



UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

LUIZ RARYSSON MARIANO LIMA

**A INFLUÊNCIA DA MEMÓRIA NA REALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO
PESSOAL E NA TOMADA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA NOS CRIMES DE
ESTUPRO**

FORTALEZA

2021

LUIZ RARYSSON MARIANO LIMA

A INFLUÊNCIA DA MEMÓRIA NA REALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO PESSOAL
E NA TOMADA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof.^a. Dr.^a Gretha Leite Maia.

FORTALEZA

2021

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação
Universidade Federal do Ceará
Biblioteca Universitária
Gerada automaticamente pelo módulo Catalog, mediante os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

L698i Lima, Luiz Rarysson Mariano.
A influência da memória na realização do reconhecimento pessoal e na tomada do depoimento da vítima nos crimes de estupro / Luiz Rarysson Mariano Lima. – 2021.
66 f.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) – Universidade Federal do Ceará, Faculdade de Direito, Curso de Direito, Fortaleza, 2021.
Orientação: Profa. Dra. Gretha Leite Maia.

1. falsas memórias. 2. reconhecimento pessoal. 3. declarações do ofendido. 4. erro judicial. 5. entrevista cognitiva. I. Título.

CDD 340

LUIZ RARYSSON MARIANO LIMA

A INFLUÊNCIA DA MEMÓRIA NA REALIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO PESSOAL
E NA TOMADA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA NOS CRIMES DE ESTUPRO

Monografia apresentada ao Programa de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito. Área de concentração: Direito Processual Penal.

Orientador: Prof.^a. Dr.^a Gretha Leite Maia.

Aprovada em: ___/___/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a Dr.^a Gretha Leite Maia (Orientadora)
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Prof. Dr. Raul Carneiro Nepomuceno
Universidade Federal do Ceará (UFC)

Geórgia Oliveira Araújo
Mestranda em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC)

Aos meus pais, Auricélio e Rosiane, pelo incentivo incondicional.

AGRADECIMENTOS

Ao meus pais, Auricélio Lima e Rosiane Rodrigues que sempre propiciaram todas as condições para o meu desenvolvimento, ingresso e permanência na graduação, incentivando-me em todos os momentos e sendo responsáveis pelas boas e melhores ocasiões da minha existência, estando presentes nas mais importantes memórias da minha vida. Sem eles e Deus desconheço como poderia viver e perseguir meus objetivos.

A minha avó, Maria Teixeira, pessoa responsável por ensinar-me muitos valores através de suas histórias advindas da sua experiência, preocupando-se constantemente com meu bem-estar.

As minhas tias, Maria Alcineide e Maria Alcinete que constantemente apoiaram-me e estimularam-me a lutar e a não desistir, por maiores que fossem as dificuldades, os obstáculos, motivando-me a seguir em frente. A todos os familiares e amigos que me ajudaram e incentivaram, em especial, a Maria Lucimar, Carlos Henrique e Milene Peixoto, pessoas fundamentais, pois na distância da família eram eles meu alento, refúgio, estando comigo em uma das fases mais difíceis da minha trajetória.

A minha orientadora, Professora Gretha Leite Maia, por ter-me apresentado a pesquisa no segundo ano da graduação no Grupo de Pesquisa Democracia e Direito (GPDD), ao qual participei por dois anos, culminado na publicação de uma obra coletiva sobre Direito e Literatura no ano de 2020. Ainda agradeço pelo encorajamento, pela compreensão e pelas palavras de confiança que foram determinantes para a escrita desse trabalho, pois possibilitaram acreditar que produzir esse trabalho era algo possível.

Ao professor Gustavo Raposo que me ajudou na definição do tema na disciplina de Pesquisa Jurídica e a Professora Márcia Chagas pela experiência na monitoria de iniciação à docência na disciplina de História e Estudo do Direito.

Ao professor Raul Nepomuceno e a mestrande Geórgia que participaram da banca examinadora e realizaram interessantes observações e instigantes questionamentos em relação ao objeto de pesquisa.

A Defensoria Pública Federal ao qual tive a satisfação de ser estagiário e onde aprendi a ter uma visão reflexiva e humanística do direito.

Ao Ministério Público Estadual, instituição a qual passei o maior período de estágio e onde despertei o interesse pelo direito material e processual penal e pelo estudo da jurisprudência. A minha gratidão a Dra. Isabel Pôrto e aos servidores, Evandro, Germano e Michele que me ensinaram a maior parte do que compreendo em relação a prática jurídica.

“A memória, como a liberdade, é algo frágil.”

Elisabete Loftus

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar como a falibilidade da memória pode interferir na obtenção dos meios de prova: reconhecimento pessoal e declarações do ofendido, e como decisões judiciais, baseadas exclusivamente, nessas provas podem estar sujeitas a equívocos, havendo casos de condenação de inocentes. Estima-se que a maior parte dos erros judiciais em processos criminais operou-se devido a um falso reconhecimento feito pela vítima, sendo essa causa expressiva nos processos que apuram delitos sexuais, como o estupro, em razão da supervalorização que é concedida a palavra da vítima nesses crimes e devido a impossibilidade ou inexistência de produção de outras provas, como a pericial. Nessa perspectiva, o objetivo é examinar como estão sendo produzidos esses meios de prova e como estão sendo motivadas e valoradas as condenações por estupro, buscando averiguar a existência de falsas memórias e as técnicas que podem ser empregadas para evitar sua ocorrência. Depreendeu-se que com o uso do método da entrevista cognitiva pode-se evitar a ocorrência de falsos reconhecimentos e a fabricação de falsas lembranças na colheita das declarações da vítima, pois o modo de realização dos procedimentos probatórios é determinante para sua qualidade e fidedignidade. Compreendeu-se que a adequada valoração da prova pelo julgador pode ser determinante no resultado do processo, pois o equívoco está em considerar uma hipótese acusatória confirmada, quando os meios de prova foram produzidos com inobservância das determinações legais. Isso foi constatado por meio de estudos de casos, que foram explicados a partir da pesquisa bibliográfica, com via propositiva.

Palavras-chave: falsas memórias. reconhecimento pessoal. declarações do ofendido. erro judicial. entrevista cognitiva.

ABSTRACT

The present work aims to analyze how the fallibility of the memory may interfere with the means of obtaining evidence, such as eyewitness identification and victim statement; and how judicial decisions exclusively based on these pieces of evidence may be subject to errors, which occasionally leads to the conviction of innocent people. It is estimated that most of miscarriages of justice in criminal cases are resulted from a victim's false identification of an innocent suspect. This is a frequent cause of wrongful convictions in judicial proceedings involving sex crimes, for instance rape cases, due to the overvaluation of victim statement and the impossibility of producing other evidence, such as an expert report. With this in mind, the objective is to examining how these pieces of evidence are being provided and which body evidence convictions for rape are being based on, seeking the existence of false memories and proposing a method that could be used in order to avoid this kind of occurrence. It was inferred that the use of cognitive interview technique may avoid the occurrence of eyewitness misidentifications and of false memories during a victim interview, since the way of conducting evidentiary proceedings is decisive for its consistency and trustworthiness. For the same reason, an appropriate valuation of evidence by the judge may be decisive for the outcome of the proceeding, mainly when an accusation is considered as confirmed, although the evidence has been produced without observance of legal requirements. The results of this work were verified by case studies that was explained by bibliographic research, in a propositional way.

Keywords: false memories. eyewitness identification. victim statement. miscarriage of justice. cognitive interview.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL	13
2.1	Definição de prova e suas acepções	13
2.2	Da verdade formal e material e sua relação com os sistemas acusatório e inquisitório	14
2.3	Princípio da persuasão racional	15
2.4	<i>Standard</i> probatório	16
2.5	Do ônus da prova	17
2.6	Prova direta e indireta e prova antecipada	19
3	DOS MEIOS DE PROVA EM ESPÉCIE E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NOS CRIMES DE ESTUPRO	21
3.1	Dos meios de prova: precisão terminológica	21
3.2	Do reconhecimento pessoal	22
3.3	Das declarações do ofendido	28
3.4	Do crime de estupro	31
4	A MEMÓRIA	34
4.1	As falsas memórias	34
4.2	Técnicas para melhoria da autenticidade dos relatos	39
4.3	Da produção antecipada da prova	40
4.4	Do depoimento especial de crianças e de adolescentes	42
4.5	Mecanismos para evitar reconhecimentos falsos	44
5	ESTUDOS DE CASOS	46
5.1	Caso “O maníaco da moto”	46
5.2	Caso de Israel de Oliveira Pacheco	50
5.3	Reflexões sobre a produção probatória	54
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

A memória é o elemento essencial para o desvelamento de diversos crimes, pois é por meio da recordação dos fatos e das características dos agentes criminosos que é possível a produção das duas mais importantes provas no processo penal: o reconhecimento pessoal e as declarações do ofendido. Esses meios de prova assumem especial relevância nos crimes de estupro, devido à ausência de testemunhas que possam ter presenciado o fato e diante da inexistência de vestígios materiais, em muitos crimes, ou em razão da ausência de coleta destes, impossibilitando a realização de prova pericial.

Conforme levantamento feito pelo *Innocente Project*, nos Estados Unidos, 75% dos 365 casos em que a organização atuou foi constatado a inocência de uma pessoa condenada injustamente, em que o principal motivo para o erro foi o reconhecimento falso¹, sendo essa causa expressiva nos delitos de violência sexual, em que o reconhecimento equivocado contribuiu para ocorrência do erro em 67% dos eventos, conforme o *National Registry*.²

As razões para os erros judiciais estão relacionadas a falibilidade da memória, que não é como um gravador, ao consolidar as memórias de forma intacta e sem distorções, mas é similar a uma página do Wikipédia, que pode ser alterada toda vez que é consultada. Assim, por falsas lembranças pode-se entender a recordação de fatos não ocorridos ou memorados diferentemente da forma que ocorreram, sendo um fenômeno de difícil identificação, visto que é um engano sobre os acontecimentos sucedidos sem intenção e percepção da vítima, que acredita veementemente que são verdadeiras suas lembranças.

Por essa razão, o presente trabalho irá analisar o modo de realização do reconhecimento pessoal e a tomada das declarações do ofendido, focando no delito de estupro, em virtude dos erros serem mais comuns nessa espécie de crime, em decorrência da valorização que é concedida a palavra da vítima pela jurisprudência que aceita esses únicos meios de prova como suficientes para a condenação de um acusado.

Por isso, pretende-se analisar como está sendo realizada a produção desses meios de prova e como estão sendo motivadas e valoradas as condenações por estupro, examinando a

¹ SCHECK, Barry. Troubling Questions Surround Troy Davis Execution Set for Monday. The Huffington Post. 24 Nov. 2008. Disponível em: <https://www.huffpost.com/entry/troubling-questions-surro_b_137514>. Acesso em 9 de março de 2021.

²A PROJECT OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA IRVINE NEWKIRK CENTER FOR SCIENCE & SOCIETY, UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL; MICHIGAN STATE UNIVERSITY COLLEGE OF LAW. The National Registry of Exonerations, 2020. Disponível em: <<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>>. Acesso em: 09 de março de 2021.

incidência das falsas memórias em casos. Além disso, investigou-se as possibilidades e alternativas para obter-se provas mais fidedignas e suficientes para formação do convencimento do juiz, evitando dessa forma, erros judiciais. Assim, buscou-se observar se a forma como é obtido o depoimento da vítima e é realizado o reconhecimento pessoal podem ser determinantes para a incorreção ou para o acerto em uma decisão judicial.

No presente trabalho foi empregado o método dedutivo, quando foram analisados os dados bibliográficos, tendo em conta que o estudo foi fundado em pesquisas teóricas constates na literatura, buscando observar a incidência de falsas memórias nos casos examinados.

No primeiro capítulo, realizou-se uma abordagem sobre a teoria geral das provas, partindo-se do conceito e acepções da palavra prova presentes na doutrina. Posteriormente, atentou-se para a possibilidade de um processo penal preocupado com a busca da verdade e a possível superação desse paradigma, vislumbrado a partir dos sistemas processuais clássicos: inquisitório e acusatório. Em seguida, analisa-se a necessidade de um *standard* probatório para condenação e critérios que podem ser adotados para a adequada valoração dos meios de prova em estudo. Além disso, expõe-se uma noção do processo penal como atividade retrospectiva ou recognitiva, por ser uma reconstrução no presente de um fato ocorrido no passado.

No segundo capítulo, foram abordados as definições e o tratamento legal e doutrinário concedido ao reconhecimento pessoal e as informações do ofendido, fazendo uma análise da forma como a prova é obtida e da compreensão jurisprudencial combinada com as valorações feitas pelo julgador. Ademais, perquiriu-se a construção do tipo penal e a disciplina legal do crime de estupro no código penal brasileiro.

No terceiro capítulo, foi examinado o fenômeno das falsas memórias e sua influência na prova penal, explorando os fatores de contaminação da memória e, conseqüentemente, da prova oral. Também, foi explanado os avanços obtidos na psicologia e na neurociência quanto as técnicas e os métodos que propiciam a obtenção adequada dessas provas, resultando em elementos mais fidedignos e acurados para embasar a decisão judicial.

No último capítulo, foi realizado estudos de casos sobre dois eventos criminosos de grande repercussão midiática, buscando identificar a influência das falsas memórias na fase pré-processual e judicial, observando como o modo de produção probatória e a valoração dos resultados pelo julgador foram determinantes para a condenação e a prisão de pessoas inocentes.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA GERAL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

O presente capítulo tem por objetivo estabelecer os termos que fazem parte de um léxico com o qual se estuda prova no processo penal, constituído a partir dos conceitos necessários para o tratamento do tema. No estudo foram expostas as definições e as acepções do vocábulo prova, a noção de verdade e sua relação com os sistemas processuais clássicos, acusatório e inquisitório. Posteriormente, tratou-se do sistema de valoração da prova e sua relação com *standard* probatório e ônus da prova. Por fim, foram feitas elucidações sobre prova direta e indireta e prova antecipada.

