirmação da hipótese fática acusatória. No âmbito dos crimes sexuais, possuem peculiaridades decorrentes da condição oculta em que normalmente o ato é praticado, de modo que a jurisprudência aceita o relato da vítima como principal meio de comprovação do crime, quando coerente e harmonizado com outros elementos de prova. Ocorre que, por constituir muitas vezes a única fonte probatória direta, as declarações da ofendida exigem um exame mais acurado, de maneira a evitar, de um lado, análises judiciais subjetivas e a contaminação de fatores de ordem sócio-moral e, de outro, conferir a tal prova validade absoluta. Assim, o presente trabalho objetiva analisar os standards de prova nos crimes sexuais, bem como propor parâmetros de valoração da prova nesta espécie delitiva. Na primeira parte, apresenta-se a noção de *standard* probatório, bem como se delineiam os seus contornos no âmbito criminal. Em segundo momento, são analisadas as particularidades do instituto no âmbito dos crimes sexuais, a partir dos padrões decisórios de mínimo probatório adotados pela doutrina e pela jurisprudência. A terceira parte se destina a abordar o estudo da palavra da vítima, enquanto principal meio de prova, expondo as problemáticas inerentes à memória humana, tais como falsas memórias, reconhecimentos equivocados e sugestionabilidade por alienação parental. Por fim, propõem-se meios de melhor avaliação da capacidade de testemunhar da vítima, métodos mais eficazes de colheita do seu depoimento e parâmetros de valoração sobre o relato prestado, sobre os prismas da credibilidade e da confiabilidade, de maneira a cumprir em tais espécies delitivas o *standard* de prova criminal. A metodologia utilizada foi de natureza qualitativa, com investigação indireta, por meio de pesquisa bibliográfica, com via exploratória, descritiva, explicativa e propositiva.

PALAVRAS-CHAVES: Standards de prova. Crimes contra a Dignidade Sexual. Depoimento da Vítima. Psicologia do testemunho.

ABSTRACT

BARBOSA, Deise Araujo. *Standards of Proof in Sexual Assault Cases*. 2020. Dissertation (Master's in Law) – Law School, Federal University of Ceará, Fortaleza, 2019.

Standards of proof, as a proposal to rationalize the valuation of criminal evidence, constitute an instrument for objectifying the judicial decision and establishing minimum criteria for confirming the accusatory factual hypothesis. In sexual assault cases, it has peculiarities resulting from the hidden condition in which the act is usually performed, so that the jurisprudence accepts the victim's narrative as the main means of proving the crime, when coherent and harmonized with other evidence. However, because it is often the only direct evidence, the victim's case report require a more accurate examination, in order to avoid, on the one hand, subjective judicial analyzes and contamination of socio-moral factors and, on the other, to check such proof proves absolute validity. Therefore, the present work aims to analyze the standards of proofs in sexual offences, as well as to propose parameters for the evaluation of evidence in these criminal species. In the first part, the notion of an evidentiary standard is presented, as well as its outlines in the criminal sphere. Second, the institute's particularities in the area of sexual crimes are analyzed based on the minimum probative decision standards adopted by the doctrine and jurisprudence. The third part intends to study of the victim's report, exposing the human's memory questions, such as false memories, false identification and suggestibility for parental alienation. Finally, ways of better assessing the victim's ability to testify were exposed, besides more effective methods of collecting his testimony and valuation parameters on the report provided, on the principles of credibility and reliability, in order to comply with such species criminal standard of criminal evidence. The methodology used was of qualitative nature, with indirect investigation, through bibliographic research, with exploratory, descriptive, explanatory and propositional way.

Keywords: Evidence of proof. Sexual assaults. Victim's narrative. Psychology of Testimony.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	08
CAPÍTULO 1: STANDARDS PROBATÓRIOS.....	17
1.1 Noções introdutórias da prova processual.....	17
1.2 Sobre <i>standards</i> de prova.....	21
1.3 Modelos de standards de prova no Direito Comparado.....	23
1.4 A aplicação dos modelos de standards no Brasil.....	27
1.5 A incidência de <i>standards</i> probatórios no processo penal.....	29
CAPÍTULO 2: A PROVA NOS CRIMES SEXUAIS.....	32
2.1 A problemática da produção de provas.....	32
2.2 Sobre a tutela dos crimes sexuais na legislação brasileira.....	33
2.2.1 O Código Criminal de 1830.....	34
2.2.2 O Código Penal Republicano.....	36
2.2.3 O Código Penal de 1940.....	39
2.3 A construção da força probatória da palavra da vítima.....	43
2.4 O <i>standard</i> probatório atual nos crimes sexuais.....	48
CAPÍTULO 3: A PALAVRA DA VÍTIMA COMO PROVA NOS CRIMES SEXUAIS...53	53
3.1 Os contornos da memória humana.....	56
3.1.1 Espécies de memória.....	57
3.1.2 Etapas do registro de informações.....	60
3.2 Problemáticas intrínsecas à cognição humana.....	62
3.2.1 Falhas perceptivas.....	62
3.2.2 Memórias Traumáticas.....	65
3.2.3 Falsas memórias.....	67
3.2.4 Crianças e alienação parental.....	69
3.2.5 Reconhecimento pessoal e falsas memórias.....	72
3.2.6 A influência da mídia no processo criminal.....	77
CAPÍTULO 4: ALCANÇANDO O MÍNIMO PROBATÓRIO.....	82
4.1 Análise prévia da capacidade de testemunhar.....	83
4.1.1 Capacidades cognitivas primárias.....	84
4.1.2 Capacidades cognitivas secundárias.....	85
4.1.3 Aplicação da avaliação CAPALIST.....	88
4.2 Sugerindo um procedimento de entrevista apropriado.....	89
4.2.1 A Entrevista Cognitiva (CI).....	92
4.2.2 A Conversation Management (CM).....	97
4.3 O reconhecimento de pessoas no formato <i>double-blind</i>	98
4.4 Valoração da prova: critérios de credibilidade e confiabilidade.....	100
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	104
REFERÊNCIAS.....	107
ANEXO A - CAPALIST - VALORAÇÃO DE CAPACIDADES DE TESTEMUNHAR.....	113

INTRODUÇÃO

Desde os tempos mais remotos e na maioria das civilizações, a conjunção carnal violenta fora rejeitada com grande repugnância, sendo reprimida de forma severa. Os egípcios puniam o estuprador com mutilação; os hebreus aplicavam pena de morte se uma mulher prometida em casamento fosse violada; gregos, romanos e algumas outras legislações ocidentais chegaram a prever pena de morte para tais crimes.

No Brasil, os crimes sexuais foram punidos à luz dos costumes e dos valores morais de cada época. A princípio, tratava-se de espécie delitiva carregada de discriminação: o Código Criminal de 1830, no que diz respeito ao crime de estupro, descrevia-o como uma conjunção carnal com mulher honesta, estabelecendo pena de prisão e de pagamento de dote à ofendida. Além disso, não previa qualquer pena à prática de ato libidinoso violento com homens.

O Código Penal Republicano (1890) ampliou a previsão de crimes sexuais, inclusive criando o tipo penal de “atentado violento ao pudor”, no qual se enquadravam os atos diversos da conjunção carnal, inclusive quando praticados com homens.

O ato de violência constitutivo do estupro naquela legislação era rígido, abrangendo apenas o emprego de força física e atos de privação da faculdade psíquica, como hipnotismo, clorofórmio e uso de narcóticos.

Com a promulgação do Código Penal de 1940, a “grave ameaça” passou a constituir meio de execução do estupro, não apenas a coação física. Porém, na prática, tal elemento tornava-se inaplicável, uma vez que a doutrina ainda se calcava exigindo provas inequívocas do crime, sendo era quase impossível se obter vestígios de uma violência meramente moral.

No imaginário social, o infrator seria estereotipado como sujeito com grave desvio de ordem sexual, moral ou psíquica, execrado do convívio em sociedade. Tal discriminação contaminava o julgamento com análises acerca da personalidade do agente, porque se considerava que tais distúrbios seriam facilmente perceptíveis. Sob essa ótica, era difícil

imputar a alguém a prática delitiva, notadamente quando o sujeito era bem avaliado socialmente.

Naquela perspectiva, recebia-se com desconfiança as declarações da vítima, salvaguardando muitas vezes o acusado sob a proteção jurídica do princípio da presunção de inocência.

Ademais de outras atualizações legislativas, a mais significativa alteração recente no crime de estupro ocorreu com a edição da Lei nº 12.015/2009, que incluiu na capitulação a prática de conjunção carnal e também de atos libidinosos diversos, seja com homem ou mulher, mediante violência física ou grave ameaça.

Já em conformidade com as atualizações doutrinária e jurisprudencial, a exposição de motivos daquela lei consignou a necessidade de romper com as concepções características de uma época de exercício arbitrário de poder consubstanciado pelos estigmas sociais e valores preconceituosos que permeavam os crimes contra a liberdade sexual, refletidos no Código Penal de 1940 original e que culminavam num padrão insuficiente de repressão aos crimes sexuais.

No campo das provas, no lapso temporal de várias décadas, a doutrina evoluiu e mudou o posicionamento quanto à prova dos crimes sexuais. Passou a aceitar o simples testemunho da vítima como meio de comprovação do crime, considerando a condição oculta em que normalmente o ato é praticado.

A jurisprudência movimentou-se em igual sentido, entendendo que, sendo o afastamento de qualquer testemunha condição mesma da consumação dos delitos sexuais, dever-se-ia ceder especial valor às alegações da vítima.

O reconhecimento da hipossuficiência das vítimas em reunir provas do ato criminoso, seja pela clandestinidade, seja pela ausência de indícios constatáveis por perícia técnica, ensejou o aumento da proteção estatal nos crimes sexuais, concentrando atualmente a preocupação da tutela judiciária, que antes salvaguardava a presunção de inocência do acusado, na proteção da vítima e na efetividade do *jus puniendi* da sociedade.

É notório, como pano de fundo, o intuito de combater a cultura de violência sexual, especialmente praticada contra a mulher numa sociedade enraizada por uma inconsciente objetificação sexual da figura feminina.

Dessa forma, elegeu-se conceder maior eficácia normativa à tipificação penal, que outrora se encontrava esvaziada de aplicação prática, atado aos obstáculos teóricos do *in dubio pro reu*.

Ocorre que a matéria está longe de ser pacificada pelo simples acolhimento de tal fonte probatória com maior prestígio. O caso da ação penal que tramitou contra Antônio Cláudio Barbosa de Castro na justiça cearense retrata bem um erro judiciário decorrente de

uma série de equívocos na produção e valoração de provas em crimes sexuais, resultando na sua condenação injusta.

No dia 21 de maio de 2014, por volta das 08h:30m, Leilane¹ saía de casa em direção a uma aula de reforço escolar. Ela tinha apenas onze anos de idade. No trajeto, reparou que estava sendo perseguida por alguém numa moto vermelha. Em determinado momento, quando caminhava por uma rua deserta, um homem desceu da moto e a abordou com uma faca, sem tirar o capacete, impedindo que a vítima visualizasse seu rosto. Em seguida, puxou-a para o recuo de uma residência e a estuprou: beijou-a na boca, baixou sua calcinha e a própria calça e a tentou penetrar; levou-a para um outro lugar deserto e a forçou a lhe fazer sexo oral. Foi interrompido, enfim, por pessoas que transitavam e flagraram a ação criminosa.

Cerca de um mês depois, Leilane estava em um salão de beleza, quando um homem comum entrou e conversou com a proprietária do estabelecimento. Ao vê-lo, a vítima entrou em pânico e começou a tremer; imediatamente, disse à mãe que reconhecia o homem como aquele que a estuprou, associando a sua voz à do agressor: era Antônio Cláudio Barbosa de Castro.

Em 17 de julho de 2014, na mesma região onde Leilane foi atacada, Maria Elisa, adolescente de dezesseis anos, também foi violentada sexualmente por um homem quando caminhava na rua com uma amiga, sob o mesmo *modus operandi*, que igualmente transitava em uma moto vermelha e usava um capacete.

Antônio foi capturado pela denúncia de Leilane em 22 de agosto de 2014. A imprensa divulgou amplamente o caso e o acusado ficou conhecido como o “maníaco da moto”. Quando Antônio foi indiciado, o delegado de polícia à frente da investigação declarou à mídia: “*Já tínhamos sete boletins de ocorrência contra ele. Com a repercussão, outras duas vieram prestar depoimento contra ele e dizem ter certeza de que é o mesmo estuprador. É possível que outras mulheres apareçam ao longo das investigações*”².

Uma semana depois da prisão, uma outra vítima de nome Tatiane assistiu a uma matéria jornalística na televisão sobre os crimes supostamente praticados por Antônio; de imediato, indicou-o como o autor do crime bárbaro de estupro que sofrera no ano de 2011, quando um homem invadiu sua casa de madrugada e manteve com ela conjunção carnal forçada.

¹ Os nomes das vítimas do caso são fictícios, em preservação às suas identidades, uma vez que a ação penal correspondente tramitou em segredo de justiça.

² <http://g1.globo.com/ceara/noticia/2014/08/maniaco-da-moto-e-suspeito-de-estuprar-nove-mulheres-em-fortaleza.html>

Ocorre que tudo não passou de um engano quanto à autoria de Antônio: havia várias características físicas conflitantes entre ele e o autor dos crimes, tais como a altura e a presença de uma cicatriz próxima ao olho que o verdadeiro agressor teria.

Ainda assim, Maria Elisa reconheceu a foto de Antônio com absoluta certeza como aquele que a violentou – em reconhecimento do tipo *show-up*; contudo, quando colocado na presença de outros indivíduos, Maria Elisa não apontou qualquer dos indivíduos apresentados como o autor do crime. Da mesma forma, sua amiga que testemunhou os fatos o reconheceu através da foto, mas não presencialmente.

Em relatório final do Inquérito Policial, o Delegado de Polícia ressaltou a preocupação com o caso, alertando que Leilane teria obtido em redes sociais as fotos do acusado e posteriormente as divulgado entre as outras vítimas, o que poderia ter contaminado o reconhecimento feito por estas.

Ou seja, as vítimas que realizaram o reconhecimento inicial do acusado visualizaram a foto deste antes mesmo dos reconhecimentos fotográficos e presenciais realizados.

Além disso, o Delegado alertou que as gravações de uma das ações criminosas captadas por um sistema de segurança apontaram para um indivíduo de compleição física bem diferente do acusado – mais alto e mais magro.

Ao final do procedimento policial, eram seis as vítimas que haviam sofrido ataques sob as mesmas circunstâncias e modo de execução. Porém, três delas, maiores de idade, manifestaram renúncia à representação criminal em face de Antônio, considerando a dúvida patente sobre a autoria dos atos.

Oferecida a denúncia apenas em favor das menores de idade Letícia, Tatiane e Maria Elisa, estas duas últimas, ao depararem com o acusado em audiência de instrução, voltaram atrás e afirmaram seguramente que nunca viram Antônio na vida e negaram ter sido ele o seu agressor. Leilane, porém, manteve-se firme no seu reconhecimento.

Ao final do processo, a denúncia foi julgada procedente em relação a Leilane, amparando-se unicamente em seu relato e em seu reconhecimento. Ocorre que tal reconhecimento ocorreu de maneira muito frágil, baseado apenas na voz do suposto agressor e na semelhança do modelo da moto.

Acrescente-se que o depoimento da vítima Leilane envolveu uma série de contradições: no dia em que ocorreu o crime, Leilane descreveu o homem como alguém de

estatura maior que ela, moreno claro e luzes no cabelo, de aproximadamente de trinta anos; em juízo, descreveu-o como mais baixo.

Não bastasse tais divergências, Leilane e todas as outras vítimas eram assentes em afirmar que o acusado teria uma cicatriz próximo ao olho esquerdo, marca que não era visível em Antônio. Ainda assim, o acusado foi submetido a exame pericial para constatar a presença da referida cicatriz; em exame, peritos do Instituto Médico Legal atestaram conclusivamente que ele não possuía qualquer cicatriz na face.

O que mais causa espanto no presente caso foi a particularidade de que, dentre as testemunhas defensivas, figuraram duas policiais civis que atuaram do caso, ambas afirmando estarem convencidas de que o acusado não era autor do crime: era totalmente diferente da pessoa que aparecia em filmagens e bem mais baixo – cerca de trinta centímetros de diferença -, de maneira que Antônio sequer alcançou o pedal da moto quando foi feita a reconstrução dos fatos. Uma delas inclusive alertou categoricamente a possibilidade de as vítimas terem sido sugestionadas a reconhecer Antônio, já que divulgaram entre si a sua foto obtida pelas redes sociais.

Um abaixo-assinado de vinte e quatro páginas contra a condenação de Antônio mostrou a comoção social com o caso. Ainda assim, Antônio foi condenado. Ainda assim, passou onze meses encarcerado, cumprindo pena e assumindo um estigma social por algo que não praticou. Ainda assim, nosso judiciário recuou em enfrentar um assunto tão sensível.

Antônio foi condenado pelo crime de estupro de vulnerável praticado apenas contra Leilane, já que as duas outras vítimas negaram peremptoriamente a sua autoria delitiva. Interpôs recurso de apelação e não obteve a absolvição. Apenas em ação de revisão criminal ajuizada posteriormente com protagonismo do Innocence Project Brasil³ foi reconhecida a sua inocência.

Ao lado da história de Antônio, Atercino Ferreira Filho também foi condenado injustamente e passou um ano preso. Após uma batalha de quinze anos para tentar provar sua inocência, ele foi condenado a 28 anos de reclusão, acusado de ter abusado sexualmente dos filhos no ano de 2004, ambos crianças de oito e seis anos na época. A pena só não foi cumprida integralmente porque as supostas vítimas, após se tornarem maiores de idade,

³ O Innocence Project foi fundado em 1992 nos Estados Unidos, com a missão de rever condenações criminais injustas através do exame de DNA e promover a reforma do sistema de justiça, a fim de prevenir futuros erros judiciários. Nos EUA, os dados indicaram que 1.529 pessoas foram exoneradas, por prova relacionada ou não a exame de DNA, até o fim de 2014. No Brasil, a associação sem fins lucrativos foi criada em 2016.

procuraram a ajuda do Innocence Project Brasil, afirmando terem sofrido alienação parental praticada pela mãe, que as forçou a prestar depoimentos acusatórios falsos contra o pai⁴.

Nesse contexto, a problemática referente à produção de provas nos crimes sexuais é um assunto que, no meio jurídico, suscita grandes debates incluindo fatores de ordem moral e social. Inegável que, ao longo da evolução legislativa e da crescente compreensão de vulnerabilidade social da figura feminina, refletida no aspecto sexual, houve diversos avanços no tocante a uma maior repressão dos crimes atentatórios à liberdade sexual, incluindo a defesa da palavra da vítima como fonte suficiente ao convencimento judicial.

Observa-se um descompromisso da práxis judicial em apurar a verdade dos fatos., aplicando mecanicamente a palavra da vítima como prova suficiente, como se essa fosse infalível, furtando-se a se debruçar sobre as demais circunstâncias dos fatos.

Assim, muita divergência ainda se impõe, dotando os julgados de passividade e até de uma subjetividade muitas vezes contaminada por critérios pessoais ilegítimos. Nesse cenário, faz-se pertinente uma análise dos *standards* probatórios como vetor orientador das valorações probatórias no campo criminal, de maneira a racionalizar o processo de decisão judicial.

Os *standards* probatórios, também chamados de modelos de constatação, correspondem aos níveis de provas exigidos nas diferentes espécies de processos judiciais.

A ideia subjacente é a de que cada processo, em razão das particularidades que lhe são ínsitas – como seus procedimentos, os bens jurídicos envolvidos e as garantias asseguradas –, possui um nível de provas próprio. Assim, a depender do processo de que se trate, uma alegação poderá ser provada com um maior ou menor nível de prova: isto é, um *standard* probatório mais elevado ou mais mitigado. Busca-se, com isso, controlar de forma racional e lógica o livre convencimento dos julgadores, bem como minimizar riscos de erros judiciais na apreciação das provas.

Na seara criminal, os *standards* de prova guardam correlação com os princípios *favor rei*, configurando um nível de exigência mais alto da confirmação da hipótese acusatória.

Ocorre que, nos crimes sexuais, como vimos, existem particularidades adotadas pela jurisprudência e pela doutrina – a palavra da vítima é recebida com maior prestígio, muitas vezes suficiente a embasar a condenação. Isso porque se tratam de casos difíceis de se inferir

⁴ <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/justica-de-sp-manda-soltar-homem-que-foi-condenado-injustamente-por-abusar-sexualmente-dos-filhos.ghtml>

a verdade dos fatos. Na maior parte, é improvável extrair a materialidade criminosa por exames periciais, uma vez que, pelas circunstâncias, a violência impetrada pode não deixar vestígios.

Além disso, as testemunhas geralmente são indiretas – aquelas que apenas ouviram as versões uma das partes ou de terceiros. Ou pior, sua contribuição se restringe em atestar a conduta social das partes, contaminando o processo com valorações que, em verdade, não constituem fundamento idôneo nenhum para auferir a inclinação do infrator ao ato imputado.

Com efeito, os crimes sexuais tanto podem se configurar como um ato singular e isolado, como podem ser frutos de um desvio sexual, porém, normalmente oculto e imperceptível aos que rodeiam o indivíduo. Em qualquer que seja a hipótese, o comportamento do sujeito dentro da sociedade não determina em nada a probabilidade daquele ato repreensível.

Assim, em sendo o depoimento da vítima tido muitas vezes como o único meio de prova do crime e prevalecendo sobre as outras declarações, deve receber maior atenção, para que se evite interferências externas que corrompam a reprodução fiel dos fatos.

Isso por que, por um lado, deve-se ter em mente a efetividade da prestação jurisdicional e a busca da verdade dos fatos, buscando-se acolher a palavra da vítima com maior prestígio, por ser muitas vezes o único meio de prova dos fatos. Por outro, não se pode emprestar àquela prova credibilidade irrestrita, sob pena de assumir valor absoluto e recair na mesma injustiça.

Nesse ínterim, faz-se necessária o aprofundamento do estudo da memória humana e dos processos de retenção de lembranças, bem como a ciência de algumas circunstâncias que podem influenciar a retratação do caso por parte do ofendido.

Depreende-se, pois, que diversas circunstâncias podem interferir no processo de assimilação de informações pela memória. Nesse sentido, considerando ainda que nenhuma prova não pode ser recebida com *status* absoluto mostra-se necessário investigar quais variáveis podem incidir no processo de reprodução dos fatos pela vítima.

A reprodução de uma pessoa acerca de um acontecimento pode ser influenciada por vários fatores, dependendo do modo como percebeu esse acontecimento, sob determinadas condições externas e internas, da capacidade de conservação da memória e da sua habilidade de evocá-lo. Além disso, a versão da narração pode sofrer alterações, dependendo do tipo de abordagem que se adote na entrevista. O relato espontâneo, por exemplo, afigura-se mais puro

e menos deturpado. Não obstante, pode resultar confuso e insuficiente ao esclarecimento das questões necessárias.

Já o testemunho conduzido por interrogatório incorre em riscos de sugestibilidade e indução do interrogando em proferir informações irreais, porém, apresenta o aspecto positivo de permitir ao entrevistador extrair as respostas necessárias, maximizando a eficiência e a precisão da prova testemunhal.

Em crianças, a abordagem deve se revestir de especial cautela, seja pelo maior grau de sujeição à sugestibilidade, seja pela dificuldade de se reportar a detalhes constrangedores. Além disso, deve-se levar em conta aspectos do seu desenvolvimento cognitivo, da linguagem e da fantasia particulares à idade. Em idosos, deve-se considerar o processo de desagregação psíquica próprio da senilidade, que poderá causar debilidade na função de atenção e imprecisão das explicações.

Ademais, não se pode excluir a possibilidade de mentira deliberada e consciente. O nível de consciência moral e a personalidade do interrogando são fatores que devem ser conhecidos para que se obtenha a máxima sinceridade possível daquele. O entendimento destes aspectos revela sua imparcialidade, bem como o seu grau de comprometimento com a verdade e a justiça.

Em virtude dessas considerações, é preciso fazer uso de instrumentos que sirvam de subsídio na busca pela concreta justiça, para que se obtenha das declarações da vítima a verdade dos fatos.

Algumas técnicas podem ser empregadas para se alcançar a maior veracidade possível do testemunho, como evitar perguntas que vão direto ao ponto de interesse, de forma a dificultar que a testemunha estabeleça uma associação entre o que está declarando e seu intuito de favorecer ou desfavorecer o acusado.

Dessa forma, é oportuno trazer à luz instrumentos multidisciplinares que podem ser úteis ao estudo do depoimento prestado pela vítima, de forma a desvendar possíveis simulações e a eliminar os danos decorrentes de uma entrevista mal sucedida.

No capítulo primeiro, abordarei as funções da prova no processo criminal e as associarei ao estudo *standards* de prova como norte orientador às decisões judiciais definitivas.

No segundo capítulo, buscarei compreender os standards probatórios pertinentes aos crimes sexuais, analisando a evolução da eficácia probatória da palavra da vítima na doutrina e na jurisprudência brasileira até os dias atuais.

No terceiro capítulo, pretendo analisar as variações que mais comumente interferem nas declarações judiciais da vítima sobre os fatos, de forma a adquirir uma compreensão dos aspectos psicológicos que influenciam uma exposição, notadamente as falsas memórias, a sugestionabilidade e a alienação parental em vítimas em fase infantil.

Por fim, no capítulo quarto, pretendo aprofundar o estudo sobre os aspectos da Psicologia do Testemunho, estabelecendo condições de avaliação da capacidade de testemunhar, técnicas de abordagem dos entrevistados e critérios de valoração judicial do depoimento o ofendido, com vistas ao alcance efetivo do *standard* probatório mínimo.

Trata-se de uma pesquisa aplicada, com objetivo concreto de buscar e propor novas práticas no âmbito processual criminal com vistas a uma melhor apuração dos fatos nas acusações de crimes sexuais.

A metodologia a ser adotada no presente estudo será de natureza eminentemente qualitativa, consistindo na elaboração de uma pesquisa teórica, bibliográfica, jurisprudencial e dialética.

Possuirá natureza bibliográfica, porquanto se utilizará de fontes clássicas e modernas da doutrina e da jurisprudência criminal, procedendo ao levantamento de dados dessas variadas fontes para se traçar uma linha evolutiva acerca do tema, bem como a compreensão atual majoritária.

CAPÍTULO 1: STANDARDS PROBATÓRIOS

1.1. Noções introdutórias da prova processual

O tema da prova jurídica é um dos mais importantes da ciência do processo, particularmente do processo penal, uma vez que a prova é um instrumento fundamental ao resgate da verdade dos fatos. Comporta definições diversas, que variam conforme as searas jurídicas. Cintra, Grinover e Dinamarco⁵, no campo do processo civil, definem a prova como *“o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”*.

Sobre a sua importância no âmbito penal, Antônio Magalhães Gomes Filho⁶ pondera que *“só a prova cabal do fato criminoso é capaz de superar a presunção de inocência do acusado, que representa a maior garantia do cidadão contra o uso arbitrário do poder punitivo”*.

Assim, a temática da prova é das mais importantes no Direito Processual Penal, porquanto é o que permite, a todos os envolvidos no processo, a reconstrução fática daquilo que aconteceu no passado, e que está sendo questionado e discutido no presente, dentro dos autos.

Numa perspectiva ampla, a prova pode ser compreendida como meio de demonstração da existência de um fato ou da procedência de uma alegação e, na perspectiva do Direito Processual, consiste nos objetos que se levam à apreciação do juiz, para persuadi-lo na formação do seu convencimento.

Assim, a prova processual guarda correlação com a comprovação de alegações suscitadas, o que, em matéria criminal, remete naturalmente à demonstração da verdade dos fatos. De fato, sendo o processo um mecanismo cognitivo, é preciso que as atividades processuais atinentes à prova e à decisão final sejam, na máxima medida possível, voltadas à descoberta da verdade; somente quando outros valores de maior relevância justificarem restrições legítimas à reconstrução dos fatos, como, por exemplo, a vedação de obtenção de

⁵ CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 9ª edição. São Paulo: Malheiro, 1993, p. 295.

⁶ Gomes Filho, Antônio Magalhães, Notas sobre a terminologia da prova, in YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrine Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005, p. 303.

provas mediante tortura, é que se poderá aceitar que a busca da verdade fique em segundo plano⁷.

Michele Taruffo⁸, ao defender a prova em sua função instrumental para a determinação da verdade dos fatos, afirma que somente a partir desta noção é possível falar em uma decisão judicial legal-racional capaz de assegurar as garantias processuais necessárias ao Estado Democrático de Direito. Para o autor, não faz sentido falar de legalidade, correção e justiça de decisão se não se reconhece que a verdade dos fatos é questão necessária para uma correta aplicação da norma.

Ocorre que a verdade produzida no âmbito processual não é absoluta, tampouco consiste numa certeza objetivamente verificável, uma vez que depende da apreensão humana, a qual é essencialmente imperfeita e limitada pela inteligência e pelos sentidos. Nesse ínterim, a doutrina de Malatesta explica a finalidade última do processo penal não é a obtenção da verdade, conceituada como a conformidade da noção ideológica humana com a realidade dos fatos. Da mesma maneira, a função real da prova não é alcançar a verdade objetiva dos fatos, mas produzir no espírito do julgador o estado de certeza, compreendida esta como a crença veemente de percepção da verdade⁹, **não necessariamente a percepção em si.**

Diferencia as noções de certeza e verdade da seguinte maneira:

A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espirito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros.

Por conseguinte, o autor rechaça a ideia de uma condenação fundar-se apenas numa probabilidade dos fatos, a qual consiste no estado subjetivo de acolhimento por parte do julgador de duas hipóteses divergentes, porém, uma em maior grau do que a outra. Para se abraçar a certeza, é necessária a rejeição de uma hipótese em favor de outra.

No mesmo sentido, Badaró¹⁰ leciona que verdade e certeza podem andar separadas. Não sendo o processo um instrumento infalível, nem sempre a certeza do juiz corresponde à verdade dos fatos; a certeza pode ser construída sobre o erro. De outro lado, a verdade pode não ser crível pelo juiz.

⁷ BADARÓ, Gustavo. **Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan-abr, 2018, p. 50.

⁸ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 223.

⁹ MALATESTA, Nicola Framarino de. **A lógica das provas criminais**. Tradução de J. Alves de Sá. São Paulo: Livraria Teixeira, 1892, p. 21.

¹⁰ BADARÓ, Gustavo. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013. p. 26.

Ocorre que o próprio Malatesta¹¹ reconhece que o estado subjetivo de certeza jamais se torna absoluto, de maneira que a ideia de conformidade entre o pensamento próprio proveniente das provas e o fato criminoso em si (verdade objetiva) é suscetível de erros. Dessa maneira, a epistemologia moderna vem compreendendo a dúvida como algo inerente e insuperável ao ser humano. Na mesma medida, mesmo se considerando os óbices cognitivos e a possibilidade de que a verdade produzida no curso do processo não corresponda à reconstrução dos fatos, é possível a obtenção de uma verdade que seja o mais correspondente possível à realidade¹².

Nesse sentido, Michele Taruffo¹³ leciona que o processo penal inevitavelmente busca reconstruir a verdade, como decorrência de sua função primordial de solução de controvérsias, que, por sua vez, deve se dar através de uma decisão judicial justa, a qual apenas pode ser alcançada pela correspondência da verdade dos fatos na qual ela se apoia. Contudo, explica que a “Verdade” com letra maiúscula não pertence ao mundo das coisas humanas; é inapreensível e, portanto, alheia ao mundo da justiça e do processo. Apenas é acessível a verdade objetificada, ou seja, aquela cujo conhecimento depende do contexto em que surge, com o método com que se desenvolve sua busca e com a quantidade de informações de que se dispõe (e sobre as quais tais conhecimentos estão fundamentados).

Assim, o enunciado sobre um evento pode ser verdadeiro ou não, dependendo se representa a realidade ou não, isto é, não admite graus de verdade. Porém, é possível variar, dependendo das circunstâncias, o grau de confirmação atribuído a esse enunciado, com base nos conhecimentos disponíveis. De maneira que a verdade objetificada admite graduação no sentido em que, em determinados contextos e de acordo com a circunstâncias, pode existir uma maior ou menor aproximação com a verdade¹⁴.