2.1 Definição de prova e suas acepções

Na definição de Grinover por prova entende-se o conjunto de oportunidades oferecidas a parte pela Constituição e pela lei, para que possa demonstrar no processo a veracidade do que afirma em relação aos fatos relevantes para o julgamento ³. Neste sentido, prova traduz ideias de verificação, exame, confirmação, tendo por objeto fatos, em regra. Porém, no processo, esse termo pode ser empregado em diferentes acepções, como atividade, instrumento e resultado ⁴.

Quando se trata da prova como atividade probatória, refere-se à atividade desenvolvida pelas partes no sentido de fornecer elementos destinados a formar convicção do julgador, acerca das questões empíricas relevantes para apreciação do mérito da causa. ⁵ Nessa perspectiva, compreende-se o direito à prova, como direito de propor e produzir meios de provas, desde que lícitas, e na possibilidade de influir no convencimento do julgador, sendo essa oportunidade uma finalidade da prova.

A prova como instrumento relaciona-se aos meios para demonstração das alegações das partes, tratando-se dos mecanismos disponíveis, como prova testemunhal, documental, por exemplo. Ainda, a doutrina elenca a prova como resultado, compreendida como produto extraído da análise dos instrumentos de provas oferecidos e considerando, a formação de convicção do órgão julgador, sobre os fatos alegados, visando alcançar a verdade dos fatos. A expressão *verdade dos fatos* é objeto de outras tantas reflexões, gerando os conceitos de verdade

³ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

⁴ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p.655.

⁵ REBOUÇAS, Sérgio. Curso de direito processual penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2017. p.506.

real e de verdade formal, estando estes relacionados a existência dos sistemas probatórios.

2.2 Da verdade formal e material e sua relação com os sistemas acusatório e inquisitório

A busca da verdade no processo não pode ser vista como uma finalidade única da prova, sob o risco de permitir uma produção probatória sem observância dos procedimentos legais e, conseqüentemente, sem respeito às garantias e aos direitos do acusado. Todavia, historicamente, existia a compreensão que o processo penal sempre buscou a verdade material e consistente, visando encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. Tal pensamento foi superado ante a impossibilidade de alcançar uma verdade absoluta ou melhor, a certeza, sendo essa busca pela verdade relativa ou um mito, como defende Aury Lopes, tendo em vista a falibilidade do conhecimento humano na reconstituição dos fatos, justamente, por ser a produção da prova uma reconstrução aproximativa de determinado fato histórico ⁶.

Além do mais, essa noção de verdade real é desconsiderada por vincular-se ao processo penal de tipo inquisitivo ou inquisitório. Este sistema caracterizava-se por uma irrestrita iniciativa probatória do juiz, por ausência de contraditório e por uma busca da verdade no processo que permitia confissão, inclusive sob tortura, além das funções de acusar e julgar em um único órgão.⁷

Assim, além da iniciativa oficial do processo pelo juiz e a ausência de contraditório, não existia nenhuma limitação quanto aos meios de obtenção de prova, porque a busca pela verdade real enquanto finalidade do procedimento probatório era justificativa para desprezar a dignidade do acusado, visando à obtenção da prova por meios cruéis, por exemplo, tendo este ainda o ônus de provar sua inocência. Pode-se compreender que por meio dessa busca da verdade, a qualquer custo, chegou-se à condenação de inocentes e o distanciamento da verdade, entendida, como realidade dos fatos.

Por essa razão, parte da doutrina relaciona o sistema processual acusatório a busca pela verdade formal, no qual o julgador tem seu livre convencimento motivado na prova constante nos autos e que foram requeridas e produzidas pelas partes. Nessa hipótese, os dados probatórios a serem considerados são aqueles formalizados no processo, chegando-se à conclusão que o processo racional só pode ser formalista, por garantir o contraditório e a observância dos procedimentos na obtenção da prova. ⁸

⁶ LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁷ REBOUÇAS, Sérgio. Curso de direito processual penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.p.56.

⁸ *Ibidem*.

Dessa maneira, essa distinção entre verdade material e formal está vinculada a possibilidade maior ou menor de intervenção do juiz na produção probatória. Pois enquanto naquele o juiz deve buscar provas, tanto quanto as partes, não se contentando com o que lhe é apresentado, sendo coautor na produção da prova, neste o juiz não está obrigado a buscar provas, contentando-se com as trazidas pelas partes e extraindo sua conclusão com o que se descortina nos autos.⁹

Essa dicotomia foi superada, considerando a possibilidade de o magistrado determinar, de ofício, a produção de provas no âmbito cível e diante da impossibilidade de se atingir a verdade absoluta, sendo possível apenas alcançar uma aproximação da realidade ¹⁰.

2.3 Princípio da persuasão racional

Considerando essa íntima relação entre prova e a atividade decisória é necessário entender a motivação das decisões judiciais. A exigência de fundamentação das decisões, sob pena de nulidade, está expressa no art. 93, inc. IX da Constituição Federal, a qual exige motivação quanto a valoração dos fatos e aspectos jurídicos, pontos aos quais vão ser estabelecidos a partir das provas produzidas, considerando o ônus da demonstração das alegações, ou seja, o ônus da prova. Dessa forma, pretende-se o estabelecimento de decisões idôneas, visando superar os julgamentos por íntima convicção e os erros judiciais, baseados em termos genéricos, sem qualquer forma de controle, devendo explicar as razões que levaram a conclusão sobre a autoria e a materialidade delitiva, além da lógica das valorações.

Tal fator é importante por permitir um controle e tornar possível evitar o decisionismo judicial. Outrossim, é em razão da adoção do sistema da livre persuasão racional, ao qual permite uma liberdade ao julgador na apreciação das provas produzidas em contraditório, que é possível estabelecer importante efeito, como a inexistência de prova com valor absoluto, não havendo hierarquia e, tampouco, prevalência de provas no processo penal, sendo todas de valor relativo.¹¹

É necessário destacar que para formar sua convicção o julgador deve centrar-se nos elementos probatórios, principalmente, naqueles colhidos na fase processual, sob contraditório, porém, isso não impede que a decisão também possa ser fundamentada nos elementos de prova

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Processo Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p. 115.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 70.

¹¹ *Ibidem*.

colhidos na fase de investigação, presentes no inquérito policial, contanto, que não sejam estes a fonte única a fornecer informações para a condenação, sob consequência de grave ofensa as garantias do acusado¹². Outrossim, há que se ponderar a existência de um risco e precariedade nas decisões judiciais as quais utilizam como único fundamento para uma condenação apenas um meio de prova, por não demonstrar a certeza quanto a autoria e a materialidade delitiva.

Assim, como afirma Ferrajoli¹³, nenhuma prova ou confirmação pode ser suficiente para justificar o livre convencimento motivado do juiz sobre fato criminoso, conquanto, uma contraprova ou refutação pode ser suficiente para justificar a persuasão contrária. Por isso, na instrução processual, é essencial tanto quanto a necessidade da prova, que a defesa tenha o poder de refutação dos elementos de prova produzidos pela acusação, sendo essa uma garantia, com base nos princípios do contraditório e da ampla defesa.

A possibilidade de produção de contraprovas é de tamanha relevância para a defesa, pois embora possa não ser o suficiente para demonstrar que o acusado não é o autor do crime ou que o fato típico inexistiu, pode trazer a dúvida, impondo-se a absolvição, tendo em vista a incidência do princípio do *in dubio pro reo*.

2.4 *Standard* probatório

O *standard* probatório pode ser conceituado como a definição de critérios para que se possa considerar uma hipótese acusatória como provada, ou seja, é um mínimo probatório que deve ser superado para se confirmar um fato, sendo um grau de confirmação.¹⁴

Essa exigência de prova mínima para se considerar um fato como suficientemente provado é uma exigência que garante maior segurança jurídica ao evitar erros judiciários, com decisões que possam ser adequadamente fundamentadas, devido uma valoração probatória coesa.

Todavia, no direito brasileiro não há definição de *standard* probatório, tendo este sido concebido como um vetor axiológico. Entretanto, a doutrina compreende que a presunção de não culpabilidade é um parâmetro brasileiro, que, no entanto, é insuficiente para minimizar decisões arbitrárias, advindas do subjetivismo da decisão judicial, assim como, erros judiciais

¹² NUCCI, Guilherme de Sousa. Provas no processo penal. 4. ed. -Rio de Janeiro: Forense, 2015.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 3ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Standard* probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. Revista Direito GV, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000200203>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

decorrentes da condenação de inocentes.¹⁵

O modelo de referência estadunidense *stardard* “além da dúvida razoável” é uma alternativa para solução do impasse probatório. Por essa espécie o fato para ser considerado provado precisa ter elevada probabilidade de sua ocorrência e as alegações contrárias devem ter sido superadas, refutando-se todas as justificativas que sejam compatíveis com a inculpabilidade do acusado.¹⁶

No que se refere a valoração da prova testemunhal e das declarações da vítima Fernandes¹⁷ propõe a superação do tratamento desses meios de prova calcada na generalização de que a testemunha ou ofendido falam sempre a verdade, correspondendo seu depoimento precisamente ao evento fático, e por si só, ser considerado prova suficiente para condenação do imputado. Nesse sentido, pretende-se suplantar a presunção de que a testemunha está sempre falando a verdade, por simplesmente, não serem encontrados motivos que coloquem em dúvida. Em razão disso, propôs oito parâmetros para a adequada valoração da prova, que consistem em um processo penal interdisciplinar, interligado com a epistemologia, a psicologia e a neurociência:

“1) a credibilidade do depoente, 2) a confiabilidade da versão, 3) o filtro de falsas memórias, 4) o modo de coleta dos depoimentos, 5) o modo de realização do reconhecimento de pessoas e (in) existência dos fatores que minimizam sua precisão, 6) a ineficácia da repetição do reconhecimento de pessoas, 7) a excepcionalidade do *hearsay statement*, 8) a existência de um contraditório efetivo na produção da prova.”¹⁸

Desse modo, uma valoração da prova constituída nesses parâmetros pode conseguir obter um *stardard* probatório, mais seguro, com menor probabilidade de erros, resultando em uma decisão condenatória suficientemente motivada.

2.5 Do ônus da prova

O ônus que as partes têm de demonstrar a veracidade de suas afirmações é definido

¹⁵FERNANDES, Lara Teles. *Standards* probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal. 2019. 260 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

¹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro. *Revista Direito GV*, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020. Disponível em: < https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000200203>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

¹⁷ FERNANDES, Lara Teles. *Standards* probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal. 2019. 260 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.p. 128/129

¹⁸ *Ibidem*. p. 132

como um encargo, e não como uma obrigação, na qual as partes visam conseguir uma certa vantagem ou para não suportar uma desvantagem, no caso de inação ou produção de prova insuficiente.¹⁹ Assim, a falha da parte em comprovar a hipótese alegada resulta na sucumbência.

O ônus da prova, em regra, recai sobre a acusação, em decorrência do princípio da presunção de inocência. Por conseguinte, o indivíduo é inocente até que se prove ao contrário, ou seja, até que se prove que ele foi autor ou partícipe do ilícito penal. Logo, não se pode exigir do acusado prova de sua inocência, seja para comprovar o não acontecimento do fato típico ou que não foi sujeito ativo da infração penal.

Dessa forma, mesmo que não consiga demonstrar sua inocência, tal fato, não significa que deverá ser condenado, posto o ônus de demonstrar a materialidade e a autoria delitiva compete à parte acusatória, que deve se desincumbir do encargo, sob consequência de ter que suportar a improcedência da acusação e a decorrente absolvição do réu.

Nestes termos, o ônus da prova funciona como uma regra de julgamento, em seu aspecto objetivo, que serve ao julgador para solucionar a demanda na hipótese de ausência ou insuficiência de prova de algum fato ou, mais especificamente, quando permanecer em dúvida sobre a hipótese acusatória.²⁰

Em sua conformação subjetiva, o ônus da prova deve ser compreendido como encargo que recai sobre as partes de buscar os meios de provas legalmente admissíveis para comprovar suas alegações. Entretanto, embora as partes tenham esse encargo, cabe esclarecer que uma vez produzida a prova ela passa a ser do processo, independentemente, de quem a tenha produzido, em razão do princípio da comunhão dos meios de prova. Isto posto, pode o julgador utilizar uma prova produzida pelo órgão de acusação para absolver o acusado.

Além do mais, a partir dos interesses envolvidos na produção das provas é que no processo penal vigora a mais ampla liberdade probatória, podendo no caso, de prova documental, ser produzida em qualquer fase do processo, conforme o art. 231 do Código de Processo Penal.²¹

Todavia, na hipótese de prova testemunhal, existem algumas restrições, como a delimitação de o rol de testemunhas ser apresentado na denúncia, quanto a parte acusatória, e de apresentação das testemunhas na resposta à acusação, no caso do acusado, conforme os arts. 41 e 396-A, do CPP. Assim, não arrolada as testemunhas no momento processual adequado irá

¹⁹ REBOUÇAS, Sérgio. Curso de direito processual penal. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.p. 526.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 677

²¹ Art. 231. Salvo os casos expressos em lei, as partes poderão apresentar documentos em qualquer fase do processo.

operar-se a preclusão, inviabilizando a produção da prova testemunhal no processo.

Não obstante, pode ainda as testemunhas serem ouvidas no processo, tendo em vista a iniciativa probatória do juiz no processo penal, a qual autoriza o julgador, quando necessário a solução da lide, ouvir testemunhas, além das indicadas pelas partes, conforme o art. 209 do CPP.²²

Contudo essa iniciativa instrutória do juiz é restrita, conforme dispõe o art. 3-A do CPP, inserido pelo pacote anticrime, lei nº 13.964/2019, que expressa a vedação a iniciativa do juiz na investigação e na substituição da atuação probatória do órgão de acusação. Tal previsão normativa, conforme a doutrina, foi necessária para garantir a imparcialidade do julgador, evitando que este possa determinar produção de provas visando favorecer uma das partes.

Renato Brasileiro de Lima esclarece, porém, que não há incompatibilidade entre o sistema acusatório e a iniciativa instrutória do juiz, quando este possa determinar a produção de provas que se façam necessárias para o esclarecimento da verdade, até porque juiz ativo não é sinônimo de juiz imparcial.²³

Neste sentido, é necessário que as partes possam participar de sua produção, tendo a possibilidade de produzir uma contraprova, devendo também o magistrado motivar sua decisão, visando garantir que a busca de provas seja necessária para o seu esclarecimento e não parar firmar o convencimento da hipótese acusatória.

Apesar disso, o penalista supramencionado, concluiu, que considerando o dispositivo legal, art. 3-A, do CPP, houve a revogação tácita de todos os dispositivos mencionados no Código de Processo Penal que atribui ao juiz da instrução e julgamento a iniciativa probatória, mas por não haver revogação expressa, nada impede que se faça uma interpretação sistemática, coerente a finalidade do pacote anticrime e do sistema acusatório, para possibilitar a iniciativa instrutória do juiz, diante das peculiaridades do caso.²⁴

A compreensão desse ponto, ainda irá ser definido pela Suprema Corte, estando a nova previsão normativa, advinda do pacote anticrime, suspensa por tempo indeterminado conforme decisão proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298.

2.6 Prova direta e indireta e prova antecipada

²² Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.

²³ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de processo penal: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 110.

²⁴ *Ibidem*. p. 112.

A prova que permite conhecer o fato por meio de uma única operação inferencial é denominada direta, como por exemplo, a testemunha que presenciou o momento do cometimento do ilícito penal, testemunha visual.

A prova é considerada indireta ou indiciária quando não se tem como objeto o fato a ser provado, mas outro, que ligado àquele, pode fazer o juiz presumir logicamente em acordo com o conhecimento comum a existência ou inexistência do fato, conforme Grinover²⁵. Cita-se como exemplo, aquele que encontra o acusado de homicídio, sem ter presenciado o fato, entretanto, vê a saída deste da residência da vítima com uma faca. Assim, por meio de uma operação lógica pode-se presumir a autoria do crime.

Portanto, nesse caso, há apenas uma probabilidade, sendo relativa sua confiabilidade por não haver certeza, esta necessária para comprovação da autoria e da materialidade delitiva. Não obstante, pode-se chegar a uma certeza, quando se agregam vários indícios, que estejam harmonia e não existam elementos que os refutem, como garantia do contraditório.

A doutrina define prova antecipada como aquela produzida antes da fase instrutória em virtude do risco de perecimento, sendo necessário demonstrar a urgência da sua produção e que a prova é irrepetível. O Supremo Tribunal Federal definiu que a antecipação da prova apenas pode ocorrer em caráter excepcional, por meio da demonstração da sua necessidade. Quando se trata do depoimento do ofendido e do reconhecimento pessoal, há necessidade de por vezes, antecipar a prova devido o longo lapso temporal que pode ocorrer até a efetiva instrução. Até porque há que se atentar que o fator tempo interfere na memória, dificultando a lembrança dos detalhes do fato e do autor do crime necessários para solucionar o caso.

Além do mais, considerando a fragilidade da memória e a longa duração dos processos, justifica-se, por vezes, o risco temporal de desaparecimento da lembrança dos fatos, caracterizando a urgência. Até porque a memória não é como uma máquina fotográfica que pode ser acessada a qualquer tempo, permanecendo as suas informações intactas.

²⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

3 DOS MEIOS DE PROVA EM ESPÉCIE E A PRODUÇÃO PROBATÓRIA NOS CRIMES DE ESTUPRO

Neste capítulo será analisado os meios de prova em espécie: reconhecimento pessoal e declarações do ofendido, realizando-se uma apreciação da produção da prova e da compreensão jurisprudencial em acordo com os estudos realizados na psicologia e na neurociência. Em seguida, examinou-se a construção do tipo penal e a disciplina legal do crime de estupro no código penal brasileiro.

3.1 Dos meios de prova: precisão terminológica

Os meios de prova são todos os recursos, diretos e indiretos, utilizados para demonstrar o que se alega no processo, conforme Nestor Távora.²⁶ Gomes Filho, entretanto, faz uma distinção na terminologia processual das expressões fontes de prova, meios de prova e meios de investigação da prova²⁷.

Compreende-se por fonte de prova as pessoas ou coisas das quais pode-se obter informações que possam demonstrar ou rebater determinado fato. Essa fonte pode ser pessoal, no caso da vítima e da testemunha, ou real, documento.

Os meios de prova seriam os instrumentos, atividades nas quais ocorre a produção da prova, oferecendo ao juiz forma de conhecimento. Nesse caso, cita-se a prova testemunhal, em que a prova foi fabricada por meio do depoimento da testemunha. Uma característica dessa atividade é ser realizada em contraditório e perante o juiz.

Por fim, os meios de obtenção de obtenção de prova seriam formas de investigação ou pesquisa que constituem instrumentos extraprocessuais, visando obter elementos materiais relativos à infração penal e que pode ser feito pela autoridade policial, como a interceptação telefônica.

Tal distinção torna-se importante, segundo Gomes Filho²⁸, porque serve para identificar os efeitos jurídicos quando há irregularidades na obtenção da prova. Dessa forma, uma irregularidade no meio de produção da prova gera nulidade, impondo-se a renovação ou retificação, conforme o art. 573, do CPP. De modo diverso, uma contrariedade na forma de

²⁶ TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

²⁷ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover [S.l: s.n.], 2005.

²⁸ *Ibidem*.

obtenção da prova, gera a ilicitude da prova, devendo em razão disso, ser desentranhada do processo, por ter sido obtida violando direitos e garantias do acusado, conforme o art. 157, do CPP.

3.2 Do reconhecimento pessoal

O reconhecimento de pessoas é um ato formal, que segundo Gustavo Badaró constitui em meio de prova, pelo qual alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas semelhantes às descritas.²⁹

O art. 226, do CPP, estabelece os procedimentos que devem ser aplicados no reconhecimento. Primeiramente, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa, sendo importante para saber se aquele que irá reconhecer têm lembranças das características principais, na hipótese de ter havido contato visual ou ser pessoa conhecida da vítima.

Essa ressalva é importante, pois o *modus operandi* do crime pode dificultar o reconhecimento do sujeito ativo que pode ter realizado condutas ou usado objetos para não ser identificado, como realizar grave ameaça para que a vítima não olhe para seu rosto, utilização de balaclava ou boné. Essas informações são relevantes que a vítima informe, pois nessa situação é provável que possa faltar elementos para se obter um reconhecimento certo, sem dúvidas pelo ofendido, considerando ser um ato visual. Acrescenta-se, nesse sentido, o efeito foco da arma, que reduz a capacidade de reconhecimento, pois acontece da vítima não se fixar nas feições do criminoso, centrando-se no objeto causador da grave ameaça e que lhe causa perturbação. Isso porque a arma de fogo representa distração ao fazer com que a vítima não olhe para autor do delito, mas para o objeto.

Ainda nessa descrição deve ser observado as emoções da vítima, como sua expectativa, comportamento, tendo em conta que as pessoas tendem a ouvir e a ver, conforme o que acreditam. Por esse ângulo, os estereótipos culturais, como condição econômica, cor, sexo, religião, nível educacional, têm uma grande influência na percepção dos delitos levando a pessoa a reconhecer em função desses estigmas.³⁰

Em segundo lugar, a pessoa cujo reconhecimento se pretender será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiveram qualquer semelhança para que depois possa

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. Rio de Janeiro: Elsevier/ Campus, 2012.

³⁰ LOPES JR, Aury. Direito processual penal /. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

apontá-la. Quanto a isso, o código penal é omissivo quanto ao número de pessoas que devem participar do procedimento, mas a doutrina recomenda que não seja inferior a cinco, quatro pessoas mais o imputado, como forma de conferir maior credibilidade ao meio de prova. Outro ponto, é quanto às características físicas dessas pessoas que devem ser semelhantes a quem se busca reconhecer, como forma de evitar a menor indução possível, correspondência em relação à altura, massa corporal, cor de pele e de cabelo, por exemplo. Dessa maneira, é inadequado o reconhecimento quando é feito apenas com um acusado ou com pessoas com traços físicos muito diversos da pessoa a ser reconhecida, pois isso, é um induzimento ao reconhecimento de determinado acusado, que a vítima identifica, por ser o único indivíduo com características análogas ao agente.

Em terceiro lugar, o inciso III do art. 226, dispõe que se a pessoa a ser chamada para o reconhecimento recusa de sofrer algum tipo de intimidação ou outra influência que a impeça de dizer a verdade em face da pessoa a ser reconhecida deve ser providenciado o isolamento, para que esta não veja aquela. Todavia, essa regra procedimental é excepcionada quando o reconhecimento é feito na instrução criminal ou em plenário de julgamento, conforme o parágrafo único do art. 226, do CPP. Isso porque a elaboração da norma expressou o entendimento de que o ambiente em que se realiza o ato e a presença do juiz constituiriam elementos suficientes de garantia para nada temer o reconhecedor.³¹

Entretanto, esse dispositivo está dissociado da realidade, pois a presença do juiz não é algo suficiente para evitar que a vítima ou a testemunha não sofra intimidação ou tenha a garantia de não estar colocando sua segurança em risco, ocorrendo de, por vezes, pessoas que presenciaram o fato não se disporem a testemunharem por medo de serem reconhecidas e sofrerem represálias. Tal fato dificulta a produção da prova, além de desmotivar o ofendido e as testemunhas a participarem do procedimento.

Em razão disso, o mais adequado é não submeter a vítima ou a testemunha a esse constrangimento, quando haja razões plausíveis, como por exemplo, o acusado ser considerado violento, integrar organização criminosa e haver indícios de que houve ameaças contra aqueles e/ou seus familiares. Ainda, é descabido sustentar que essa regra deve ser mantida na instrução por revelar uma garantia da ampla defesa e do contraditório, isso porque não pode ser interesse ou considerado direito do imputado de constranger a vítima ou a testemunha. Desse modo, na instrução também é necessário garantir a proteção da vítima ou da testemunha de forma a viabilizar a realização do procedimento. Conquanto, garantir essa forma de proteção colide com

³¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual. - 5. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, out./2014. p. 635/636.

a falta de estrutura do poder judiciário, posto que em muitos fóruns não há local apropriado para se fazer o reconhecimento.

Por último, quando realizado na fase extrajudicial, no inquérito policial, o ato deve ser descrito de forma pormenorizada e subscrito pela autoridade policial, a pessoa que fez o reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Nucci acrescenta que devem ser anotadas todas as reações do reconhecedor e suas manifestações de modo a se poder analisar qual o processo mental utilizado para chegar à conclusão de que o reconhecendo é ou não a pessoa procurada.³²

Além do mais, pode haver casos em que a vítima reconheça o sujeito ativo do crime pela voz ou por outros sentidos, principalmente, quando este tenta ocultar sua identidade, usando capuz ou pratica a infração penal em ambiente escuro, porém, não há disposição legal quanto ao rito a ser seguido nessas hipóteses, inobstante seja recomendável realizar o procedimento em conformidade com as disposições do art. 226, do CPP, apresentando outras pessoas com vozes similares da pessoa que se pretende reconhecer.

Tais procedimentos são necessários por constituir requisito necessário a validade da prova e sua credibilidade, refletindo na qualidade da prova que resultará no julgamento adequado, sem erros. Todavia, por mais que não tenha sido possível realizar o procedimento, conforme o art. 226, do CPP, este ainda pode ser considerado válido, embora a prática comum de realização de procedimentos informais seja um desrespeito às regras do devido processo, além de constituir, por vezes, um induzimento, ao estimular o ofendido a reconhecer o(s) único(s) acusado(s) do cometimento do ilícito penal.

Assim, a pergunta a vítima ou a testemunha se reconhece os réus presentes como sendo autores do fato, faz com que aquela possam confirmar a indagação. Até porque o sujeito passivo do crime compreende, equivocadamente, que se a autoridade policial e a judiciária trouxeram um acusado, depois de realizarem as devidas investigações e, posteriormente, o Ministério Público ofereceu a denúncia, é porque existe uma grande probabilidade de que o acusado seja o verdadeiro autor do delito sexual.

A doutrina, possui a compreensão, que nesses casos, a forma de obtenção da prova pode ensejar a nulidade ou fazer com que a prova seja concebida como testemunhal, e não como um reconhecimento. Neste sentido, a demonstração de que a inobservância dos procedimentos quanto ao reconhecimento pessoal pode conduzir a encontrar um suspeito inocente está nos estudos experimentais que constataram que quando o verdadeiro culpado não está presente,

³² *Ibidem.*

mais da metade das testemunhas escolhe alguém, de qualquer forma, selecionando a pessoa que mais se aproxima da lembrança do criminoso, caracterizando um induzimento.³³

Também, essa maneira de realizar o reconhecimento, viola o direito de não fazer prova contra si mesmo, conforme Lopes, posto não ser o réu obrigado a participar do reconhecimento pessoal, podendo se recusar, dada a natureza voluntária da prova³⁴. Dessa forma, essa imposição constitui uma violação a garantia da não autoincriminação, por isso o imputado não pode ser obrigado a qualquer atividade que porventura venha incriminar ou prejudicar sua defesa.³⁵

Nessa perspectiva, de reconhecimento informal, encontra-se a prática do reconhecimento fotográfico, feito por vezes, de forma substitutiva ao reconhecimento pessoal, quando deveria ser ato preparatório deste³⁶. Nesse caso, também no reconhecimento feito por fotografia deve ser obedecido o procedimento previsto no art. 226, do CPP, em que deve haver prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e apresentar fotografias de outros suspeitos com características semelhantes. Havendo o desrespeito a esse procedimento, a prova deve ser considerada inválida, conforme o entendimento firmado pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça.³⁷

No precedente tratou-se do reconhecimento de paciente, perante a autoridade

³³ MLODINOW, Leonard. Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2014 apud G.L. Wells, “What do we know about eyewitness identification?”, *American Psychologist*, n.48, mai 1993, p.553- 71.

³⁴ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal* /. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁵ FRANÇA, Rafael Francisco. Meios de Obtenção de Prova na Fase Preliminar Criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada. *Revista Brasileira De Ciências Policiais Brasília*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul./dez. 2012, p. 70.