Ainda segundo Taruffo¹⁵, no contexto processual, a verdade apresenta-se relativa e objetiva. Relativa porque se funda no conhecimento judicial das provas, as quais representam a base cognoscitiva na qual o convencimento de que um determinado enunciado corresponda

¹¹ Ibidem, p. 88.

¹² Sob esta perspectiva, Karl Popper trouxe à epistemologia científica a noção de “aproximação” ou “acercamento” da verdade – ideia segundo a qual uma proposição deve ser tomada como mais plausível em relação a outra de acordo com o conjunto de elementos sensitivos que levem a crer nela, chamada também de verdade aproximativa, verdade provável ou verdade possível. Sobre o assunto, pode-se conferir a sua obra “*Verdade e Aproximação da Verdade*”.

¹³ TARUFFO, Michele. **Conocimiento científico y critérios de la prueba judicial**. Proceso, Prueba y Estandár. Ed: ARA Editores, 2009. p. 38.

¹⁴ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 105.

¹⁵ Ibidem, p.106.

à realidade dos fatos da causa encontra justificativa; objetiva na medida em que não é fruto das preferências subjetivas e individuais do juiz, mas deriva dos dados cognoscitivos resultantes das provas, os quais originam razões objetivas que justificam o convencimento.

Deste modo, a noção de convicção judicial a ser buscada deve ser a que mais se aproxima da certeza, de forma que a certeza judicial seja tomada como um efeito indesejável e a máxima convicção atingível pelo julgador seja a quase-certeza ou alta probabilidade das assertivas. Reconhece-se que sempre haverá dúvida no ato decisório, apenas cabendo à prática judicial definir de forma apriorística qual a máxima dúvida tolerável para que se possa considerar aquela decisão legítima.

Por outro lado, uma vez que a decisão judicial volta-se à apuração da verdade dos fatos, deve ser resultado de um procedimento racional, que se desenvolva segundo regras e princípios, ou seja, um método que permita seu controle e lhe conceda validade¹⁶.

A prova, portanto, assume o papel de justificação na busca de um conhecimento seguro a respeito dos fatos que garanta uma legitimidade à decisão judicial, a partir da observação dos preceitos legais e lógico-rationais.

Nesse ínterim, Ferrer Beltrán¹⁷, defendendo a justa solução processual baseada operação cognitiva lógica e racional, ensina que a decisão da prova no processo é fruto da subseqüência de três momentos distintos – a conformação dos elementos probatórios, a valoração da prova e a adoção de uma decisão em si. A conformação consiste na avaliação inicial sobre a admissão dos meios probatórios ao processo, mediante um filtro epistemológico – elegendo-se apenas os meios que contribuam com informações relevantes sobre o fato a ser julgado – e jurídico – excluindo-se provas obtidas ilicitamente.

Em uma segunda etapa, procede-se à valoração do arcabouço probatório reunido, que equivale à ponderação da contribuição que determinados elementos de juízo exercem sobre as hipóteses conflitantes. Segundo Gascon Abellán¹⁸, a valoração da prova consiste na verificação dos “*enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam*”.

Tal valoração pode ser orientada pelo legislador e até mesmo ser definido previamente um determinado resultado, como no caso do sistema tarifado de prova. Se o

¹⁶ Ibidem, p.224.

¹⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 45

¹⁸ GASCON, M. **Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba**. 3ª. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. pp. 140 e141.

ordenamento jurídico previr a livre valoração, então, deverá ser analisado o apoio que cada elemento de juízo contribui com as hipóteses em conflito, de forma individual e em conjunto. Sendo livre a valoração pelo juiz, não obstante este não se submeta a normas jurídicas que predeterminem de plano o seu resultado, sujeita-se aos critérios gerais da lógica e da racionalidade.

Por último, o terceiro momento corresponde à tomada de decisão, ocasião em que se considera a hipótese como provada ou não, de acordo com o nível de confirmação disponível. Trata-se de uma atividade discricionária de avaliar se o processo de valoração atingiu o ponto necessário para que possa ser concluído em um sentido positivo ou negativo¹⁹.

Dessa maneira, a atividade de valoração da prova se distingue do ato de decisão na medida em que é regida por critérios epistemológicos, ao passo em que a atividade resolutiva final é regida por um modelo de constatação previamente estabelecido, fruto de uma escolha axiológica comunitária.

Conforme esclarece Badaró²⁰:

Depois de definido o método de valoração e sendo possível chegar à conclusão de qual é a hipótese fática que racionalmente deve ser considerada a que maior suporte encontrou na prova dos autos, é preciso definir qual o nível que esse suporte probatório deve atingir, para que tal hipótese seja, racionalmente, considerada verdadeira.

Nesse contexto, os standards probatórios cumprem a função de estabelecer o grau de confirmação probatória necessário para que o julgador considere provado um enunciado fático, como será explicado a seguir.

1.2. Sobre *standards* de prova

O terceiro momento da atividade probatória corresponde à tomada de decisão. Após a valoração da prova, ocasião em que se determina um grau de corroboração de cada uma das hipóteses fáticas em disputa, avalia-se se determinado enunciado fático pode ser considerado suficientemente provado.

Sob a ótica da livre convicção, a verdade jurídica se forma inteiramente na consciência do juiz, de maneira que este pode decidir de acordo com a prova dos autos, sem a

¹⁹ BADARÓ, Gustavo. **Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan-abr, 2018, p. 70.

²⁰ Ibidem.

prova ou ainda contra a prova, desde que fundamentada de forma idônea, respeitando as regras limitativas de produção probatória.

Não obstante, no processo criminal, a condenação exige o convencimento racional, o qual, por sua vez, precisa se fundar em provas concretas, ser sociabilizado e se alicerçar em critérios partilhados pela comunidade. Deve o magistrado, pois, perquirir premissas objetivas para fundamentar o mérito, demonstrando com embasamento técnico a sua convicção.

Entretanto, como afirmado anteriormente, tal decisão nunca se apoiará num grau de confirmação absoluto. Por ser o conhecimento humano incompleto, é impossível chegar à certeza absoluta do fato²¹. Assim, o que justificará tal decisão não será necessariamente a correspondência com a verdade real dos fatos ou a total ausência de dúvida, mas do alcance do critério mínimo de corroboração, assim definido como *standard* probatório.

Os standards probatórios, dessa maneira, reconhecem a falibilidade humana em relação à convicção dos julgadores no processo de decisão, aplicando esse reconhecimento na própria organização processual²², de maneira a possibilitar maior segurança na fundamentação das decisões judiciais e minimizar a probabilidade de erros indesejáveis.

Marcelo Guerra²³ conceitua *standard* probatório como a “*medida mínima de força probatória normativamente imposta para que uma crença seja tida como justificada, reconhecendo também a natureza gradativa da justificação da verdade*”.

Férrer Beltrán²⁴ defende que, para se adotar efetivamente um critério racional de decisão sobre a prova, primeiramente, é necessário evitar vincular as provas às crenças, convicções e dúvidas do tomador de decisões acerca dos fatos. Isso porque o grau de corroboração de uma hipótese não depende da sua identificação com determinadas crenças por parte do julgador, mas das afirmações verdadeiras que possam ser formuladas a partir dela e da dificuldade de, em contrapartida, elaborar afirmações verdadeiras a partir de hipóteses rivais.

Além disso, deve o *standard* de prova ser suficientemente preciso para tornar possível o controle intersubjetivo de sua aplicação; por fim, deve ele corresponder à expressão de determinadas preferências políticas compartilhada em nossa sociedade – o *standard* deve

²¹ BADARÓ, Gustavo. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013, p. 30.

²² KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>> Acesso em: 08 jan 2020.

²³ GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial: Uma Introdução**. Boulesis Editora, 2015, p. 91.

²⁴ Ibidem, p. 146

incorporar a preferência por erros negativos frente aos positivos para dar conta dos valores sociais garantistas.

A fixação de standards probatórios e seu conhecimento no mundo jurídico, destarte, é relevante porque a transição do sistema tarifado ao livre convencimento implicou a mitigação da racionalidade do processo de valoração das provas e a abertura à arbitrariedade judicial, acarretando a redução da atividade cognoscitiva do juiz a um fenômeno de pura consciência, que se exaure sob o pano íntimo e imprescrutável da mera subjetividade²⁵.

Nesse cenário de discricionariedade acentuada, a subjetividade judicial se revela como uma ameaça por abrir margem à arbitrariedade em detrimento da subserviência às normas jurídicas, concedendo ao julgador poder de interpretar as provas com amplitude, sem balizas doutrinárias ou legais.

Por conseguinte, a livre valoração da prova pelo julgador não deve ser entendida como uma operação puramente subjetiva pela qual se chega a uma conclusão unicamente por meio de impressões ou conjecturas de difícil ou impossível objetivação, mas antes como valoração racional e crítica, de acordo com as regras comuns da lógica, da razão, das máximas da experiência e dos conhecimentos científicos, que permitam objetivar a apreciação, requisito necessário para uma efetiva motivação da decisão²⁶.

De maneira que o sistema de livre convencimento não pode ser, assim como não é, completamente isento de restrições. Tal liberdade deve ser entendida unicamente no sentido de não estar submetida a limitações jurídicas, mas deve ser guiada por regras gerais de racionalidade e lógica²⁷.

Dessa forma, o *standard* probatório se traduz, propriamente, como uma limitação à liberdade de convicção do juiz, orientando a racionalidade do processo decisório e possibilitando o seu controle.

1.3. Modelos de *standards* de prova no Direito Comparado

Como já demonstrado, o emprego dos modelos de constatação ou standards permite que se traga ao debate, regrado e inteligível, critérios decisórios importantes (por exemplo,

²⁵ KNIJNIK, Danilo, *ibidem*.

²⁶ SILVA, Germano Marques da. Registro da prova em processo penal. Tribunal colectivo e recursos. In: **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 804.

²⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Ibidem*, p. 45.

em optar o juiz por um indício ou outro, ou entender subjetivamente insuficiente a prova produzida, ou ainda pretender a parte a prevalência de determinada interpretação ou inferência, enfim), que, até então, não possuíam um código comum e, de certo modo, ficavam à margem de uma decisão crítica²⁸.

Assim, a decisão final sobre os fatos põe fim à incerteza, atribuindo a cada hipótese o grau de confirmação com base nas hipóteses a que se referem. Nesse momento, Michele Taruffo²⁹ distingue seis possibilidades para cada hipótese: a) a hipótese H não teve qualquer confirmação; b) H teve confirmação fraca; c) H teve confirmação forte; d) a falsidade de H não teve qualquer confirmação; e) a falsidade de H teve confirmação fraca; f) a falsidade de H teve confirmação forte.

Assim, com base na teoria dos standards probatórios, a motivação exigida do juiz não tem como objeto o processo psicológico que o tenha guiado ao convencimento, mas a justificação do alcance do standard por parte da hipótese que considera provada, bem como a justificação da rejeição das outras hipóteses alternativas a partir da insuficiência do nível de corroboração³⁰.

Alguns modelos de standards jurídicos de racionalização da decisão judicial no direito comparado podem ser mencionados. Um primeiro modelo jurídico, ligado à tradição da *common law*, opera à base de dois standards jurídicos: a “*evidence beyond a reasonable doubt*”, ou seja, a prova acima de toda dúvida razoável, de emprego em casos criminais, e a “*preponderance of evidence*”, ou preponderância de prova, de utilização nos processos judiciais cíveis, ao lado das quais se costuma agregar regras particulares, como a “*clear and convincing evidence*”, ou seja, a prova clara e convincente³¹.

No direito norte-americano, tal sistema se associa ao “*burden of persuasion*” (ônus de persuasão), de maneira que se impõe à parte sobre que recai o ônus de convencer o julgador o dever de alcançar o mínimo probatório. No processo cível, por exemplo, associando o *standard* de “*preponderance of evidence*” ao “*burden of persuasion*”, a parte sobre a qual recai o ônus probatório tem de provocar no julgador um convencimento acerca da maior probabilidade de veracidade das suas alegações. Ou seja, este *standard* é atingindo

²⁸ KNIJNIK, Danilo, *ibidem*.

²⁹ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 250.

³⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Ibidem*, p. 151

³¹ KNIJNIK, Danilo, *ibidem*.

quando, através das evidências apresentadas pela parte, um fato se demonstra “*more probable than not*”, ou algo pouco mais do que a metade³².

Quando, no campo cível, exige-se maior probabilidade de um fato, como em litígios entre particulares onde se disputa direitos e interesses individuais de alta relevância - casos que envolvam direitos parentais, decisões administrativas, internação compulsória, entre outros -, adota-se o *standard* probatório “*clear and convincing evidence*”, que se caracteriza pela presença de evidências de alta probabilidade.

No campo do julgamento criminal, em 1970, na famosa decisão *In re Winship*³³, a Suprema Corte dos EUA definiu que “*the Due Process clause protects the accused against conviction except upon proof beyond a reasonable doubt of every fact necessary to constitute the crime charged*”, fixando para o processo penal o grau de convencimento acima da dúvida razoável.

Assim, considerando alto custo social provenientes de eventuais erros judiciais criminais, aplica-se modelo a prova acima de qualquer dúvida razoável (“*evidence beyond a reasonable doubt*”), que determina que o crime perquirido seja considerado, por meio dos elementos de prova reunidos, altamente provável. Por outro lado, em razão da sua alta capacidade de produção probatória e de violação dos direitos fundamentais do acusado e por deter o Estado, em geral, recursos financeiros superiores, impõe-se à acusação o “*burden of persuasion*”.

Beltran³⁴ analisa que a hipótese de a acusação dever estar confirmada “*más allá de toda duda razonable*” tem a vantagem de não apelar a certezas de nenhum tipo, assumindo a possibilidade de uma hipótese provada suscitar dúvidas no julgador, porém que estas não sejam razoáveis.

Não obstante Michele Taruffo³⁵ criticar a falta de clareza do que consistiria o critério além da dúvida razoável, afirma que “*é evidente o significado central que se exprime através desse standard: requer um grau particularmente elevado de confirmação probatória da culpabilidade, que tende à certeza visto que admite somente a presença de dúvidas <irrazoáveis>, numa evidente tentativa de reduzir ao mínimo o risco da condenação de um inocente*”.

³² Ibidem.

³³ 397 US 358 (1970)

³⁴ Ibidem, pp. 145 e 146

³⁵ TARUFFO, Michele. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 253.

No direito constitucional espanhol, o modelo da Mínima Atividade Probatória orienta-se no sentido de possibilitar um controle da decisão judicial de maneira a impor uma convicção racional, exigindo provas que eliminem possíveis dúvidas, segundo um critério qualitativo, bem como extirpando o convencimento judicial baseado em meras suspeitas, pressentimentos, intuições, convicções pessoais, conjecturas ou impressões³⁶.

Deste modo, a mínima atividade probatória nada mais pretende do que marcar a valoração racional e lógica da prova, com critérios de cientificidade, sem o que resultariam arbitrarias e ilegítimas as respectivas decisões. Debruça-se precisamente sobre a formação racional da convicção, procedendo a um verdadeiro metajuízo, vale dizer, um “juízo sobre um juízo”³⁷.

A construção jurisprudencial germânica até o pós 2ª Guerra adotava como suficiência probatória o alto grau de verossimilhança, tanto para processos cíveis, quanto para matérias criminais, exigindo apenas a convicção e aceitando a permanência da dúvida. Tal estado de coisas mudou a partir daquele período, quando se passou a teorizar sobre certezas e dúvidas no espírito humano. O convencimento seria reputado válido e legítimo diante da ausência de dúvidas *in concretum*, ou seja, aquelas subjetivas. Eram impertinentes, nesse sentido, dúvidas meramente abstratas ou que dissessem respeito a outro juiz³⁸.

A doutrina do absurdo ou da arbitrariedade, apesar de se assemelhar à mínima atividade probatória, possui uma utilidade mais de cassação de decisões arbitrarias, em vez de pretender conferir uma logicidade ao processo decisório. Partindo da premissa da garantia do acesso à justiça, veda a desconsideração do material probatório por parte da autoridade judicial, bem como uma decisão valorativa da prova que escape às leis lógicas ou formais.

Teoria de origem francesa, o controle de motivação exerce um controle lógico mínimo do juízo fático, impondo ao juiz uma motivação suficiente e coerente. Assim, estabelece quatro casos de vícios de motivação, a saber: a) ausência de motivos; b) contradição de motivos; c) motivos dubitativos ou hipotéticos; d) falta de enfrentamento de uma questão.

Por fim, mencione-se os modelos probabilísticos-matemáticos, cuja base é o teorema de Bayes. Trata-se de um método de cálculo segundo o qual, diante da necessidade de valorar

³⁶ JÚNIOR, José Paulo Baltazar; PAULO, José. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**. Porto Alegre, n. 4, 2007, p. 168.

³⁷ KNIJNIK, Danilo, *ibidem*.

³⁸ GERHARD, Walter. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogotá: Temis, 1985, p. 115.

a correspondência de uma hipótese sobre um fato, procura-se averiguar a provável frequência deste em uma determinada classe de eventos, tendo em conta a distribuição de precedentes do fato naquela classe³⁹.

Tal teoria foi rejeitada no caso paradigmático do direito estadunidense *People v. Collins*, referente a um roubo no qual a vítima declarava ter sido autora uma moça loira com rabo de cavalo, que fugiu em um veículo amarelo dirigido por um homem negro. Um cálculo estatístico indicou como uma em doze milhões a possibilidade de outras pessoas em tais condições, além dos acusados, tendo o júri condenado os acusados. A Suprema Corte da Califórnia anulou a decisão, rejeitando o cálculo estatístico e entendendo que estiveram ausentes os pressupostos da decisão, uma vez que as provas não foram consideradas independentemente⁴⁰.

1.4. A aplicação dos modelos de *standards* no Brasil

No Brasil, não se exige que o juiz enuncie o modelo probatório nas suas decisões, mas apenas que a decisão seja motivada com base nas provas dos autos. O dever de fundamentar do magistrado é uma imposição que já figurava no inciso III do art. 381 do CPP, ao determinar ao juiz a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão, assumindo status constitucional a partir de 1988, quando passou a figurar no inciso IX do art. 93 da Constituição. Segundo Baltazar Júnior⁴¹, constitui uma garantia para o cidadão, que poderá contrastar a motivação do juiz através da apelação, bem como permite aos tribunais superiores acompanhar a aplicação do direito, tornando mais racional o sistema e evitando o arbítrio e o voluntarismo.

Segundo Gustavo Badaró⁴², o tema dos *standards* probatórios ou modelos de constatação tem sido praticamente ignorado pela doutrina processual brasileira, que muitas vezes se limita a apreciar a questão sob o enfoque do *in dubio pro reo*, mas não dos diversos graus que se pode exigir do julgador para que considere um fato “provado” ou mesmo para que se tenha como satisfeito um requisito legal de mera probabilidade e não de “certeza”.

³⁹ BADARÓ, Gustavo. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 41.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 42 e 43.

⁴¹ BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sentença Penal**. 2ª. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005, p. 56.

⁴² BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: **Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 351.

Contudo, Danilo Knijnik⁴³ afirma que toda a teorização sobre standards de prova, como controle lógico da motivação judicial, tem densidade prática. O paradigma mais antigo data de 1966, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário nº 57.420-GB pelo STF. No caso, discutiu-se os contornos interpretativos da súmula nº 279, que prescreve que “*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*”. Em decisão emblemática, o Ministro Villas Boas apontou a distinção entre apreciação e valoração probatória, afirmando que a primeira diz respeito à pura operação mental de conta, peso e medida, a qual é imune ao controle excepcional. Na segunda operação, a Corte Suprema interviria de forma a apurar se houve ou não a infração a algum princípio probatório e, desta perspectiva, corrigir eventual injustiça, sem adentrar as matérias fáticas.

Não obstante, cabe destacar que o embate dos limites de reexame da prova pelas vias extraordinárias é apenas uma categoria do controle racional, tendo em vista que não admite um diálogo efetivo com o material probatório, distanciando-se da proposta dos standards.

O avanço mais decisivo na matéria foi o Recurso Especial nº 184.156-SP⁴⁴, julgado em 1998 pela quinta turma do STJ. Na oportunidade, analisou-se os aspectos do *standard* exigido para fins de condenação em acórdão emanado de determinado tribunal de justiça estadual. Em voto, o Ministro Felix Fischer pontuou que o exame pela corte superior não esbarrava em óbice da súmula nº 07 (“*a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*”), uma vez que a questão exigia tão somente a reavaliação dos fatos delineados no acórdão *a quo*, e não o reexame de matéria probatória.

Prosseguindo, o ministro mencionou a observância do *standard* “*defaut de base légale*” francês (falta de base legal), como fundamento do controle das questões de fato e da intervenção em casos de desvios de poder relativos ao cumprimento da objetividade probatória.

Na legislação processual brasileira, conquanto não se mencione expressa e precisamente os níveis de constatação das decisões, elencam-se alguns *standard*, utilizados no processo penal brasileiro: para a prisão temporária bastam fundadas razões de autoria (Lei nº 7.960/89, art. 1o, inc. III), enquanto para a prisão preventiva é necessário indício suficiente

⁴³ Ibidem.

⁴⁴ Disponível em: <<https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/7715/1/STJ%20REsp%20856706.pdf>>. Acesso em 08.01.2020.

(CPP, art. 312); por outro lado, para o sequestro, “indícios veementes de proveniência ilícita dos bens” (CPP, art. 126).

Além das medidas cautelares, é necessário observar que, ao longo da própria persecução penal, há uma formulação progressiva de juízos. No recebimento da denúncia, examina-se a presença de justa causa, lastreada no mínimo suporte probatório e na viabilidade da acusação; para a pronúncia, são exigidos “indícios suficientes de autoria” (CPP, art. 413, *caput*).

1.5. A incidência de *standards* probatórios no processo penal

A decisão ao final do processo tem como resultado quatro possibilidades: a absolvição de um inocente (que corresponde a um verdadeiro negativo), a condenação de um culpado (verdadeiro positivo), a absolvição de um culpado (falso negativo) e a condenação de um inocente (falso positivo). Nesse sentido, pode-se considerar como erro judicial, dentre os quatro resultados possíveis de uma sentença judicial, todo falso positivo ou falso negativo, que correspondem respectivamente à aceitação da hipótese acusatória, sendo esta falsa, e à rejeição da hipótese acusatória, sendo esta verdadeira⁴⁵.

No processo penal, a ritualística exige um grau muito alto de corroboração da hipótese acusatória no processo penal. Não obstante, a observância de tal *standard* não imuniza o julgamento de determinado caso de erros; em verdade, a eleição de um *standard* mais exigente representa apenas uma maior aceitação do risco de falsa absolvição e implica que, numa ótica geral, cometam-se mais erros do tipo falso negativo (falsas absolvições) do que falso positivo (falsas condenações)⁴⁶.

De fato, se o *standard* é do tipo “preponderância de prova”, estatisticamente os falsos positivos e negativos são distribuídos quase igualmente entre as duas partes. Por outro lado, quanto mais exigente tornamos o nível de corroboração a uma hipótese fática, como o é no tipo “além da dúvida razoável”, aumentam os falsos negativos e diminuem os falsos positivos. Em outras palavras: quanto mais exigente o *standard*, mais erros judiciais relacionados à absolvição serão constatados; por outro lado, quanto menos rigoroso, maiores serão as condenações injustas.

No campo criminal, a ritualística processual é aversa aos erros judiciais relativos às

⁴⁵ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Ibidem*, p. 143

⁴⁶ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Ibidem*, p. 148

condenações injustas, assumindo-se melhor uma absolvição falsa do que uma condenação falsa, e tem como propriedade a prevenção de riscos nesse viés. Os princípios norteadores almejam proteger o acusado frente ao poder coercitivo do Estado e lhe proporcionar paridade de armas. Esta é a razão pela qual se estabelece um nível de exigência mais alto da prova penal do que daquela cível.

Nesse sentido é que, pelos princípios do *in dubio pro reo* e da presunção de inocência, a dúvida deve favorecer o acusado, ainda quando lhe é incumbido o ônus da prova. Para Gustavo Badaró⁴⁷, o Ministério Público, na condição de autor da demanda e parte acusatória, deve assumir o compromisso que o acusado cometeu o delito que lhe é imputado; não se desincumbindo do ônus de prova, sucumbirá, implicando a absolvição do réu.

Por outro lado, quanto ao acusado, não se lhe impõe um dever de se defender ou de provar sua inocência, sendo esta apenas uma faculdade. Ele pode perfeitamente permanecer em silêncio, sem apresentar qualquer versão defensiva dos fatos, e ainda assim ser absolvido diante da insuficiência probatória da hipótese fática acusatória.

Ademais, no âmbito da prova, Ferrer Beltrán⁴⁸ propõe a fixação de comprovação da hipótese da culpabilidade com base em duas condições: a) a hipótese deve ser capaz de explicar os dados disponíveis, integrando-os de forma coerente, bem como confirmar os enunciados decorrentes; b) devem ter sido refutadas todas as demais hipóteses plausíveis explicativas dos mesmos dados, que sejam compatíveis com a inocência do acusado.

No que diz respeito à segunda condição, não se exige superar as hipóteses defensivas implausíveis ou impossíveis diante do funcionamento real do mundo natural; igualmente, não exigem refutação as estratégias *ad hoc*, ou seja, aquelas gerais, não corroboráveis e não passíveis de constatação (como a alegação de “complô” de todos os agentes do processo).

Ademais, ainda que seja indiscutível que se requeira da prova criminal maior conformação com a verdade, em comparação com outras espécies processuais, há também uma variação interna, que oscila aliada às decisões políticas que uma determinada sociedade adota em consonância com a maior ou menor prevenção delitiva⁴⁹. Ferrer Beltrán⁵⁰ admite a possibilidade de se operar com diferentes *standards* de prova no julgamento criminal, tanto

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. P. 227

⁴⁸ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Ibidem*, p. 147

⁴⁹ Beltrán explica que tais decisões políticas “*tienen otras consecuencias importantes que deberán ser tomadas en consideración al momento de decidir. Así, por ejemplo, un aumento de las falsas absoluciones puede conllevar un aumento de la criminalidad. Si la sanción penal tiene una función de prevención especial o general, esa prevención no se cumple si los culpables de los delitos no son condenados*” (pág. 143).

⁵⁰ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Ibidem*, pp. 140 e 141

em razão do delito de que se trate, quanto da sanção que ele implica. E vai além: dentro das diversas decisões prolatadas no seu âmbito, convém se adotar distintos standards sobre a hipótese acusatória, tais como a decretação de medidas cautelares, em contraposição à condenação final.

De fato, considerando que no processo cível seja plausível, em razão de algumas matérias mais relevantes do que outras, a flexibilização do nível de certeza exigível (mediante a adoção da preponderância de prova ou da sua clarividência – vide tópico 1.3.), é igualmente necessário que na persecução criminal também ocorra tal variação, em razão do bem jurídico tutelado e da pena a ser suportada pelo acusado.

Isso porque a definição concreta de cada *standard* de prova pressupõe uma decisão valorativa de toda a comunidade, representada no poder legislativo, de acordo com a admissibilidade social quanto aos erros provenientes⁵¹.

Nos crimes sexuais, propriamente, sobressai uma responsabilidade comunitária de maior acautelamento do gênero feminino sob o aspecto da sua liberdade sexual, a partir da consciência da violência sexual como expressão da fragilidade social que recai sobre a mulher. Além disso, soma-se a dificuldade de comprovação de tais crimes, pela ausência de vestígios constatáveis e pela obscuridade da prática delituosa, o que culmina na necessidade de eleição de um *standard* de prova menos rigoroso, conforme se verá a seguir.

Ocorre que a prática judicial atual não demonstra enfrentamento do tema no sentido de reunir provas de maneira cautelosa, o que resulta na colheita da palavra da ofendida sem qualquer compromisso com a verdade dos fatos. É salutar a consciência de que a preocupação de maior acautelamento de tais crimes não deve resultar numa desvinculação e descompromisso completo com os princípios norteadores do processo penal geral; deve o julgador buscar manter um compromisso de aproximação com o *standard* de prova geralmente fixado nas persecuções penais, evitando sua flexibilização tamanha, que culmine na inversão do ônus da prova, transferindo-o indevidamente da acusação ao acusado.

Assim, sob o viés da função instrumental da prova penal de alcançar a verdade e estabelecer um grau mínimo de confirmação da hipótese acusatória, é pertinente um maior debruçamento sobre o principal meio de prova – a palavra da vítima.

⁵¹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Ibidem*, pp. 142 e 143

CAPÍTULO 2: A PROVA NOS CRIMES SEXUAIS

Com base nos estudos já apresentados sobre a natureza e as características dos *standards* probatórios, particularmente no campo do processo criminal, passaremos a tecer algumas reflexões teóricas acerca da incidência do instituto sobre os crimes sexuais.

Inicialmente, analisaremos as particularidades referentes às provas em tais delitos, onde a palavra da vítima progressivamente passou a assumir maior prestígio, ao lado da evolução da legislação brasileira que regeu aqueles delitos. Em seguida, delinearemos os aspectos dos *standards* adotados pela jurisprudência atual, com base nas teorizações já delineadas acerca deste instituto.

2.1. A problemática da produção de provas

O Código Penal dedica o Título VI da sua parte especial à tutela da liberdade sexual dos indivíduos, prevendo os atentados contra a sua dignidade manifestada no aspecto sexual. A grande problemática à efetividade desses tipos criminais, entretanto, encontra-se na comprovação da sua ocorrência.

Inicialmente, no âmbito das provas produzidas, o Código de Processo Penal prevê a obrigatoriedade de exame de corpo de delito sempre que o crime deixar vestígios (art. 158, CPP). Tal exame tem exatamente a função de comprovar a prática do ato sexual e as lesões corporais provocadas pelo agressor, estas indicativas do não consentimento.

Ocorre que as ações típicas de tais delitos em sua maioria não deixam vestígios, ou, mesmo que deixem, nem sempre são constatados ou coletados, dificultando a sua comprovação mediante perícia. Isso porque os crimes sexuais podem consistir, além da conjunção carnal em si, num ato libidinoso e até mesmo numa mera verbalização – como no caso do assédio sexual. Da mesma forma, a violência eventualmente empregada pode ser física ou moral - mediante ameaça -, embaraçando a apuração do ato.

Assim, em virtude da ausência de rastros ou de outras circunstâncias, como acontece com frequência nos crimes em espécie, a comprovação da materialidade mediante exame de

corpo de delito fica prejudicada, sendo comumente consubstanciados laudos periciais meramente sugestivos ou inconclusivos.

Tal problemática é agravada pelo fato de que o estupro, assim como outros delitos sexuais, é praticado com mais frequência às escuras. Ou são consumados mediante rapto, em locais desabitados ou de difícil acesso, ou, quando inserido no âmbito familiar, ocorrem em momentos de vigilância única do agressor sobre a vítima, sem a presença de outras testemunhas. Por esse motivo, os crimes contra a dignidade sexual são chamados de crimes clandestinos, praticados com cuidados oportunos à consumação, para não serem desvendados e não deixarem vestígios.

Em razão disso, nessas espécies penais, o processamento e a busca da verdade revestem-se de um difícil afã, limitada ao testemunho da vítima e à mera contribuição de testemunhas indiretas – aquelas que apenas souberam dos fatos pela vítima, pelo acusado ou por terceiros⁵². O relato acusatório da agredida torna-se elemento chave, fundamental para trazer à luz o ato criminoso e possibilitar sua elucidação.

2.2. Sobre a tutela dos crimes sexuais na legislação brasileira

As sociedades modernas entendiam que o respeito à honra da mulher não provinha de sentimento inato ao ser masculino, mas era fruto de um processo civilizatório de vitória da moral sobre a brutalidade dos instintos⁵³. Isso porque, nas organizações sociais primitivas, a mulher era submetida a uma deploração pelo gênero masculino, submissa e instrumento deste em seus caprichos e desejos.