³⁶ LOPES JR, Aury. *Direito processual penal* /. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 13. Ordem concedida [...]. Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, Vanio Da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio e Tribunal De Justiça do Estado de Santa Catarina. HC: 598886 SC 2020/0179682-3, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Publicação: DJ 05/08/2020.

policial, no qual a vítima não descreveu as características da pessoa e fez a identificação com base em uma única foto apresentada pela autoridade policial de um suspeito, com antecedentes, mas sem nenhum indício de envolvimento com o crime. As inconsistências do reconhecimento foram percebidas em juízo, quando a ofendida detalhou as singularidades do autor, que eram dissonantes do reconhecido, além de serem limitadas as possibilidades de reconhecimento, no caso, devido os autores do delito terem praticado com o rosto parcialmente coberto. Ainda a autoridade policial não explicou as razões pelas quais a pessoa reconhecida poderia ter cometido o crime e as demais vítimas negaram a possibilidade de reconhecê-lo em juízo. Em razão disso, o reconhecimento foi declarado nulo.

Outrossim, nessa decisão judicial, foi apontado os riscos do reconhecimento fotográfico, sua confiabilidade e interferências, como a qualidade da foto, ausência de expressão, visualização, geralmente, apenas do busto, tendo havido o destaque para as falhas da memória que podem causar equívocos ao interferir na capacidade de armazenamento de informações, concluindo, que na valoração desse meio de prova deve ser considerado a repercussão do fenômeno das falsas memórias e seu grau de subjetivismo para que possam ser evitados equívocos e erros judiciais.

Da mesma forma, o reconhecimento por fotografia quando praticado como preparatório do reconhecimento pessoal pode levar a uma identificação incorreta, pois a vítima ou testemunha tende a tentar reconhecer como autor um sujeito presente nas fotografias que lhe foram mostradas, contendo suspeitos, ocorrendo o denominado efeito compromisso³⁸. Em virtude disso, não é recomendado o reconhecimento pessoal após a identificação por fotografia, pois a memória pode ter sido contaminada, havendo um grande risco de erro no reconhecimento.

Outrossim, há previsão legal do reconhecimento de pessoa por videoconferência presente no art. 185, §8, do CPP, meio de prova criticado pela doutrina, considerando sua falibilidade e a impossibilidade de seguir as formalidades legais exigidas para o procedimento.

Quanto a valoração do reconhecimento como meio de prova é necessário entender, para sua adequada análise, a interferência da memória nesse processo, que se revela por meio de distorções e esquecimentos que podem levar a reconhecimentos de pessoas que não cometeram o delito.

Além disso, é muito relevante ser analisado, para a devida valoração da prova, se houve alguma pressão policial ou judicial de forma a induzir a pessoa que faz o reconhecimento

³⁸ GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

a identificar algum acusado como autor do delito, tendo em conta que isso pode invalidar a prova por nesse caso não haver um comprometimento em reconhecer o real autor da infração penal.

Tal fator é determinante para erros no reconhecimento e trazer prejuízos para a sociedade e o sistema de justiça, considerando, que isso pode levar a condenação de um inocente, enquanto o verdadeiro autor do delito encontra-se em liberdade praticando novos delitos. Como forma de tornar possível a percepção dessa situação é recomendado a gravação do reconhecimento pessoal, como forma de averiguar se houve a produção idônea da prova, assim, como garantir que a autoridade que conduz o procedimento não conheça o suspeito, visando evitar que este interfira, estimulando ou persuadindo a pessoa que faz o reconhecimento a identificar um suspeito.

Nesse ponto, examina-se a importância do comprometimento das forças policiais na investigação e no respeito aos procedimentos legais, além da adequada preocupação em descobrir o real autor do delito e não apenas, indiciar um suspeito, por conta dos seus antecedentes, por assim, ofertar uma resposta imediata a sociedade e a vítima, provocando dessa maneira, uma falsa percepção de segurança, sem considerar as graves consequências de acusar ou até condenar e privar de liberdade um inocente, deixando o real autor do delito livre para cometer novos delitos e fazer novas vítimas.

Além disso, a avaliação do magistrado sobre a idoneidade e a legitimidade da prova é um fator de grande interferência nas decisões e suas consequências, principalmente, a compreensão firmada pelos tribunais superiores a respeito do assunto. Por exemplo, o entendimento de que a inobservância do procedimento previsto no código processual penal não gera a nulidade da prova, sendo apenas uma recomendação legal, posicionamento que vem se alterando em precedentes mais recentes, influência na forma como vai ser obtida o meio de prova, pois se o desrespeito das formalidades é aceito, isso possibilita que o desprezo ao rito seja algo reiterado.

Todavia, quando o desrespeito ao procedimento é levado como razão para nulidade isso gera uma preocupação na sua produção, posto que sem isso, a prova não poderá ser utilizada como fundamento da decisão. Nesse sentido, é interessante como a interpretação da norma legal pelos tribunais superiores pode modificar a forma como se realiza a obtenção da prova, sem a necessidade de alterar a estrutura normativa, bastando apenas reafirmar as regras já dispostas na lei.

Essa é uma razão para evitar condenações com base tão somente no reconhecimento feito pela vítima, havendo um risco mesmo que a identificação seja acompanhada de

depoimento, que possa ser considerado firme e convincente, devido o relato poder está contaminado por falsas memórias.

3.3 Das declarações do ofendido

O ofendido é o sujeito passivo do crime, pessoa que teve o seu bem jurídico violado, que foi efetivamente lesada, em acordo com Nucci³⁹. Nesse sentido, percebe-se que o ofendido não pode ser confundido com as testemunhas, por mais que as declarações possam ter uma valoração aproximada, essa distinção é identificável pela própria disposição no Código de Processo Penal que destaca as duas fontes de prova em capítulos distintos. O ofendido assim, presta declarações e não tem o compromisso de dizer a verdade, em consequência, não poderá ser processado por falso testemunho.

Além do mais, o ofendido, conforme o art. 201, *caput*, do CPP, deve ser indagado sobre quem seja o autor do crime ou quem presuma ser, sobre as circunstâncias do fato e das provas que possa indicar, revelando uma postura de parte no processo e que tem interesse na condenação do acusado, enquanto a testemunha deve ser imparcial.

Em razão dessa inexigência de imparcialidade nas declarações do ofendido que o valor probatório pode ser reduzido pelo juiz, caso não esteja em harmonia com as demais provas dos autos, posto o entendimento de que ninguém é considerado testemunha idônea em causa própria, *nullus idoneus testis in re sua intelligitur*.⁴⁰

A jurisprudência, apesar disso, tem reconhecido forte valor probatório a palavra da vítima, em casos de crimes contra a dignidade sexual, contanto que esteja em acordo com as demais provas dos autos. Assim, estando as palavras da vítima em coerência e em consistência com os demais elementos da prova, compreende-se que há elementos suficientes e seguros para confirmar a autoria delitiva e firmar um juízo condenatório. A compreensão está assentada na impossibilidade, de por vezes, obter-se outras provas, tendo em vista que tal crime pode ser cometido em locais ermos, ocorrendo, dessa forma, sem a presença de testemunhas diretas.

Analisar esse ponto é importante porque a questão mais difícil no crime contra a dignidade sexual é a probatória, dado que é cometido sem a presença de testemunhas e por vezes, sem uso de violência ou resistência corporal, não deixando vestígios.

O impasse quanto a suficiência probatória ocorre, justamente, nos casos em que se tem apenas palavra da vítima, devido ao grande lapso de tempo, que por vezes ocorre, entre o

³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Processo Penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.p. 586.

⁴⁰ *Ibidem*.

fato criminoso e a investigação, impossibilitando a produção de outras provas, como exame de corpo de delito. Nesse caso, necessita-se que as declarações da vítima sejam devidamente valoradas, atentando-se para interferência da memória e das emoções na rememoração dos fatos e das características do criminoso para evitar a ocorrência de erros, posto que palavras seguras e emocionadas podem não ser suficientes para estabelecer um juízo de certeza, considerando que memórias falsas podem parecer mais reais do que lembranças verdadeiras.

Outra questão que interfere na adequada valoração da palavra da vítima, que embora não seja o objetivo deste trabalho, vale ressaltar, são os preconceitos, noções discriminatórias quanto ao gênero, em que a vítima é culpabilizada pela violência sofrida, em razão do seu comportamento, vestimenta ou orientação sexual.

Desse modo, realiza-se perguntas inadequadas e desrespeitosas, como se houve luta contra o agente, o motivo de estar sozinha em local ermo e pouco iluminado, o tamanho da vestimenta, se tem vida sexual ativa, se pratica a prostituição. Além do fato, de ser comum a alegação, quando o crime acontece entre pessoas que mantinham uma relação afetiva, de que a acusação do crime é uma forma de vingança da mulher, por ser rejeitada ou ter sido traída.

Tais pontos resultam na desqualificação da narrativa das vítimas. Diante disso, Andrade afirma que a especial relevância da palavra da vítima em crimes sexuais é mais um mito do estupro ou, em outras palavras, um falseamento da realidade dos julgamentos desse crime, considerando que não é conferida a palavra da vítima a relevância necessária, a não ser quando comprovada por outros meios de prova.⁴¹

Nessa perspectiva, a necessidade da valorização da palavra da vítima deve ser compreendida com o fator da complexidade de produzir provas nos crimes de estupro. Por essa razão, Mendes afirma que a difícil prova não pode ser sinônimo de uma prova à qual se dificulta acesso, propondo a produção de diversos exames periciais, quando possíveis, indo além do exame de corpo delito direto circunscrito, normalmente, à coleta de material seminal, verificação de presença de hematomas, ferimentos, etc. Além disso, enfatiza-se que nada impede que o exame de corpo de delito seja realizado em acordo com o protocolo mínimo de atuação, com a finalidade de preservar o máximo possível a vítima.⁴²

Nesse ponto, pretende-se analisar técnicas de psicologia que possam melhorar a produção da prova de forma a evitar a supervalorização desmedida da palavra da vítima, assim

⁴¹ ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. Os mitos do estupro e a "especial relevância da palavra da vítima em crimes sexuais". Boletim IBCCrim, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 24-26, set. 2019.

⁴² MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 108/113.

como o seu descrédito, este que acontece quando não há referência ou transcrição da declaração da ofendida na decisão judicial.

Ressalto que examinar de maneira detalhada as declarações do ofendido e observar que as informações expressas podem não corresponder a verdade dos fatos, devido as consequências nefastas que o evento criminoso causo-lhe, não permite induzir que seja inevitável uma desconfiança em relação à palavra da vítima, esta que já sofre os graves prejuízos do crime e não é devidamente protegida pelo Estado.

Quando se trata de equívocos nas declarações, decorrente de falsas memórias e por isso, não intencionais, busca-se que as informações expressas pelas vítimas sejam obtidas de forma adequada para que se possa obter o maior número de informações confiáveis e seguras. Até porque os equívocos que podem acontecer nesse meio de prova não decorre da intenção da vítima, pois são distorções da memória, voluntárias ou induzidas por terceiros, estes aos quais podem ser, inclusive, os agentes responsáveis pela persecução penal ao sugestionar ou pressionar o ofendido a confirmar ou expressar determinada fato, informações ou características. Essa sugestionabilidade relaciona-se a incorporar informações externas a memória, criando-se assim, falsas memórias, que podem consolidar-se quando há um estímulo reiterado.

Portanto, busca-se tornar essa fonte de prova mais segura e confiável, constituindo, uma forma de incentivo à sua produção e a vítima, fator este de grande importância, considerando a subnotificação de casos de estupro no Brasil, conforme dados presentes no Anuário Brasileiro de Segurança Pública, problema que também foi acentuado no ano de 2020, não apenas pelo medo, culpa, vergonha e outros receios pessoais, mas diante da ausência de medidas de enfrentamento pelo Estado no período de isolamento social causada pelo COVID-19, posto as medidas terem sido informativas, sem auxílio concreto e imediato, como a criação temporária de abrigos, conforme recomendação da Organização das Nações Unidas⁴³. Essa intervenção deficitária do Estado, presente na limitação do oferecimento de recursos materiais causa subnotificação e resulta em uma percepção equivocada da prática do crime.

As principais vítimas desse delito são crianças e adolescentes e do gênero feminino, estando em alta recorrência no país, tendo em vista que a cada 8 (oito) minutos ocorre um estupro no Brasil, conforme dados presentes no Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020, intervalo de tempo que pode ser menor, pois este dado é com base apenas nos casos que são

⁴³ NAÇÕES UNIDAS. Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do Coronavírus. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violenciadomestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/amp/>. Acesso em: 11 fevereiro de 2021.

notificados a polícia.⁴⁴

Em busca de proteger as vítimas foi previsto no art. 217, do CPP, que caso seja constatado pelo juiz que a presença do criminado poderá causar humilhação, terror ou sério constrangimento ao ofendido, de modo a prejudicar a verdade de seu depoimento, será por possível sua inquirição por videoconferência e, somente, na impossibilidade dessa forma, será determinada a retirada do imputado, prosseguindo na inquirição, com a presença do defensor.

Ainda, há outros dispositivos legais, que estabelecem o dever de assistência ao ofendido, como a possibilidade do magistrado encaminhar a vítima para atendimento multidisciplinar, nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, além das providências adequadas à preservação de intimidade da vítima e a comunicação dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado do estabelecimento prisional.

3.4 Do crime de estupro

O termo estupro derivado do latim *stuprum* que possuía uma acepção ampla, na qual situava-se várias formas de relações sexuais praticadas mediante violência⁴⁵. Nelson Hungria definia o estupro como “a obtenção da posse sexual da mulher por meio da violência física ou moral, ou, para nos afeiçoarmos ao texto legal, o constrangimento de mulher a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça.”⁴⁶

Na redação original do código penal de 1940 o estupro vinha descrito como constranger mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça. Assim, a partir dessa definição o fato típico apenas estaria caracterizado quando houvesse conjunção carnal violenta e a vítima fosse mulher.

Entretanto, por meio da alteração legislativa promovida pela lei nº 12.015/09, o tipo penal ganhou nova redação, em que o fato típico não estaria restrito a conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça, incluído também a prática de qualquer outro ato libidinoso, operando assim, uma junção do conteúdo das figuras típicas de estupro e do atentado violento ao pudor dispostas na redação do código penal de 1940. A partir dessa inovação legislativa, o sujeito passivo não poderia mais ser apenas a mulher, mas qualquer

⁴⁴ ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 14º ed. 2020. São Paulo: FBSP. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/11/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-2020.pdf>>. Acesso em: 11 fevereiro de 2021.

⁴⁵ SILVA, Maurício Pereira da. O novo tipo penal de estupro: art. 213 do CP e a problemática do concurso de crimes. 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

⁴⁶ HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2. Ed. Rio de Janeiro. Ed. Revista Forense, 1954. V. VIII.

pessoa, independentemente do sexo e o elemento objetivo poderia ser a conjunção carnal, cópula vagínica, como qualquer outro ato libidinoso, como sexo anal e oral. Conquanto essa mudança não foi capaz de ultrapassar a força da cultura nas relações de opressão de gênero, que estão nas bases sociais das práticas de crimes contra as mulheres, conforme Mendes⁴⁷.

O bem jurídico protegido nesse delito é a dignidade sexual da vítima, que conforme Nucci deve-se entendido como o conjunto dos fatos, ocorrências e aparências da vida sexual de cada um. Associando-se a respeitabilidade, a autoestima, a intimidade e a vida privada, permitindo-se deduzir que o ser humano pode realizar-se sexualmente, satisfazendo a lascívia e a sensualidade como bem lhe aprouver, sem que haja qualquer interferência estatal ou da sociedade. Portanto, o relacionamento sexual deve ser considerado como parcela da intimidade e da vida privada do indivíduo, merecendo respeito e liberdade.⁴⁸

Nessa perspectiva, objetiva-se proteger a liberdade sexual e a tolerância a expressão sexual e a disposição do corpo, das formas de relação sexuais, não podendo entender tais possibilidades como limitadas por questões morais, religiosas, conservadoras, preconceituosas ou com qualquer pretensão de preservação dos bons costumes.

Além do mais, observa-se uma proteção à honra, posto que a vítima se sente desonrada, humilhada. Com base nessa ideia de segurança da honra e da honestidade das famílias, que a previsão do crime de estupro no código penal de 1890 valorava a condição da mulher ofendida, tendo o crime pena reduzida se a mulher fosse prostituta. Quanto a condição da vítima o fato de a mulher ser virgem ou não, já foi considerado um fator para valoração da gravidade do crime, assim, como o estado civil, idade e ocupação.

Na estrutura do tipo penal contém três condutas como constranger a ter conjunção carnal, prática de ato libidinoso ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso, tratando-se de delito misto alternativo, em que o cometimento das três ações, no mesmo contexto fático e contra a mesma vítima, implica o cometimento de crime único.

Quanto à forma de execução, o crime pode ser cometido mediante violência ou grave ameaça, ou seja, qualquer ato de força ou intimidação que submeta o ofendido ao ato sexual, de forma contrária à sua vontade, não necessitando de extraordinária resistência da vítima para sua consumação, bastando sua discordância. Isso porque o ato violento ou a grave ameaça é suficiente, por si só, para impedir qualquer reação da vítima ou a expressão de sua não concordância com o ato. Desse modo, demanda-se apenas um dissenso visível e detectável,

⁴⁷ MENDES, Soraia da Rosa. Processo penal feminista. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 95.

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza Crimes contra a dignidade sexual. - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, out./2014.

dentro dos limites da razoabilidade, não necessitando que haja resistência em todo o período de tempo que dura o ato, pois não é exigível que a vítima possa submeter sua vida em risco ou perigo para salvar-se da violência sofrida⁴⁹.

Destaca-se que quando a vítima é vulnerável é prescindível a demonstração da existência de violência, da grave ameaça ou do dissenso, pois a existência do crime depende apenas da prática de atos libidinosos ou conjunção carnal com vítima vulnerável, conforme o art. 217-A do Código Penal, que elencou como vulneráveis as pessoas menores de 14 (catorze) anos, aqueles que, por enfermidade ou deficiência mental, não têm o necessário discernimento para prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não podem oferecer resistência a prática sexual, consoante dispõe o §1 do artigo supramencionado.

Embora, no tipo penal não conste mais a expressão presunção de violência, presente na redação original do Código Penal, Nucci acrescenta que não deixou de haver uma presunção baseada em certas probabilidades relacionada a ausência de capacidade dessas vítimas de compreender a gravidade da relação sexual.⁵⁰

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal. 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

⁵⁰ *Ibidem*.

4 A MEMÓRIA

Conforme Iván Izquierdo⁵¹ a memória exprime aquisição, formação, conservação e evocação de informações, ou seja, é a lembrança daquilo foi aprendido, vivenciado ou pode ser definido como um processo pelo qual o conhecimento é codificado, armazenado, consolidado e posteriormente, evocado, sendo essas as quatro operações que envolvem o processamento da memória.

A codificação é um processo pelo qual novas informações são observadas e conectadas as preexistentes, sendo que para uma memória persistir deve-se perceber atentamente a informação e associar aos conhecimentos já estabelecidos. O armazenamento refere-se à retenção de informações ao longo do tempo, não havendo um limite conhecido para uma informação ser armazenada. A consolidação é a forma de tornar mais estável o aprendizado e a evocação, ato de rememoração que está relacionado a um processo construtivo e por isso, está sujeito a distorções, da mesma forma que a percepção está sujeita a ilusões.⁵²

A esse respeito quando se trata de recordações a psicologia ressalta que lembranças dessas características podem acontecer de forma incorreta, quando há grandes expectativas, ocorrendo por vezes distorções. Relacionando isso ao ofendido acontece que essa expectativa em reconhecer o autor ou em prestar informações aos órgãos de persecução penal possa levar ao oferecimento de detalhes em descompasso com a realidade. Isso demonstra que a memória não é uma reprodução exata de experiências passadas, mas uma reconstrução, com mais ou menos informações.

E o processo penal, segundo Lopes⁵³ é um ritual de reconhecimento, de reconstrução de um fato ocorrido num passado, com base na prova colhida no presente e projetando efeitos para um futuro, sendo assim, a produção da prova é um constante reviver, rememorar um passado. Nessa perspectiva, a fase instrutória busca a reconstrução de um passado que dependerá da memória, que poderá sofrer distorções e modificações na sua consolidação e evocação.

No presente capítulo será analisado como a falibilidade da memória poderá influenciar na qualidade da prova obtida e como recursos e técnicas da psicologia poderão evitar erros na produção e valoração da prova.

4.1 As falsas memórias

⁵¹ IZQUIERDO, Iván. Memória. – 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Artmed, 2014.

⁵² KANDEL, E.R. Princípios de Neurociências Porto Alegre Ed. MC HILL 5a. Edição 2014.

⁵³ LOPES JR, Aury. Direito processual penal /. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

As falsas memórias acontecem quando lembramos do que não aconteceu ou quando lembramos de coisas diferentes do que realmente ocorreu⁵⁴. Isso acontece porque a memória não funciona como um gravador, pois as memórias são construtivas e podem ser modificadas com o passar do tempo, por meio de conversas, lembranças, entrevistas, testemunhos. Essa distorção pode acontecer quando fornecemos as pessoas informações incorretas sobre alguma experiência vivenciada, afetando a forma como o evento é percebido e determinando o comportamento da pessoa quando a situação é tida como uma memória verdadeira.

Assim, as falsas memórias podem ser sugestivas, quando implantadas pelo ambiente externo, ou espontâneas, quando criadas por um processo interno do próprio sujeito⁵⁵, como a autoindução em que a expectativa de um fato sugere a pessoa a inconscientemente adequar sua memória de modo a conformar-se o que lhe é apresentado.⁵⁶

Em razão disso, é que pessoas após serem sugeridas a reconhecer um acusado por meio da amostragem de fotografias de suspeitos em delegacias ficam com a convicção de terem encontrado o verdadeiro autor do delito. Por esse motivo é importante entender sobre falsas memórias e o risco das condenações baseadas unicamente no reconhecimento e nas declarações do ofendido. Isso dado que as falsas memórias podem parecer muito brilhantes, contendo muito detalhes, podendo parecer mais vívidas que as verdadeiras e podendo ser expressas com convicção pela vítima⁵⁷.

Destarte, valorar a credibilidade das declarações pela firmeza, riquezas de detalhes e convicção é um equívoco, pois não garante a veracidade das afirmações. Há estudos, inclusive, dedicados ao fenômeno da maleabilidade da certeza, os quais confirmam que a convicção da vítima pode ser manipulada.⁵⁸

⁵⁴ LOFTUS, Elisabete. How Reliable Is Your Memory?. Palestra proferida no TED Taks, Setembro, 2013. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory/transcript?language=pt-br>. Acesso em 22 de fevereiro de 2021.

⁵⁵ 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 24 de fevereiro de 2021.

⁵⁶ GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 60.

⁵⁷STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21.

⁵⁸ DOUGLASS, A.B.; Pavletic, A., ‘Eyewitness Com dence Malleabilty’ in Conviction of the Innocent: LessonsFrom Psychological Research, American Psychological Association, Washington, DC, 2012 apud MATIDA, Janaina. *Standards de prova: a modéstia necessária a juízes na decisão sobre os fatos*. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (Org.). *Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP 2018*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.p. 104.

Além disso, cabe considerar que o ofendido que possui falsas lembranças pode sofrer fortes emoções, como comportamento de choro, ansiedade ao se recordar, não sendo o relato emotivo, necessariamente, uma demonstração de que o fato aconteceu⁵⁹. Ávila afirma que quanto mais rico em detalhes, perfeito for relato, mesmo com o transcurso do tempo há um indicativo de que possivelmente se trata de declarações falsas.⁶⁰

Outrossim, existe a possibilidade de haver a falsa memória negativa, consistente na crença de inexistência do fato, situação que está relacionada a abusos psicológicos e a manipulação sofrida, em casos de violência doméstica, em que a vítima é induzida negar de suas lembranças e a desacreditar em suas recordações.⁶¹

Além disto, encontra-se muitos precedentes dos tribunais pátrios, na qual foi verificado que são mantidas muitas condenações com fundamento na desnecessidade de perfeita coincidência entre narrativas e a impossibilidade de riqueza de detalhes de testemunhos sobre fatos ocorridos há certo tempo⁶², havendo na pesquisa feita por Gorga ainda a constatação que quanto ao reconhecimento haveria uma maior aceitação da sua fragilidade. Todavia, muitos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça tratam ainda o reconhecimento pessoal como recomendação legal, não sendo uma exigência absoluta, sendo válido quando realizado de forma diversa da prevista em lei.⁶³

Essa diferenciação pode ser percebida, porque quanto ao reconhecimento pessoal existe a previsão de atos procedimentais previsto normativamente, enquanto na forma de obtenção das declarações do ofendido, não há regras procedimentais consubstanciando como devem ser obtidas as informações, tornando mais difícil o reconhecimento de nulidade desse meio de prova, por falsas memórias, fenômeno de difícil constatação, embora identificável por

⁵⁹ 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: 03 de março de 2014.

⁶⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de.; ALTOÉ, Rafael. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. Revista Opinião Jurídica. Fortaleza: ano 15, n. 20, 2017, p. 260.

⁶¹ ABRAMSON, K. Turning up the lights on gaslighting. Philosophical Perspectives, n. 28, p. 1-30, 2014 apud GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 63.

⁶² GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

⁶³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] 3. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato. Precedentes. 4. Na hipótese dos autos, a referida prova ainda será contrastada com os demais elementos de convicção reunidos na instrução processual, e poderá ser repetida na fase judicial, o que confirma a possibilidade de sua utilização para o início da persecução criminal. 5. Habeas corpus não conhecido. [...]. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Henrique Rodrigues Da Silva e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, HC n. 354.302/SC, DJe 14/06/2016.

um profissional da psicologia ou pelos operadores do direito, quando são descobertos vestígios materiais que permitem formar um juízo de certeza sobre o não acontecimento dos fatos alegados.

Além disso, esse entendimento que aceita a ausência de detalhes e, por vezes, coerência, permite vislumbrar uma atuação com ideologia mais punitivista, violando o princípio da presunção de inocência⁶⁴. Tal prática não contribui para o Estado Democrático de Direito e tampouco, para realização da justiça, no caso concreto, considerando que punir um possível inocente não contribui na repreensão de crimes, apenas permite-se o cometimento de mais violência e abuso de direito cometida pelos agentes dos órgãos de controle do Estado.

Ainda, ressalta-se que esse problema é dissonante de um processo penal compromissado com a busca da verdade, em que se deve pautar por regras que visem evitar erros, procurando diminuir as chances de condenar inocentes e absolver culpados, adotando procedimentos probatórios formulados a partir de metodologias com melhor domínio veritativo⁶⁵.

A pesquisa de Loftus apresentou como resultado que a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos, como também pode haver modificação dos fatos realmente vivenciados, como exemplo, a pesquisadora relata um caso, no qual a distorção da realidade somente pode ser desvelada, porque foi possível a produção de prova pericial, permitindo constatar a ocorrência de falsas memórias. Na situação, a menina tinha lembranças falsas de ter sido abusada sexualmente por seu pai, tendo ficado grávida por duas vezes e abortado, entretanto, o exame pericial constatou que a mulher ainda era virgem. O problema é que nem sempre há prova material cabal, a fim de comprovar a ocorrência do fenômeno.⁶⁶

Sobre esses acontecimentos de implantação de falsas lembranças foi concluído que a recordação de acontecimentos fictícios na infância possui maior aceitação quando a fonte da informação foi esquecida, havendo uma identificação com os detalhes, posto serem

⁶⁴ GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 7/8.