⁵² Segundo Aury Lopes Jr., tais testemunhas denominam-se “hearsay testimony” (“ouvi dizer”). Afirma: “*tal modalidade de testemunha deveria ser considerada imprestável em termos de valoração, na medida em que é frágil e com pouca credibilidade. É ainda bastante manipulável e pode representar uma violação do contraditório, eis que quando submetida ao exame cruzado (cross examination) na audiência, não permite a plena confrontação, afinal, sobre o fato, ela nada sabe, apenas se limita a repetir o que ouviu e, eventualmente, fazer juízos de valor sobre isso (o que é vedado pela objetividade). Há ainda o imenso risco de existir uma verbalização ampliada, até para valorização do papel assumido*”. In: LOPES JR., Aury. **Testemunho "hearsay" não é prova ilícita, mas deve ser evitada**. Consultor Jurídico. 30 out. 2015. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2015-out-30/limite-penal-testemunho-hearsay-nao-prova-ilicita-emitada2>>. Acesso em: 03 dez 2019.

⁵³ CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Os Delictos contra a honra da mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, Freitas Bastos & CIA, 1932, pág. 11.

Assim, as legislações ocidentais passaram a punir rigorosamente o estupro e outros atentados sexuais, motivadas pela afirmação da evolução das civilizações e pela necessidade de elevar a mulher a um patamar de dignidade e protegê-la contra os assaltos do homem.

O reconhecimento como fonte material que deu origem a tais proteções jurídicas inicialmente foi concedida ao cristianismo e a todas as instituições religiosas que o sustentavam; posteriormente, à moral filosófica. Até que, ao final no século XIX, a ciência positivista trouxe a sensação de indispensabilidade do receio da pena, face à corrupção dos costumes e à ausência de freio moral que contivesse os instintos⁵⁴.

Ocorre que, durante muito tempo, os crimes sexuais mantiveram-se atados aos estereótipos criados à vítima e ao agente, dificultando seu reconhecimento. O estupro era, no imaginário social, ato estranho ao corpo social, praticado por poucos e degenerados maníacos sexuais. Desta feita, especialmente quando se tratava de agressor de boa conduta social, era comum insistir-se na debilidade física ou mental do acusado e na extrema capacidade de atração que as vítimas eram capazes de exercer.

Como consequência, acusado e vítima eram empurrados para a margem social e os crimes sexuais apenas se tornavam notórios quando fugiam da normalidade média e praticado com extrema monstruosidade⁵⁵.

2.2.1. O Código Criminal de 1830

Primeira legislação penal distintamente brasileira, o Código Criminal do Império (1830) reunia os crimes sexuais sob a denominação de “Crimes contra a segurança da honra”, elegendo esta como o bem jurídico primordialmente tutelado.

O estupro, gênero delitivo mais grave, abrangia sete modalidades típicas. A mais comum consistia em “*ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta*”, porém, também se considerava estupro a conjunção carnal consentida, caso a vítima se afigurasse virgem e menor de dezessete anos, analogamente ao estupro de vulnerável previsto atualmente.

⁵⁴ Ibidem, págs. 23 e 24.

⁵⁵ DE MARCH, Kety Carla. Corpos subjugados: estupro como problemática histórica. **Oficina do Historiador**, v. 10, n. 1, p. 97-116.

Quanto às penas, estas se qualificavam principalmente em desterro ou degredo⁵⁶ para fora da comarca ou, mais gravemente, da província. Mas também poderiam impor ao agressor a sanção de dotar a vítima, ou seja, pagar-lhe o dote, o qual correspondia à parte da herança concedida pelos pais à mulher por ocasião do casamento, para que suas filhas não ficassem patrimonialmente desprotegidas.

Tal obrigação decorria das consequências advindas do crime perpetrado: uma vez deflorada ou desonrada, a vítima perdia o prestígio social e corria alto risco de ser excluída do mercado de casamento, caso fosse solteira, ou até abandonada pelo cônjuge, se casada. Ao impor o dote como parte da pena, buscava-se amparar aquela que estava fadada a não se casar com outra pessoa, de certa forma, auxiliava-a e lhe minimizava o prejuízo⁵⁷.

A punição de dotar a vítima, dessa forma, evidenciava ainda o forte conteúdo patrimonial da dignidade sexual e o fato de que o bem jurídico a ser tutelado nos crimes sexuais era primordialmente a honra no seu aspecto objetivo.

Também como reflexo desta realidade social, o legislador estabelecia uma causa de extinção da punibilidade. Caso o agressor se dispusesse a casar com a vítima, estava reparado o delito, independentemente do consentimento daquela.

A finalidade de proteção da honra se torna ainda mais evidente ao se observar que à prostituta se destinava menor proteção estatal, traduzida numa punição mais branda, em contraposição à mulher honesta e especialmente à mulher virgem⁵⁸. Para os juristas, a mulher que comercializava seu corpo não possuía sentimento de honra ou dignidade e quem abusasse dela não prejudicaria seu futuro, nem mancharia a sua reputação⁵⁹. Por conseguinte, não possuía honestidade como representante da família, e por isso o ordenamento jurídico a

⁵⁶ Diferencia-se o desterro do degredo pelo fato de, quando adotado este, determinar-se o local de destino do sancionado, enquanto aquele importa apenas a expulsão do território.

⁵⁷ PINTO, Luciano Rocha. Moral e religião no código criminal imperial ou uma apologia da soberania em tempos de ilustração. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH**. São Paulo, p. 1-16, julho de 2011, disponível em [http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligioaoCodigoCriminalImperial\(anpuh2011\).pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligioaoCodigoCriminalImperial(anpuh2011).pdf). Acesso em 23 set 2019.

⁵⁸ Art. 219. Deflorar mulher virgem, menor de dezasete annos.

Penas - de desterro para fóra da comarca, em que residir a deflorada, por um a tres annos, e de dotar a esta.

Art. 222. Ter copula carnal por meio de violencia, ou ameaças, com qualquer mulher honesta.

Penas - de prisão por tres a doze annos, e de dotar a offendida.

Se a violentada fôr prostituta.

Penas - de prisão por um mez a dous annos.

⁵⁹ ACOSTA, Leonardo Machado; GASPAROTO, Carlos Henrique. Discriminação no tratamento jurídico recebido pelas mulheres nos códigos penais do século XIX. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 10, n. 2, 2016.

diferenciava das demais mulheres consideradas “honestas”, impondo uma pena menor para quem violasse seu corpo.

Nesse sentido, Viveiros de Castro diferenciava os efeitos do estupro na mulher “honesta” e nas prostitutas: para ele, os resultados não eram idênticos, pois “*a prostituta não recebe a afronta que mancha indelevelmente a vida da mulher honesta*”⁶⁰. Além disso, admitia uma espécie de erro de tipo por parte do agente, uma vez que, como consequência da vida promíscua da mulher, o homem poderia ser induzido a duvidar da sua resistência e, assim, gravidade do crime deveria ser atenuada. Em suas palavras:

A prostituta, a mulher que faz commercio de seu corpo, recebendo homens que a pagam, não tem sentimento de honra e de dignidade. Quem della abusa contra sua vontade não lhe prejudica o futuro, não mancha o seu nome, sua reputação. [...] E como tal facto não revela um character temivel, perigoso da parte do delinquente, não causa mal irreparavel á victima, não abala os interesses da defesa social, podera ser punido como simples contravenção, exceptuado, bem entendido, o caso em que houvesse sevicias ou ferimentos na victima⁶¹.

Outro aspecto particular dizia respeito ao sujeito passivo dos crimes sexuais – na legislação penal do Império, a vítima era essencialmente mulher, a qual, como já abordado, era categorizada em virgem, honesta ou prostituta, sendo comum a necessidade de análise profunda quanto à vida pessoal da vítima na elucidação do crime. A preocupação voltava-se, em primeiro plano, às condutas sociais e virtudes morais da mulher e, em segundo plano, com o comportamento do agressor.

2.2.2. O Código Penal Republicano

O Código Penal Republicano (1890) apresentou forte identificação com as correntes positivistas que dominavam as ciências sociais. Influenciados por tais teses e movidos pelo esforço em garantir os objetivos republicanos de "ordem e progresso", para os juristas brasileiros do final do século XIX, caberia ao Poder Judiciário intervir na desordem social em prol do estabelecimento de uma ordem sexual e da organização familiar, critérios básicos para a melhoria das futuras gerações e para a construção das bases daquela que era vista como a maior riqueza do Estado: a qualidade da população. Por esta razão, o sexo enquanto

⁶⁰ CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Ibidem*, p. 124.

⁶¹ *Ibidem*.

instituição e a sexualidade enquanto vivência transformavam-se definitivamente em assunto de interesse social⁶².

Adotando a mesma perspectiva de proteção da “*segurança da honra e honestidade das famílias e do ultraje publico ao pudor*”, conforme se designava o título correspondente, o novo Código Penal refletia a ideologia moralista sobre as tipificações dos atentados sexuais, buscando resgatar a mulher tímida e recatada, voltada à família e distante dos contatos rudes da vida, em contraste àquela ambiciosa, que almejava espaço no mercado e colocava-se entre a classe masculina.

Naquele período, a incorporação de novos padrões culturais ameaçava a consistência das instituições familiares, provocando no âmbito jurídico uma insurgência contra a “*mulher moderna, vivendo nas ruas, concorrendo com os homens nas diversas profissões, sabendo tudo, discutindo audaciosamente as mais escabrosas questões, sem refreio religioso, ávida unicamente de luxo e sensações, vaidosa e fútil, presa fácil e muita vez até oferecida espontaneamente à conquista do homem*”⁶³.

Dessa maneira, a legislação criminal republicana, aos moldes da anterior, procurou diferenciar as vítimas dos delitos sexuais conforme sua colocação social, dando-lhes desigual proteção para o mesmo fato típico e a discriminando como honesta, pública ou prostituta⁶⁴. As investigações judiciais, inclusive, eram permeadas de diálogo com a moral sexual da vítima.

Acosta e Gasparoto⁶⁵ ilustram essa constatação com uma análise prática de um processo que tramitou em 1898, na Comarca de Franca/SP, acerca de crime de rapto⁶⁶. Segundo os autores, era evidente a preocupação das testemunhas processuais em intitular a vítima do crime como “honestas”, utilizando a virgindade da moça como indício confirmatório e deixando claro que ela vivia com seus pais dentro do seio familiar. Explicam que o crime praticado contra ela estaria colocando em risco a integridade moral de toda a sua família; desta forma, uma vez “honestas”, ela seria digna e necessitava obter uma reparação do crime, e

⁶² JÚNIOR, Carlos Martins. Sob o signo de Otelo: Francisco Jose Viveiros de Castro e as "contradições" na jurisprudência sobre crimes passionais. **Revista de História**, n. 135, p. 61-78, 1996.

⁶³ CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Ibidem*, p. 21.

⁶⁴ Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta:

Pena - de prisão cellular por um a seis annos.

§ 1º Si a estuprada for mulher publica ou prostituta:

Pena - de prisão cellular por seis mezes a dous annos.

⁶⁵ ACOSTA, Leonardo Machado; GASPAROTO, Carlos Henrique. *Ibidem*.

⁶⁶ Art. 270. Tirar do lar domestico, para fim libidinoso, qualquer mulher honesta, de maior ou menor idade, solteira, casada ou viuva, attrahindo-a por seducção ou emboscada, ou obrigando-a por violencia, não se verificando a satisfação dos gosos genesicos:

Pena - de prisão cellular por um a quatro annos.

o ordenamento jurídico teria o dever de protegê-la, punindo o culpado na tentativa de restituir a honra perdida.

Por outro lado, mulheres consideradas “públicas” possuíam menor proteção da justiça, em oposição àquelas honestas, sendo que, muitas vezes, o crime cometido contra elas estava associado unicamente à lesão corporal e, assim, tinha menor força social do que os estupros cometidos contra jovens castas, sob as quais pesaria não só a lesão corporal, mas também a perda da honra e do seu valor social para o casamento⁶⁷.

Quanto às capitulações, o Código Penal Republicano manteve a criminalização do defloramento, do estupro e do rapto, acrescentando o adultério e o crime de atentado violento ao pudor – figura típica que representou um avanço na repressão da violência sexual, uma vez que abrangia casos não incidentes no estupro, como a prática de atos libidinosos diversos da cópula carnal, contra homem ou mulher.

O defloramento consistia na cópula com mulher virgem e menor de idade, empregando contra ela sedução, engano ou fraude para obter seu consentimento. Caso na ação criminosa fosse ausente o consentimento da mulher, o crime materializava-se no estupro⁶⁸. Este era compreendido, pois, como o ato pelo qual o homem abusava com violência física ou moral de uma mulher, em qualquer estado e condição social.

Nesta legislação, a concepção de violência elementar do crime de estupro foi restringida, diminuindo o alcance da lei, considerando como forma de constrangimento apenas a força física ou outros meios semelhantes, excluindo, portanto, a coação moral – ameaça -, que na legislação anterior configurava meio de execução⁶⁹.

Quanto às penas, desde 1830 houve uma notória redução da severidade punitiva pelo legislador. Foram excluídas as penas de degredo e desterro e as penalidades prisionais no geral foram atenuadas significativamente. Por exemplo, o estupro passou de até doze anos de prisão e fixou a máxima em apenas seis anos de prisão, o que demonstra, de maneira evidente, a mudança de pensamento do legislador, seja porque passou a interpretar diferentemente os próprios crimes deste gênero e sua gravidade, seja em razão de eventual transformação do conceito ou da influência da pena em si.

⁶⁷ DE MARCH, Kety Carla. *Ibidem*, p. 105

⁶⁸ Art. 269 - Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa com violencia de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e em geral os anesthesicos e narcoticos.

⁶⁹ Conforme disciplinava o artigo 269: “por violência entende-se não só o emprego da força física, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades físicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hipnotismo, o clorofórmio, o éter e, em geral, os anestésicos e narcóticos”.

2.2.3. O Código Penal de 1940

O Código Penal Brasileiro atual foi instituído pelo Decreto-lei nº 2.848/1940. Em sua redação original, os crimes sexuais reuniam-se no Título VI da Parte Especial, sob a denominação dos “crimes contra os costumes”, demonstrando estarem ainda atados à moral comunitária reguladora das práticas íntimas.

Refletiam o interesse público em reprimir a imoralidade - tratava-se de crimes praticados contra a moral social, sob o aspecto da sexualidade. O vocábulo “costumes” remetia aos hábitos da vida sexual aprovados pela moral prática, isto é, a conduta sexual adaptada à conveniência e disciplina sociais⁷⁰.

Sob essa perspectiva, a liberdade sexual manteve-se protegida do ponto de vista dos bons costumes e hábitos da sociedade, submissa às regras morais⁷¹.

A finalidade última da tutela não era a mulher (ou o homem, nos casos excepcionais de atentado violento ao pudor) em sua dignidade sexual. Ignorava-se que o crime tinha o efeito de provocar, antes mesmo de ferir os costumes, danos personalíssimos à vítima; voltava-se o enfoque aos transtornos sociais que esta enfrentaria em decorrência da “pureza” perdida e, em última análise, à transgressão social que a prática sexual anormal representava.

Sob esse viés, Hungria⁷² justificava a necessidade de maior tutela do gênero feminino sobre o masculino, pelo fato de que o valor social do homem seria muito menos prejudicado pela violência carnal do que o da mulher, de modo que, em princípio, não se justificaria, para o tratamento penal, a equiparação dos dois casos.

Por outro lado, a designação de “crimes contra a liberdade sexual” do capítulo correspondente representou a concepção de que o bem jurídico tutelado pelo legislador era a inviolabilidade carnal. Nesse sentido é que Magalhães Noronha⁷³, a proteção jurídica do estupro orientava-se ao direito da mulher de dispor do próprio corpo e ao critério de eleição sexual de que gozaria na sociedade. Afirmava que se tratava de um direito da própria mulher, que não desapareceria mesmo quando se dava a uma vida licenciosa, pois, nesse caso, ainda

⁷⁰ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VIII. 3ª ed – Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1954, p. 95.

⁷¹ CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade sexual**: comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009. p. 26 e 37.

⁷² HUNGRIA, Nelson. *Ibidem*, p. 118.

⁷³ NORONHA, Edgard Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado: crimes contra o sentimento religiosa e contra o resto aos mortos, crimes contra os costumes**. São Paulo: Saraiva, 1954, p. 111

que mercadejando com o corpo, ela conservava a faculdade de aceitar ou recusar o homem que a solicitava.

Em decorrência, marcou significativa inovação ao excluir, no crime de estupro, as discriminações sociais de outrora – exemplificadas nas distinções punitivas entre vítimas honestas, públicas e prostitutas, passou a considerá-las um grupo único.

Não obstante, tal perspectiva de preservação da liberdade sexual da mulher era mitigada pelo imaginário de que a violência empregada pelo agressor apenas se daria manifestamente, mediante força física invencível ou ameaça verbalizada. Na mesma medida, a resistência oferecida pela vítima deveria ser também inequívoca, expressada cabalmente.

Nesse sentido, o próprio Magalhães Noronha⁷⁴ expunha que, a par da violência do estuprador, exigia-se resistência da vítima, uma vez que esta era pressuposto de existência daquela. Para ele, era necessário que fosse a vítima constrangida, isto é, obrigada à conjunção carnal, pois a lei impunha que fosse a primeira defensora voraz de sua liberdade sexual.

Afirmava ainda que a oposição deveria ser sincera, patenteando a vontade de a ofendida furtar-se ao gozo do estuprador, uma vez que a simples relutância e a mera negativa não poderiam constituir a resistência exigida pela capitulação do crime.

Nesse ponto, questiona-se o imaginário construído acerca do consentimento feminino no que diz respeito às relações sexuais. É notória a convenção estabelecida no meio social de que o silêncio presumia o consentimento. Mais além: a dúvida e até a negação sem veemência conjecturavam a anuência da vítima. O dissenso típico exigia ser manifesto de maneira suplicante ou colérica.

Nessa linha de raciocínio, uma vez que se admitia que o agente se furtasse da responsabilização de seu ato violência sob o argumento da ausência de resistência arrebatadora por parte da vítima, elegia-se a ineficácia da sua simples manifestação divergente, incapacitando a mulher à pertença e à livre disposição do seu próprio corpo.

A liberdade sexual, em verdade, era bastante constricta, na medida em que não era dada à mulher, principal alvo das violações carnis, a plena autonomia de manifestação, mas a sujeitava a uma leitura e tradução dos seus atos de consentimento ou resistência sexual por intérpretes outros, os quais, sendo operadores da justiça, eram comumente do sexo masculino.

Nesse ínterim, nos processos judiciais, os argumentos a que habitualmente recorria a defesa dos acusados eram a necessidade de satisfazer seus desejos sexuais e, mais

⁷⁴ Ibidem, pp. 127 e 128

frequentemente, o da própria vítima. Isso porque, no discurso defensivo, o estupro perdia as conotações de violência e assumia a aparência de sedução perpetrada pela vítima contra o acusado, especialmente num contexto social acolhia bem a tese de “provocação feminina”⁷⁵.

No intervalo de várias décadas, a parte do Código Penal referente aos crimes sexuais sofreu sucessivas modificações, com vistas à sua atualização em decorrência dos novos valores sociais que se impunham. As relações sociais, as posições de gênero e as instituições familiares receberam alterações que demandaram a revisitação dos bens jurídicos outrora protegidos pelo Direito Penal, em especial no campo da dignidade sexual.

Georges Vigarello⁷⁶, ao analisar a história do estupro na França, afirma que o conteúdo jurídico da violência sexual mudou no intervalo de apenas algumas décadas, como consequência da transformação da tolerância e sensibilidade popular à violência, que se alterou em critérios e graus.

Heleno Cláudio Fragoso⁷⁷ já alertava a necessidade de atualização dos institutos tutelados pelo Direito Penal, uma vez que não mais cabia a escolha do dano social como critério de repressão dos comportamentos imorais. A revolução da moral pública sexual fez desaparecer preconceitos e o interesse social em torno da sexualidade passou a se orientar por outros valores.

Nesse sentido foi que houve a despenalização do adultério e da sedução de mulher virgem maior de catorze e menor de dezesseis anos (artigos 240 e 217, respectivamente, ambos revogados pela Lei nº 11.106, de 2005). Por outro lado, foram incluídos outros injustos penais, tais como o assédio sexual (art. 216-A), por ocasião da edição da Lei nº 10.224, de 2001.

Mas a inovação mais significativa foi a Lei nº 12.015/2009, de 7 de agosto de 2009. Inicialmente, mudou a redação do Título VI do Código Penal, que passou a prever os “*crimes contra a dignidade sexual*”, deixando de lado a proposta de tutelar os “costumes”.

Considerando que, para a ciência penal, os nomes e os títulos são fundamentais, delineando o bem jurídico tutelado, essa substituição intentou centralizar a liberdade sexual como expressão da garantia constitucional da dignidade da pessoa humana, a qual é revelada no campo da sexualidade com o exercício das faculdades afetivas de forma livre, digna e sem

⁷⁵ DE MARCH, Kety Carla. *Ibidem*, p. 97-116.

⁷⁶ VIGARELLO, Georges. **História do Estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Tradução Lucy Magalhães – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 1998. p. 7.

⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Especial vol.II**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 1984, pág. 01.

exploração.

Na descrição normativa, a Lei nº 12.015/09 também unificou as figuras do estupro e do atentado violento ao pudor, no art. 213 do Código Penal, e modificou os sujeitos ativos e passivos – a partir de então, qualquer pessoa pode ser vítima de estupro, estendendo a proteção ao homem como sujeito passivo do tipo penal.

No âmbito da iniciativa processual, também ocorreram consideráveis alterações. Extinguiu-se qualquer possibilidade de ação penal de iniciativa privada e o exercício do *jus puniendi* passou a ser de autoria do Ministério Público - condicionado à representação da vítima, em alguns casos, como o estupro, a violação sexual mediante fraude e o assédio sexual.

Tal novidade revelou-se oportuna pela intenção do legislador em amenizar, para a vítima, o ônus da acusação. Anteriormente, sendo facultado à vítima a promoção da *persecutio criminis* por meio da queixa, esta, por vergonha ou qualquer outro motivo, comumente recaía na inclinação de simplesmente evitar os embaraços provenientes das medidas judiciais⁷⁸.

Por fim, a recente Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018 alterou o Código Penal para tornar pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável.

Não obstante a compreensão da integridade sexual tenha assumido um patamar componente da própria dignidade da pessoa humana, expressada nas alterações legislativas de recrudescimento e ampliação da punição das condutas atentatórias à liberdade sexual, é visível a oscilação da *práxis* jurídica na solução das demandas processuais sobre tal assunto.

Atualmente, o exame de crimes sexuais ainda é permeado de elementos sociais da conduta feminina. O Direito inevitavelmente dialoga com objetos de estudo de outras ciências – como a sociologia – na elucidação dos crimes, como consequência da relação de interdependência entre as ciências humanas e da impossibilidade de autonomia absoluta da ciência jurídica.

Por conseguinte, na prática, a investigação passa a abranger aspectos do comportamento da vítima em seu meio social, como forma de se medir a veracidade da denúncia e a confiabilidade das suas declarações. Trata-se de uma estereotipificação social – a vítima padrão de uma violência sexual, segundo o inconsciente popular, seria aquela

⁷⁸ QUEZADO, Paulo.; SANTIAGO, Alex. **Crimes sexuais: comentários à lei nº 12.015/09 sobre os crimes contra a dignidade sexual**. Fortaleza, CE: Gráfica e Editora Fortaleza Ltda, 2010, pág. 93.

portadora de uma pureza e ingenuidade angelical e que se apresentaria com evidentes marcas dos traumas físico e psicológico decorrentes da violência experimentada.

Para Ardaillon e Debert⁷⁹, há uma tendência de estereotipificação também da figura do estuprador com conjunto de predicados como: beber, usar drogas, ser violento, possuir desenvolvimento mental incompleto, não possuir residência fixa, demonstrar tendências perniciosas, personalidade deformada dirigida por instintos sexuais irreprimíveis, ser reincidente, estar constantemente envolvido em confusões.

Entretanto, as denúncias contra homens com este perfil são minorias. A maioria dos casos encontrados refere-se a denúncias contra patrões, padrastos, primos, parentes, ex-maridos, dentre outros - pessoas que comumente são descritas pelas testemunhas como “cidadãos de bem”, pais de família, bons chefes ou excelentes trabalhadores⁸⁰.

2.3. A construção da força probatória da palavra da vítima

No campo das provas, nas primeiras codificações penais, era fato comum culpar a própria vítima como principal responsável por crimes de cunho sexual. Viveiros de Castro afirmava que “[é] de justiça responsabilizar em primeiro lugar a própria mulher. Dominada pela ideia errônea, subversiva, de sua emancipação, ella faz tudo que de si depende para perder o respeito, a estima e a consideração dos homens”⁸¹.

No defloramento de mulher virgem menor de dezessete anos, por exemplo, não se exigia a violência física ou moral. Não obstante, o exame de corpo de delito que constatasse a ruptura himenal era essencial ao convencimento da materialidade do crime, de maneira que o juiz deveria submeter a vítima à apreciação médico-legal. Não obstante, este não era infalível, razão pela qual exigia o concurso de outras provas⁸².

No tocante ao valor jurídico das declarações da ofendida, Viveiros ensinava:

As declarações da offendida devem ser recebidas com prudencia e reserva pelo juiz. Pódem ser um forte elemento de convicção, lançando sobre o processo viva luz, indicando o verdadeiro delinquente, esclarecendo circunstancias importantes, como

⁷⁹ ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita. **Quando a vítima é mulher**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

⁸⁰ COULOURIS, Daniella Georges. A construção da verdade nos casos de estupro. **Anais do XVII Encontro Regional de História ANPUH/SP**, 2004.

⁸¹ CASTRO, Francisco José Viveiros de. *Ibidem*, p. 21.

⁸² *Ibidem* p. 84.

pódem também ser completamente falsas, mentirosas, motivadas pela vingança e pela especulação⁸³.

Defendia que o juiz tinha como missão, desvendar as palavras caluniosas da denunciante (“*ao lado de dez crimes verdadeiros, ha vinte acusações falsas*”, segundo o jurista). Ora tratava-se de mulher histórica, mentirosa e ávida de notoriedade; ora estava há muito tempo prostituída e buscava auferir lucro de algum rapaz rico, propositalmente atraído pela armadilha da suposta agredida.

As históricas eram engenhosas e capazes de narrar os fatos com detalhes inverossímeis; as mulheres hábeis, corrompidas do recato matrimonial, articulavam flagrantes para arrancar dinheiro do jovem moço, chantageando-o a comprar a desistência da ação⁸⁴.

Inicialmente, a legislação criminal do Império previu que a violência poderia ser empregada mediante grave ameaça, o que foi posteriormente omitido do Código Republicano, tendo retornado a previsão novamente no Código Penal de 1940.

Assim, juridicamente, o termo violência designava não apenas força física, mas o emprego de outros recursos que impedissem a mulher de manifestar sua recusa ou consentimento, como anestésicos, narcóticos e hipnotismo. Além disso, apesar de a legislação não mencionar, a violência também poderia ser empregada moralmente, mediante grave ameaça.

Ocorre que, nas investigações de crimes de estupro, a violência não era a regra, mas sim o consentimento da vítima, de maneira que se entendia indispensável certificar-se da sua resistência real e não simulada ao ato sexual⁸⁵. Por esta razão, os tribunais tomavam postura de grande desconfiança à real oposição da mulher ao ataque, permanecendo atentos a qualquer indício de cumplicidade com o agressor.

Para constatá-la, a doutrina estabelecia as seguintes regras: em primeiro lugar, era necessária uma resistência constante, tendo em vista que a sua cessação em qualquer momento do ato presumiria o consentimento; em segundo lugar, requeria-se evidente desigualdade de forças entre agressor e vítima, anulando indubitavelmente todos os meios de defesa da vítima – tal exigência era tão excessiva, que se entendia que a violência física não se caracterizava quando empregada por um único homem; em terceiro lugar, que a vítima

⁸³ Ibidem, p. 86.

⁸⁴ Ibidem, p. 129.

⁸⁵ Ibidem, p. 99

tivesse externalizado inequivocamente gritos e invocado socorro; por fim, que seu corpo conservasse vestígios concretos da força brutal aplicada⁸⁶.

Quando o criminoso utilizava-se da violência moral em vez da física, exercida por meio de ameaça, deveriam ser analisados aspectos pessoais da vítima, como sua condição social e seu temperamento. Quanto mais recatada e tímida, maior seria a capacidade de intimidação e coação.

Segundo Viveiro de Castro, eram esses dois tipos que mulheres que se apresentavam como vítimas dos delitos em questão:

“Duas especies de mulheres apresentam-se perante a justiça como victimas de atentados contra a sua honra. Umas são em verdade dignas da protecção das leis e da severidade inflexível do juiz. Timidas, ingenuas, incautas, foram realmente victimas da força brutal do estuprador ou dos artifícios fraudulentos do seductor. Mas ha outras corrompidas e ambiciosas que procuram fazer chantage, especular com a fortuna ou a posição do homem, attribuindo-lhe a responsabilidade de uma seducção que não existiu, porque ellas propositalmente a provocaram, ou uma supposta violencia imaginaria, ficticia”⁸⁷.

Nessa perspectiva, as mulheres eram categorizadas em “puras”, geralmente as da elite, e “impuras”, as pertencentes às chamadas “classes perigosas”, cujo comportamento tornava-se suspeito para a Justiça. Isso se torna ainda mais flagrante quando se observa que grande parte dos inquéritos envolvendo mulheres trabalhadoras e seus patrões terminavam em prejuízo para as ofendidas⁸⁸.

Na realidade, o desnível sócio-econômico (e racial) entre as partes envolvidas transformava-se em quesito desfavorável às vítimas, posto a jurisprudência chamar a atenção dos atores jurídicos para a importância de se observar a fortuna e a posição social do réu, pois havia nítida preocupação em resguardar pessoas ricas e importantes contra laços de especulação e chantagem, feitos com o fim de provocar escândalos para extorquir dinheiro e para negociar a retirada da queixa⁸⁹.

Em tais processos criminais, o esforço dos advogados focalizava em demonstrar a desonestidade ou imoralidade da ofendida e de sua família, apelando, por exemplo, para o quesito “andar só à rua” como um indício da inadequação feminina.

⁸⁶ Ibidem, p. 100.

⁸⁷ Ibidem, p. p. 24.

⁸⁸ MARTINS, Carlos. Saber Jurídico, Criminalidade e Controle da Sexualidade na “República dos Bacharéis”. **V Congresso Internacional de História**, 2011, ISSN 2175-6627 (CD-ROM), ISSN 2175-4446 (ON-LINE). Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/42.pdf>. Acesso em: 18 set 2019, p. 7.

⁸⁹ CASTRO, Francisco José Viveiros de. Ibidem, p. 25.

No que tange aos meios de prova exame de corpo de delito era importante instrumento de comprovação do crime. Nelson Hungria⁹⁰ ensinava que esse deveria ser analisado com cautela, para verificar se a vítima não produziu em si mesma as lesões possuídas pelo desejo de vingança, passando assim a mulher por uma intensa humilhação.

Cumpre, entretanto, precatar-se contra a simulação (não infrequente para apoiar acusações de estupro). Algumas vezes por espírito de vingança ou por chantagem) produz em si mesmas equimoses por meio de sucção com a boca; outras vezes obtém-nas esfregando a pele com uma lamina de chumbo ou de colorante, etc. Há ainda as chamadas equimoses espontâneas (sobretudo nas histéricas) Pode acontecer, além disso, que as lesões tenham resultado de violência *post coitum*, em razão, por exemplo, de uma briga de ciúmes entre o acusado e a vítima.

Além disso, o laudo pericial oriundo de tal exame deveria certificar não somente o ato sexual, pois esse não era suficiente para atestar a materialidade do delito; era imprescindível a constatação da resistência da vítima, a fim de comprovar a violência empregada. Ele deveria analisar se houve efetiva defesa, como por exemplo, arranhões no corpo do acusado.

Chrysolito de Gusmão⁹¹, nesse sentido, defendia que a violência nos crimes de estupro deveria ser perfeitamente demonstrada. Assim, invocava elementos da Medicina Legal para que se comprovassem sinais de luta corpórea e eventual rompimento do hímen, bem como manchas de fluidos corporais e dilacerações nas roupas.

A jurisprudência também não se flexibilizava quanto à necessidade de provas materiais do crime perpetrado, conforme se confere no julgado a seguir:

Se as declarações da ofendida não são confirmadas por outros elementos de prova bem como a narrativa dos fatos conduz à convicção de que a vítima não se utilizou de meios eficazes para evitar os supostos atos libidinosos praticados pelo agente, deve ser decretada a absolvição do acusado da prática de crime de atentado violento ao pudor⁹².

Ernesto J Ure⁹³ ensinava que a violência física no crime de estupro deveria ser real, reunindo circunstâncias comprobatórias do dissenso da vítima, tais como:

1º) que haya existido una resistencia constante y sempre igual de parte de la persona que se pretende violada, siendo suficiente que la resistencia hubiese cedido un instante para decidir que la violada consintió; 2º) que haya una evidente desigualdad entre sus fuerzas y las del violador; 3º) que la víctima haya luchado y gritado; 4º) que hayan quedado sobre su persona algunas huellas de la violencia de que fué objeto.

⁹⁰ HUNGRIA, Nelson. *Ibidem*, p. 129

⁹¹ GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores**. 4ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1954, pp. 103 e 104.

⁹² TJSP, Rel. Renato Talli, RT 759/610

⁹³ URE, Ernesto J. **Los delitos de violacion y estupro**. Buenos Aires: Ideas, 1952, p. 20.

O dissenso da vítima deveria, pois, ser manifestado por inequívoca resistência, incluindo luta corporal e gritos de socorro. Não bastava uma mera ausência de adesão, uma recusa verbal, uma oposição passiva ou inerte. Era necessária uma vontade decidida e militantemente contrária, uma oposição que só a violência física ou moral conseguisse vencer, explicitada por provas materiais. Tais considerações eram reproduzidas na jurisprudência:

Estupro é posse sexual da mulher por meio de violência física ou moral, isto é, pela força ou grave ameaça. Supõe dissensão sincera e positiva da vítima, manifestada por inequívoca resistência, não bastando platônica ausência de adesão, recusa meramente verbal, oposição passiva ou inerte ao ato sexual⁹⁴.

Uma jovem estuprada há de se opor razoavelmente à violência, não se podendo confundir como inteiramente tolhida nessa repulsa quem nada fez além de gritar e nada mais. A passividade que muitas vezes se confunde com a tímida reação, desfigura o crime, por revelar autentica aquiescência⁹⁵.

No que pertine às suas declarações enquanto meio de prova, aos poucos estas foram encontrando espaço na jurisprudência, não obstante se exigisse a corroboração por outros meios⁹⁶.

Afeito à ótica de que as violências sexuais constituíam uma exceção à moral sexual predominante, Nelson Hungria⁹⁷ ensinava que mesmo sendo o estupro daqueles crimes que se praticam a coberto de testemunhas, na ausência de indícios concludentes, não se deveria dar fácil crédito às declarações da queixosa, notadamente quando esta não apresentava vestígios da alegada violência.

Segundo o criminalista, as declarações da ofendida deveriam ser submetidas a uma crítica rigorosa, sendo difícilima a prova quando a violência fosse meramente moral e até mesmo física, quando não subsistissem traços. Na maioria dos casos, o processo resultava em *non liquet*.

Em suas palavras:

Quando a queixosa, isenta de qualquer lesão corporal, afirma ter sido violentada por um só agente, suas declarações devem ser recebidas com máxima reserva ou desconfiança. Como já assinalamos, o êxito da violência física com unidade de agente não é crível ou, pelo menos, *rarissime accidit*.

⁹⁴ TJSP RT 607/291.

⁹⁵ in RT 429/400

⁹⁶ Em acórdão proferido em 04/06/1931, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no sentido de que “nos crimes de estupro a base do processo são, geralmente, as declarações da offendida, aceitáveis desde que encontrem apoio ou confirmação em outros elementos de prova” (RD CIV-176). Já em outro julgado colhido da 2ª Vara Criminal, de 11/11/1932, o Magistrado se manifestou no sentido de que “as presunções não autorizam condenação. A sentença não se póde basear exclusivamente nas declarações da offendida” (R. Crim. XXXVIII-140). Em outra ocasião, entendeu-se que “não se achando sufficientemente corroborada a imputação feita ao réo, deve ser elle absolvido” (Acc. da C de App., em 27/11/1933). Tais jurisprudências foram todas colhidas da obra de Viveiros de Castro, já mencionada neste estudo.

⁹⁷ URE, Ernesto J. Ibidem, págs. 115 e 116.

O jurista ainda prosseguia, defendendo que, nas ponderações sobre a existência real do crime, cumpria levar em conta as particularidades de cada caso, tais como a idade da vítima, seu estado de saúde, sua energia física e moral, bem como as condições pessoais do acusado. Isso porque, explicava, “*em matérias de crimes sexuais, mais do que em qualquer outro gênero de crimes, são frequentes as acusações falsas, notadamente por parte de mulheres histéricas ou neuropáticas*”.

Ao longo das décadas e transformando sempre seus valores, a sociedade progressivamente tomou consciência da realidade de violência sexual velada e culturalmente enraizada a que estava submetida a mulher, bem como seus efeitos físicos e mentais devastadores cravados na vítima, demandando uma especial tutela jurídica e uma maior repressão estatal.

Atualmente, a doutrina e a jurisprudência majoritária entendem que, nos crimes sexuais, a autoria e a materialidade podem ser inferidas pela palavra da ofendida, cabendo ao juiz analisar a sua credibilidade em cada caso. Nos crimes de estupro, por exemplo, entende-se que o seu testemunho se apresenta como viga mestre das provas, devendo a vítima mostrar suas imputações de forma firme, segura e em lógica com os outros fatos comprovatórios do processo para conseguir sustentar a condenação do agressor⁹⁸.

2.4. O *standard* probatório atual nos crimes sexuais

Ferrer Beltrán⁹⁹ explica que a eleição de um *standard* de prova mais ou menos exigente não provém de razões epistemológicas, mas políticas. Cabe a cada sociedade deliberar da maneira que considere mais oportuna em cada momento. No entanto, adverte que, em nome da segurança jurídica, é importante que o *standard* que guiará a decisão judicial seja conhecido previamente; também a presunção de inocência o exige, pois, caso contrário, não haverá como saber quando for superada tal presunção.

⁹⁸ VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais as implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p. 1039.

⁹⁹ BELTRÁN, Jordi Ferrer. Op. cit, p. 152

Assim, a importância de delinear antecipadamente e com clareza os contornos dos *standards* é crucial para a valoração racional da prova e o seu controle.

Quanto às provas técnicas, mesmo que o Código de Processo Penal exija a realização de exame de corpo de delito quando o crime deixar vestígios¹⁰⁰, por força do princípio do livre convencimento motivado, tal laudo não vincula a convicção do magistrado¹⁰¹, de maneira que este possui discricionariedade para o aceitar ou rejeitar, sempre motivando seu entendimento.

Sobre a possível constatação da violência empregada mediante perícia, ponderam Scarance Fernandes e Duek Marques¹⁰² que a tendência atual é a de não se exigir da vítima uma atitude mártir, de arriscar sua própria vida em defesa da própria honra ou de esgotar toda a sua capacidade de reação, uma vez que a relação sexual involuntária não se depreende apenas da resistência heroica.

Camargo Aranha, examinando a interpretação jurisprudencial sobre a validade e credibilidade do depoimento do ofendido em crime gerais, destaca a existência de duas vertentes, cada qual com sua fonte própria: a pessoa da vítima e a natureza do crime. Quanto à pessoa do ofendido, analisa-se os seus antecedentes e sua formação moral, a idade, o estado mental e a maneira firme ou titubeante como presta o depoimento. De maneira que a soma dos resultados obtidos lhe conferirá maior ou menor credibilidade.

Em segundo lugar, diante da natureza da infração, pontua que certos delitos cometidos na clandestinidade demandam contar somente com a força acusatória da palavra do ofendido, como o são os crimes contra a liberdade sexual. Em tais casos, admite-se a palavra da vítima como alicerce condenatório, desde que segura, crível e verossímil.

A doutrina atual de Aury Lopes Jr.¹⁰³ analisa que, no geral, a palavra isolada da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado. Contudo, ressalva os crimes sexuais e patrimoniais:

Nesses casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima e, eventualmente, a apreensão dos objetos com o réu (no caso dos crimes patrimoniais), ou a identificação de material genético (nos crimes sexuais). A palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do

¹⁰⁰ “Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado”.

¹⁰¹ “Art. 182. O juiz não ficará adstrito ao laudo, podendo aceitá-lo ou rejeitá-lo, no todo ou em parte”.

¹⁰² FERNANDES, Antonio Scarance. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Estupro: Enfoque Vitimológico**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23376>>. Acesso: 19/02/2019.

¹⁰³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 473.

conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória.

José Frederico Marques¹⁰⁴ explica que as declarações do ofendido constituem prova de grande alcance, uma vez que corroboram, muitas vezes, indícios já colhidos. Leciona que, notadamente nos crimes sexuais, que se praticam clandestinamente, grande é o valor probatório do ofendido, mormente quando se trate de moça comprovadamente honesta e recatada.

Assim, em relação a esses tipos criminais, a certeza sobre os fatos é atingida de maneira diferenciada. Sendo crimes praticados comumente às escondidas, o depoimento da ofendida assumiu especial valor à convicção do julgador. Quando a materialidade desses crimes não é passível de ser constatada pelo exame de corpo delito ou não sendo realizada tal verificação, a autoria e materialidade podem ser confirmadas nas afirmações do ofendido, pois, de outro modo, seriam condutas criminosas passíveis de impunidade¹⁰⁵.

Todavia, para que a palavra da vítima alicerce o decreto condenatório, impõe-se que suas declarações sejam precisas, harmônicas, coerentes e firmes o suficiente, sem o que resta prejudicada sua relevância enquanto meio de prova.

A jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁶ é assente no sentido de que se trata de prova distinta em relação àquelas outras produzidas na ação penal, contudo, sempre menciona nos seus julgados a condição de estar em harmonia com outros elementos de prova:

É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que, em crimes contra a liberdade sexual, a palavra da vítima possui especial relevância, uma vez que, em sua maioria, são praticados de modo clandestino, não podendo ser desconsiderada, notadamente quando corroborada por outros elementos probatórios¹⁰⁷.

A leitura jurisprudencial dos tribunais de justiça evidenciam a mesma compreensão acerca da necessidade de a palavra da vítima estar corroborada nos autos, sendo raros os casos em que se admite, em acórdão, a fundamentação da condenação no seu depoimento, se isolado e completamente dissociado dos demais meios de prova:

¹⁰⁴ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2000, p. 315.

¹⁰⁵ VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais as implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018 p.1040.

¹⁰⁶ Tanto a Quinta quanto a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça aderem a esse posicionamento, ao tratarem de delitos sexuais e dos cometidos em ambiente familiar e doméstico, conferindo especial relevância à palavra da vítima, desde que em consonância com o restante da prova dos autos.

¹⁰⁷ AgRg no AREsp 1301938/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 18/09/2018, DJe 25/09/2018.

A palavra da vítima em crime de tal jaez, deve encontrar-se alicerçada e em consonância com outros elementos de convicção que a corroborem, sendo insuficientes depoimentos meramente derivados da versão declinada pelo ofendido, que, na hipótese vertente, restou isolada no contexto dos autos¹⁰⁸.

Dessa forma, de acordo com os parâmetros eleitos pela doutrina e jurisprudência, compreendemos o *standard* de prova nos crimes sexuais de maneira que a palavra do ofendido assumirá maior valor de prova, porém, deverá se conformar aos seguintes critérios: a) coesão e coerência; b) corroboração com outros meios de provas colacionados aos autos.

Não consiste, em última análise, em uma obrigatoriedade imposta ao magistrado, porquanto estaríamos assumindo uma prova tarifada, mas de uma referência a ser observada, em razão das particularidades que tais espécies encerram.

Não obstante, na prática, o que se percebe é que, na maior parte dos casos, não havendo meios de corroboração pela evidente ausência de outras provas, a acusação e a condenação se amparam unicamente no relato apresentado pela vítima, em juízo e em sede policial. Quando eventualmente há outras testemunhas processuais figurando no feito, em razão da clandestinidade do ato e de não terem elas presenciado os fatos, apenas reproduzem os relatos repassados pela vítima. Nesses casos, se o seu depoimento da ofendida em juízo e em sede policial adquirem maior prestígio, por outro lado, acaba sendo corroborado pelas testemunhas de acusação por reprodução da versão vitimária.

Assim, o seu depoimento é a única fonte de prova autêntica e independente. Ao final da valoração de tal prova, ter-se-á um grau de confirmação da hipótese acusatória, assim como em qualquer outro processo comum, mas as declarações do ofendido, no geral, outorgarão à tese acusatória um maior grau de confirmação.

Observe-se também que o grau de confirmação é um parâmetro flexível, de maneira que a palavra da vítima deve veicular em seu bojo elementos que lhe emprestem uma valoração mais positiva.

Ao final do processo decisório, o magistrado sentenciante poderá adotar quatro posicionamentos quanto à prova dos crimes sexuais, quando esta unicamente consistir nas declarações do ofendido: a) a prova terá baixo nível de corroboração da hipótese acusatória, mas suficiente para alcançar o *standard* mínimo; b) terá baixo e insuficiente nível de corroboração, não alcançando o *standard*; c) produzirá alto grau de comprovação, mas

¹⁰⁸ Apelação Criminal nº 0026970-18.2010.8.25.0001, Tribunal de Justiça de Sergipe - Relator(a): Luiz Antônio Araújo Mendonça. Julgado em 12/11/2013.

insuficiente para o juízo de condenação; d) produzirá um elevado e satisfatório grau de comprovação.

Assim, assumindo que a palavra da vítima é passível de ser insuficiente à condenação, bem como entendendo que a rigorosidade dos standards de prova no processo penal, entendemos que se deve afastar qualquer aplicação irracional e automática da superioridade valorativa da palavra da vítima. Ao contrário, deve o magistrado analisar cada caso de maneira a formar na sua consciência a certeza do delito – ou a dúvida, a qual impõe absolvição do réu -, não bastando se apegar a meras formalidades de apreciação da prova.

CAPÍTULO 3: A PALAVRA DA VÍTIMA COMO PROVA NOS CRIMES SEXUAIS

A participação da vítima no processo criminal pode ser muito relevante na produção de elementos de prova que sirvam para o deslinde do caso, especialmente em delitos sexuais. Essa participação poderá ter cunho mais ativo - quando a vítima presta declarações ou procede ao reconhecimento do acusado e de algum objeto -, ou cunho mais passivo, ao se submeter a exame pericial.

O art. 201 do Código de Processo Penal Brasileiro prevê que, “*sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações*”. Tal dispositivo encontra-se inserido no título correspondente à regulamentação das provas, o que indica constituírem tais declarações meio probatório lícito.

Entretanto, algumas questões podem enfraquecer tal prova, como, por exemplo, a particularidade de manter com o fato investigado uma relação de interesse, por ser a vítima diretamente afetada com a prática do crime. Ao prestar suas declarações, pode ser conduzida por sentimentos de ódio paixão, ódio, ressentimento ou emoção, levando-o a narrar os fatos como lhe pareçam convenientes, e não como efetivamente ocorreram¹⁰⁹.

Além disso, alguns fatores relacionados ao seu processo psíquico podem influenciar na reprodução do seu relato, como resultado do trauma vivenciado, ocasionando distorções naturais e involuntárias em suas declarações.

Acrescente-se que as exposições pormenorizadas do fato criminoso podem ainda ser distorcidas voluntariamente para atenuar a sua responsabilidade na ocorrência do delito. No caso dos crimes sexuais, é comum a sensação de culpa experimentada pela vítima, o que eventualmente a induz a construir um universo de escusas para a sua atitude inicial e potencializar a agressividade do acusado.

De maneira inversa, existe também o comportamento inconsciente adotado por pessoas violentadas ou agredidas por entes queridos de amenizar ou anular totalmente o ataque sofrido. O vínculo afetivo e o medo de romper os laços familiares provocam um medo das consequências decorrentes da condenação, influenciando negativamente a retrato com sinceridade da situação enfrentada.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 467.

No contexto dos crimes contra a dignidade sexual, uma vez que tais espécies não deixam vestígios de materialidade e tendem a acontecer sem a presença de testemunhas, vislumbra-se um cenário jurídico no qual a palavra da testemunha é aceita como prova isolada para lastrear a confirmação, assim como, quando confrontada com outras provas, costuma ter alto valor probatório diante do livre convencimento do Juiz.

Considerando que muitas vezes a narrativa da vítima sobre o fato ocorrido ou sobre o reconhecimento do suspeito constitui o único meio de prova do fato, deposita-se toda segurança jurídica na sua capacidade de memorização e interpretação sobre o ocorrido.

Todavia, é preciso ter em mente que as declarações do ofendido no processo criminal, assim como a prova testemunhal, é um meio probatório extremamente complexo e que demanda uma série de cuidados para não ser eivado. De fato, a memória não é infalível; ela pode apresentar erros e distorções, comprometendo a fidedignidade das lembranças e o resultado do processo.

Por outro lado, o julgamento de mérito realizado pelo magistrado pode se contaminar de fatores extrajurídicos e análises sociais, passando-se à averiguação da conduta social da vítima e do acusado e se utilizando de valores pessoais e subjetivos para se apurar a materialidade delitiva.

Há casos ainda em que o magistrado, por motivos quaisquer, inclusive de ordem moral, convence-se de que não se configurou o crime. Muitas vezes, tal julgamento advém de análises de cunho social e comportamental da vítima, sustentando-se em ponderações demasiadamente subjetivas.

Indubitável a influência que a apreciação da imagem social da vítima pode exercer no julgamento sob análise, retirando-lhe o exame objetivo das circunstâncias e das provas. Tais conjecturas não são justificáveis para invalidar o depoimento da vítima, tampouco mensurar a violência impetrada a partir da sua conduta social, se dela não partiu o ato, e sim do infrator.

Por outro lado, uma outra prática comum vem se alastrando pelos juízos criminais. Trata-se de uma fuga da responsabilidade em enfrentar um tema tão sensível na nossa sociedade, aliada à negligência em se apurar a verdade dos fatos.

Com efeito, mais gravemente, na prática, muitos casos de crimes sexuais são resolvidos de forma padronizada pelos juízos criminais, adotando-se rigidamente critérios de julgamento e valoração da prova em consonância com o entendimento jurisprudencial

majoritário, de forma a seguir de forma incondicional os tribunais superiores, furtando-se ao emprego de maior dedicação na solução do caso concreto.

Nesse sentido é que tornou-se comum na *praxis* criminal a obediência absoluta à regra de que a palavra da vítima nos crimes sexuais assume especial relevo em virtude da clandestinidade e, por conseguinte, emprestar-se às declarações da vítima presunção de validade *iures et de iure*.

Não obstante, a busca da verdade jurídica no processo penal não admite que qualquer prova seja absoluta. Além disso, padronizar o depoimento do ofendido em hierarquia superior na valoração probatória é adotar o sistema de prova legal, que não se consubstancia do aquele do convencimento motivado adotado pela legislação processual criminal.

Isso por que, por um lado, deve-se ter em mente a efetividade da prestação jurisdicional e a busca da verdade real dos fatos, buscando-se acolher a palavra da vítima com maior prestígio, por ser muitas vezes o único meio de prova dos fatos. Por outro, não se pode emprestar àquela prova credibilidade irrestrita, sob pena de assumir valor absoluto e recair na mesma injustiça.

Assim, em sendo o depoimento da vítima muitas vezes o único meio de prova do crime e prevalecendo sobre as outras declarações, deve receber maior atenção, para que se evite interferências externas que corrompam a reprodução fiel dos fatos.

Carmargo Aranha¹¹⁰, analisando o valor do depoimento do ofendido na ação penal, explica que a situação psicológica da vítima no processo é bem paradoxal: por um lado, está capacitada mais do que qualquer outra pessoa para relatar os fatos e, por outro, a sua vontade pode sofrer influência de valores emocionais.

Por ter suportado a ação, a vítima do crime sexual estaria presente em toda a execução da ação criminosa, o que hipoteticamente a habilitaria a reproduzir os fatos com mais exatidão. Contudo, sua capacidade não estaria isenta dos eventos traumáticos e, ainda, da dor e do desejo punitivo.

Segundo Mirabete¹¹¹, o ofendido não é testemunha, não prestando compromisso de dizer a verdade como faz aquela. Em princípio, o conteúdo das suas declarações deve ser aceito com reservas, já que é normalmente interessado no litígio e pode ser motivado por ódio, vingança, dentre outros ímpetos.

¹¹⁰ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 133.

¹¹¹ MIRABETE, Julio Fabbrini,. **Processo penal**. 15 ed. rev. e atual. até julho de 2003. São Paulo: Atlas, 2003, pp. 290 e 291.

Não obstante, o relato da vítima constitui meio de prova e, mesmo não tendo o valor legal do depoimento da testemunha, pode ser suficiente para a condenação quando não elidido por outros elementos de convicção, e até decisivo quando se trata de delitos cometidos às ocultas, como os crimes contra a liberdade sexual. Para isso, é preciso que as declarações sejam seguras, estáveis, coerentes, plausíveis, uniformes, perdendo a sua credibilidade quando o depoimento se revela reticente e contraditório e contrário a outros elementos probatórios¹¹².

Nesse ínterim, fazem-se necessárias considerações sobre algumas circunstâncias que podem influenciar a retratação do caso por parte do ofendido, conscientemente ou não. Abordaremos o assunto sob a perspectiva da Psicologia do Testemunho, pela semelhança dos assuntos pertinentes entre vítima e testemunha.

Ainda, é necessário estabelecer métodos de abordagem que permitam que o declarante reproduza a memória de forma mais fiel possível, sem interferências de falsas memórias espontâneas ou sugeridas, ou ainda de alienação parental, quando a vítima for criança.

3.1. Os contornos da memória humana

É evidente a relação direta entre a exatidão de um testemunho e os traços mnemônicos de quem presencia o evento. Isto porque as declarações expostas são resultado da interação entre o conteúdo da lembrança e os processos de decisão relativos ao que a testemunha relata.

Assim, o entendimento sobre os limites da memória humana quanto à capacidade de recuperação é de grande relevância para o direito, não apenas porque as decisões judiciais baseadas em afirmações testemunhais são recorrentes em diversas áreas jurídicas, mas também porque é necessário garantir aos envolvidos alguma segurança durante a coleta de provas orais.

A autora italiana Mazzoni¹¹³ destaca quatro possibilidades resultantes da interação entre os processos de retenção da memória e sua decisão de reprodução. A primeira

¹¹² Ibidem, pág. 292.

¹¹³ MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo?* El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010. pp. 16-17.

possibilidade é que uma testemunha se recorde de muitas coisas e de modo exato, bem como decida declará-las de forma precisa. Esse seria o caso do testemunho considerado verdadeiro, ideal.

Numa segunda possibilidade, a pessoa recorda pouco ou quase nada e decide não relatar nada, contribuindo de forma irrelevante ao deslinde judicial.

Uma terceira situação seria aquela em que a testemunha se lembra de muitos elementos, mas os distorce ou prefere não os revelar, caracterizando a mentira deliberada (caracterizando o testemunho falso em razão de uma simulação voluntária e propositada, no caso de testemunha sob compromisso com a verdade; o que não se aplica no caso do ofendido, por este não prestar compromisso).

Por último, existe a eventualidade de o declarante não deter precisamente de vários elementos do evento e relatar uma série de coisas que não correspondem com o evento percebido. Neste último caso, a pessoa não é consciente da discrepância entre a realidade e suas recordações.

Neste aspecto, iremos nos aprofundar no estudo de alguns processos que ocorrem no íntimo da subjetividade humana que influenciam no resgate dos fatos pela memória, e que são imperceptíveis ao próprio sujeito e aos seus interlocutores.

3.1.1. Espécies de memória

O sistema mnemônico humano trabalha com uma capacidade de armazenamento de curto ou longo prazo, dependendo do lapso temporal de retenção de determinada informação.

A memória de curta duração é imediata e retém informações por não mais do que alguns segundos, abrangendo pequenas porções de material verbal ou espacial.

A memória de longa duração, por outro lado, qualifica-se como aquela que detém informações gerais sobre o mundo e é classificada por Baddeley¹¹⁴ entre memória implícita (não declarativa) e memória explícita (declarativa). A primeira está associada a um aprendizado e reflete um desempenho adquirido, como andar de bicicleta e tocar piano. A memória explícita, por outro lado, subdivide-se em episódica ou semântica, dependendo do que traduz - um resgate de informações associadas a evento específico ou a um conhecimento assimilado sobre o mundo.

¹¹⁴ BADDELEY, Alan. O que é a memória? In: BADDELEY, Alan et al. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011b. p. 10 e 11

A memória semântica conserva informações gerais dos acontecimentos, possuindo caráter acontextual por deixar de lado informações sobre as coordenadas temporais e espaciais do ocorrido. A memória episódica, por sua vez, assimila os acontecimentos e experiências concretas pessoais no tempo-espaço da sua aquisição, permitindo a lembrança consciente de uma experiência anterior vivida, numa espécie de “viagem no tempo”. É um tipo de memória que se refere às recordações de eventos, tanto em seus aspectos centrais como de seus elementos contextuais que o acompanham¹¹⁵.

Na medida em que em um processo judicial almeja a verdade sobre fatos relacionados a um evento específico, contextualizado espacial e temporalmente, é evidente que a memória tipo episódica desempenha papel fundamental nos relatos apresentados. Não obstante, é preciso destacar que a memória semântica ocupa espaço relevante por exercer influência no processo perceptivo da testemunha de interpretar e reconstruir a experiência episódica¹¹⁶.

Nesse sentido, a Sociedade Britânica de Psicologia¹¹⁷ explica que a memória autobiográfica pode se afigurar como episódica ou semântica, sendo que, quando uma pessoa a recorda, ambos os tipos de representação de memória são reunidos. Ela experimenta memórias episódicas do passado, somadas ao conhecimento conceitual que atua como contexto pessoal, localizando-as na sua vida e fornecendo-lhes um significado pessoal, auto-relevante.

Isso equivale dizer que, quando uma memória autobiográfica é evocada, a pessoa resgata tanto a recordação do evento real em si, quanto as próprias subjetividades intrínsecas ao conhecimento geral de mundo que ela adquiriu ao longo de sua formação.

Quanto ao contexto semântico, este é estruturado em esquemas e relaciona as informações dos estímulos com outros conhecimentos prévios, fornecendo-lhes um significado conceitual. Assim, o sujeito que absorve novas informações busca enquadrá-las no seu esquema já existente¹¹⁸.

Tal esquema irá organizar as informações advindas da experiência em coerência e união com as anteriores, de forma a criar uma representação consistente com as expectativas e

¹¹⁵ MASSENA, Caio Badaró. A Prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. v.27 n.156. p. 36

¹¹⁶ MASSENA, Caio Badaró. *Ibidem*, p. 37

¹¹⁷ BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY. **Guidelines on Memory and The Law**: recommendations from the scientific study of human memory. Leicester, UK, 2008, p. 10

¹¹⁸ SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016. p. 13.

conhecimentos já adquiridos. Neste processo ativo, pode ocorrer a perda ou distorção de informações já armazenadas.

Assim, na definição de Elizabeth Loftus¹¹⁹, os esquemas da memória semântica são “*estruturas de conhecimento organizadas que incluem crenças e expectativas a respeito da natureza, características e comportamentos ou funções de objetos, pessoas, eventos e outras entidades cognoscíveis*”.

Dessa maneira, a circunstância de os dados de conhecimento estarem organizados em esquemas implica que, ao codificar e recuperar uma lembrança, deduções sejam feitas e elementos sejam acrescentados à versão original, uma vez que, quando reconstruímos um acontecimento passado, é inevitável que involuntariamente tomemos como base mais o que pensamos e sabemos do que o que efetivamente recordamos¹²⁰.

A memória dos fatos é, pois, decisivamente orientada pelo quadro mental previamente existente - os elementos que se encaixam bem são facilmente recordados e os que divergem são distorcidos na memória ou omitidos. Além disso, novos elementos podem ser adicionados à memória do acontecimento, para que o torne mais familiar ao indivíduo¹²¹.

Resumindo todas as características primordiais da memória humana, a Sociedade Britânica de Psicologia¹²² também fornece um esboço de quatro propriedades voltadas para contextos legais, todas concatenadas entre si.

Primeiramente, salienta que a memória é um registro da experiência de uma pessoa sobre a realidade, o que significa ser um produto da interação entre ambas. Logo, não é um registro da realidade em si (como, por exemplo, um vídeo pode ser), mas carrega elementos que provêm da própria mente da pessoa e não da realidade em si e que, portanto, não são necessariamente verídicos.

Como decorrência, quando a experiência é episódica - única, específica e fruto de um momento temporal -, constitui apenas uma representação comprimida no tempo, como uma amostra de uma experiência. Ela nunca abrange um registro completo de uma experiência.

Nesse contexto, relembrar é um processo mental construtivo, o qual envolve várias áreas diferentes do cérebro e, como já ressaltado, reúne conhecimento episódico e semântico

¹¹⁹ DAVIS, Deborah; LOFTUS, Elizabeth F. Internal and external sources of misinformation in adult witness memory. In: **The Handbook of Eyewitness Psychology: Volume I**. Psychology Press, 2017, p. 196.

¹²⁰ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Ibidem, p. 15.

¹²¹ Ibidem.

¹²² BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY. Ibidem, pág. 09

na medida em que envolve conhecimento geral de experiências e uma compreensão própria do significado daquela.

Assim, a memória não é apenas sobre determinados eventos experimentados, mas também inclui fatos autobiográficos mais gerais, podendo, inclusive, estar equivocada quanto ao evento em si, mas ser precisa acerca das informações contextuais mais gerais.

Por fim, acrescente-se que as memórias fazem parte do momento presente - elas fazem parte do contexto cognitivo, emocional, físico, social, cultural, histórico e de crença do momento em que são lembradas.

3.1.2. Etapas do registro de informações

No estudo da reprodução de eventos pela memória humana, devemos ter em mente que esta não consiste em um sistema de gravação, capaz de registrar e armazenar de forma fidedigna todo o evento retratado. Ao contrário, a evocação dos fatos não constitui uma reconstrução incompleta e pessoal que guardamos do ocorrido¹²³.

Por esta razão, a informação arquivada pela memória sofre diversas influências interiores e exteriores ao sujeito, de maneira que as próprias interpretações subjetivas, aliadas a elementos como o nível educacional, posição social, valores, sentimentos e até mesmo informações posteriores à experiência, que influem no processo mnemônico¹²⁴.

Baddley¹²⁵ explica que o sistema de registro da memória humana, assim como qualquer outro eletrônico ou físico, processa-se em três etapas: a codificação, o armazenamento e a recuperação da informação, sempre nesta ordem.

A codificação é a leitura do fato vivenciado (estímulo) pelo nosso cérebro, transformando-o em dados que possam ser retidos pelo sistema cognitivo. Varia de acordo com a forma como a pessoa percebe o evento, podendo sofrer influência de vários fatores, tais como atenção, excitação fisiológica, captações sensoriais, dentre outros.

Trata-se de uma absorção particularmente seletiva, pois grande parte da informação recebida é descartada e não chega a ser codificada. Caio Massena¹²⁶ explica que “*após receber e selecionar a informação percebida por meio dos sentidos, esta passa por um processo de interpretação que se realiza seguindo os parâmetros extraídos de um complexo*

¹²³ SOUSA, Luís Filipe Pires de. Ibidem, p. 9.

¹²⁴ MASSENA, Caio Badaró. Ibidem, p. 35.

¹²⁵ BADDELEY, Alan. Ibidem, p. 17

¹²⁶ MASSENA, Caio Badaró. Ibidem, p. 38

sistema, que envolve os conceitos presentes em nossa memória semântica, bem como nossos princípios, valores e experiências”.

O armazenamento ou retenção é a etapa de retenção da informação que foi codificada, podendo ser direcionada ao armazenamento de curto ou longo prazo, a depender da importância assumida para a pessoa. Durante esta fase, o rastro da memória pode vir a ser danificado tanto pela erosão gerada pelo simples passar do tempo, quanto pela incorporação de informação posterior pela memória, seja por meio dos próprios pensamentos do sujeito ou em virtude de influências externas¹²⁷.

Por fim, a recuperação é o processo de resgate da informação armazenada. Esta etapa pode ocorrer de duas formas: mediante recordação - quando se busca diretamente uma informação da memória – ou a partir de um reconhecimento - comparação de uma informação para verificar se corresponde com a memória ou não.