⁶⁵ MATIDA, Janaina. *Standards de prova: a modéstia necessária a juízes na decisão sobre os fatos*. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (Org.). *Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP 2018*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

⁶⁶ LOFTUS, Elizabeth. “As falsas lembranças”, in: *Viver mente e cérebro*. p. 90 apud DI GESU, Cristina. *Prova Penal e falsas memórias*. 3. ed. ampl. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. Caso mencionado: “No Missouri, em 1992, um confessor ajudou Beth Rutherford, então com 22 anos, a se lembrar que entre os 7 anos e os 14 anos ela havia sido violentada com regularidade pelo pai, um pastor, por vezes com ajuda da mãe. Encorajada pelo confessor, Beth lembrou-se que tinha ficado grávida duas vezes do pai, que a forçara a fazer um aborto sozinha, usando um cabide. O pai teve de abandonar o ministério, mas exames médicos revelaram que a jovem ainda virgem e nunca havia engravidado”.

apresentados misturados com acontecimentos reais. Dessa maneira, as falsas recordações são elaboradas e consolidadas, mais facilmente, quanto mais vezes são combinadas com lembranças verdadeiras fazendo o indivíduo esquecer a autêntica origem de cada memória, que passa a ser interpretada como real em sua totalidade, não conseguindo mais distinguir as fontes de cada informação⁶⁷.

As falsas lembranças também podem surgir da atitude espontânea do indivíduo de conversar sobre o fato ou rememorar os pontos principais, nesta situação, ao esquecer de detalhes ocorre, de por vezes, também preencher as lacunas em acordo com que apresenta maior probabilidade, a partir de suas particularidades, levando a criação mental de inverdades.⁶⁸

Outrossim, o erro na codificação da memória pode advir dos casos de co-testemunho, ou seja, quando existe mais de uma testemunha sobre determinado fato, principalmente, quando estas testemunhas mantêm alguma relação de proximidade, pois por meio de um diálogo podem discutir os detalhes do fato, fazendo o alinhamento de ideias, havendo dessa maneira, uma potencialidade de convergência nos testemunhos que não decorre de uma percepção verdadeira, mas da modificação da memória advinda do compartilhamento de informações. Além do mais, toda essa atividade de evocação do fato sujeita a memória a distorções, caso realizada de forma inadequada, dificultando posteriormente, a recordação fidedigna do evento.⁶⁹

Um incremento que pode contribuir para perda de qualidade das recordações é a emoção, que em até certo ponto, contribui para consolidação do fato na memória, no entanto, se houve alta carga emocional as recordações podem se tornar imprecisas, com erros e distorções. Dessa forma, a emoção pode restringir a memória, descartando detalhes periféricos, quando se apresenta em nível extremos e pode potencializar o processo de codificação e a performance da memória, em níveis moderados.⁷⁰

Neste sentido, há uma tendência na valoração da prova que se as declarações do ofendido e das testemunhas forem exteriorizadas de forma emotiva haveria, nesses casos, uma maior credibilidade, devido a associação entre memória intensa e maior capacidade de armazenamento de detalhes, conclusão não corroborada nos estudos sobre a memória.

⁶⁷ 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>. p. 134>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2021.

⁶⁸ GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 32/33.

⁶⁹ *Ibidem*. p.57.

⁷⁰ STEIN, Lílian M. e outros. “Memória, humor e emoção”. In: Revista de Psiquiatria. RS jan/abr 2006; 28(1); p. 66.

O estresse também é algo que pode impactar na percepção e formação da memória, pois a alta liberação de hormônios estressores pode levar amnésia e eventos assim, traumáticos, podem ser codificados de forma superficial, havendo menor precisão nas identificações ligadas aos fatos ocorridos com alta carga estressora.⁷¹

Nesse sentido, entre as incorreções mais apresentadas pelos entrevistadores estão: o fato de não explicarem o propósito da entrevista e suas regras básicas, não recriar o contexto original, antes de iniciar o depoimento ou testemunho, fazer perguntas fechadas, sugestivas, não permitindo pausas e interromper a testemunha ou o ofendido.⁷²

4.2 Técnicas para melhoria da autenticidade dos relatos

Como forma de evitar a produção de falsas memórias e permitir a obtenção de relatos aperfeiçoados e fidedignos pode ser utilizada a técnica da entrevista cognitiva, consistida em, primeiramente, ao iniciar a tomada do depoimento ou testemunho construir um *rapport*, criação de um ambiente acolhedor, relacionamento de empatia com o ofendido ou a testemunha, estabelecendo assim, uma relação de confiança, contribuindo para o bem-estar do depoente, deixando-o mais calmo e tranquilo e possibilitando, assim, maior recordação de particularidades, haja vista que emoções, humores, podem afetar a recuperação da memória, conforme é explicado no fenômeno da memória congruente com humor, em que a recordação é considerada mais eficiente quando é empregado o mesmo tom afetivo do estado de humor da pessoa.⁷³

Posteriormente, deve-se recriar mentalmente o contexto original do evento e depois começar o procedimento sem perguntas diretas sobre o fato delituoso, com tópicos neutros, visando que a testemunha se sinta confortável. Essa mnemônica é importante, pois a memória é mais facilmente recuperada quando recriada no contexto em que foi codificada. Depois disso, é importante que seja explicado a testemunha os objetivos e a forma como será conduzida o procedimento, tencionando transferir o controle do relato.

Após isso, deve-se permitir que o declarante possa relatar tudo o que recorda, de forma livre, visando obter o maior número de detalhes possíveis e evitando assim, que as

⁷¹ SAUERLAND, Melanie et al. Stress stress-induced cortisol responses and eyewitnesses identification performance. Behavioral Sciences na the Law, v. 34, p. 580-584, 2016. P. 589 apud GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 42.

⁷²STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 211.

⁷³STEIN, Lillian M. e outros. “Memória, humor e emoção”. In: Revista de Psiquiatria. RS jan/abr 2006; 28(1); p. 62.

testemunhas possam omitir detalhes considerados irrelevantes. Nessa parte do procedimento não se deve intervir no relato, deixando a testemunha ou o ofendido confiante e confortável para expor os fatos lembrados.

Outra técnica que pode ser aplicada para recordação dos fatos e para verificação da coerência das informações é a mudança de ordem, solicitando que a testemunha relate o acontecimento do delito em ordem temporal diferente, como a inversa. Além disso, pode ser empregada a mnemotécnica da mudança de perspectiva, propondo que a testemunha que recorde o fato no panorama de outra pessoa ou adotando uma emoção mais controlada.⁷⁴

Por conseguinte, ao realizar os questionamentos, estes devem ser baseados naquilo que a vítima ou testemunha informou, sem sugestões, afirmações ou valorações, pois aquela está apenas para relatar o que aconteceu. Nas perguntas deve ser ressaltado que o declarante poderá responder que não se recorda dos fatos para evitar que a vítima venha a complementar relatos, por espontânea vontade, com intuito de demonstrar certeza ou não decepcionar a parte que faz a pergunta.

O questionamento não deve ser repetitivo, pois caso contrário, irá indicar insatisfação com as respostas ou que há dúvidas quanto a estas, de forma que o questionado pode reformular suas respostas para tentar agradar o entrevistador.⁷⁵ Por último deve ocorrer o fechamento da entrevista, no qual deve ser feito um resumo dos pontos centrais do relato, concedendo ao ofendido ou a testemunha oportunidade para acrescentar ou retificar alguma informação, sendo importante agradecê-lo por prestar suas informações.

A despeito das vantagens que existem no emprego das técnicas de entrevista cognitiva existem entraves na sua aplicação, como a necessidade de treinamento extensivo e dispendioso dos profissionais, imprescindibilidade de condições físicas e adequadas e o certo nível de capacidade cognitiva por parte da vítima, além do tempo de duração, que é maior.⁷⁶

4.3 Da produção antecipada da prova

Outro ponto, trata-se do tratamento conferido a prova testemunhal e as declarações do ofendido como provas irrepetíveis e que, em alguns casos, poderiam ser produzidas

⁷⁴ PAULO, Rui m.; ALBUQUERQUE, Pedro B.; BULL, Ray. A Entrevista Cognitiva Melhorada: Pressupostos teóricos, investigação e aplicação. Revista PSICOLOGIA, 2014, Vol. 28 (2), 21-30.

⁷⁵ GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 59.

⁷⁶ STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

antecipadamente no processo. Isso porque a repetição do procedimento, além de ocasionar a revitimização, aumentam a probabilidade de contaminação dos relatos por falsas memórias, haja vista que em cada rememoração existe o risco de modificação.⁷⁷ Por isso, considerar essas provas como irrepitíveis evita que isso aconteça, obtendo uma instrução probatória adequada e sem danos.

A respeito da produção antecipada da prova deve ser considerada sua possibilidade diante do fator temporal que afeta diretamente a memória ao levar o esquecimento dos detalhes do fato criminoso. A morosidade na condução dos processos resulta em instruções probatórias que vão acontecer muitos anos após a ocorrência do crime, dificultando a lembrança das características do autor do delito e o *modus operandi*. Principalmente, quando se trata de testemunhas profissionais de segurança pública que estão presente em várias ocorrências de crime, em que a possibilidade de haver uma confusão entre o fato em julgamento e outros delitos é muito maior, havendo assim, o risco de falsas memórias ocorrerem por erro na identificação da origem da lembrança, denominada fonte.

Além do mais, o fato da testemunha ser exposta a novas informações sobre o acontecimento, em razão de conversas feitas com outras testemunhas ou devido a divulgação de notícias pela mídia sobre o fato e os suspeitos, por exemplo, é um outro fator responsável pela contaminação da memória e razão para prova ser antecipada, pois tais acontecimentos criam uma distinção entre a informação original e a incorporada.⁷⁸

Também, Aury Lopes⁷⁹ considera o reconhecimento pessoal um meio irrepitível de prova, só podendo ser produzido uma única vez, isso porque a partir do momento que houve o primeiro reconhecimento, houve o contato do reconhecedor com o reconhecido e essa imagem influirá no segundo reconhecimento. Assim, a prova deve ser considerada urgente e se possível, produzida antecipadamente, tendo em conta as deteriorações e distorções que podem ocorrer na memória com o passar do tempo, além da possibilidade de o autor poder modificar suas características físicas para não ser identificado.

Entretanto, conforme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça exposta no enunciado de súmula nº 455, nos casos de suspensão do processo, o mero decurso do tempo não justifica a produção antecipada da prova, tampouco a presunção de possível perecimento, exigindo a concreta demonstração de urgência. Nesse seguimento, a rejeição da produção

⁷⁷ *Ibidem*, p 223.

⁷⁸ GIACOMOLLI, Nereu José e DI GESU, Cristina Carla – As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal - Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008. p. 4336.

⁷⁹ LOPES JR, Aury. Direito processual penal /. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

antecipada da prova em virtude da passagem do tempo corrobora a concepção de que a memória é um registro fotográfico ou um gravador que pode ser revisto a qualquer tempo, com a presença de todos os detalhes e sem distorções ou perdas de informações.

Diante do exposto, há necessidade de mudança do entendimento, tendo em conta que não há prejuízo para o imputado, pois o ato é realizado na presença de defensor nomeado, além de possibilitar um relato mais acurado, sem distorções⁸⁰. Além do mais, não obstaculiza o contraditório e a ampla defesa, haja vista que o criminado poderá requerer a produção de outras provas que julgar necessárias e pode conseguir a repetição da prova.

4.4 Do depoimento especial de crianças e de adolescentes

O tratamento da produção probatória é mais complexo quando se trata de vítimas crianças ou adolescentes, tendo em vista que estas são mais sugestionáveis, principalmente, a que estão em idade pré-escolar, por três fatores: apresentarem dificuldade de recordação livre quando são solicitadas a lembrarem de um evento, por serem deferentes, ao submeterem-se às vontades dos adultos, e devido possuírem dificuldade em identificar a fonte da informação, conforme estudos⁸¹. Tal fator é importante porque na ausência de outros indícios, o depoimento da criança torna-se a única evidência do processo criminal, algo recorrente, considerando que muitos abusos sexuais não deixam vestígios materiais.

Dessa forma, perguntas fechadas, com respostas sim ou não, impossibilitam uma colheita de informações precisas e em acordo com a realidade, pois partem do pressuposto de que algo ilícito aconteceu, não tendo a criança o ato de, por vezes, negar o que está sendo sugerindo, pois é colocada em posição que visa confirmar um fato, por já ter sido pressionada por pessoas da família, por exemplo. Nesse contexto, outra forma do profissional que colhe o depoimento sugerir e pressionar o infante é afirmar que outras crianças já relataram sobre os determinados eventos de abuso sexual e por isso, não há motivos para ter medo ou receio.⁸²

Por conseguinte, crianças que são colocadas como culpadas pelo abuso sofrido demonstram um temor das consequências negativas de sua revelação, em razão disso, retardam declarar os episódios, possuindo maior dificuldade de expor o fato, pois sentem medo de colocarem-se em uma situação de responsável pelo fato e trazer repercussões desagradáveis

⁸⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de.; ALTOÉ, Rafael. Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal. Revista Opinião Jurídica. Fortaleza: ano 15, n. 20, 2017.

⁸¹ STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

⁸² *Ibidem*.

para sua família, considerando a existência de laços de parentesco desta com o agente criminoso.

Além das consequências negativas que podem ocasionar para o imputado, diante de um depoimento contaminado por falsas memórias, existe, de forma semelhante, o sofrimento da criança que passa a acreditar que o abuso sexual aconteceu. Também, outro aspecto agravante, é que estudos têm mostrado que as pessoas demonstram dificuldade maior em esquecer falsas memórias do que as lembranças verdadeiras⁸³. Nesse sentido, existe um dano que pode ser causado aos terceiros, ao criminado e a falsa vítima, que sofre por internamente acreditar no acontecimento do fato.

A produção de falsas memórias, nesse caso, ocorre devido a uma abordagem imprópria, com perguntas sugestivas, constrangedoras e que não contribuem para o esclarecimento dos fatos. Ainda o longo período que leva para a prova ser produzida, conjuntamente, com perguntas sugestivas e repetidas inúmeras vezes, comprometem a qualidade dos relatos e propicia a revitimização. Portanto, devem ser usadas técnicas de entrevista investigativas, visando evitar erros, pois embora esteja presente o risco da distorção na memória, estudos sugerem que crianças que foram vítimas de algum acontecimento traumático guardam boa memória do fato ao longo tempo em relação aos aspectos centrais, tendendo a esquecer os periféricos.⁸⁴

Tal constatação é importante, porque, por vezes, uma estratégia de defesa é focar em detalhes periféricos para demonstrar uma incerteza ou inveracidade do fato para depois colocar em questionamento a veracidade de todas as declarações. Isso acontece devido esses detalhes serem esquecidos de forma mais provável. Assim, há um desfoque dos aspectos centrais, que se mantêm na memória e são evitados nas perguntas, buscando encontrar alguma contradição ou equívoco nas informações declaradas.