A etapa de recuperação, como se percebe, corresponde ao momento em que as testemunhas são chamadas para prestar seu depoimento – exercendo sua capacidade de recordação espontânea - ou realizar um reconhecimento, seja em relação ao sujeito ou a qualquer objeto apresentado, pessoalmente ou por imagens, e vai se repetir tantas vezes quantas o indivíduo se manifestar no processo sobre o fato, seja perante a autoridade policial, seja em juízo¹²⁸.

Embora esses três estágios atendam a diferentes funções, eles interagem: o método de registro de material ou de codificação determina o que e como a informação é armazenada, o que, por sua vez, limitará o que pode ser evocado posteriormente. Isso porque a memória armazenada está sujeita a perdas em razão do esquecimento e a distorções, em função de outras ocorrências posteriores ao evento codificado e armazenado.

O êxito da operação de recuperação, obviamente, depende da forma como se efetuaram as etapas de codificação e retenção: será necessário que as percepções tenham sido exatas, que a interpretação dos fatos tenha sido a mais objetiva possível, que a retenção tenha ocorrido por um curto espaço de tempo e que se tenha evitado todo exercício individual ou coletivo que produza uma regeneração do rastro de memória. Acrescente-se também que o modo e conteúdo das perguntas possuem grande influência nesta fase¹²⁹.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019, p. 20.

¹²⁹ MASSENA, Caio Badaró. Ibidem, p. 38

3.2. Problemáticas intrínsecas à cognição humana

Como visto anteriormente, a cognição humana envolve um agrupamento de habilidades responsáveis pelo aprendizado, compreensão, integração e aplicação de informações variadas que ocorrem no cotidiano. A percepção do meio externo é um processo que consiste em atribuir significado às informações (experiências vividas) captadas pelo sistema sensorial. Trata-se de uma experiência psíquica complexa e pessoal que sofre a influência de diversos fatores internos e externos ao observador.

Assim, passaremos a abordar algumas problemáticas inerentes à memória humana e que podem influenciar na retratação dos fatos pela vítima, bem como no seu reconhecimento do investigado, sob a perspectiva da Psicologia do Testemunho.

3.2.1. Falhas perceptivas

Damásio¹³⁰ explica que todo conhecimento factual que advém do meio externo é construído na mente humana sob a forma de imagens (visuais, auditivas ou olfativas) e envolve, além dos processos neurais de percepção, outras condições ligadas à subjetividade. Assim, a maneira como os objetos são representados dependem, em parte, das capacidades sensoriais e, de outra banda, dos processos construtivos subjetivos.

Myra e Lopez¹³¹ assevera que todo mecanismo perceptivo, por mais simples que seja, consiste em algo mais que um conjunto de sensações elementares – toda percepção envolve a “vivência”, ou seja, uma experiência psíquica complexa na qual se fundem elementos intelectuais, afetivos e impulsionadores, de maneira que é impossível falar-se em percepções neutras.

Dessa maneira, podemos compreender que as sensações humanas captadas não correspondem à percepção cognitiva em si, mas compõem o processo complexo e subjetivo desta última. No que tange às excitações provocadas pelos órgãos sensoriais, há aspectos obviamente interferentes - o sentido da visão opera em melhores condições à luz do dia e em ambientes adequadamente iluminados, assim como sons graves são percebidos melhor que agudos. Em condições precárias de luz não é possível ver cores, mas somente variações de

¹³⁰ DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora V. e Georgina S. São Paulo: Cia. Das Letras, 2006, p. 127

¹³¹ MIRA, Emili; LÓPEZ, E. **Manual de psicología jurídica**. 6ª ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1980, p. 108

intensidade na obscuridade, além de gerar problemas para determinar os traços e contornos daqueles que miramos¹³².

Assim, a testemunha ocular ou auditiva, presenciando cenas de baixas qualidades sensoriais, tenderá a desvirtuar mais as sensações ao percebê-las. As ilusões perceptivas configuram um estado de dissonância entre aquilo que se sente (por meio dos órgãos do sentido) e aquilo que é percebido (na mente). A mente pode se utilizar da informação sensorial disponível e manipulá-la de alguma forma para criar representações mentais de objetos, propriedades e relacionamentos espaciais do próprio ambiente¹³³.

Por outro lado, as falhas na percepção dizem respeito a dificuldades que podem surgir em decorrência da observação da situação e se dividem em duas categorias: questões objetivas, aquelas ligadas a situação em si, e questões subjetivas, aquelas ligadas ao sujeito que observa. Não resultam necessariamente em falha na memória, mas, anteriormente, na impressão sobre os fatos¹³⁴.

Nesse processo de introjeção na mente a partir da sensação, Mira y Lopez expõe alguns resultados experimentais obtidos acerca da fidelidade de percepções: homens têm maior capacidade de percepção geral de uma situação, ao passo que mulheres captam com maior exatidão detalhes; os termos inicial e final de uma série de acontecimentos costumam ser percebidos melhor que os intermediários; sob as mesmas condições, as impressões visuais são testemunhadas mais facilmente que as auditivas; e, por fim, os testemunhos referentes a dados quantitativos são, no geral, mais imprecisos que os qualitativos¹³⁵.

Além disso, Caio Badaró¹³⁶ aponta o tempo de exposição ao evento como um fator relevante de precisão das percepções. Esclarece que “*quanto mais tempo disponível a testemunha tem para observar o evento, mais precisa será sua percepção e melhor sua posterior recordação*”. Em relação a este aspecto, contudo, alerta que o estresse pode ser fator perturbador, conduzindo a testemunha a superestimar a duração dos eventos.

O alto nível de estresse também pode desempenhar outras influências neste processo. Embora até certo ponto a tensão provoque uma estimulação da memória, quando

¹³² MASSENA, Caio Badaró. *Ibidem*, p. 46

¹³³ STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. 5ª ed. Piccin, 2000, pag. 67

¹³⁴ RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo**. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018, pág. 98.

¹³⁵ MIRA, Emili; LÓPEZ, E. *Ibidem*, pp. 108 e 109

¹³⁶ MASSENA, Caio Badaró. *Ibidem*, p. 45.

ultrapassados determinados níveis, promove uma desintegração catastrófica do desempenho de suas habilidades perceptivas e da capacidade de processamento das informações¹³⁷.

Outras emoções, quando intensas, também influenciam as percepções ambientais. Numa cena emocional, o tema central é melhor recordado do que detalhes periféricos, pois a memória assume um papel seletivo, melhorando a recepção de elementos centrais e se inibindo no que diz respeito ao reconhecimento de temas periféricos. Desta forma, uma pessoa amedrontada centrará sua atenção e demonstrará melhor memória para informações sobre riscos; uma pessoa triste sobre informações sobre perdas; uma pessoa zangada sobre informação de agentes que causem obstrução aos seus propósitos. Portanto, as pessoas centram sua atenção e lembram melhor aquela informação que é relevante para os seus propósitos ativos. Como os propósitos ativos variam em função do estado emocional do sujeito, o tipo de informação mais atraente também difere de forma sistemática¹³⁸.

Ademais, Cristina di Gesu¹³⁹ adverte também a possibilidade de as emoções registradas substituírem a realidade objetiva assimilada:

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

A frequência se refere à quantidade de vezes que a testemunha dispõe para perceber acontecimentos da mesma natureza, aprimorando suas recepções sobre eles - se uma pessoa é testemunha de um mesmo delito em reiteradas ocasiões, tenderá a recordar mais detalhes do que quando o evento se apresenta de forma isolada. Da mesma maneira, se a testemunha possui familiaridade, ou seja, conhecimento prévio sobre os estímulos presentes no evento que deve recordar, terá mais facilidade para recordar deste, tanto qualitativa quanto quantitativamente¹⁴⁰.

Não obstante, é preciso ter cautela com esta análise na medida em que a frequência possa vir a se tornar um hábito ou uma rotina. Como aponta Cristina di Gesu, “*a pessoa constantemente estimulada sobre determinado ponto diminui gradualmente a resposta, considerando já ter se habituado. Inevitavelmente tal situação pode enfraquecer a percepção da testemunha sobre o que viu e ouviu*”¹⁴¹.

¹³⁷ Ibidem, pág. 42.

¹³⁸ Ibidem, pág. 45

¹³⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 89.

¹⁴⁰ MASSENA, Caio Badaró. Ibidem, pág. 45.

¹⁴¹ DI GESU, Cristina. Ibidem, p. 175.

Mira y Lopez¹⁴² sustenta que o hábito é outro fator que exerce forte preponderância na apreensão de estímulos, por força da ação dos automatismos mentais:

En virtud del hábito completamos de tal modo las percepciones de la realidad exterior, que basta que se halen presentes algunos de sus elementos para que nuestro juicio de realidad se dé por satisfecho y acepte la presencia del todo.

A tendência afetiva também pode gerar distorções perceptivas, produzindo alucinações, quando originadas de processos internos, ou ilusões, quando mais fracas e oriundas apenas de deformações exteriores¹⁴³.

3.2.2. *Memórias Traumáticas*

No geral, quando uma nova informação é adquirida, sua manutenção na memória é bastante vulnerável, passível de ser alterada ou perdida.

Uma vez que a recuperação de memórias já estabilizadas pelo cérebro implica na sua reexposição a estímulos externos, é compreensível que estas se tornem instáveis no momento da evocação e, dessa maneira, passíveis de modificação e posterior reconsolidação – ou rearmazenamento. Da mesma maneira, o processo de esquecimento em razão do enfraquecimento natural em decorrência do escoamento temporal.

Segundo Izquierdo¹⁴⁴, esta ocorrência se trata do esquecimento real. No entanto, há outras formas de perda da memória - a extinção e a repressão.

A extinção é um processo diferente do esquecimento, sendo que neste há um enfraquecimento da resposta pela passagem do tempo, enquanto a extinção é um processo no qual se observa uma diminuição da resposta comportamental, quando o estímulo condicionado é rerepresentado na ausência do estímulo incondicionado.

Por exemplo, quando se expõe alguém a uma campanha (estímulo condicionado) que, sempre que acionada, produzirá choques (estímulo incondicionado), temos que o comportamento resultante será a flexão muscular. Ocorre que, à medida em que se desassocia tais estímulos, não mais promovendo choques com o acionamento do dispositivo, a tendência normal é a de desvincular tal comportamento, passando-se a associar naturalmente a campanha à ausência de choques¹⁴⁵.

¹⁴² MIRA, Emili; LÓPEZ, E. *Ibidem*, pp. 109 e 110.

¹⁴³ *Ibidem*.

¹⁴⁴ IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia RM; CAMMAROTA, Martín. A arte de esquecer. **Estudios avanzados**, v. 20, n. 58, p. 289-296, 2006.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

Assim, a diminuição da taxa de resposta não se deve ao enfraquecimento da memória antiga, mas sim a uma nova associação que se sobrepõe a associação inicial.

Por sua vez, a repressão de recordações, embora ocorra a nível inconsciente, pode se originar de maneira voluntária ou involuntária. Na primeira, o agente se propõe a cancelar a evocação de memórias que o causa mal-estar; na segunda, o cérebro faz isso por conta própria, para o qual evidentemente tem uma tendência autoprotetora¹⁴⁶.

No caso de indivíduos sob condição de TETP - Transtorno de Estresse Pós-Traumático, o trauma representa uma experiência vivida pela pessoa afetada que possa provocar emoções aflitivas, como susto, vergonha ou dor física, que possa causar uma ruptura de continuidade psíquica, como se uma parte desta experiência escapara de toda a subjetivação. Trata-se de um objeto invasor, estranho ao sistema mnêmico e que não pode ser a este integrado¹⁴⁷.

Estudos sugerem que ocorrem alterações no processamento da memória, resultantes de uma consolidação (ou armazenamento) excessiva da memória traumática, em detrimento do curso natural de esquecimento, bem como a sua generalização para outras situações não relacionadas ao trauma e, por outro lado, a deficiência no processo de extinção da memória.

Assim, o TEPT apresenta um estado cognitivo bastante característico: parte da memória traumática torna-se hiperconsolidada, enquanto outras partes são um tanto obscuras em virtude do processo de repressão. O indivíduo apresenta, ainda, uma dificuldade para armazenar e recuperar novas informações, em decorrência da dificuldade de extinção.

Além disso, como os indivíduos evitam as situações que lembram o trauma, e quando as exposições a essas situações ocorrem, elas são muito breves, as memórias traumáticas podem ser reforçadas por reconsolidação, e não extintas.

Ocorre que tais circunstâncias se referem a aspectos centrais do evento experimentado, de forma que os detalhes periféricos costumam ser afastados em razão da intensidade das emoções, que mantém a atenção seletiva voltada aos contornos da agressão. Em experimento realizado, foi verificada a dificuldade da vítima de se concentrar nos detalhes do ataque, incluindo os atos sexuais que ocorreram, e até mesmo a tendência de dissociação da atenção, num esforço de lidar com a violência enfrentada¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ibidem.

¹⁴⁷ MESHULAM-WEREBE, Daniela; ANDRADE, Mariana Gonzalez de Oliveira; DELOUYA, Daniel. Transtorno de estresse pós-traumático: o enfoque psicanalítico. **Rev. Bras. Psiquiatr.**, São Paulo, v. 25, supl. 1, p. 37-40, June 2003.

¹⁴⁸ GOMES, Albino. **Neurobiologia do trauma em vítimas de violência interpessoal**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Albino_Gomes/publication/333114952. Acesso em 15 jan 2020.

Além disso, as lembranças podem ser apresentadas com dificuldade, desintegradas, uma coleção de peças de puzzle que muitas vezes não podem ser colocadas juntas de forma consistente¹⁴⁹.

3.2.3. Falsas memórias

Cristina di Gesu¹⁵⁰ analisa que um dos grandes problemas das provas testemunhais está na contaminação da reconstrução de fatos passados, principalmente pelo modo como a prova é colhida. O desvio do escopo do processo, ou seja, a procura desmedida por uma “verdade real” acaba por influenciar a memória das pessoas que depõem no processo judicial e até mesmo antes dele.

No âmbito dos processos psíquicos que podem influenciar na exatidão da reprodução de fatos presenciados, Gustavo Noronha explica que as falsas memórias constituem um fenômeno caracterizado pela lembrança de eventos que não aconteceram e situações que nunca se presenciou, ou ainda pela formação distorcida da recordação¹⁵¹.

A especialista Cristina di Gesu¹⁵² esclarece que “*a recordação de um evento traumático, aliada às lacunas da memória e ao fator indução, é imprescindível para a constatação do fenômeno, embora existam pessoas e histórias mais ou menos suscetíveis à falsificação da lembrança*”.

Trata-se de uma alteração do evento original em uma das três etapas de processamento da memória. Pode ser que o indivíduo venha a sofrer uma intervenção no momento da codificação, impedindo-a; ou, ainda, que a armazene de maneira equivocada; ou, por fim, que, no momento da recuperação, inconscientemente substitua a informação correta por outra deformada¹⁵³.

Segundo Aury Lopes Jr.¹⁵⁴, entre as inúmeras variáveis que afetam a qualidade e confiabilidade da prova testemunhal, as falsas memórias figuram um tema pouco abordado pela doutrina. Elas se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente

¹⁴⁹ Ibidem.

¹⁵⁰ DI GESU, Cristina. Ibidem, pág. 165.

¹⁵¹ DE ÁVILA, Gustavo Noronha. Política não-criminal e Processo Penal: A intersecção a partir das Falsas Memórias da Testemunha e seu possível impacto carcerário. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 2, n. 1, 2014, pág. 16.

¹⁵² DI GESU, Cristina. Ibidem, pág. 165.

¹⁵³ LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. **Learning & Memory**, v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005. Disponível em: <<http://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.abstract>>. Acesso em: 20 out 2019, p. 365.

¹⁵⁴ Ibidem, pág. 496.

crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso.

Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso.

A falsa memória pode ter origem de duas formas: espontaneamente e no âmbito endógeno, a partir de processos mentais que viabilizem a sua formação, ou pela implantação exógena, via sugestão deliberada ou acidental de informação falsa.

No primeiro caso, o sujeito perde a memória literal sobre o fato e, ao tentar resgatá-la na mente, associa-a com suas próprias impressões e significados. Já as falsas memórias constituídas por sugestionabilidade ocorrem a partir da aceitação de uma informação posterior ao evento ocorrido, com sua subsequente incorporação à memória original.

Segundo Elizabeth Loftus¹⁵⁵, no mundo real, a falsa informação pode se instalar por várias razões. Quando as testemunhas de um evento conversam entre si, quando elas são interrogadas com perguntas ou técnicas sugestivas ou ainda quando elas veem a cobertura da mídia sobre o evento, a falsa informação pode penetrar na consciência e provocar contaminação da memória.

Além disso, indica outros contextos propensos à produção de falsas memórias, que podem servir de parâmetros para se reconhecer uma lembrança equivocada e principalmente guiar a coleta de testemunho de maneira a evitá-las.

Nesse sentido, aponta o lapso temporal como uma das condições indicativas de maior suscetibilidade às falsas memórias, uma vez que, após um determinado período de tempo, a memória do evento tende a ser enfraquecida e, assim, a falsa informação é mais facilmente introduzida. Isso porque a probabilidade de percepção da discrepância pelo indivíduo é menor¹⁵⁶.

Dessa maneira, quando submetida a intervalos demasiado longos entre um evento e as informações incorretas subsequentes, a memória do evento pode se tornar tão fraca, que é completamente substituída por outra versão. Nesses casos, o sujeito ignora qualquer discrepância entre a informação incorreta e a memória original seja detectada, abraçando prontamente a informação incorreta.

¹⁵⁵ LOFTUS, Elizabeth F. Ibidem.

¹⁵⁶ LOFTUS, Elizabeth F. Ibidem, p. 366.

A seguir abordaremos outros contextos correlacionados às falsas memórias, cada um guardando particularidades que exigem maior aprofundamento.

3.2.4. Crianças e alienação parental

A idade é outra circunstância indicada por Loftus como fator de maior influência às falsas memórias, tendo em vista que os seus efeitos são mais fortes quanto mais limitados forem os meios cognitivos de atenção. Em geral, as crianças mais jovens são mais suscetíveis do que crianças mais velhas e adultos. Além disso, os idosos são mais vulneráveis do que os adultos mais jovens.

As crianças, devido à sua vulnerabilidade e sugestionabilidade, não têm um compromisso com a realidade, na medida em que tendem a fantasiar acontecimentos, o que é caracterizado como um fator interno, inerente ao seu desenvolvimento.

Segundo Elizabeth Loftus, além de interferir no curso do processamento da memória humana – nos estágios codificação, armazenamento ou recuperação de um evento – a falsa informação também pode ser implantada sem referência a qualquer memória prévia, ou seja, através da inserção de um item completamente novo e estranho¹⁵⁷, como a sugestionabilidade.

Em crianças, as falsas memórias decorrentes da sugestionabilidade podem advir de outra síndrome – a Síndrome da Alienação Parental, que se implanta no adulto que exerce autoridade sobre a criança e o impulsiona a induzir e a programar para que aquela nutra sentimentos de rejeição pelo seu genitor.

A alienação parental se manifesta em ambientes familiares instáveis, em geral num momento de tensionamento decorrente de um processo de separação dos pais. O nível de conflitualidade é intenso e culmina na projeção na criança das próprias sensações de desconfiança, insatisfação e angústia em relação ao parceiro.

Esta crise faz com que, conscientemente ou não, um dos cônjuges – ou os dois – utilize-se do filho como instrumento de agressividade direcionada ao outro, despejando neste todo o desapontamento de uma relação não adequadamente resolvida.

A forma como o controle se processa varia a cada caso. Pode se manifestar por tumultuações das visitas ou interceptação das ligações, ou ainda imiscuindo na criança sentimentos de rejeição, medo ou desmoralização da outra figura genitora.

¹⁵⁷ Ibidem.

Dentre as formas mais graves de dominação mental está a falsa denúncia de abuso físico ou sexual. Quanto menor o filho, mais manipulável aos estímulos negativos do alienador.

Nesses casos, ele pode vir a incutir dúvidas sobre o imaginário da criança, abrindo espaços para fantasias e falsas memórias.

Ademais, atos de alienação parental podem penetrar em crianças e adolescentes em três níveis. Na modalidade mais superficial, os filhos ainda guardam fortes vínculos emocionais com ambos os genitores – mantêm o desejo de que os conflitos entre eles se resolvam e ficam confusos ou constrangidos quanto aos comentários depreciativos do alienador¹⁵⁸.

No nível moderado, os atritos se aprofundam, principalmente nos momentos de visita. As agressões nessas ocasiões se tornam mais intensas e a criança adota com frequência um pensamento dependente, embora por vezes ainda alcance nutra empatia pelo genitor alienado.

Na fase grave, a difamação é extrema e permanente no tempo e no espaço. Os laços emocionais com o alienador são mais reforçados, o qual intensifica as estratégias de programação, podendo a exigir do filho que tome posição definitiva no confronto, sob o pretexto de avaliar a lealdade dele. O alienador emprega todas as manobras para evitar a integração e o convívio saudável com o ex-cônjuge. Os filhos eventualmente alimentam cada vez mais vínculo com o genitor dominante, em oposição aos sentimentos de ódio e repulsa pelo outro genitor.

É preciso salientar a correlação existente entre a sugestionabilidade e o “fator autoritário”, traduzida no peso da figura adulta na indução de repostas em crianças, principalmente se aquela desempenha um papel de referência credível para a criança (como pais, professores, policiais, psicólogos, médicos e juízes). Em experimentos relacionados a declarações de agressões sexuais, foi descoberto que aproximadamente 40% das crianças entre dois e três anos que participaram do estudo relataram falsamente toque genital, quando submetidas a questionamentos sugestivos sobre exame médico em bonecas, que não incluiu o exame genital¹⁵⁹.

¹⁵⁸ COSTA, Sirlei Martins da. Violência sexual e falsas memórias na alienação parental. **Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões**. PORTO ALEGRE. v.13 n.26, pág. 75.

¹⁵⁹ CONTRERAS, María José; SILVA, Eva A.; MANZANERO, Antonio L. **CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar**. Dykinson, 2018, p. 76.

Em outra investigação, crianças de cinco e seis anos foram testemunhas de um evento no qual um adulto tocou diferentes partes de uma boneca (braços, mãos e genitais). Posteriormente, as crianças foram solicitadas a contar o que haviam visto e foram sugeridas por perguntas de que o adulto estava importunando sexualmente a boneca e sendo agressivo com ela. A interpretação da cena da grande maioria das crianças foi facilmente manipulada pelas sugestões dos adultos, principalmente quando feitas com insistência¹⁶⁰.

Manzanero¹⁶¹ considera que crianças são mais vulneráveis a sugestões quanto mais jovens, quando são questionadas sobre eventos vividos há muito tempo, quando se sentem intimidadas, quando as sugestões são fortemente estabelecidas e muito frequentes, e quando várias pessoas fazem a mesma sugestão. Melnyk, Crossman e Scullin¹⁶² também listam algumas das variáveis que mais influenciam a sugestibilidade de menores: fatores relacionados à elaboração de declarações (perguntas fechadas, repetição de perguntas e interrogatórios, estereótipos induzidos, uso de bonecas) desenhos e criação de uma atmosfera emocionalmente distorcida), fatores relacionados a características das crianças (inteligência, capacidade de linguagem e auto-estima) e outros fatores sociais e cognitivos (pressão, figura de autoridade, lembranças e percepções fracas ou inexistentes).

Um caso emblemático da incidência de falsas memórias oriundas de alienação parental trata-se de Atercino Ferreira de Lima Filho, acusado e condenado à pena de 27 anos de reclusão por crime de atentado violento ao pudor em face de seus dois filhos no ano de 2004¹⁶³, ambos crianças à época¹⁶⁴.

A denúncia imputava a ele a prática criminosa de constranger as vítimas a praticar e permitir que com eles fossem praticados atos libidinosos, consistentes inclusive em sexo anal e oral.

Posteriormente, em sede de revisão criminal ajuizada com apoio do Projeto Innocence Brasil, instituição sem fins lucrativos que atua buscando reverter condenações de

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ Ibidem, p. 77

¹⁶² Melnyk, L., Crossman, A. M., & Scullin, M. H. (2007). The suggestibility of children's memory. In M. P. Toglia, J. D. Read, D. F. Ross, & R. C. L. Lindsay (Eds.), **The handbook of eyewitness psychology: Memory for events** (pp. 401-427). Mahwah, NJ: Erlbaum.

¹⁶³ Artigo 214 c/c os artigos 224, alínea a, e 226, inciso II, por duas vezes, na forma dos artigos 71, parágrafo único, e 69, todos do Código Penal, sob a égide da tipificação anterior à Lei nº 12.015, de 2009.

¹⁶⁴ SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (7ª Câmara de Direito Criminal). Apelação 0080666-59.2004.8.26.0224. Relator (a): Francisco Menin. 21 de março de 2013.. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsj/getArquivo.doconversationId=&cdAcordao=6663467&cdForo=0&uuidCaptcha=sajcaptcha_a30933ead3544f97afa9a11a4111327c&vlCaptcha=cjc&novoVlCaptcha=>>. Acesso em 17 dez. 2019.

inocentes pela Justiça brasileira, foi reconhecido que as vítimas sofreram processo de alienação parental por parte de sua mãe e ex-esposa de Atercino, o que culminou na sua absolvição por unanimidade, no ano de 2018. Os filhos registraram declarações em cartório de que nunca haviam sofrido abusos e relataram que, na ocasião das denúncias, sofreram torturas por parte da genitora para que prestassem declarações contra o pai¹⁶⁵.

3.2.5. Reconhecimento pessoal e falsas memórias

Segundo Emily West¹⁶⁶, o reconhecimento errôneo de uma vítima ou testemunha ocular é o fator contribuinte mais comum em condenações injustas (72%). Normalmente, uma identificação incorreta ocorre em procedimentos policiais. Nos últimos 40 anos, houve centenas de estudos na percepção e memória humanas - geralmente e aplicada especificamente à configuração da justiça criminal.

Pontua que pesquisadores investigaram minuciosamente uma variedade de fatores que podem influenciar a precisão da identificação das testemunhas oculares e agrupamos esses fatores em duas categorias principais: “*estimator variables*” e “*system variables*”. As primeiras são inerentes à testemunha, autor ou evento em si - incluindo coisas como duração do evento testemunhado, presença de uma arma, iluminação, distância do evento, nível de estresse, idade, intoxicação alcoólica e raça (por exemplo, reconhecimento de outras raças geralmente é mais pobre que o reconhecimento da mesma raça). Por outro lado, as variáveis do sistema são aquelas que estão sob o controle do sistema de justiça criminal, como tipo de administrador, tipo e número de procedimentos de identificação utilizados, construção e administração da programação e *feedback* para testemunhas.

Em definição, o reconhecimento pessoal consiste na realização de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada, em que a testemunha é conduzida a analisar as feições da pessoa que lhe é apresentada e, recordando o que havia percebido em determinado contexto empírico, compara as duas experiências. Segundo Cristina Di Gesu, trata-se, portanto, de um juízo de percepção precedente¹⁶⁷.

¹⁶⁵ <https://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/filhos-dizem-terem-sido-torturados-para-mentir-e-lutam-para-libertar-pai-presos-por-abuso-sexual.ghtml>

¹⁶⁶ WEST, Emily. METERKO, Vanessa. Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years. *Alb. L. Rev.*, v. 79, 2015, pp. 735 e 736.

¹⁶⁷ DI GESU, Cristina. *Ibidem*, p. 156.

Há três maneiras de se conduzir um reconhecimento: (I) *simultâneo*; (II) *sequencial*; (III) exibição unipessoal (*show-up*). Da mesma forma, a apresentação do sujeito pode ser presencial ou por foto.

O reconhecimento no formato *show-up* consiste na identificação recordativa baseada na forma sim-ou-não. O reconhecedor é apresentado, fisicamente ou por foto, a um único suspeito e é questionado se aquele se trata do infrator. Em geral, esse modo é utilizado pela polícia ao localizar um suspeito logo após o crime, com base nas características descritas pela vítima ou testemunha ou por circunstâncias do crime¹⁶⁸. Já a identificação *line-up*, sequencial ou simultânea, é quando a testemunha/vítima é apresentada a um conjunto de pessoas ou fotos alinhadas, ao mesmo tempo ou uma de cada vez¹⁶⁹.

O formato *show-up* trata-se de um procedimento mais simples, onde não é preciso apresentar às testemunhas uma série de imagens ou pessoas para identificar alguém, limitando a apresentação um único indivíduo, o suspeito. A testemunha é convidada a indicar se o suspeito é ou não, o criminoso¹⁷⁰.

O procedimento *show-up* é considerado altamente sugestivo, pelo motivo óbvio de maior risco potencial de contaminação e de que a pessoa fique de alguma maneira enviesada no ato de reconhecimento. A nossa memória não funciona como uma máquina fotográfica ou uma filmadora e, portanto, mesmo registros que se tem na memória podem sofrer perdas e distorções.

Por esta razão, o Código de Processo Penal, no seu art. 226, inciso II, estabelece a preferência pela técnica *line-up* em detrimento do *show-up*, prevendo que o alinhamento do suspeito ao lado de terceiros deverá ser realizado quando possível. Além disso, o dispositivo fixa um procedimento a ser obedecido não se refere expressamente à possibilidade de reconhecimento fotográfico¹⁷¹, sendo considerado por parte da doutrina meio de prova inadmissível, especialmente em se considerando que os dados disponíveis, no reconhecimento

¹⁶⁸ CLARK, Steven E. GODFREY, Ryan D. Eyewitness identification evidence and innocence risk. *Psychonomic Bulletin & Review*, v. 16, n. 1, p. 22-42, 2009, p. 23.

¹⁶⁹ STEIN, Lilian Milnitsky; AVILA, Gustavo Noronha de et. al. *Ibidem*, p. 28

¹⁷⁰ SANTOS, Mário Rui Ferreira de Sousa. **A prova por reconhecimento pessoal: análise crítica multidisciplinar**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade do Minho.

¹⁷¹ Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

fotográfico, são muito menos precisos, pois pode omitir dados como peso, altura e expressões faciais, facilitando confusões e erros em maior proporção que a modalidade pessoal¹⁷².

No que tange à técnica de reconhecimento por alinhamento (*line-up*), Lampinem e col.¹⁷³ diferenciam as modalidades simultânea e sequencial a partir da perspectiva da tomada de decisão da mente humana, que, no âmbito da identificação de sujeitos, é processada como uma espécie de julgamento. Tal julgamento pode ser absoluto, conduzindo a testemunha ocular a decidir se alguém é culpado ou não com base em um critério fixo, baseado em “sim ou não”, ou relativo, permitindo a comparação entre os membros, até que se conclua pelo nível correspondência e cada um deles com a sua representação mental. Sob esse ponto de vista, o reconhecimento sequencial, de cada indivíduo por vez, favorece a manifestação de um julgamento absoluto por parte do reconhecedor, ao passo que reconhecimento simultâneo, em que os indivíduos são postos de uma vez, lado a lado, favorece um julgamento relativo.

Lampinem e col.¹⁷⁴ apontaram pesquisas em que se constatou que o reconhecimento sequencial produz mais identificações verdadeiras que a forma simultânea, considerando que esta conduz a uma decisão relativa, em que o sujeito escolhe aquele que melhor se assemelha à sua imagem mental. Durante um alinhamento simultâneo, a testemunha é induzida a fazer comparações entre integrantes do alinhamento para fazer o reconhecimento, em vez de buscar recuperar a memória o rosto do suspeito. Assim, a hipótese seria que, em um alinhamento simultâneo, quando o suspeito não está presente, existiria uma tendência de a testemunha escolher erroneamente o sujeito que mais se assemelha com o verdadeiro suspeito. Já no alinhamento sequencial, a testemunha precisa tomar uma decisão em cada fotografia ou único indivíduo antes de poder visualizar outro, fazendo com que necessite usar o julgamento incondicional da memória e não a comparação com todos os presentes¹⁷⁵.

Segundo Stein¹⁷⁶ e col., no reconhecimento sequencial, as pessoas “*seriam mais conservadoras em suas respostas em comparação ao reconhecimento simultâneo, levando a respostas menos enviesadas*”, uma vez que ainda que vejam alguém familiar, preferem aguardar para ver se encontram um rosto que corresponda melhor à sua imagem mental. A testemunha fica, portanto, menos tendenciosa a fazer uma seleção precipitada.

¹⁷² GOMES FILHO, Antônio Magalhães, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e Sucedâneo de Prova no Processo Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 65, p. 175-205, mar-abr 2007, p.191.

¹⁷³ LAMPINEM, James Michael; NEUSHATZ, Jeffrey S.; CLING, Andrew D. *The Psychology of Eyewitness Identification: Essays in Cognitive Psychology*. Nova Iorque. Psychology Press, 2012.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de et. al. Ibidem, p. 28

¹⁷⁶ Ibidem.

Por outro lado, outras pesquisas demonstraram que o reconhecimento simultâneo funciona melhor quando a seleção dos sujeitos está enviesada, ou seja, quando a escolha de seus integrantes já é sugestiva¹⁷⁷. Além disso, no reconhecimento sequencial, há também possibilidade de haver uma escolha baseada na sensação de pressão em razão de estar chegando ao fim das opções apresentadas, flexibilizando seus julgamentos de familiaridade.

Esse procedimento é considerado sugestivo por induzir a pessoa a confiar na investigação, assumindo que a pessoa exibida pelas autoridades policiais tem maior propensão a ser o verdadeiro culpado.

Em segundo lugar, tal formato não admite flexibilização de erros. Se a pessoa errar reconhecendo positivamente o suspeito, este é o único apresentado; porém, no alinhamento múltiplo com outros distratores, o erro referente a um reconhecimento positivo de um distrator é mais provável.

No caso de Antônio Cláudio Barbosa de Castro (vide narração na introdução), fica evidente que o reconhecimento *show-up* realizado com a exibição única de sua foto às vítimas induziu-as a uma identificação falso-positiva. Em sede policial, a vítima Maria Elisa e sua amiga testemunha do crime reconheceram o acusado em fotografia *show-up*; contudo, o reconhecimento não foi confirmado no formato *line-up* presencial – quando colocado na presença de outros indivíduos, Maria Elisa e a testemunha não apontaram qualquer deles como seu agressor, confirmando a alta sugestionabilidade da exposição única.

Atente-se que o próprio reconhecimento fotográfico, enquanto procedimento preparatório do presencial, pode desempenhar o papel de informação enganosa. Isto porque, quando confrontada com a linha de reconhecimento, pode a testemunha recordar-se da fotografia que lhe foi apresentada, e não infalivelmente do autor do crime, vindo a realizar o reconhecimento com respaldo em uma percepção precedente que não corresponde à desejada pela investigação. Trata-se do fenômeno por vezes denominado *photo-biased identification*, que pode ser entendido em português, grosso modo, como “identificação enviesada pela fotografia”¹⁷⁸.

Relacionando o estudo das falsas memórias à identificação ocular de suspeitos, Loftus e Steblay¹⁷⁹ estabeleceram alguns princípios básicos necessários à compreensão do

¹⁷⁷ LAMPINEM, James Michael; NEUSHATZ, Jeffrey S.; CLING, Andrew D. *Ibidem*.

¹⁷⁸ LOFTUS, Elizabeth. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. *Memory*, 21 (5), Hove (Inglaterra), 2013, p. 588.

¹⁷⁹ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2013, pp. 145 e 146.

funcionamento da memória no que diz respeito à performance das testemunhas oculares. Dentre eles, menciona a relação entre o tempo e ocorrências como degradação da memória e maior facilidade de incorporação de informações falsas.

Asseveram ainda que a formação da memória constitui um processo construtivo que, quando insuficientes os elementos de integração, possui a tendência de preencher lacunas com elementos exógenos. Tais elementos não constituem somente aquelas informações explicitamente sugeridas, mas também as mais sutis e não intencionais formas de comunicação, verbal ou não verbal, por parte de terceiros.

Além disso, as autoras acrescentam que a experiência das testemunhas oculares é constituída de diversas forças e interações sociais, passível de contaminação, intencional ou não, pelo fator da influência social. Esta, por sua vez, pode se afigurar normativa (*normative social influence*), sendo resultado das expectativas transmitidas a respeito de quais os comportamentos apropriados e esperados em determinada situação, ou informativa (*informational social influence*), que ocorre quando não há uma resposta óbvia sobre qual o comportamento adequado a determinada situação à qual o indivíduo é exposto, o que faz com que ele observe as atitudes dos outros enquanto fontes de informação para se orientar.

Quando se fala em reconhecimento de pessoas, pode ser inculcada na testemunha ocular a pressão para que, apresentada a uma linha de reconhecimento, identifique um dos sujeitos apresentados como o autor do crime investigado, por ser este o comportamento esperado na ocasião. Da mesma forma, a influência social informativa pode enviesar o reconhecimento pessoal, através da possibilidade de que a atitude ou as instruções fornecidas pelo investigador façam com que a testemunha creia que o sujeito que perpetrou o crime em apuração encontra-se dentre os apresentados na linha de reconhecimento, o que pode induzir à identificação errônea.

Acrescente-se a possibilidade de *cross-racial effect*, definido como o efeito de fato de que, quando um indivíduo é posto em situação na qual deverá reconhecer um membro de raça diferente, há uma maior probabilidade de erro do que se estivesse realizando um reconhecimento entre pessoas da mesma raça (ou etnia, no termo mais adequado)¹⁸⁰. Como exemplo, Emily West menciona que, em 1982, uma mulher branca nos Estados Unidos relatou ter sido atacado por um homem negro e disse à polícia que o estupro havia lhe dito que "tinha uma menina branca". Marvin Anderson tornou-se suspeito porque ele era o único

¹⁸⁰ LOFTUS, Elizabeth. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. *Memory*, 21 (5), Hove (Inglaterra), 2013, p. 588.

homem negro que a polícia sabia estar vivendo com uma mulher branca em Hanover, Virgínia. Ele foi condenado injustamente e serviu 20 anos de prisão antes de ser inocentado por evidências de DNA, por ocasião da intervenção do Projeto Innocence¹⁸¹.

3.2.6. A influência da mídia no processo criminal

A série “Olhos que Condenam” (sob título original “*When they see us*”, lançada em 31 de maio de 2019), do serviço de *streaming* Netflix, retrata um típico caso em que a mídia, instigando o clamor público, exerceu forte influência na condução de um julgamento de crimes de estupro e de tentativa de homicídio, supostamente praticados por cinco jovens.

A minissérie, constituída de apenas quatro capítulos surpreendentemente intensos, aborda o processo criminal que ficou conhecido nos Estados Unidos como “o caso da corredora do Central Park”.

Na madrugada de 19 de abril de 1989, Trisha Meili, uma jovem loira de 28 anos, foi brutalmente estuprada e violentada no Central Park, em Nova Iorque.

Na mesma ocasião, véspera de um feriado escolar, dezenas de adolescentes negros e latinos, de baixa renda, estavam fazendo baderna nas imediações, apedrejando ciclistas, batendo em corredores e roubando mendigos. Por esta razão, cinco deles, com idade entre 14 e 16 anos, foram detidos - Kevin Richardson, Yusef Salaam, Raymond Santana, Antron McCray e Korey Wise – e encaminhados à Delegacia.

O resultado da malfadada atuação policial nas investigações culminou na responsabilização dos jovens também pelo crime de estupro da jovem corredora. Segundo se apurou posteriormente, uma vez detidos, os adolescentes foram induzidos pelas autoridades policiais a confessar o crime, sendo submetidos a um exaustivo e torturante interrogatório de mais de trinta horas, sem alimentação.

No caso real, o vídeo produzido e utilizado como prova da confissão dos acusados revelou adolescentes reprimidos, reproduzindo respostas vagas, limitadas a afirmar ou negar os questionamentos feito pelas autoridades, de maneira que nenhum deles soube descrever detalhes do crime – como as características da vítima ou especificamente o local do crime.

¹⁸¹ WEST, Emily. METERKO, Vanessa. *Ibidem*, p. 730.

O fato é que, à época, as circunstâncias do crime provocaram grande revolta social e repercussão midiática. A sociedade, a mídia e a imprensa pressionavam o sistema criminal a uma resposta, possivelmente como forma de superar a sensação de terror instalada.

Afora as discussões de cunho social que envolveram o caso – tais como a influência do fator racial tanto da vítima, quanto dos supostos agressores – é inegável a participação da imprensa e da mídia como fermento da acusação judicial dos jovens.

No dia 22 de abril de 1989, o *Daily News* publicou notícia em primeira página que vinculava definitivamente os jovens ao crime: “‘Wilding’ teens held in rape: seven are called part of wolf pack¹⁸²”.

Donald Trump, à época empresário bilionário, em 1º de maio de 1989, manifestou-se em uma página inteira no jornal *The New York Times*, declarando, entre suas palavras: “It’s more than anger. It’s hatred, and I want society to hate them¹⁸³”.

É inegável que, em se tratando da *praxis* jurídica, ambiente impregnado, de um lado, de conceitos de difícil compreensão e, de outro, de relevante interesse social, a mídia exerce papel aproximativo entre a tecnicidade jurídica e a compreensão popular. A crônica jurídica é a atividade dos meios de comunicação que consiste na veiculação de informações acerca dos trâmites processuais do Poder Judiciário, como instrumento pelo qual os atos tornam-se não somente públicos, mas também acessíveis à população.

Ocorre que, na maioria das circunstâncias, a atividade midiática é exercida por leigos do Direito, os quais conhecem o processo criminal muito elementarmente. É comum, por exemplo, os meios de comunicação noticiarem uma prisão temporária ou cautelar de uma determinada pessoa, elevando a decisão judicial à categoria de definitivo.

A veiculação de notícias inexatas produz consequências terríveis ao processo, principalmente em relação ao acusado, que se vê estigmatizado como bandido antes mesmo de qualquer condenação definitiva, tendo a sua presunção de inocência e todas as demais garantias constitucionais processuais fortemente violadas.

Por outro lado, muitas vezes, o posicionamento acusador da imprensa é proposital. Um método comum de veicular notícias e atrair o interesse dos espectadores pelos meios jornalísticos é o sensacionalismo, consistente num modo de veicular a notícia que extrapola os lindes do fato realmente ocorrido, caracterizada por ausência de moderação, de maneira a chocar o público e lhe causar maior envolvimento emocional. Nesse modelo informativo,

¹⁸² “Adolescentes ‘selvagens’ participaram do estupro: sete são denominados parte da matilha de lobos”.

¹⁸³ “É mais do que raiva. É ódio, eu quero que a sociedade os odeie”.

tornam-se difusos os limites do real e do imaginário¹⁸⁴.

Lara Teles¹⁸⁵ acrescenta ainda que, na era da hiperconectividade, essa contaminação não acontece apenas a partir da imprensa televisiva ou impressa, mas também por redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, por meio dos quais a foto de um suspeito pode circular e atingir grande público em uma pequena fração de tempo.

A influência perniciosa exercida pelos meios de comunicação manifesta-se também pelos fatos que estes deixam de enunciar, além daqueles efetivamente expostos, alienando o espectador a um olhar unilateral do problema noticiado, gerando neste uma cólera punitiva e furtando ao investigado o direito de voz.

Mais além, uma vez promovendo uma verberação do acusado como criminoso antes mesmo de qualquer condenação definitiva, tal prejulgamento é suficiente para influenciar o convencimento do juiz penal e, conseqüentemente, o resultado de suas decisões.

De fato, quando esse prejulgamento ocorre, estamos ante um juízo paralelo que pode afetar a imparcialidade do juiz e todo o direito ao devido processo legal¹⁸⁶, influenciando-o inconscientemente a avaliar a prova dos autos de forma tendenciosa ou o convencendo da culpabilidade do acusado logo de imediato. De maneira que este exame superficial, muitas vezes permeado de valores extrajurídicos, dificilmente será derrubado pelas provas apresentadas no processo.

Por outro lado, mesmo que essa influência não seja suficiente para orientar diretamente o juiz, em alguns casos desempenham uma pressão implícita na sua consciência, levando-o a agir de acordo com o que pensa que lhe é esperado para satisfazer o clamor público ou por receio de represálias, mesmo sem que a mídia se manifeste expressamente nesse sentido.

Esta pressão ainda pode afigurar-se real, tacitamente (quando a mídia opina, por exemplo, que seria a melhor alternativa o juiz prender preventivamente um referido acusado) ou expressamente (quando suplica diretamente, através dos meios de comunicação social, que o juiz tome esta providência)¹⁸⁷.

No âmbito das provas processuais, os efeitos da influência da cobertura midiática

¹⁸⁴ VIEIRA, Ana Lúcia Menezes. **Processo penal e mídia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, págs. 52 e 53.

¹⁸⁵ FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal** (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019, p. 195

¹⁸⁶ SANGUINÉ, Odone. A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento de prisão preventiva. In: SHECARIA, Sérgio Salomão (Org.). **Estudos Criminais em Homenagem a Evandro Lins e Silva (criminalista do século)**. São Paulo: Método, 2001, pag. 268

podem ser bastante deletérios, pois podem confundir a testemunha, potencializando a produção de falsas memórias, e também corroborar para o enviesamento coletivo dos julgadores quando da valoração da prova, especialmente em períodos de pânico social, em que a cultura da punição resta ainda mais aflorada em detrimento da presunção de inocência, tema que desperta bem menos holofotes, ou, quando recebe a atenção do noticiário, é para ser associado à impunidade¹⁸⁸.

Devido a esta grande influência exercida pela mídia sobre as decisões tomadas pelo Poder Judiciário, originou nos Estados Unidos a expressão “*trial by media*”, que consiste nesse prejulgamento realizado pela imprensa, por suas manifestações. Nestas, formulam-se juízos de valor a respeito dos fatos, de um lado sustentando a culpa do acusado e defendendo sua rápida condenação e, de outro, criticando a forma permissiva e leniente como a justiça conduz o caso¹⁸⁹.

Quando se trata de crimes cujo julgamento é submetido ao Tribunal do Júri, tal como o caso dos “Cinco do Central Park”, a influência midiática tem ainda maior relevo. Em geral, o julgamento popular inevitavelmente envolve uma maior comoção social e implica um maior envolvimento de valores morais e éticos.

Esse elo mais forte entre o Tribunal do Júri e a mídia ocorre porque naquele há um forte apelo junto à opinião pública. Mães de vítimas que pranteiam durante a sessão de julgamento; advogados que anunciam novos fatos bombásticos, capazes até de mudar o curso do processo; grupos organizados que mobilizam protestos, com faixas, cartazes e alto-falantes, defronte ao prédio do fórum, e exigindo a condenação ou – o que é menos corrente – a absolvição do réu¹⁹⁰.

Ademais, a limitação técnico-jurídica que recai sobre o corpo de jurados, pessoas comuns da sociedade, subtrai-lhes ainda mais o equilíbrio e o discernimento para filtrar o que foi reiteradamente incutido em seus pensamentos antes do julgamento do processo que irão decidir. Dificilmente um jurado consegue manter-se isento diante da pressão da mídia e do prévio julgamento “extrajudicial” transmitido diariamente para suas casas¹⁹¹.

¹⁸⁷ DOMINGUEZ, Daniela Montenegro Mota. **A influência da Mídia nas decisões do Juiz penal**. Disponível em <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/507>. Acesso em 05 ago. 2019.

¹⁸⁸ FERNANDES, Lara Teles. *Ibidem*, p. 195

¹⁸⁹ SCHREIBER, Simone. **A publicidade opressiva dos julgamentos criminais**. Rio de Janeiro. Editora Renovar, 2010, p.347

¹⁹⁰ OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. O tribunal do júri popular e a mídia. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v. 4, n. 38, fev. 2000, p. 41.

¹⁹¹ PRATES, Flávo Cruz; TAVARES, Neusa Felipim dos Anjos. A influência da mídia nas decisões do conselho de sentença. **Revista Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 34, n. 2, p. 33-39, jul/dez. 2008.

No caso dos “Cinco do Central Park”, em uma coluna de opinião intitulada “Os bárbaros estão vencendo”, o jornal “*Washington Post*” publicou: “How does a civilized, self-confident people deal with enemies who gang-rape their women? Armies stand them up against a wall and shoot them; or we hang them”¹⁹²¹⁹³, em uma típica postura condenatória.

As evidências contra a autoria imputada aos acusados eram notórias – o exame de DNA do sêmen no corpo da vítima não foi compatível com nenhum deles, a dinâmica dos fatos descrita nos seus depoimentos não se encaixava e o horário e o local do crime não eram compatíveis.

Ainda assim, em 1990, os Cinco do Central Park foram condenados. Os quatro menores de dezesseis anos foram sentenciados a sete anos de prisão. Korey Wise, que já contava com dezesseis anos na época do crime, recebeu pena de maior de idade, passando treze anos na prisão.

A constatação da inocência deles sobreveio apenas no ano de 2002, quando Matias Reyes, que cumpria pena de prisão perpétua na mesma penitenciária de Wise por uma série de estupros que praticou naquele mesmo ano de 1989, assumiu a autoria do crime, tendo sido sua confissão harmonizada com a compatibilidade das marcas das unhas e do DNA encontrado nas vestes da vítima.

O fato é que, quando o crime é vestido de publicidade, sendo coberto e divulgado pela mídia, as chances de ocorrer o fenômeno das falsas memórias na reprodução dos fatos por testemunhas e vítimas é ainda maior. Com a massificação das informações, é possível que as testemunhas se percam na hora de relatar o ocorrido, vindo a descrever detalhes absorvidos da mídia, acreditando, fielmente, que presenciou.

No âmbito dos crimes sexuais, é absolutamente possível haver a contaminação das informações massificadas na instrução criminal. De um lado, as lembranças da vítima podem ser distorcidas pelas versões construídas, impregnando sua memória de fatos não vivenciados ou deformando aqueles que de fato ocorreram. De outro, pode imbuí-la de ressentimento e de maior sentimento de represália à figura do suposto agente, intensificando suas acusações.

¹⁹² “Como um povo civilizado e autoconfiante lida com inimigos que estupram suas mulheres em gangues? Exércitos os colocam contra a parede e atiram neles; ou nós os enforcamos”.

¹⁹³ “Revisiting the Central Park Five case in the #MeToo era”. Disponível em <https://www.wsws.org/en/articles/2019/06/08/pers-j08.html>. Acesso em 02 ago 2019.

CAPÍTULO 4: ALCANÇANDO O MÍNIMO PROBATÓRIO

Conforme já exposto, a produção de prova nos crimes contra a dignidade sexual é uma tarefa muitas vezes difícil e confusa, se concentrando mais puramente no relato apresentado pela vítima. Por esta razão, os *standards* de prova em tais espécies delitivas são dotados de particularidades e admitem que se conceda maior prestígio àquela prova.

Ocorre que, com igualmente demonstrado, a reprodução de uma pessoa acerca de um acontecimento pode ser influenciada por vários fatores, mas essencialmente depende de: a) o modo como percebeu esse acontecimento, sob determinadas condições externas e internas; b) a forma como sua memória o conservou, conduzida por circunstâncias orgânicas e pelo funcionamento mnêmico; c) a sua capacidade de evocá-lo, que pode ser afetada por mecanismos psíquicos de repressão e censura; d) como se deseja expressá-lo, no que tange ao grau de sinceridade; e) como se consegue expressá-lo, o que envolve a sua capacidade expressiva de clareza e de fidelidade às suas impressões¹⁹⁴.

Além disso, a versão da narração pode sofrer alterações, dependendo do tipo de abordagem que se adote na entrevista. O relato espontâneo, por exemplo, afigura-se mais puro e menos deturpado. Não obstante, pode resultar confuso e insuficiente ao esclarecimento das questões necessárias.

Já o testemunho conduzido por interrogatório incorre em riscos de sugestibilidade e indução do interrogando em proferir informações irreais, porém, apresenta o aspecto positivo de permitir ao entrevistador extrair as respostas necessárias, maximizando a eficiência e a precisão da prova testemunhal.

Em crianças, a abordagem deve se revestir de especial cautela, seja pelo maior grau de sujeição à sugestibilidade, seja pela dificuldade de se reportar a detalhes constrangedores. Além disso, deve-se levar em conta aspectos do seu desenvolvimento cognitivo, da linguagem e da fantasia particulares à idade. Em idosos, deve-se considerar o processo de desagregação psíquica próprio da senilidade, que poderá causar debilidade na função de atenção e imprecisão das explicações.

Ademais, não se pode excluir a possibilidade de mentira deliberada e consciente. O nível de consciência moral e a personalidade do interrogando são fatores que devem ser

¹⁹⁴ MYRA Y LOPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica. Traduzido por: Soneli Maria Mellon Farina**, Editora Minelli, Sorocaba, SP, 2005, págs. 165 e 166.

conhecidos para que se obtenha a máxima sinceridade possível daquele. O entendimento destes aspectos revela sua imparcialidade, bem como o seu grau de comprometimento com a verdade e a justiça.

Por fim, é certo que algumas técnicas podem ser empregadas para se alcançar a maior veracidade possível do testemunho, como evitar perguntas que vão direto ao ponto de interesse, de forma a dificultar que a vítima ou testemunha estabeleça uma associação entre o que está declarando e seu intuito de favorecer ou desfavorecer o acusado.

Considerando tais premissas, nesta oportunidade, serão apresentadas alguns procedimentos a serem postos em prática, com o objetivo de otimizar a colheita e a avaliação das declarações da ofendida em crimes sexuais.

Inicialmente, será exposto o método Capalist - Avaliação de Capacidades de Testemunhar, elaborado por Manzanero, aplicável a crianças e adultos de maneira a se apurar o desenvolvimento das capacidades cognitivas do entrevistado em momento anterior à colheita do seu relato.

Em seguida, serão propostos os protocolos da Entrevista Cognitiva (EC) e *Conversation Management (CM)* como técnicas de otimização da entrevista que possuem o objetivo de minimizar interferências de falsas memórias e emoções durante a reprodução dos fatos pela vítima, bem como criar um ambiente favorável à recuperação máxima de memórias.

Além disso, abordar-se-á o reconhecimento de suspeitos *double-blind* como forma de evitar erros judiciais advindos de condenações injustas, por identificação equivocada.

Por fim, é importante fixar critérios orientadores da valoração da prova pelo magistrado. Com base nisso, abordar-se-á o exame da credibilidade e da confiabilidade das declarações do ofendido.

4.1. Análise prévia da capacidade de testemunhar

No meio forense, nem sempre os indícios físicos da ação delituosa estão presentes. Na maioria dos casos, particularmente em crimes sexuais, a tendência é a inexistência de tais evidências; as investigações se apoiam apenas nos relatos apresentados por vítimas e testemunhas. Acrescente-se que muitas vezes é árdua a tarefa de realizar adequadamente

entrevistas de investigação que extraíam dados concretos e evidências suficientemente claras para provar com certeza os fatos relatados.

Como solução, Manzanero¹⁹⁵ propõe um método de análise prévia das habilidades cognitivas apresentadas pela testemunha, as quais terão significativas implicações judiciais. Trata-se do protocolo CAPALIST, o qual tem o condão de não apenas criar um ambiente apropriado entre entrevistador e entrevistado, mas também subsidiar uma conclusão posterior sobre as versões expostas:

El protocolo <CAPALIST> es un procedimiento rápido y objetivo de valoración de capacidades para testificar, de víctimas especialmente vulnerables. Su diseño parte de un doble propósito, su uso tanto con personas con discapacidad intelectual como con menores de corta edad (3 a 6 años). Esta herramienta sienta las bases de una fiable, válida y precisa entrevista sobre los hechos ocurridos.

Todo ello en su conjunto facilitará el análisis de las entrevistas realizadas y la elaboración posterior de un informe técnico en el que se establezca una conclusión que dictamine la veracidad o no de los hechos del relato de estos grupos de víctimas especialmente vulnerables.

Assim, o procedimento CAPALIST constitui uma ferramenta para se avaliar e destacar uma série de capacidades cognitivas da pessoa entrevistada como etapa preliminar da própria intervenção judicial ou policial. Não obstante o método tenha como foco a aplicação em crianças de menor idade e pessoas portadoras de deficiência intelectual,

Inicialmente, o desenvolvimento do protocolo divide as capacidades relacionadas ao testemunho em capacidades cognitivas primárias e secundárias, as quais serão desenvolvidas a seguir.

4.1.1. Capacidades cognitivas primárias

No primeiro plano, enquadram-se as capacidades de memória, percepção, atenção e comunicação. Manzanero¹⁹⁶ ressalta que as memórias autobiográficas são representadas em diferentes níveis de abstração e são organizadas numa hierarquia. As representações mais abstratas estariam em um nível hierárquico superior àquelas específicas, sendo que a organização de tais representações é fundamentalmente temática e conduzida em grande parte pelas nossas emoções.

Mais adiante, as capacidades perceptivas englobam as percepções sensoriais, como visão, audição e tato. Tratam-se de habilidades independentes; embora uma pessoa com

¹⁹⁵ CONTRERAS, María José; SILVA, Eva A.; MANZANERO, Antonio L. **CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar**. Dykinson, 2018, p. 95.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 51

deficiência auditiva tenha dificuldades na adequada captação da intensidade ou da frequência dos sons, pode contribuir em suas declarações com outros dados importantes, como odores, movimentos visualizados e os contatos físicos empregados¹⁹⁷.

As capacidades de atenção se subdividem em atenção seletiva e sustentada. Segundo Castillo, este se refere aos “*procesos que se activan cuando tenemos que concentrarnos em una tarea durante períodos de tiempo relativamente amplios*”¹⁹⁸. Quanto à atenção seletiva¹⁹⁹:

La atención selectiva se refiere a una serie de procesos u operaciones que la atención pone em marcha cuando el ambiente exige dar respuesta a un solo estímulo o realizar una sola tarea, cuando también están presentes otros estímulos o tareas variadas. La atención en tales circunstancias actúa seleccionando la información pertinente a la que atender e ignorando la que no lo es.

Assim, como consequência natural do enfoque em determinado estímulo, a atenção seletiva ignora todas as outras informações que o rodeiam.

A habilidade primária de comunicação é primordial à transmissão ao mundo externo daquilo que se encontra no intelecto do interlocutor. Manzanero enfatiza a importância da compreensão das linguagens não verbais expressadas pela vítima, além daquelas verbais. Algumas vezes, tais linguagens são contraditórias, como quando alguém conta uma anedota e demonstra uma tristeza facial. Isso pode decorrer de uma falta de congruência entre a linguagem verbal e o que o interlocutor efetivamente está pensando. Portanto, é sumamente importante que se esteja bastante atento à mensagem de comunicação não verbal enviada pelo entrevistado, como sinais de estresse, agitação motora, distração, murmúrios e gemidos, mãos suadas, efusividade em responder com as perguntas, dentre outros²⁰⁰.

Não obstante os aspectos essenciais da linguagem não verbal sejam adquiridos entre os cinco e sete anos de idade, o seu desenvolvimento pode sofrer algumas alterações, dando origem a transtornos de linguagem, como a disartria, dislalia, disglossia e disfonia²⁰¹.

4.1.2. Capacidades cognitivas secundárias

As capacidades secundárias derivam de um processo construtivo, no qual cada indivíduo desenvolve gradualmente seus conhecimentos a partir da interação com o meio, gerando diferentes experiências de observação e exploração. Dentro deste grupo,

¹⁹⁷ Ibidem, p. 47

¹⁹⁸ Castillo 2012, la atención, pág. 25

¹⁹⁹ Castillo 2012, la atención, pág. 25

²⁰⁰ CONTRERAS, María José; SILVA, Eva A.; MANZANERO, Antonio L. Ibidem, pp. 60 e 61

²⁰¹ Ibidem, p. 60

Manzanero²⁰² menciona a compreensão do conceito de tempo, o qual implica entender a sucessão temporal de eventos, a inclusão de intervalos de tempo menores em intervalos maiores e a escolha de uma unidade de medida temporal que se aplica igualmente a diferentes eventos. Nesse sentido, crianças abaixo de cinco anos têm dificuldade em estabelecer uma ordem temporal dos fatos e compreender as diferentes durações dos eventos.

Além das relações temporais, outra capacidade social é a noção de números, que está intimamente ligada aos conceitos de quantidade e ordem. Pode-se dizer que o seu desenvolvimento começa durante o período pré-operacional, em que aproximadamente aos três anos será possível diferenciar conjuntos de alguns elementos, dando lugar à contagem aproximadamente aos quatro e, em seguida, ao período de operações específicas, onde é adquirida a noção de sistema de numeração e operação com números, entre sete e dez anos²⁰³.

Por sua vez, o conceito de espaço é adquirido lenta e progressivamente. No primeiro ano de vida, é adquirida a percepção única dos objetos para, em seguida, estender-se ao espaço em que eles se inserem. No período de 5 a 8 anos, a criança obtém um domínio do espaço onde se desenvolve e vive, porém, portando dificuldades para a diferenciação de espaços abstratos, como países e cidades. Entre 9 e 11 anos, desenvolve a noção de espaço geográfico e iniciam o processo de localização, situando-se nas referências espaciais. E finalmente, na adolescência, torna-se capaz de ler mapas e aprender símbolos complexos no lugar de imagens concretas que representam espaços.

A compreensão da relação “ação-consequência” trata-se da aquisição de capacidade intelectual que permite a manipulação da realidade de maneira abstrata e simbólica, ou seja, a transição do pensamento do “real” para o “real possível”.

A capacidade de descrever fatos ou uma pessoa é uma das habilidades cognitivas mais importantes nas quais estão envolvidos vários processos cognitivos, perceptivos e atencionais. Está relacionada também a fatores de escolaridade, que induzem a maior riqueza de vocabulário do indivíduo e seu desenvolvimento linguístico.

Outras capacidades de interação social também devem ser levadas em consideração. Dentre elas, mencionamos a empatia, que é traduzida na preocupação empática - sentimentos de preocupação e tristeza pela necessidade de outra pessoa – e na capacidade de assunção de perspectiva alheia. A habilidade empática possui graus evolutivos e não é adquirida pela idade cronológica, mas pelo amadurecimento mental.

²⁰² Ibidem, p. 61

²⁰³ Ibidem, p. 62

A assertividade é também uma aptidão relevante no momento de se expressar. Existem três estilos básicos de comportamento que uma pessoa assume no relacionamento interpessoal, entre eles o estilo passivo, em que a submissão é a principal característica da pessoa que a desenvolve, deixando de lado seus próprios interesses em favor dos de outrem. Ele se contrasta com o estilo agressivo, sob o qual o indivíduo tende a defender seus próprios direitos de maneira inadequada, por intermédio da dominação ou da ofensa.

O indivíduo eminentemente assertivo é capaz de defender suas opiniões, compreendendo e respeitando os limites dos sentimentos e necessidades alheias.

Ao realizar a avaliação de habilidades, o psicólogo deve identificar corretamente cada um desses estilos e, assim, ser capaz de avaliar se a vítima é assertiva ou, pelo contrário, mostra uma atitude agressiva ou passiva. Nestes casos, o entrevistado pode expor uma versão não consistente do que aconteceu, seja porque adota uma postura hostil, seja porque, movido pela tendência de falar o que os outros querem ouvir, não expressa sua opinião com clareza.

Junto ao comportamento passivo, o nível de aquiescência consiste na atitude de responder afirmativamente independentemente da pergunta, normalmente motivado por um desejo de "aceitação social", porém também pode estar relacionada ao quociente intelectual, à memória e às habilidades de comunicação. As formas de respostas aquiescentes normalmente consistem na repetição da primeira ou última informação da pergunta.

No mesmo contexto, a "conveniência social" pode ser definida como a propensão de responder exclusivamente para agradar o entrevistador, independentemente de a resposta ser verdadeira ou falsa. Nesses casos, se um entrevistado demonstra uma necessidade de obter a aprovação do outro, suas respostas correm o risco de ser aquiescentes. Daí a importância de, sempre que possível, aderir ao uso de perguntas abertas, evitando perguntas dicotômicas e, é claro, as sugestivas. Nesse ponto, o entrevistador deve tomar cuidado especial com sua linguagem não-verbal expressada em resposta às declarações dos entrevistados, pois ela pode sugerir aprovação ou reprovação das informações prestadas, influenciando o portador de alta conveniência social.