Ademais, experiências demonstram que os principais elementos passíveis de serem relatados com erros são o momento temporal do acontecimento, a localização espacial dos presentes durante a ação criminosa e o número de objetos ligados aos eventos, fatores que podem ser centrais para investigação criminal⁸⁵.

Em razão disso, foi desenvolvido a forma de depoimentos sem danos. A qual consiste em ouvir a criança ou o adolescente em sala reservada e por meio de recursos

⁸³ *Ibidem*, p. 178.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 180.

⁸⁵ HAWARD, Lionel R. C. Alguns aspectos psicológicos da prova testemunhal. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 17-35, abr. jun. 1964. P. 26 apud GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.p. 27.

audiovisuais, em que as partes e o juiz passam a perguntar ao profissional da área psicossocial, assistente ou psicólogo, que realizará as perguntas de forma adequada ao desenvolvimento da vítima⁸⁶. Esse procedimento foi positivado na lei nº 13.431/2017. Um fator relevantíssimo expresso no art. 11 da lei refere-se a considerar o depoimento especial como prova irrepetível, considerando a disposição normativa na qual expressa que será realizado uma única vez, sempre que possível, em sede de produção antecipada de prova, quando a criança tiver menos de 7 (sete) anos, conforme o §1º do art. 11.

Além do mais, observa-se que no procedimento foi incorporado algumas técnicas de entrevista cognitiva, presente no art. 12 da lei nº 13.431/2017, ao vedar a leitura de denúncia ou outras peças processuais, assegurar a criança ou adolescente vítima de violência sexual a narrativa livre sobre o fato, além da gravação do depoimento especial em áudio e vídeo.

4.5 Mecanismos para evitar reconhecimentos falsos

No que se refere aos procedimentos para realização do reconhecimento pessoal e fotográfico garantir que estes sejam realizados conforme as disposições estabelecidas no art. 226, do CPP, será uma forma segura de evitar reconhecimentos falsos. Além disso, assegurar que a autoridade policial não conheça o acusado a ser reconhecido é uma precaução que a vítima não será ser sugestionada a reconhecer determinado suspeito, geralmente, conhecido dos agentes de segurança pública, impedindo assim, que o funcionário “cego” influencie a escolha ou faça observações sugestionáveis.

Ademais, preconiza-se que não sejam aceitas identificações realizadas em desacordo com as demais provas do processo ou com o próprio relato da vítima ou testemunha que sustenta o autor possuir altura ou cicatriz, não encontrada na pessoa reconhecida, haja vista que uma vez contaminada a memória não pode esta mais ser purificada e restaurada ao estado original. Acrescenta-se, a necessidade de apresentar depoimentos de peritos quando há testemunha ocular para subsidiar a decisão de admissibilidade e avaliação do julgador a respeito da confiabilidade dessa fonte de prova e que a autoridade responsável pelo reconhecimento sempre ressalte que o verdadeiro autor do delito pode não está presente⁸⁷.

Também, recomenda-se a necessidade de observância do procedimento previsto no

⁸⁶ FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzon. *Psicologia Jurídica*. – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

⁸⁷ DAVIS, Deborah; LOFTUS, Elisabete F. Os perigos da testemunha ocular para os inocentes: aprendendo com o passado e projetando para era das mídias sociais. Livro: *O Direito e suas interfaces com a psicologia e neurociência*. Sérgio Nojiri (organizador). E.1 ed. Curitiba: Appris, 2019. p.318/322.

art. 226, do CPP, principalmente, quanto a necessidade do suspeito ser colocado para ser reconhecido ao lado de outros que com ele tiverem semelhanças, evitando-se o *show-up*, quando somente um suspeito é apresentado à pessoa para que faça o reconhecimento, devido ao alto grau de sugestionabilidade envolvida nessa prática.⁸⁸

A mudança dessa realidade jurídica é importante considerando a crença existente na fidedignidade da prova testemunhal e do reconhecimento pessoal como provas suficientes para embasar uma condenação, isso foi demonstrado em pesquisas em que foi observado que para 90,3 % dos atores jurídicos entrevistados a prova testemunhal possui mais valor que as demais, sendo considerada fundamental por 94,4% dos entrevistados. No que se refere ao reconhecimento feito pela vítima 69,2% dos entrevistados atribuíram valor probatório maior que as demais provas.⁸⁹

Embora tenham sido expostas razões que colocam em questão a viabilidade e a confiabilidade da produção da prova testemunhal e das declarações do ofendido, o propósito foi referente a como tornar esses meios de prova mais seguros e confiáveis, visando evitar a ocorrência de equívocos. Desse modo, não se pretendeu demonstrar que todas as memórias são incertas, mas que a forma de obtenção possibilita relatos mais fidedignos e com maior número de detalhes decorrentes de memórias verdadeiras, com a ressalva de que nem tudo que é lembrado pode ter acontecido da forma como recordamos, devido às limitações da memória⁹⁰.

⁸⁸ 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>. p. 134>. Acesso em: 23 de fevereiro de 2021.

⁸⁹ *Ibidem*, p. 64-65.

⁹⁰ STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

5 ESTUDOS DE CASOS

Considerando as descobertas e as implicações das falsas memórias na produção da prova penal, exclusivamente oral, foi selecionado dois casos de grande repercussão midiática em que ocorreu a condenação e a prisão de duas pessoas acusadas de falsos abusos sexuais em processo fundamentados em provas contaminadas por falsas lembranças. A absolvição apenas foi possível com a produção de outros elementos de prova realizados após anos de encarceramentos dos inocentes, com prejuízos imensuráveis à vida dos envolvidos.

5.1 Caso “O maníaco da moto”

Antônio Cláudio Barbosa de Castro, borracheiro, foi acusado de ser autor de diversos delitos de estupro, na cidade de Fortaleza-CE, no ano de 2014, tendo sido condenado e cumprido pena por 5 (cinco) anos, antes de ser absolvido, em sede revisão criminal. Ele foi denunciado pelo Ministério Público Estadual por estupro em concurso material (art. 213, §1 c/c art. 69 do CP) e estupro de vulnerável (art. 217-A), com base em representações de vítimas que possuíam entre 11 e 24 anos, entretanto, apenas foi condenando por este crime, com base em um reconhecimento pessoal feito por uma criança.

O *modus operandi* do criminoso consistia em abordar pessoas do gênero feminino, enquanto dirigia uma motocicleta vermelha, usando capacete e portando uma faca para empregar grave ameaça e violência contra as vítimas. O local do crime eram ruas, com pouco trânsito de pessoas na periferia urbana.

Em razão da comunicação dos crimes pelas oito vítimas, com as mesmas características, foi instaurado inquérito policial na 5ª Delegacia de Polícia de Fortaleza/CE, em busca de identificar o autor dos delitos. No transcurso das diligências a vítima infante aparece espontaneamente na delegacia afirmando ter reconhecido o agente criminoso, quando estava em salão de beleza, expressou, inclusive, ter identificado a voz, tendo ainda conseguido uma foto, obtida pela funcionária do estabelecimento, que conhecia o suspeito e conseguiu a fotografia por meio das redes sociais. Após isso, a polícia ficou com o retrato, tendo outras vítimas identificado o imputado depois da foto estar sendo compartilhada em várias mídias sociais.

Por esses detalhes pode-se perceber que a memória das outras vítimas foi contaminada pela sugestão contida na foto que circulava nas redes sociais, assim, essas ofendidas classificaram Antônio Cláudio como autor do delito por terem visto ele em outro

contexto, tendo ocorrido, assim, o fenômeno da transferência inconsciente, pelo qual uma vítima ou testemunha pode classificar erroneamente um indivíduo como autor do delito, por ter visto a pessoa ou sua imagem em outro momento⁹¹. Além disso, percebe-se que não foi seguido o procedimento previsto no art. 226, do CPP, pois somente foi mostrada a foto do suspeito, quando deveria ter sido apresentadas outras fotografias de pessoas com características semelhantes.

Também, outra evidência que o reconhecimento pessoal não poderia ter sido aceito com alta força probante, ante o risco de erro, reside no fato que as vítimas relataram que o agente criminoso cometia o delito de capacete, o que retira a credibilidade da prova. Isso porque o uso do capacete impedia o reconhecimento dos traços mais importantes na identificação como testa, cabelo, com exceção dos olhos que ficavam visíveis, conforme observação empírica que constatou que a obstrução de traços da parte superior do rosto, compromete mais a identificação do que a obstrução da parte inferior da face, como boca, queixo e bochechas.⁹²

Posteriormente, outras vítimas desistiram da representação contra Antônio Cláudio, afirmando que não reconheciam ele como autor do delito devido sua estatura baixa e a ausência de cicatriz na sobrancelha. Em razão disso, após encerradas as investigações, a autoridade policial requereu a revogação da prisão temporária, diante da possibilidade de o acusado não ser autor dos delitos. Mas ainda assim, o *Parquet* ofereceu a denúncia, apenas em relação aos fatos relatados por três ofendidas, sendo que duas não haviam reconhecido ele como sujeito ativo do delito, tanto em sede de inquérito policial, como em juízo, inclusive uma das ofendidas afirmou convictamente e peremptoriamente, não ter sido ele o autor do crime.

Durante a instrução probatória, cabe ressaltar, que foram testemunhas de defesa dois policiais civis que acompanharam o caso diretamente, tendo estes afirmando a impossibilidade de Antônio Cláudio ser o autor do crime, pois pelas filmagens dos ataques as vítimas, vislumbraram que o verdadeiro criminoso era de estatura alta e diante da numeração da motocicleta do delinquente, fornecido por uma das vítimas, ser diversa do veículo que o réu já possuiu.

Todavia, o juízo da 12ª Vara Criminal da Comarca de Fortaleza condenou Antônio

⁹¹ ROSS, David; CECI, Stephen; DUNNING, David; TOGLIA, Michael. Unconscious Transference and Mistaken Identity: When a Witness Misidentifies a Familiar but Innocent Person. *Journal of Applied Psychology*. VI. – 79. N. 6. P. 918-930, December, 1994. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/232508696_Unconscious_Transference_and_Mistaken_Identity_When_a_Witness_Misidentifies_a_Familiar_but_Innocent_Person>. Acesso em: 03 mar. 2021.

⁹² Cf.: DAVIES, G.M. SHEPHERD, J.W. ELLIS, H.D. Similarities effectus in face recognition. *The American Journal of Psychology*, v.92, p. 507-523, 1979 apud GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.p. 53/54.

Cláudio a 09 (nove) anos de reclusão, a ser cumprido em regime, inicialmente, fechado, por infração ao art. 217-A do CPB, tendo fundamentado a sentença apenas no reconhecimento e depoimento da criança e na ausência de fatores que poderiam desacreditar à palavra da ofendida, quando, na verdade, havia elementos probatório nos autos que eram dissonantes do depoimento e que não haviam sido superados.

Dessa forma, formar um juízo condenatório de certeza da autoria e da materialidade com base apenas na declaração e no reconhecimento pessoal de apenas uma ofendida violou a regra de julgamento do ônus probatório.

Além disto, destaca-se que em alguns dos crimes de estupro praticados pelo verdadeiro autor do delito houve a prática de conjunção carnal e de atos libidinosos com as vítimas, todavia, não há referência em nenhum caso de exame de corpo de delito, restando inviável a produção de exame de DNA, contraprova que poderia comprovar a inocência de Antônio Cláudio.

Entretanto, a família acreditava na inocência de Antônio Cláudio e procurou o *Innocence Project* Brasil, organização sem fins lucrativos, voltada para reverter condenações de inocentes, que aceitou atuar no caso. Com isso, foram produzidas provas que demonstravam a impossibilidade de que Antônio Cláudio fosse o esturador.

Diante disso, foi ofertada a revisão criminal, com base no art. 621, incisos I e III do CPP, que trata da revisão do processo quando a sentença é contrária à evidência dos autos e quando se descobrem novas provas. Assim, buscou-se a desconstituição da decisão condenatória em três pontos: perícia de imagens, na qual constatou-se que o agente criminoso filmado pela câmera de segurança minutos antes de um ataque a vítima era 24 cm mais alto que Antônio Cláudio, que possuía 1.60m de altura, enquanto o delinquente tinha 1.84m.

Além disso, foi juntado comprovante de venda da motocicleta, em nome de Antônio Cláudio, demonstrando que o veículo que este já possuiu era diverso do descrito por uma das vítimas e por fim, foi argumentado que os crimes continuaram ocorrendo com o mesmo *modus operandi*, após a prisão de Antônio Cláudio.

Diante do exposto, a revisão criminal foi julgada procedente e Antônio Cláudio foi absolvido, com fulcro no art. 386, inciso V do CPP, por não existir prova de ele ter concorrido para infração penal. O voto da Relatora foi fundamentado na existência de falsas memórias que teriam contaminado o depoimento e o reconhecimento da vítima e na perícia fotografométrica, que concluiu que o autor do delito teria estatura alta. A partir desses elementos de prova arrematou-se que não haveria certeza quanto a autoria delitiva, aplicando-se o princípio do *in dubio pro reo*, o qual expressa que na dúvida quanto à existência dos fatos ou quanto a autoria

delitiva, impõe-se a absolvição.

Ainda, apreciou a prova documental, declaração de venda da motocicleta, que comprovava que Antônio Cláudio não era mais proprietário do bem, quando o delito foi cometido, pois ele a tinha vendido há seis meses. Por fim, verificou-se que após a prisão de Antônio Cláudio, foram cometidos dois crimes de estupro, com o mesmo modo de operação⁹³.

Averiguando-se o caso constata-se que não existia justa causa para a propositura da ação penal, pois não havia suporte probatório mínimo, indícios de que o imputado fosse autor do fato, em razão disso, é que a autoridade policial, após encerrado o inquérito, recomendou a revogação da prisão temporária, pois não existiam indicativos de que Antônio Cláudio tivesse cometido o delito.