Mais adiante, outra capacidade cognitiva secundária apontada por Manzanero é a identificação de estados subjetivos. Espera-se as vítimas de crimes violentos sejam capazes de descrever como se sentiram quando foram agredidas (se estavam assustadas, preocupadas ou calmas) e o estado mental do agressor (se ele estava bravo ou gentil), bem como seus sentimentos no momento do relato dos fatos. No desenvolvimento humano, crianças de até

sete anos possuem dificuldade de se colocar em uma perspectiva diferente da sua, uma vez que tal aptidão implica a combinação de as próprias informações com as informações que possivelmente teria o outro.

A capacidade de representação ou imaginação significa reproduzir cenas ou conversas e atribuir papéis a personagens. Trata-se da construção da realidade e da fantasia em unidade tanto com nossa percepção do ambiente, quanto com nossos conhecimentos e crenças anteriores. Quanto à distinção entre reproduções reais e fantasiosas, até os seis anos de idade, as crianças podem ter problemas para distinguir a origem das informações, demonstrando maior probabilidade do que os adultos de confundir memórias sobre algo que fizeram de lembranças de algo que imaginam fazer.

4.1.3. Aplicação da avaliação CAPALIST

O método de avaliação da capacidade de testemunhar Capalist tem como propriedade avaliar distintos aspectos do funcionamento intelectual de crianças. Constitui, destarte, uma importante ferramenta de proteção contra falsas acusações sugeridas por genitores.

Não obstante, nada impede que seja aplicado ou adaptado a pessoas em geral, de modo a avaliar previamente suas habilidades cognitivas.

O protocolo tem como finalidade estabelecer bases para uma entrevista confiável, mediante análises conclusivas sobre a veracidade dos fatos relatados por esse grupo de vítimas especialmente vulneráveis²⁰⁴.

No procedimento, a parte cognitiva oferece um índice que resume a capacidade conceitual e de raciocínio, que avalia aspectos concretos de tal capacidade geral²⁰⁵.

O teste é feito pela apresentação de um desenho, sobre os quais são feitas perguntas, alternando com questionamentos também pessoais do entrevistado.

A aplicação do teste é individual, com a particularidade notável de organizar-se em uma estrutura hierárquica de três níveis de interpretação. O nível mais geral é o Índice Geral (IG), que indica a aptidão conceitual e de raciocínio. Em seguida, no segundo nível, encontramos os Índices de Aptidão Intelectual, cujos resultados indicam aptidões verbais, espaciais e não verbais. Finalmente e mais especificamente, o terceiro nível de interpretação oferece as pontuações de cada teste e apontam as aptidões e processos específicos, que

²⁰⁴ Ibidem, p. 95

²⁰⁵ Ibidem, p. 92

oferecem uma ideia mais precisa das aptidões do menor no momento do teste, assim como uma análise do perfil de pontuação da criança no teste²⁰⁶.

As capacidades são divididas em quatro blocos, subdivididas em outras mais específicas. Nesta ocasião, a forma de pontuação se dá da seguinte maneira: após a pergunta do item, o entrevistador anota o valor de “1”, se a criança apresentar habilidade básica, e o valor de “0” quando a criança não possui habilidade ou demonstrar dificuldade ao responder a pergunta. Em seguida, todas as pontuações obtidas do número total de perguntas que formam o atributo de capacidade a ser medido são adicionadas. A pontuação obtida nesta categoria é dividida entre o valor máximo possível da categoria e é multiplicado por cem, obtendo, assim, o percentual da capacidade avaliada.

O valor obtido pelo entrevistado se encaixa dentro de um intervalo, cujo valor mínimo corresponde a um percentual de 35% das respostas corretas, ou seja, quando todas as respostas oferecidas são qualificadas como “ não possui habilidade ou dificuldade”, e com um valor máximo equivalente a uma pontuação maior que 95%, quando as respostas registradas são avaliadas com o valor cinco de “Domina”. Entre os valores máximos e mínimos, são indicadas três faixas intermediárias que estabelecem mais claramente as capacidades da criança.

A principal característica do instrumento é poder estabelecer se a criança possui um nível de critério definido como suficiente no atributo da capacidade medida, discriminando se os apontamentos do menino ou menina são suficientemente confiáveis ou, pelo contrário, não atingiu o nível de garantia, devendo ser recebido com certas reservas.

Por questões de logística do presente estudo, o teste foi acostado no Anexo 1 do trabalho.

4.2. Sugerindo um procedimento de entrevista apropriado

A entrevista de vítimas e testemunhas é um procedimento fundamental no decurso das investigações policiais e judiciais e, quando se trata de crimes cuja materialidade fundamenta-se precipuamente neste formato de prova, merece maior debruçamento.

²⁰⁶ Ibidem, p. 93

Por esta razão, a colheita do relato das testemunhas deve seguir um procedimento que extraia ao máximo a verdade dos fatos e que o isente de erros e omissões. O uso de técnicas inadequadas conduz à obtenção inevitável de testemunhos fracos.

Por exemplo, Milne²⁰⁷ explica que foi constatada em entrevistas a prática comum de interrupção da fala das vítimas e testemunhas por parte dos interrogadores, fruto de uma tendência de controlar a conversa. Devido a esse estilo de entrevista, as pessoas não eram encorajados a resgatar sua memória para fornecer sua versão completa dos eventos.

O uso de tais técnicas “fechadas” orientadas ao entrevistado tende a reduzir a quantidade de informações obtidas e, portanto, a evidência subsequente provavelmente será uma versão empobrecida do que o entrevistado poderia fornecer.

Em pesquisa feita mediante estudo de caso, Mclean²⁰⁸ categorizou todas as perguntas feitas em uma entrevista investigativa em produtivas – perguntas abertas, de sondagem ou fechadas de identificação –, contraproducentes e arriscadas.

Mackey²⁰⁹ explica que perguntas produtivas abertas são aquelas que estimulam a outra pessoa a falar e a expressar mais que monossílabos. São importantes, por um lado, por fornecerem ao entrevistados mais informações, insights e maior compreensão acerca tanto do respondentes, quanto do assunto sobre o qual a pergunta é feita.

Milne²¹⁰ acrescenta que, para obter informações detalhadas e de boa qualidade, a maioria das perguntas a serem feitas aos entrevistados cooperativos deve ser abertas. Explica que a capacidade dos entrevistadores de eleger o uso de perguntas abertas é o melhor preditor de uma boa entrevista investigativa e a característica mais definidora de um entrevistador especialista.

As perguntas de sondagem são também produtivas e visam a obter informações adicionais, a um maior nível de profundidade, utilizando técnica de encorajar a pessoa a pensar e a encontrar soluções por si própria, explorando-a mais afundo ou testando-lhe determinado conhecimento ou pensamento²¹¹.

Por outro lado, as contraproducentes são aquelas que direcionam o entrevistado para obter a resposta desejada, buscam confundi-lo ou enganá-lo mediante truques e ambiguidades,

²⁰⁷ MILNE, Becky; POWELL, Martine. Investigative interviewing. In: BROWN et al. (Org.). **The Cambridge handbook of forensic psychology**. Cambridge: Cambridge University Press, 2010. p. 208-214.

²⁰⁸ MCLEAN, Maxwell. 4. Quality Investigation? Police Interviewing of Witnesses. **Medicine, Science and the Law**, v. 35, n. 2, p. 116-122, 1995.

²⁰⁹ MACKAY, Ian; WEINSTEIN, Krystyna. **Asking questions**. CIPD Publishing, 1998, p. 6

²¹⁰ MILNE, Becky; POWELL, Martine. *Ibidem*.

²¹¹ MACKAY, Ian. **Aprendendo a perguntar** – Você SA. NBL Editora, 2001, pp. 14 e 15

utilizam-se da retórica para evitar que o interrogado não diga nada ou, ainda, intimidam-no por meio de argumentos discriminatórios²¹². E as abordagens arriscadas são fechadas, uma vez que só podem ser respondidas com “sim” ou “não” e, por isso, correm o risco de confirmação de fatos declarados que podem ser total ou parcialmente imprecisos.

Mclean²¹³ constatou que 65% das perguntas realizadas em procedimentos investigatórios eram arriscadas ou contraproducentes. As entrevistas realizadas com testemunhas continham quase o dobro de perguntas contraproducentes do que aquelas feitas com suspeitos, chegando ele à conclusão de que aquelas estariam bem mais sujeitas à sugestionabilidade do que o investigado. Em sua pesquisa, constatou ocasiões em que afirmações relevantes que não foram averbadas e outras ainda que foram registradas de forma contrária àquelas prestadas pela testemunha. Além disso, com o acesso à conversa gravada em mídia, identificou que algumas informações editadas não eram tão evidentes ao examinar apenas a declaração escrita.

Concluiu defendendo que as perguntas realizadas em procedimentos policiais devem ser claras, precisas, neutras e coerentes e que as respostas devem ser relatadas com precisão na forma das palavras reais ditas, com todas as inconsistências, nuances e inflexões que o orador pode fornecer.

Em verdade, entrevistar é diferente de perguntar. Na entrevista investigativa, o fundamental é a escuta, já que é a testemunha quem possui as informações. A função do investigador é escutá-la e estimulá-la a trazer somente os fatos dos quais ela consegue se lembrar, mesmo que estas lembranças possam ser apenas parciais ou não sigam uma narrativa sequencial. Além disso, as perguntas que o entrevistador possa vir a fazer a testemunha devem ser formuladas com base naquelas informações já trazidas por ela no seu relato mais livre²¹⁴.

Com base em tais premissas, Milne e Powell²¹⁵ traçaram pertinentes métodos de abordagem comunicativa com vítimas, testemunhas e suspeitos. Embora tenha como foco a fase procedimentos policiais criminais, tais considerações podem ser perfeitamente utilizadas para enriquecer a colheita de relatos no momento instrutório judicial.

²¹² MACKAY, Ian; WEINSTEIN, Krystyna, Ibidem, p. 41

²¹³ MCLEAN, Maxwell. Ibidem, p. 7

²¹⁴ STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019, p. 20.

²¹⁵ MILNE, Becky; POWELL, Martine. Ibidem.

No seu estudo acerca da política nacional de procedimentos criminais instituída pelo Reino Unido, menciona os sete princípios que devem nortear a entrevista investigativa:

1. O papel da entrevista investigativa é obter informações precisas e confiáveis de suspeitos, testemunhas ou vítimas, a fim de descobrir a verdade sobre assuntos sob investigação policial.
2. Entrevistas investigativas devem ser abordadas com uma mente aberta. As informações obtidas da pessoa que está sendo entrevistada devem sempre ser testadas contra o que o entrevistador já sabe ou o que pode razoavelmente ser estabelecido.
3. Ao questionar alguém, um policial deve agir de forma justa nas circunstâncias de cada caso individual.
4. O entrevistador da polícia não está obrigado a aceitar a primeira resposta dada. O questionamento não é injusto simplesmente porque é persistente.
5. Mesmo quando o direito de silêncio é exercido por um suspeito, a polícia ainda tem o direito de fazer perguntas.
6. Ao realizar uma entrevista, os policiais são livres para fazer perguntas a fim de estabelecer a verdade; exceto para entrevistas com crianças vítimas de abuso sexual ou violento, que devem ser usadas em processos criminais, elas não são limitadas pelas regras aplicadas a advogados em tribunais.
7. Pessoas vulneráveis, sejam vítimas, testemunhas ou suspeitos, devem ser tratadas com consideração especial em todos os momentos²¹⁶.

Partindo de tais premissas, dois modelos de entrevista surgiram como melhores práticas para identificar lacunas de habilidades e melhorar o desempenho das entrevistas: a *Conversation Management (CM)*, que é um formato útil para entrevistar o interlocutor mais resistente, e a Entrevista Cognitiva, destinada abordar o entrevistado mais cooperativo.

4.2.1 A Entrevista Cognitiva (CI)

Com o objetivo de criar um protocolo inovador para a entrevista de testemunhas que permitisse obter o máximo de informação correta possível, Geiselman²¹⁷ desenvolveu a Entrevista Cognitiva (*Cognitive Interview*), a qual reúne pressupostos teóricos e técnicas de aprimoramento de para a condução de uma boa entrevista forense/policial com pessoas colaborativas com a investigação.

Originalmente, a Entrevista Cognitiva resumia quatro técnicas mnemônicas - Relatar Tudo, Restabelecimento do Contexto, Mudança de Ordem e Mudança de Perspetiva²¹⁸.

²¹⁶ Ibidem. Tradução livre.

²¹⁷ Geiselman, R. E., et al. (1984). Enhancement of eyewitness memory: An empirical evaluation of the cognitive interview. *Journal of Police Science & Administration*, 12(1), pp. 74-80.

²¹⁸ PAULO, Rui M.; ALBUQUERQUE, Pedro B.; BULL, Ray. A Entrevista Cognitiva Melhorada: Pressupostos teóricos, investigação e aplicação. *Psicologia*, Lisboa, v. 28, n. 2, p. 21-30, dez. 2014. Disponível em <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-20492014000200003&lng=pt&nrm=iso>. acesso em 04 set. 2019.

A mnemônica “Relatar Tudo” consiste em pedir à testemunha que exponha tudo o que recorda, com o maior grau de detalhamento possível, mesmo que tal informação possa lhe parecer trivial, permitindo-lhe se manifestar livremente de acordo com sua consciência. Esta técnica é fundamental para evitar que as os expositores omitam detalhes que considerem irrelevantes para a investigação, partindo-se do pressuposto de que até a menor particularidade pode ser decisiva para o esclarecimento do crime e que a testemunha leiga normalmente desconhece as nuances investigativas que assumem maior relevância.

Além disso, os diversos traços de memória relativos a um acontecimento estão frequentemente associados. Assim, a ativação de uma memória aparentemente periférica na dinâmica do crime pode abrir caminho para outras memórias extremamente relevantes. Por estas razões, permitir à testemunha que adote este estilo comunicativo, relatando todos os detalhes de que se recorda, é uma instrução fundamental.

A mnemônica “Restabelecimento do Contexto” consiste em incentivar a testemunha a recriar mentalmente o contexto físico do crime, bem como o seu estado fisiológico, cognitivo e emocional durante o momento que presenciou. Trata-se de um método de facilitar a recuperação da memória, recontextualizando-a ao ambiente da sua codificação. É uma mnemônica particularmente importante em entrevistas com crianças, pois a sua memória é fortemente associada ao contexto e elas possuem maior dificuldade de o fazer espontaneamente.

A “Mudança de Ordem” é executada pedindo à testemunha para relatar o crime através de uma ordem temporal diferente, habitualmente a ordem inversa. Pretende-se assim que a testemunha utilize uma estratégia de recuperação diferente, pois diferentes estratégias de recuperação poderão ativar diferentes memórias.

Esta mnemônica é particularmente útil quando a testemunha mantém um forte esquema mental (padrão organizado de pensamentos e comportamentos) sobre o tipo de evento que procura relatar; por exemplo, em certas atividades profissionais que estão em frequente contato com uma dinâmica padrão de comportamento, tais como seguranças de bares, que presenciam sempre brigas entre clientes e eventualmente podem trazer o padrão cognitivo comum ao relato de um episódio particular. Uma vez que estes esquemas mentais são construídos e armazenados na nossa memória por ordem cronológica, recordar o crime numa sequência temporal diferente poderá evitar a interferência dos mesmos na recordação do acontecimento particular.

Por fim, a técnica “Mudança de Perspetiva” baseia-se em pedir à testemunha para recordar o evento a partir de uma perspetiva diferente. Pode lhe ser solicitado que adote uma nova perspetiva externa - a respeito do espaço físico, por exemplo - ou interna – como fazê-la adotar um panorama menos nervoso diante das próprias recordações.

Estabelecidos os pressupostos fundamentais da Entrevista Cognitiva, alguns anos mais tarde, Fisher e Geiselman²¹⁹ acrescentaram ao protocolo outros componentes sociais e comunicativos cruciais para a realização de uma boa entrevista, fundamentais para garantir o bem-estar psicológico e cooperação das testemunhas (e.g., estabelecer uma boa relação com a testemunha), dando origem à Entrevista Cognitiva Melhorada.

A entrevista cognitiva (CI) e entrevista cognitiva melhorada (ECI), são conduzidas pelo entrevistado e visam maximizar a sua recordação.

Milne *et al.*²²⁰ explicam que o conceito por trás dessa abordagem é permitir que o entrevistado se lembre do seu jeito e no seu próprio ritmo e utiliza ferramentas ou mnemônicos de aprimoramento da memória imparcial na tentativa de recuperar o máximo de qualidade e quantidade de informações de um entrevistado. A ECI é composta por várias fases, conforme descrito a seguir.

A primeira fase constitui-se em cumprimentar, personalizar a entrevista e estabelecer a comunicação com o entrevistando, momento essencial para definir o tom da entrevista. Não só a revivência do incidente em questão pode ser bastante estressante e traumática para uma vítima ou testemunha, mas o próprio processo de entrevista e o simples fato de lidar com a autoridades judiciais ou policiais também pode causar perturbação em muitos; infelizmente, as percepções das pessoas sobre o que normalmente acontece nas entrevistas policiais são bastante negativas.

Pesquisas psicológicas confirmaram repetidamente que o estresse, a ansiedade e a preocupação reduzem a capacidade das pessoas de recordar. Portanto, é essencial que os efeitos de tais emoções sejam reduzidos no início da entrevista, permitindo que o entrevistado se concentre na tarefa em questão, para lembrar o mais detalhadamente possível. Além disso, o *recall* livre é uma tarefa difícil e, portanto, os entrevistados precisam se sentir motivados a trabalhar arduamente para isso.

²¹⁹ Fisher, R. P., & Geiselman, R. E. (1992). **Memory-enhancing techniques in investigative interviewing: The cognitive interview.** Springfield, IL: C. C. Thomas.

²²⁰ MILNE, Becky; SHAW, Gary; BULL, Ray. Investigative interviewing: The role of research. **Applying psychology to criminal justice**, p. 65-80, 2007.

Em seguida, ao falar com um entrevistador pela primeira vez, um entrevistado pode precisar fornecer uma breve versão dos eventos primeiramente. Por exemplo, pode ser que a pessoa já esteja se concentrando em lembrar um item em particular (por exemplo, um número de registro de veículo, uma descrição física ou uma conversa ouvida) e faz questão de informar ao entrevistador enquanto ele está fresco em sua memória. Isso pode afetar o processo de entrevista se ela não tiver permissão para dizer o que quer na primeira oportunidade. Da mesma maneira, no caso de o entrevistado entrar imediatamente em um relato mais detalhado do que aconteceu, é aconselhável permitir que ele continue, em vez de interromper o fluxo.

A segunda fase é composta pela explicação dos objetivos da entrevista, na qual o entrevistador deve expor a abordagem a ser adotada, o que se espera de ambos e seus papéis. O entrevistado deve ser informado de que é essencial uma recuperação focada e uma profunda concentração e de que os detalhes são importantes.

Nesse momento, também é oportuno proceder à transferência do controle da instrução da ECI, informando ao entrevistado que ele terá um papel ativo no processo de entrevista, que ele conduzirá a maior parte da conversa e que o papel do entrevistador é ajudá-lo se tiver dificuldade em se lembrar de algo. O entrevistador cognitivo deve se colocar como um facilitador da memória, cujo fluxo de informações deve ser controlado pelo entrevistado.

Na terceira fase, inicia-se um relato livre, o qual pode ser auxiliado por meio da reintegração do contexto. Este pode ter um efeito poderoso na memória e se deve tentar recriá-lo, tanto no aspecto ambiental (por exemplo, localização), quanto no âmbito emocional (por exemplo, sentimentos pessoais que existiam na época).

Nessa ocasião, é importante ressaltar que as pessoas se lembram de maneiras diferentes e não em uma sequência cronológica estrita. Os entrevistadores, portanto, devem permitir que o entrevistado recorde o evento em sua própria ordem sem a distração de interrupções ou quaisquer perguntas. É vital que durante este estágio o entrevistador ouça ativamente exatamente o que está sendo dito, tomando notas breves quando apropriado, para ajudar a identificar áreas que precisam ser investigadas mais adiante na entrevista, se detalhes insuficientes tiverem sido obtidos.

O relato livre, seguindo a livre fluidez do pensamento, também permite uma visão da representação mental do entrevistado sobre o evento e a ordem em que ele armazenou as

informações, o que deve ajudar o entrevistador a planejar para a fase de questionamento da entrevista.

Após obter o *recall* livre do evento, o entrevistador deve então começar a quarta fase, em que se questiona o entrevistado com a finalidade de obter informações mais detalhadas. Isto é praticado selecionando um tópico ou tema, seguindo a ordem em que o entrevistado demonstrou armazenar a informação – técnica denominada “questionamento compatível”.

O entrevistado é então solicitado a restabelecer mentalmente novamente o contexto que envolve o tópico ou tema específico, sendo este extensivamente investigado com perguntas abertas e algumas perguntas de sondagem, estas com a finalidade de obter detalhes não elucidados por perguntas abertas. Isso prossegue com cada área de tópicos sendo coberta por sua vez.

Na fase cinco, realiza-se uma tentativa de recuperação memorial variada e extensa, fazendo-se uso dos sentidos no restabelecimento do contexto para facilitar a recuperação de informações armazenadas na memória. Por exemplo, solicitar ao entrevistado para se concentrar no que ouviu, sentiu, tocou ou até mesmo cheirou no momento do evento original pode levar a mais lembranças de pontos significativos (potencialmente evidenciais).

O entrevistador pode tentar tantos *recalls* quanto achar apropriado nas circunstâncias individuais e usar uma variedade de estratégias de recuperação.

As técnicas da entrevista cognitiva primitiva de "alterar a ordem temporal do *recall*" e "mudança de perspectiva" também podem ser usadas neste estágio, se o entrevistador achar que elas são apropriadas. A primeira delas consiste em o entrevistado ser convidado a rememorar no evento de trás para frente ou a partir do aspecto mais memorável e retroceder e avançar no tempo. Essa técnica deve ser usada quando o entrevistador está tentando acessar detalhes incomuns, atípicos. Na segunda, mudança de perspectiva, solicita-se ao entrevistado que relate o evento a partir de uma outra perspectiva que ele não utilizou.

Na fase seguinte, faz-se perguntas de importância investigativa, abrangendo aquelas questões que ainda não tenham sido mencionadas pelo entrevistado.

Por fim, na sétima fase, tendo completado as etapas de *recall* e sondagem, uma revisão verbal do que o entrevistado disse é fornecida pelo entrevistador. Isso permite que o entrevistador verifique se compreendeu corretamente o entrevistado, o qual deve ser encorajado a corrigi-lo, se necessário. Tal correção deve ser efetuada nas próprias palavras do entrevistado, sempre que possível.

Também pode ser útil, dependendo da duração da entrevista e da maneira como ela é conduzida, realizar resumos periódicos durante o processo de entrevista.

A entrevista deve ser encerrada adequadamente, agradecendo o entrevistado e lhe perguntando se há algo mais que deseje acrescentar e se tem alguma dúvida. Nesta oportunidade, pode-se lhe fornecer um cartão de visita com detalhes de contato, caso se lembre de algo que considere pertinente em um momento posterior.

Milne *et al.*²²¹ defendem ainda que a melhor prática é que as entrevistas sejam gravadas digitalmente (áudio ou vídeo), para que a atenção total possa ser dedicada ao entrevistado e ao processo de entrevista (em vez de escrever notas ou um relatório formal) e para que se possa obter um registro da integridade das perguntas feitas no processo de entrevista. No entanto, uma vez que a entrevista tenha sido concluída, a informação que foi obtida pode então ter que ser transferida para um formato escrito.

É, inclusive, recomendável elaborar uma transcrição textual da entrevista, já que a obtenção de um registro escrito objetivo e ao mesmo tempo preciso de uma entrevista é, de outra forma, quase uma impossibilidade. Isso ocorre porque esses resumos são baseados nas interpretações da entrevista dos entrevistadores e serão influenciados por suas visões pré-existentes do caso, conhecimento prévio de casos semelhantes e assim por diante.

4.2.2. A Conversation Management (CM)

Por uma variedade de razões, certos entrevistados podem não ser adequados para a Entrevista Cognitiva (por exemplo, aqueles que não colaboram com a entrevista ou aqueles que não experimentaram diretamente um evento). Nesse caso, os entrevistadores devem então usar o estilo de entrevista de *Conversation Management (CM)*.

Uma das principais diferenças entre Entrevista Cognitiva e a *Conversation Management* é a quantidade de controle que o entrevistador tem sobre a entrevista – conforme demonstramos, em uma EC, o domínio da conversa é explicitamente entregue ao entrevistado (logo na segunda fase, de transferência de controle da entrevista), enquanto, em um estilo de entrevista de CM, a condução permanece com o entrevistador, que gerencia ativamente o diálogo.

²²¹ MILNE, Becky; SHAW, Gary; BULL, Ray. *Ibidem*.

Adverte-se inicialmente, o CM foi idealizado para ser aplicado com suspeitos do crimes, mas nada impede que também seja empregado com vítimas tímidas, traumatizadas, com suspeita de algum tipo de intimidação ou até mesmo sob suspeita de falsa acusação.

O procedimento é dividido em três etapas: (i) o relato do suspeito, (ii) a agenda policial e (iii) a etapa de desafio. O “Relato do suspeito” é o momento em que se concede ao investigado a oportunidade de estabelecer sua posição e a ocasião em que se ouve o que ele tem a dizer em resposta às alegações que estão sendo feitas contra ele.

A obtenção de um relato nesse momento, caso seja oferecido espontaneamente, ajudará o entrevistador a decompor o que foi dito em tópicos para permitir que questões adicionais sejam colocadas, de maneira estruturada. Por esta razão, ao final da narrativa, o entrevistador deve rever verbalmente as declarações do suspeito, a fim de se certificar da compreensão do que foi dito, bem como anotar as áreas-chave que queira explorar melhor oportunamente.

Além disso, durante e após o relato fluido, perguntas apropriadas podem ser usadas para expandir o que está sendo dito, de maneira que apenas depois de explorar suficientemente uma determinada área, o entrevistador deverá passar para o próximo assunto. Ao longo desta fase, é importante que o entrevistador não interrompa o entrevistado e, mesmo que este forneça uma versão completamente diferente daquelas extraídas de outros aspectos da investigação, não deve a autoridade desafiar o que está sendo dito.

4.3. O reconhecimento de pessoas no formato *double-blind*

Conforme se discorreu anteriormente (vide tópico 3.3.4), o método de reconhecimento *show up* é considerado pela doutrina altamente sugestivo. Dessa maneira, o reconhecimento, para ter maior confiabilidade, necessitar ser conduzido pela técnica do *line-up*.

Ocorre que mesmo no formato *line-up* o intercâmbio de informações entre entrevistador e testemunha pode configurar um perigoso contexto de interpessoal. O viés do entrevistador não se observa somente através da inserção de informações enganosas nos questionamentos, mas também nos comportamentos mais sutis e espontâneos, tais como

sorrisos, movimentos de cabeça ou tom de voz, exercendo-se influência direta sobre a resposta³⁶⁸ ainda que, eventualmente, não se deseje tal resultado de forma consciente²²².

Com vistas a reduzir a sugestibilidade decorrente do viés do entrevistador durante a investigação, Elizabeth Loftus e Steblay²²³ têm indicado o denominado *double-blind sequential lineup* (“linha de reconhecimento sequencial duplo-cega”), que propõe uma série de regras representativas das boas práticas na condução de reconhecimentos fotográficos e pessoais. Ele fundamenta-se no princípio de que aqueles que são submetidos à entrevista são diretamente influenciados pelas expectativas daqueles que a conduzem²²⁴. Assim, a ideia de “duplo-cego” remete exatamente ao desconhecimento por parte do entrevistador e da vítima do verdadeiro suspeito, dentre os distratores.

Nesse sentido, é essencial que o agente do sistema criminal (e.g. policial) seja “cego”, porque assim não tem como induzir a vítima a erro, evidenciando algum dos membros do reconhecimento ou induzindo a vítima a evitar distratores. Outra vantagem é que uma vez que o condutor do reconhecimento não saiba que é o suspeito-alvo, a vítima não pode buscar em suas reações uma confirmação de sua escolha, o que costuma aumentar exponencialmente a confiança dela própria em sua identificação²²⁵.

De acordo com o método proposto por Loftus e Steblay, a linha de reconhecimento é formada por pelo menos seis membros, cinco dos quais são preenchedores desconhecidos à vítima, sendo que todos são escolhidos de forma a corresponderem à descrição da testemunha sobre o agressor.

A posição do suspeito na linha de reconhecimento é determinada de maneira aleatória e a vítima é advertida previamente de que o suspeito pode ou não estar no grupo ou na coleção de fotografias a ser mostrada. Alerta-se também de que o entrevistador desconhece a fotografia que retrata o suspeito, se alguma delas o é.

A sequência completa da linha de reconhecimento é mostrada para a entrevistada, a qual não tem conhecimento de quantas fotografias há na sequência, devendo suas eventuais mudanças de decisões serem gravadas. As fotografias são apresentadas uma de cada vez, apenas passando à posterior após a tomada de decisão sobre cada foto apresentada.

²²² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 178.

²²³ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149-150.

²²⁴ CARDOZO, BENJAMIN N. Reevaluating Lineups: why witnesses make mistakes and how to reduce the chance of a misidentification? **An Innocence Project Report**, 2011.

²²⁵ Ibidem.

À vítima não é permitido “voltar” na sequência ou posicionar fotografias uma ao lado da outra, evitando análise comparativa.

Sobre tal método, o Stein e Ávila²²⁶ ponderam que:

Seja na apresentação de fotos ou no reconhecimento pessoal, se o policial que está apresentando as fotos ou as pessoas para a testemunha sabe qual é o suspeito, ele pode vir a demonstrar isso verbal ou não-verbalmente, mesmo na forma não intencional, através de comentários, expressões faciais, etc., influenciando a decisão da testemunha. Portanto, um cuidado fundamental a ser adotado para eliminar esse tipo de viés é o *double-blindness*, em que nem o policial nem a testemunha sabem quem é o suspeito. (2015, p. 29).

Cardozo²²⁷ propõe um outro método associável ao “duplo-cego” - o “*sistema de pastas*” (*folder system*), que é bem simples, de baixo custo e que pode ser feito até por um policial envolvido no caso, quando não houver outra opção. Segundo o sistema, usa-se a foto de um suspeito, cinco distratores e dez pastas; o policial guarda cada foto dentro de uma pasta (deixando quatro pastas vazias) e embaralha as pastas antes de entregá-las às testemunhas. O policial se posiciona de tal forma que não consegue ver dentro das pastas quando a testemunha as abre, de maneira que não tem como saber qual membro do a testemunha está vendo. O policial também deve avisar a testemunha que não sabe em qual pasta está o suspeito. As quatro pastas extras não terão quaisquer fotos e servirão para que a testemunha não saiba qual pasta tem a última foto.

4.4. Valoração da prova: critérios de credibilidade e confiabilidade

O último momento da valoração da prova equivale à eleição das hipóteses conflitantes no processo, ocasião em que, no processo criminal, julga-se o suporte empírico aportado à tese acusatória, avaliando-se o grau de suficiência de confirmação orientado pelos *standards* de prova. Conforme abordado anteriormente, os *standards* nos crimes sexuais fixam-se no sentido de aceitar a palavra da vítima como prova unitária nos crimes sexuais, desde que dotada de coerência.

²²⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustav o Noronha de et. al. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web_1.pdf> Acesso em: 05 jan 2020.

²²⁷ CARDOZO, BENJAMIN N. Ibidem.

Nesse momento, propomos a avaliação das declarações da vítima sob a perspectiva da credibilidade e da confiabilidade. Lara Fernandes Teles²²⁸ propõe oito parâmetros avaliativos da prova testemunhal, dois dos quais serão utilizados no presente estudo, com o objetivo de oferecer critérios de avaliação da fiabilidade – a credibilidade e a confiabilidade da prova testemunhal.

A autora concebe a credibilidade como um parâmetro subjetivo no sentido de se voltar ao sujeito que presta o depoimento e à existência ou não de interesse pessoal e oculto na causa²²⁹. De fato, considerando-se que a vítima não presta compromisso com a verdade, deve-se ter cautela e tecer uma análise racional intersubjetiva.

Assim, sobre a análise da credibilidade da prova testemunhal, Michelle Taruffo²³⁰ esclarece que:

Há, em consequência, ótimas razões para sustentar que a valoração vinculada à credibilidade de uma testemunha não seja demonstrável no sentido rigoroso do termo. Contudo, não parece impossível deduzir que se pode valorar a credibilidade de uma testemunha, mediante uma operação inspirada nos critérios de controle racional ou em justificações racionais elaboradas pelo próprio juiz. Ainda que se trate de uma atividade difícil e complexa, a apreciação da credibilidade de uma testemunha se pode desenvolver conforme critérios de controle e, portanto, de justificação racional. A dificuldade provém da individualização e o emprego correto destes critérios, mas isto não implica que a valoração da credibilidade da prova não se configure como uma atividade racional e, por isto, controlável. Caso contrário, a valoração do juiz ficaria vinculada a atitudes meramente subjetivas, quer dizer, aos seus preconceitos e a sua idiosincrasia.

Assim, não só é possível, como recomendável se adotar uma racionalidade na avaliação de crédito da pessoa da vítima ou testemunha. A natureza subjetiva da análise refere-se à vítima, não consistindo na ideia de que o julgador possa adotar um subjetivismo decisional. Até porque, no que tange especificamente aos crimes contra a dignidade sexual, os julgadores têm a tendência de se deixar guiar pelas convicções morais próprias. Nesse sentido, Gabriela Perissinoto de Almeida e Sérgio Nojiri alertam que os julgadores devem afastar-se da utilização de esterótipos como, por exemplo, o da “mulher honesta”, pois isso pode conduzir a uma decisão enviesada e desatrelada dos elementos empíricos do caso concreto²³¹.

²²⁸ FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal** (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2019, p. 176

²²⁹ Ibidem, p. 177

²³⁰ TARUFFO, Michele. Anexos: Función de la prueba: la función demostrativa. In: **Proceso y decisión: Lecciones mexicanas de Derecho Procesal**. Madrid: Marcial Pons, 2012. p. 247.

²³¹ ALMEIDA, Gabriela Perissinotto de. NOJIRI, Sérgio. Como os juízes decidem os casos de estupro? Analisando sentenças sob a perspectiva de vieses e estereótipos de gênero. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, n° 2, 2018 p.849.

Nesse sentido, são critérios de ponderação, segundo Antônio Scarance Fernandes, os antecedentes e a formação moral da vítima. Não obstante, Lara Teles²³² adverte que, “[q]uanto à formação moral, defende-se que deve haver o seu cotejo a depender do que se entende por esse conceito. Não se pode cair na armadilha de se delegar ao julgador a medição do grau de moralidade dos seres humanos a partir de sua suposta neutralidade, já que não ele é um super-humano, detentor do padrão de moralidade correto em sua psique, nem mesmo é capacitado para classificar as pessoas a partir de uma bagagem ética”. Da mesma forma, devem ser evitados julgamentos abusivos sobre o perfil, atitude, moralidade e aspectos particulares dos envolvidos no processo²³³.

Nesse sentido, é possível ter em mente os seguintes questionamentos: “como se define a capacidade expressiva verbal, capacidade cognitiva, qualidade das recordações e avaliação de conhecimentos prévios ao delito?”; “existe algum indício de que a testemunha possui alguma deficiência intelectual que poderia ser relevante em relação ao evento em questão?”; “há indícios de problemas emocionais ou comportamentais que poderiam distorcer a sua declaração?”; “qual o grau de envolvimento da testemunha com os fatos denunciados?”; “existe algum antecedente de consumo de drogas ou outra situação que poderia alterar seu estado mental?”²³⁴.

Em crianças, a credibilidade também diz respeito a fatores sobre o seu desenvolvimento cognitivo, nos termos do que foi exposto no tópico 4.1, envolvendo capacidades perceptivas, de descrição lógica e sequencial de eventos e de segregação entre fantasia e realidade.

Outro fator importante que integra a credibilidade é a possibilidade de interesse da vítima ou da testemunha de acusação (a mãe, por exemplo) na causa, seja qual for a origem desse envolvimento, que pode advir de proveitos relacionados ao próprio processo, à outra ação penal ou, até mesmo, a causas cíveis, como disputas de família, patrimoniais ou trabalhistas. No caso de acusações feitas por um cônjuge em face de outro, impende considerar a possibilidade de interesses pessoais e desviados por trás do depoimento, como, por exemplo, o desejo de guarda exclusiva dos filhos, eventual proveito em partilha de bens

²³² FERNANDES, Lara Teles. *Ibidem*, p. 178

²³³ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.776.

²³⁴ MASSENA, Caio Badaró. A Prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. v.27 n.156, p 55.

comuns, a presença de ressentimento ou vingança, refletidos em práticas de alienação parental.

Além disso, a análise da credibilidade deve englobar suas intenções explícitas e voluntárias, abrangendo o fator má-fé. Nesse aspecto, eventuais antecedentes criminais, dependendo da natureza do crime, podem ser relevantes, como uma possível condenação de falso testemunho.

Por outro lado, a confiabilidade apresentada por Lara Teles consiste num critério objetivo no sentido de dar enfoque à higidez do relato; resume-se ao aspecto da coerência, que pode ser examinada pelas perspectivas de consistência, plausibilidade e completude. A coerência-consistência “*se refere à ausência de contradições internas das informações prestadas pela testemunha, no mesmo depoimento ou em momentos sucessivos ao longo do processo*”²³⁵, especialmente sobre assuntos fundamentais.

A coerência-plausibilidade, por outro lado, verifica a correspondência da narrativa da vítima com o conhecimento de mundo geral do julgador ou com as máximas da experiência, medindo critérios de viabilidade dos fatos. Assim sendo, para aferir a plausibilidade, é importante comparar os detalhes retratados com as condições de observação da testemunha ou vítima, como luz, alterações de luz e cores, a velocidade, a distância entre o sujeito observador e a cena do crime, o tempo de exposição ao fato e sua duração, etc.

Por fim, a coerência-completude exige a presença, na narrativa da testemunha, de elementos essenciais ao roteiro da história, quais sejam, motivos, objetivos, ações e consequências dos personagens envolvidos, de maneira a deter uma coesão global. Esse critério não significa que a vítima deva fornecer todos os dados, mesmo porque não se exige dela uma explicação integral da dinâmica do crime; trata-se de uma observação quanto àquilo que ela expressa como informação.

O que se pretende com esse parâmetro, na verdade, é impedir que versões sem uma sustentação narrativa mínima prosperem como aptas a contribuir para a saturação do *standard*. Assim, os critérios de credibilidade e confiabilidade das declarações da vítima podem ser auxiliares no juízo valorativo, oferecendo indicadores de aferição da coerência interna.

²³⁵ FERNANDES, Lara Teles. *Ibidem*, p. 186

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise dos crimes contra a dignidade sexual permite ponderar que não são tipos penais de fácil comprovação, por dois motivos principais – em sua maioria, não deixam vestígios constatáveis mediante exame pericial e são praticados às ocultas, fora do alcance de testemunhas. Nesse contexto, é comum na Justiça casos envolvendo esse tipo de crime serem solucionados com base nas declarações da ofendida, uma vez que é frequente esta ser a única presente no momento da agressão sexual.

Por esta razão, a jurisprudência fixa particularidades dos *standards* de prova aos crimes sexuais, concedendo às declarações da ofendida relevante valor como meio de prova na investigação, desde que coerente e harmonizada com outros elementos. Assim, cabe ao Magistrado avaliar o peso probatório frente às outras provas colhidas para a solução do litígio.

Ocorre que a Justiça se mostra muitas vezes despreparada para lidar com problemáticas envolvendo a preservação da memória da testemunha, tendo consequências de aplicação mecânica das declarações da ofendida como prova absoluta da tese acusatória. Nesse aspecto, o estudo dos *standards* de prova propõem uma valoração mais assertiva da prova criminal, racionalizando o processo avaliativo e estabelecendo critérios mínimos de confirmação da hipótese acusatória.

Sob esse viés, a conscientização das limitações e dos possíveis erros de memória é essencial a um maior debruçamento sobre tal prova. O estudo interdisciplinar com a Psicologia Cognitiva permitiu identificar algumas problemáticas inerentes ao registro, armazenamento e recuperação de memória humana. Em primeiro lugar, constatou-se que as espécies de memória – semântica e episódica – atuam com interdependência, de forma que, ao se reportar a um evento armazenado pela memória episódica durante um testemunho, involuntariamente traços semânticos absorvidos ao longo da existência são conjuntamente evocados.

Em segundo lugar, foram apresentados alguns contextos que podem acarretar a imprecisão do relato prestado pela vítima. Inicialmente, algumas falhas perceptivas são decisivas e influenciam na apreensão das sensações ambientais, tais como a qualidade sonora e de iluminação; da mesma maneira, fatores como tempo de exposição ao evento, familiaridade, frequência e aspectos emocionais individuais também são relevantes.

Ponderou-se, ademais, que a maior parte de vítimas de agressões sexuais lamentavelmente produzem memórias traumáticas sobre o fato vivenciado, sendo que tais lembranças guardam peculiaridades de, por um lado, enrijecer os elementos centrais relacionados à violência percebida e, por outro, não serem precisas quanto a detalhes periféricos do evento, além de muitas vezes acarretarem exposições confusas e desconexas.

As falsas memórias correspondem, sem dúvida, à maior problemática incidente sobre o relato da vítima. Tratam-se de infiltrações externas na memória original do evento, seja em preenchimento a uma lacuna pela própria mente, seja por intervenção sugestionável. Tais informações estranhas podem penetrar de várias formas, dentre elas, por via de alienação parental praticada pelo genitor à criança, contra o outro, induzindo-a a imputar ao pai a falsa acusação de violência sexual. Nesse caso, a criança verdadeiramente se convence da agressão, seja pela autoridade exercida pela mãe, seja pela sua natural falta de capacidade de diferenciar fantasia de realidade.

O reconhecimento equivocado do suspeito também é uma questão recorrente em falsas condenações por crimes sexuais, sendo a maior causa. Ele pode ser induzido de acordo com o método utilizado, como o formato *show-up*, em que se apresenta à vítima apenas um único suspeito, presencialmente ou por fotos, para que ela identifique se foi o autor do crime.

Por fim, acrescenta-se que crimes sexuais muitas vezes são objeto de grande interesse social, acarretando uma cobertura midiática que pode ser decisiva e exercer influência perniciosa na condução do processo, seja por pressionar a justiça e provocar um maior punitivismo estatal, seja por instigar um sensacionalismo que potencialize na mente da vítima a agressão percebida.

Adiante, detectadas as problemáticas subjacentes a tal espécie probatória, propusemos inicialmente que, quanto ao testemunho infantil, sejam avaliadas previamente as capacidades de testemunhar, mediante aplicação do teste Capalist de avaliação, elaborado por Manzanero. Não obstante seja direcionada a crianças, nada impede que tal proposta venha a ser estendida e adaptada a pessoas adultas, de maneira a se apurar previamente à colheita das declarações o seu nível de capacidade cognitiva.

Ademais, sugerimos a adoção de procedimentos que visam minimizar a indução de falsas memórias e otimizar a colheita do depoimento da vítima. Quanto ao reconhecimento, o procedimento *double-blind sequential lineup*, termo traduzível como “linha de reconhecimento sequencial duplo-cega”, designa uma série de regras representativas das boas

práticas na condução de reconhecimentos fotográficos e pessoais, com destaque ao *lineup* simultâneo e à ausência de conhecimento sobre quem é o suspeito por parte do administrador da produção da prova. Por outro lado, no que tange à colheita do relato da vítima, a entrevista cognitiva apresenta maior efetividade em favorecer a recordação detalhada e fidedigna dos fatos.

Por fim, propusemos critérios racionais para a valoração do testemunho do ofendido por parte do magistrado, quais sejam, a credibilidade e a confiabilidade da prova testemunhal. A análise da credibilidade da vítima tem propriedade subjetiva e se dirige às qualidades intrínsecas ao sujeito depoente, como idade, profissão, histórico de declarações falsas em juízo e também o seu nível de interesse na causa, seja por ações penais com alguma correlação ao fato em análise, seja por causas cíveis, envoltas por conflitos familiares, patrimoniais ou trabalhistas, além da necessária análise da possibilidade de enviesamento inconsciente do depoente, ou ainda má-fé, exercida por mentiras intencionais e deliberadas.

O parâmetro valorativo da confiabilidade da versão narrada por vítimas possui cunho objetivo e caracteriza-se pelos seguintes elementos: coerência-consistência, relativa à ausência de contradições internas graves; coerência-plausibilidade, referente à correspondência da narrativa com as máximas da experiência e conhecimento de mundo do julgador; coerência-completude, que diz respeito à necessidade de a narração da testemunha possuir um início, um meio e um fim concatenados e coesos; e a compatibilidade com os autos, que se relaciona à inexistência de contradições relevantes com outros elementos probatórios.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos**. Disponível em: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/200535.pdf>>. Acesso em: 19 nov. 2019.

ACOSTA, Leonardo Machado; GASPAROTO, Carlos Henrique. Discriminação no tratamento jurídico recebido pelas mulheres nos códigos penais do século XIX. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca**, v. 10, n. 2, 2016.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARDAILLON, Danielle; DEBERT, Guita. **Quando a vítima é mulher**. Brasília: Conselho Nacional dos Direitos da Mulher, 1987.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a Prova Testemunhal em Xequê**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

_____. Política não-criminal e Processo Penal: A intersecção a partir das Falsas Memórias da Testemunha e seu possível impacto carcerário. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, v. 2, n. 1, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Direito ao julgamento por juiz imparcial: como assegurar a imparcialidade objetiva do juiz nos sistemas em que não há a função do juiz de garantias. In: **Processo Penal, Constituição e Crítica: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

_____. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

_____. **Editorial dossiê “Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos”**. Rev. Bras. de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, jan-abr, 2018

_____. **Ônus da Prova no Processo Penal**. Ed: Revista dos Tribunais, São Paulo. 2013.

BADDELEY, Alan. O que é a memória? In: BADDELEY, Alan et al. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011b.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Sentença Penal**. 2ª. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2005

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **La valoración racional de la prueba**. Madrid: Marcial Pons, 2007

BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY. **Guidelines on Memory and The Law: recommendations from the scientific study of human memory**. Leicester, UK, 2008.

CAPANO, Evandro Fabiani. **Dignidade sexual**: comentários aos novos crimes do Título VI do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009. – São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2009.

CASTRO, Francisco José Viveiros de. **Os Delictos contra a honra da mulher**. 2. ed. Rio de Janeiro: Livraria Editora Freitas Bastos, Freitas Bastos & CIA, 1932.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 9ª edição. São Paulo: Malheiro, 1993.

CLARK, Steven E. GODFREY, Ryan D. Eyewitness identification evidence and innocence risk. **Psychonomic Bulletin & Review**, v. 16, n. 1, p. 22-42, 2009.

CONTRERAS, María José; SILVA, Eva A.; MANZANERO, Antonio L. **CAPALIST. Valoración de capacidades para testificar**. Dykinson, 2018.

COSTA, Sirlei Martins da. Violência sexual e falsas memórias na alienação parental. **Revista Brasileira de Direito das famílias e sucessões**. PORTO ALEGRE. v.13 n.26.

COULOURIS, Daniella Georges. A construção da verdade nos casos de estupro. **Anais do XVII Encontro Regional de História ANPUH/SP**, 2004.

DAMÁSIO, Antonio R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Dora V. e Georgina S. São Paulo: Cia. Das Letras, 2006.

DAVIS, Deborah; LOFTUS, Elizabeth F. Internal and external sources of misinformation in adult witness memory. In: **The Handbook of Eyewitness Psychology: Volume I**. Psychology Press, 2017.

DE MARCH, Kety Carla. Corpos subjugados: estupro como problemática histórica. **Oficina do Historiador**, v. 10, n. 1.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FERNANDES, Antonio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Estupro: Enfoque Vitimológico**. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/23376>>. Acesso: 19/02/2019.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal – Parte Especial vol.II**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GASCON, M. **Los hechos en derecho: bases argumentales de la prueba**. 3ª. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010.

GERHARD, Walter. **Libre apreciación de la prueba**. Investigación acerca del significado, las condiciones y límites del libre convencimiento judicial. Bogotá: Temis, 1985.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Prova e Sucedâneo de Prova no Processo Penal Brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 65, p. 175-205, mar-abr 2007.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, Notas sobre a terminologia da prova, in YARSHELL, Flávio Luiz; MORAES, Maurício Zanoide (Orgs.). **Estudos em homenagem à Professora Ada Pelegrine Grinover**. São Paulo, DPJ, 2005.

GOMES, Albino. **Neurobiologia do trauma em vítimas de violência interpessoal**. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Albino_Gomes/publication/333114952. Acesso em 15 jan 2020.

GUERRA, Marcelo Lima. **Prova Judicial: Uma Introdução**. Boulesis Editora, 2015.

GUSMÃO, Chrysolito de. **Dos crimes sexuais: estupro, atentado violento ao pudor, sedução e corrupção de menores**. 4ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Freitas Bastos, 1954.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**, vol. VIII. 3ª ed – Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense, 1954.

IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia RM; CAMMAROTA, Martín. A arte de esquecer. **Estudos avançados**, v. 20, n. 58, p. 289-296, 2006.

JÚNIOR, Carlos Martins. Sob o signo de Otelo: Francisco Jose Viveiros de Castro e as "contradições" na jurisprudência sobre crimes passionais. **Revista de História**, n. 135, p. 61-78, 1996.

JÚNIOR, José Paulo Baltazar; PAULO, José. Standards probatórios no processo penal. **Revista AJUFERGS**. Porto Alegre, n. 4, 2007.

KHALED JR., Salah H. O caráter alucinatório da evidência e o sentido da atividade probatória: rompendo com a herança inquisitória e a filosofia da consciência. In: PEREIRA, Flávio Cardoso (org). **Verdade e prova no processo penal. Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

KNIJNIK, Danilo. **Os standards do convencimento judicial: paradigmas para o seu possível controle**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: <<http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo37.htm>> Acesso em: 08 jan 2020.

LAMPINEM, James Michael; NEUSHATZ, Jeffrey S.; CLING, Andrew D. **The Psychology of Eyewitness Identification: Essays in Cognitive Psychology**. Nova Iorque. Psychology Press, 2012.

LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. **Learning & Memory**, v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005. Disponível em: <<http://learnmem.cshlp.org/content/12/4/361.abstract>>. Acesso em: 20 out 2019, p. 365.

LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In: SHAFIR, Eldar (Ed.). The Behavioral Foundations of Public Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2013, pp. 145 e 146.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MALATESTA, Nicola Framarino de. **A lógica das provas criminais**. Tradução de J. Alves de Sá. São Paulo: Livraria Teixeira, 1892.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Millennium, 2000.

MARTINS, Carlos. Saber Jurídico, Criminalidade e Controle da Sexualidade na “República dos Bacharéis”. **V Congresso Internacional de História**, 2011, ISSN 2175-6627 (CD-ROM), ISSN 2175-4446 (ON-LINE). Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/42.pdf>. Acesso em: 18 set 2019.

MARTINS, Carlos. Saber Jurídico, Criminalidade e Controle da Sexualidade na “República dos Bacharéis”. **V Congresso Internacional de História**, 2011, ISSN 2175-6627 (CD-ROM), ISSN 2175-4446 (ON-LINE). Disponível em: <http://www.cih.uem.br/anais/2011/trabalhos/42.pdf>. Acesso em: 18 set 2019.

MASSENA, Caio Badaró. A Prova testemunhal no processo penal brasileiro: uma análise a partir da epistemologia e da psicologia do testemunho. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo. v.27 n.156.

MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Traducción de José Manuel Revuelta. Madrid: Editorial Trotta, 2010.

MELNYK, L., CROSSMAN, A. M., & SCULLIN, M. H. (2007). The suggestibility of children’s memory. In M. P. Togli, J. D. Read, D. F. Ross, & R. C. L. Lindsay (Eds.), **The handbook of eyewitness psychology: Memory for events** (pp. 401-427). Mahwah, NJ: Erlbaum.

MESHULAM-WEREBE, Daniela; ANDRADE, Mariana Gonzalez de Oliveira; DELOUYA, Daniel. Transtorno de estresse pós-traumático: o enfoque psicanalítico. **Rev. Bras. Psiquiatr.**, São Paulo, v. 25, supl. 1, p. 37-40, June 2003.

MIRA, Emili; LÓPEZ, E. **Manual de psicología jurídica**. 6ª ed. Buenos Aires: El Ateneo, 1980.

MIRABETE, Julio Fabbrini,. **Processo penal**. 15 ed. rev. e atual. até julho de 2003. São Paulo: Atlas, 2003.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Código Penal Brasileiro Comentado: crimes contra o sentimento religiosa e contra o resto aos mortos, crimes contra os costumes**. São Paulo: Saraiva, 1954.

PINTO, Luciano Rocha. Moral e religião no código criminal imperial ou uma apologia da soberania em tempos de ilustração. **Anais do XXVI Simpósio Nacional de História – ANPUH**. São Paulo, p. 1-16, julho de 2011, disponível em: [http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligiaon oCodigoCriminalImperial\(anpuh2011\).pdf](http://www.snh2011.anpuh.org/resources/anais/14/1300671926_ARQUIVO_MoraleReligiaon oCodigoCriminalImperial(anpuh2011).pdf). Acesso em 23 set 2019.

POPPER, Karl. Verdade e Aproximação da Verdade. In. MILLER, David (org). **Textos Escolhidos Popper**. Rio de Janeiro: Editora Puc Rio, 2016.

QUEZADO, Paulo.; SANTIAGO, Alex. **Crimes sexuais: comentários à lei nº 12.015/09 sobre os crimes contra a dignidade sexual**. Fortaleza, CE: Grafica e Editora Fortaleza Ltda, 2010, pág. 93.

RAMOS, Vitor de Paula. **Prova testemunhal: do Subjetivismo ao Objetivismo**. Do Isolamento Científico ao Diálogo com a Psicologia e a Epistemologia. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2018.

SANTOS, Mário Rui Ferreira de Sousa. **A prova por reconhecimento pessoal: análise crítica multidisciplinar**. 2015. Tese de Doutorado. Universidade do Minho.

SILVA, Germano Marques da. Registro da prova em processo penal. Tribunal colectivo e recursos. In: **Estudos em Homenagem a Cunha Rodrigues**. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (Org.). Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2016.

STEIN, Lilian Milnitsky. ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2019.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia cognitiva**. 5ª ed. Piccin, 2000.

TARUFFO, Michele. **Conocimiento científico y critérios de la prueba judicial**. Proceso, Prueba y Estandár. Ed: ARA Editores, 2009.

_____. **Uma simples verdade**. O juiz e a construção dos fatos. Tradução Vitor de Paula Ramos, São Paulo: Marcial Pons, 2012, p. 223.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito**. 6. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2012.

URE, Ernesto J. **Los delitos de violacion y estupro**. Buenos Aires: Ideas, 1952, p. 20.

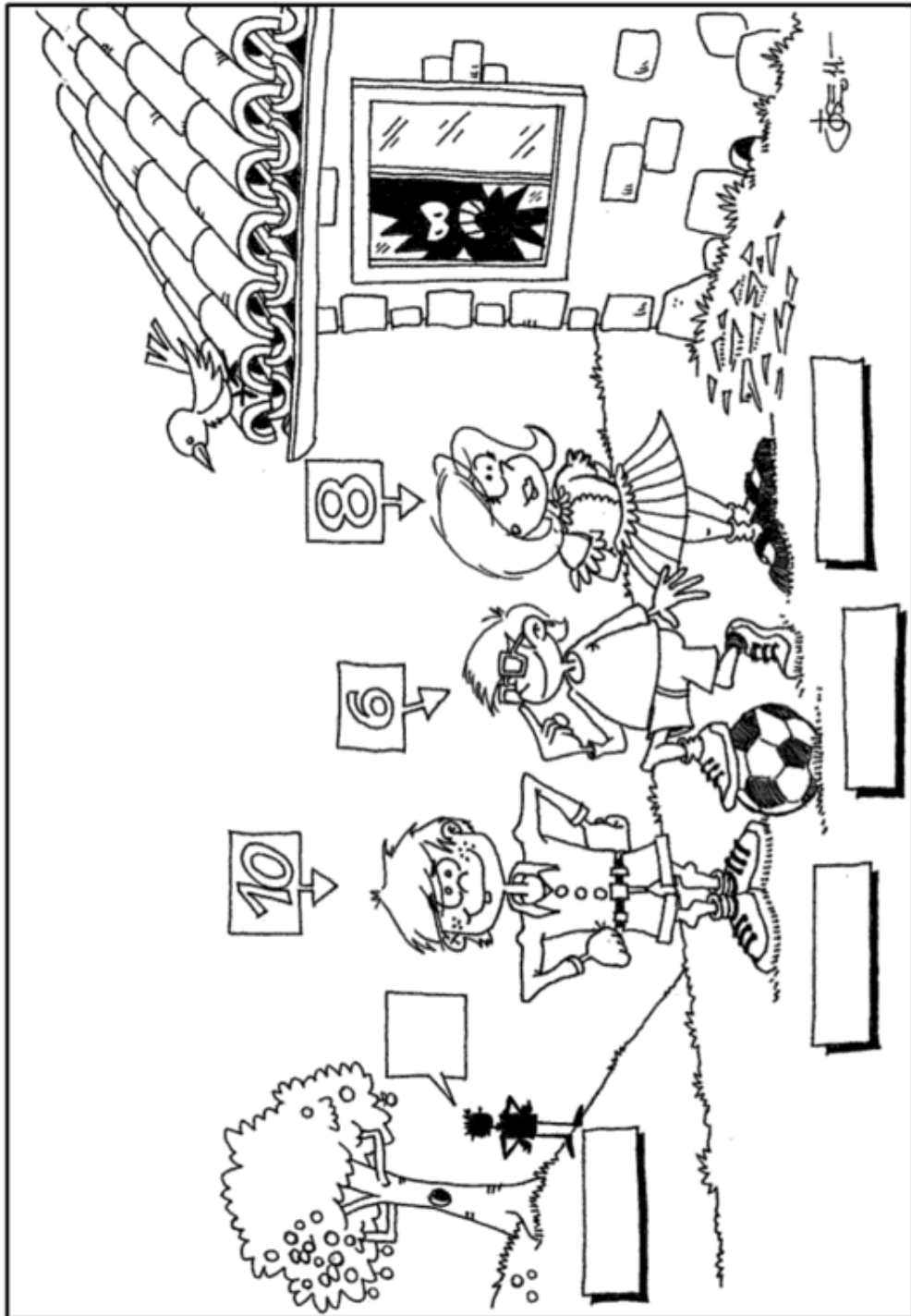
VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais as implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 8, nº 2, 2018.

VIGARELLO, Georges. **História do Estupro**: violência sexual nos séculos XVI-XX. Tradução Lucy Magalhães – Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed., 1998. p. 7.

WEST, Emily. METERKO, Vanessa. Innocence project: DNA exonerations, 1989-2014: review of data and findings from the first 25 years. **Alb. L. Rev.**, v. 79, 2015, pp. 735 e 736.

ANEXO A - CAPALIST – VALORAÇÃO DE CAPACIDADES DE TESTEMUNHAR

1) Desenho exibido:



2) Perguntas do teste:

APRESENTAÇÃO INICIAL	
“Oi, eu me chamo Hoje nós viemos para desenhar e coloria com você este desenho. Você gosta?”	
MEMÓRIA 1	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“Pode me dizer seu nome completo?”	
“Quantos anos tem?”	
“Como se chama seu pai/mãe?”	
“Você tem irmãos? Como se chamam?”	
“Como se chama seu professor?”	
“Como você vai todos os dias ao colégio?”	
“Da última vez que brigaram com você, o que você estava fazendo?”	
ORIENTAÇÃO ESPACIAL E TEMPORAL	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“Onde estamos agora?”	
“Onde é o banheiro mais próximo daqui?”	
“Onde está sua casa?”	
“Está de manhã, de tarde ou de noite agora?”	
“Pode me dizer que dia é hoje?”	
“E que dia da semana é?”	
“Você já tomou café da manhã ou merendou?”	
“Você sabe em que estação do ano nós estamos?”	
“E qual o ano?”	
“Ei,” (chamá-lo por outro nome) – AVALIAÇÃO MORAL	
DESCRIÇÕES	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“Como é sua professora?” (mínimo dois elementos)	
“Agora, fecha os olhos e me diz como eu sou” (mínimo dois elementos)	
“Pode me dizer como está vestida a menina do desenho?”	
“Diga-me que são os meninos e as meninas no desenho” (coloca-se nomes nos personagens).	
“Quem é o mais alto?”	
“E o mais baixo?”	
Pintando o desenho: “Que cor é esta? E esta outra?” Mínimo de cinco	

cores.	
“Que coisas vê nesse desenho?” Mínimo de cinco elementos	
“Então, sua professora se chama” (introduzir erro) - AVALIAÇÃO MORAL	
“E o menino, pode me dizer como está vestido?”	
“Agora, vou apontar algumas partes do corpo das crianças e você me diz como se chama, pode ser?”	
“Onde estão os meninos do desenho?”	
“E no desenho, como me descreve como é a casa?”	
“Eu estou vendo um cachorro... Você sabe onde ele está?” Esperar que ele procure no desenho. Se ele finalmente não confirma, apontar que se equivocou. - AVALIAÇÃO MORAL	
“O que é que está em cima da árvore?”	
“Que coisas existem na sua sala de aula?”	
“Que coisas existem na sua casa?”	
“Como é o ginásio do seu colégio?”	
“Como é o supermercado onde seu pai ou sua mãe faz compras?”	
“Como é o parque onde você brinca?”	
“O que você está carregando na mochila?”	
“Como é o banheiro que fica próximo à sua sala de aula?”	
“Como é a cozinha?”	
NÚMERO (QUANTIDADE E ORDEM)	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“Quantas maçãs há no desenho?”	
“Há muitas ou poucas maçãs?”	
“Onde há mais maçãs?”	
“Quantas vezes você come maçã por dia?”	
“Pinte agora a maçã com a cor roxa” (entregar outra cor e esperar que ele lhe corrija” - AVALIAÇÃO MORAL	
“Quantos meninos há no desenho?”	
“Qual dos meninos do desenho é maior?”	
“Qual dos meninos do desenho é menor?”	
“O que você faz primeiro, comer ou lavar os dentes?”	
“Que roupa você coloca primeiro quando se veste?”	
“Para beber água, o que você tem que fazer?”	
“Se eu tivesse que lavar os dentes, o que teria que fazer?”	

“Quais coisas você faz antes de ir para cama dormir?”	
RACIOCÍNIO E ORIENTAÇÃO	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“No desenho, é dia ou noite?”	
“O pássaro está em cima ou embaixo da casa?”	
“E os meninos? Estão dentro ou fora da casa?”	
“A bola está em cima ou embaixo do pé?”	
“Que menino está mais longe da árvore?”	
“Que menino está mais perto da árvore?”	
MEMÓRIA 2 (põe-se o desenho virado para baixo e lhe pede que explique o que havia na cena em geral)	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“Qual foi a última canção que você aprendeu?” Incentivar o livre relato	
“O que você fez ontem na escola?”	
“Onde estava o pássaro?”	
“Quantas meninas havia?”	
“Lembra-se como se chamavam os meninos?”	
“O que tinha na árvore?”	
“De que estavam brincando as crianças?”	
“Quem possuía a bola?”	
“E o cachorro? Onde estava?” - AVALIAÇÃO MORAL	
IDENTIFICAÇÃO DE ESTADOS SUBJETIVOS	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“O que você acha que acontecia no desenho?” Aponta o homem assustado.	
Perguntar pelas diferentes emoções dos personagens.	
“Você lembra da última vez que você se machucou? O que aconteceu? Como estava?”	
“Como acredita que sua mãe e seu pai se sentiram?”	
“Lembra a última vez que um amigo recebeu um castigo em sala de aula?”	
“Como você acha que seu amigo se sentiu?”	
“Como acha que sua professora se sentiu?”	
CAPACIDADE MORAL (Contar a seguinte história: os três meninos estão brincando de bola e o maior dos três dá	

uma bola muito forte... Tão forte que atinge uma janela e a quebra. O senhor sai da casa um pouco zangado).	
PERGUNTAS	DESTREZA (0 ou 1)
“Quem você acha que de deve levar a bronca do senhor?”	
“Por que você acha que ele deve levar uma bronca?”	