Entretanto, parte do equívoco não ficou restrito a fase pré-processual, haja vista que foi proposta a denúncia pelo Ministério Público e o Judiciário a julgou procedente, com base apenas no depoimento e reconhecimento feito por uma criança.

Além do mais, durante a instrução poderia ter sido feito a perícia das imagens, fotogrametria, que confirmaria o depoimento das testemunhas de defesa, dois policiais civis, que disseram em juízo que o real autor do delito apresentava estatura alta, característica diversa do acusado, que tinha baixa estatura. Nesse caso, é nítido que houve prestígio demasiado as declarações do ofendido, ousando-se afirmar que de forma absoluta, pois havia outras provas testemunhais em contrário e existia possibilidade de produção de prova técnica em contrário, que apenas foi produzida em sede de revisão criminal.

Portanto, não foi superado todos os meios de provas e as evidências obtidas que poderiam declarar o estado de inocência do acusado, não chegando-se, assim, ao *standard* probatório. Desse modo, o questionamento da busca pela verdade, afirmada teoricamente, mas na prática prefere-se os meios de prova mais simples, descomplicados, prova testemunhal ou declarações do ofendido, espécies de prova que devem ser consideradas, porém não podem ser justificativas para afastar a produção de outras provas técnicas e mais confiáveis, quando possível.

Dessarte, é deliberadamente um equívoco considerar o depoimento do ofendido ou a prova testemunhal como suficiente para uma condenação, quando há outros elementos de prova em contrário e quando é possível haver a produção de provas técnicas, que podem inocentar o acusado. A busca pela veracidade dos fatos tem que ser levada a sério, não se

⁹³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará, RvCr nº 0624366-51.2019.8.06.0000. Antônio Cláudio Barbosa de Castro e Ministério Público do Estado do Ceará. Relatora: Marlúcia de Araújo Bezerra. Julgado em: 27 de maio de 2019.

podendo considerar coerente um sistema de justiça que se limita na busca da verdade dos fatos, tal afirmação, reitera-se, relaciona-se aos vários casos em que poderia ter sido produzidas outras provas na fase investigativa ou processual, mas foi descartada a sua realização, seja por entender como suficiente as já produzidas ou por falta de estrutura do Estado.

Portanto, deve ser ultrapassada essa limitação de provar os fatos e a autoria delitiva, responsabilidade essa do Estado, que ou deve empreender todos os meios lícitos para comprovar sua hipótese acusatória ou absolver o imputado, em face do *in dubio pro reu*, porque não há segurança ou justiça quando a atuação Estatal não é responsável em seu poder de punir, inclusive por ser uma atribuição exclusiva deste ente. Essa conduta ou omissão só gera danos ao indivíduo inocente e sua família, que sofre os efeitos da pena, e a toda sociedade que continua sem proteção ao continuar sujeita a ser vítima novamente de ilícitos, pois os agentes infratores que continuam em liberdade voltam a praticar novos delitos.

5.2 Caso de Israel de Oliveira Pacheco

No município de Lajeado/RS, em 14 de maio de 2008, uma jovem e sua mãe foram surpreendidas, quando estavam em casa, por um agente criminoso, que portava uma faca, com o rosto coberto por capuz. Este adentrou na residência das vítimas e ficou esperando no banheiro o momento em que uma das mulheres entrassem para iniciar a prática do ato sexual. Quando a jovem entrou no cômodo da casa foi surpreendida com o criminoso que a agarrou, colocando uma faca em seu pescoço, todavia, a vítima ainda conseguiu chamar por sua mãe.

Posteriormente, foi levada para o quarto da irmã, quando teve seus olhos vendados, com fita crepe e foi amarrada na cama. Após isso, o criminoso praticou conjunção carnal com a vítima. Durante o ato, a ofendida chegou a dizer para o delinquente que tinha asma e precisava beber água, em razão disso, o criminoso vai para cozinha, possibilitando que esta se soltasse e procurasse o quarto em que estava sua mãe. Após encontrá-la fecha a porta e pede socorro pela janela, tendo um vizinho ouvido e avisado que estava chamando a polícia, momento em que receoso de ser preso em flagrante, o criminoso sai da residência, levando um celular, um computador e outros objetos avaliados em mais de quatro mil reais.⁹⁴⁹⁵

⁹⁴ VALENTE, Rubens. STF absolve condenado por estupro que passou 10 anos preso e foi eximido por DNA. Folha de São Paulo, São Paulo, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/12/stf-absolve-condenado-por-estupro-que-passou-10-anos-preso-e-foi-eximido-por-dna.shtml>>. Acesso em 04 de março de 2021.

⁹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL. No caso, a condenação definitiva que o requerente pretende revisar deu-se nas sanções do art. 213, em concurso material com o art. 157, caput, caput, todos do C.P.B. Considerando que o requerente objetiva a rediscussão das questões já enfrentadas e

Duas semanas depois, policiais prendem Israel de Oliveira e as vítimas são comunicadas para fazer o reconhecimento pessoal, posto o suspeito ter as características semelhantes as descritas pelas vítimas.⁹⁶ Ambas reconhecem o suspeito como autor do delito.

Todavia, conforme as informações, Israel foi posto sozinho para ser reconhecido, denotando assim, que não foi seguido o procedimento legal previsto no art. 226, do CPP, o qual expressa que a pessoa a ser reconhecida deve colocada com pessoas que possuam características similares. Tal fato contribuiu para que as vítimas o identificassem de forma equivocada, tendo em vista o alto grau de sugestibilidade envolvida nessa prática, que expõem as vítimas à distorção de sua memória.

Além disto, observa-se nesse caso, que o *show-up* contribuiu para implantação de falsas lembranças sobre a identidade do autor do delito, pois a vítimas vão reconhecer Israel novamente em juízo.⁹⁷ Destarte, essa identificação inverídica, colocou um viés psicológico que ao visualizar o sujeito sempre na posição de culpado, fato reforçado pela mídia, as vítimas consolidaram sua crença nesta informação.⁹⁸

Durante as investigações a polícia civil foi informada que Jacson Luis da Silva tinha a posse dos objetos do crime e estava fazendo a alienação destes, tendo os agentes de segurança o encontrado com utensílios. O imputado em seu interrogatório expressou ter participado do crime com a intenção de praticar o crime de roubo, tendo atuado em conjunto com Israel de Oliveira, todavia, não participou do crime de estupro, tendo ficado em vigilância, fora da residência.⁹⁹ Após isso, foi encerrado o inquérito e proposta a denúncia pelo *Parquet*.

decididas nos julgados revisandos, mostra-se inadequado e vulnera o princípio da democracia judiciária o manejo de ação de revisão criminal para pleitear a sua absolvição. No caso, a condenação do requerente I.O.P. decorreu de farta prova conjuntural produzida no caderno processual, com substantiva importância no indubitado aponte incriminatório feito pela jovem abusada por ele, razão pela qual não procede a presente ação de revisão criminal. AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. Israel de Oliveira Pacheco e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, RVCR: 70049748627 RS, Data de Julgamento: 16/08/2013, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/08/2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em 03 de março de 2021.

⁹⁶ MENDES, Letícia. A história de um exame de DNA que inocentou preso por estupro no RS. Gauchazh, Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018. Atualizado em 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/12/a-historia-de-um-exame-de-dna-que-inocentou-preso-por-estupro-no-rs-cjpv9b9pp0mie01rxub6d5kdh.html>>. Acesso em 04 de março de 2021.

⁹⁷ 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. p. 36/50. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 03 de março de 2021.

⁹⁸ GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 69

⁹⁹ MENDES, Letícia. A história de um exame de DNA que inocentou preso por estupro no RS. Gauchazh, Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018. Atualizado em 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/12/a-historia-de-um-exame-de-dna-que-inocentou-preso-por-estupro-no-rs-cjpv9b9pp0mie01rxub6d5kdh.html>>. Acesso em: 04 de março de 2021.

Na instrução, foi realizada prova pericial, pois foi encontrado sangue na colcha de cama apreendida na casa das vítimas. O exame de DNA concluiu que o material biológico presente no tecido da colcha não pertence ao imputado Israel, não obstante, o juízo compreendeu que o reconhecimento e o depoimento da vítima eram suficientes para condenar este à pena de 13 anos e 9 meses de reclusão, em regime inicial fechado, pela prática dos crimes de estupro e de roubo com causa de aumento por emprego de arma e em concurso de pessoas. Enquanto, o corréu Jacson foi condenado por ser coautor do delito de roubo majorado.¹⁰⁰

Percebe-se que na decisão condenatória houve a supervalorização da palavra da vítima, em detrimento da existência de outras provas, como a pericial. Situação em que havia elementos contrários que impossibilitavam um juízo condenatório de certeza, mas a busca por condenar o único acusado e que ainda possuía antecedentes, foi preponderante para firmar um juízo condenatório em desrespeito as evidências.

Na realidade, nota-se a negação em aceitar a prova pericial, pelo juízo de primeira e de segunda instância, este que se manifestou em julgamento de *habeas corpus* e em revisão criminal. Isso ocorreu em razão do etiquetamento social, da rotulação de criminoso empregada contra Israel por responder processos, sem trânsito em julgado, por homicídio e por ser conhecido da polícia por pertencer a um grupo de furtos, tendo sido estas as razões, além do reconhecimento e dos depoimentos das vítimas, que fundamentaram a decisão que decretou sua prisão temporária. Dessa maneira, como foi o único encontrado e reconhecido, o juízo condenatório foi afirmado reiterado vezes, descartando-se as evidências da prova pericial.

Portanto, aconteceu que Israel foi rotulado e para isso, como expõe Shecaria¹⁰¹ basta cometer uma única ofensa criminal e isto passará a ser tudo que se tem como referência estigmatizante dessa pessoa. Deste modo, a polícia, como outros órgãos de controle sempre partirão da premissa segundo a qual o agente é criminoso, com a qual o desviante é identificado.

Tal fato foi evidenciado em uma reportagem do programa Fantástico que tratou dos casos de acusados que foram condenados em diversos processos devido a falsos reconhecimentos. Em alguns casos, obteve-se a absolvição, após a produção de outras provas, mas como a foto desses indivíduos permaneceram em catálogo de suspeitos da polícia houve uma sugestão para serem identificados por outros crimes que alegam não terem cometido.

¹⁰⁰ CARVALHO, Nicole. Caso Israel: DPE/RS obtém absolvição pelo STF de cidadão que foi condenado por estupro mesmo com prova de DNA negativo para o.... Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/caso-israel-dpe-rs-obtem-absolvicao-pelo-stf-de-cidadao-que-foi-condenado-por-estupro-mesmo-com-prova-de-dna-negativo-para-o>. Acesso em: 04 de março de 2021.

¹⁰¹ SHECARIA, Sérgio Salomão. Criminologia. – 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 260.

Enquanto, perdurar essa rotulação há grande possibilidade de continuarem sendo identificados. Em razão disso, um criminado está monitorando todo seu trajeto e atividades no celular para ter como comprovar onde e o que estava fazendo em determinado data e horário, na hipótese, de ser reconhecido mais uma vez pela prática de algum crime¹⁰².

Tempo após a condenação de Israel, no ano de 2011, foi implementado no Brasil o banco nacional de perfis genéticos, tendo a defesa conseguindo que as amostras de sangue, presentes na colcha de cama da vítima, fossem periciadas pelo Instituto Geral de Perícia do Rio Grande do Sul para que fosse realizado o cruzamento com os perfis existentes nos bancos de DNA, sendo verificado que o material encontrado pertencia a Jacson. A prova é utilizada como base para revisão criminal, mas o tribunal não acolhe o pleito absolutório.¹⁰³

No voto do relator, permanece a presunção absoluta de verdade das palavras da vítima e do seu reconhecimento. Ainda faz uma desqualificação da prova pericial, afirmando que foi probabilística e, estranhamente, não houve indicação de percentualidade quanto aos perfis genéticos utilizados, por isso, concluiu que não há absoluta certeza a quem o material pertence, inclusive, acrescenta que seria inválida a perícia, em razão de ter sido produzida com dados genéticos de outros processos que não dizem respeito ao processo criminal¹⁰⁴.

Compreende-se equívocos quanto a compreensão da prova pericial, especificamente, sobre a utilização e funcionamento do banco de perfis genéticos, além de violação ao *in dubio pro reu*, pois a certeza necessária e exigida no processo penal é quanto ao juízo condenatório e não quanto ao estado de inocência.

Em 2018, o Supremo Tribunal Federal ao julgar Recurso Ordinário em Habeas Corpus, absolve Israel Pacheco, por entender que a prova técnica fez surgir dúvida razoável,

¹⁰² OLIVEIRA SOBRINHO, J.B. (Diretor). (2021). Fantástico. [Television programme].: Rede Globo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/22/jovem-e-presos-duas-vezes-por-crimes-que-nao-cometeu-por-cao-de-reconhecimento-fotografico.ghtml>>. Acesso em: 04 de março de 2021.

¹⁰³ MENDES, Letícia. A história de um exame de DNA que inocentou preso por estupro no RS. Gauchazh, Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018. Atualizado em 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/12/a-historia-de-um-exame-de-dna-que-inocentou-presos-por-estupro-no-rs-cjpv9b9pp0mie01rxub6d5kdh.html>>. Acesso em 04 de março de 2021.

¹⁰⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL. No caso, a condenação definitiva que o requerente pretende revisar deu-se nas sanções do art. 213, em concurso material com o art. 157, caput, caput, todos do C.P.B. Considerando que o requerente objetiva a rediscussão das questões já enfrentadas e decididas nos julgados revisandos, mostra-se inadequado e vulnera o princípio da democracia judiciária o manejo de ação de revisão criminal para pleitear a sua absolvição. No caso, a condenação do requerente I.O.P. decorreu de farta prova conjuntural produzida no caderno processual, com substantiva importância no indubitável apontamento incriminatório feito pela jovem abusada por ele, razão pela qual não procede a presente ação de revisão criminal. AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. Israel de Oliveira Pacheco e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, RVCR: 70049748627 RS, Data de Julgamento: 16/08/2013, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/08/2013. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em: 03 de março de 2021.

quanto aos fatos apontados na denúncia, ao indicar a existência de um único agente a ingressar na casa das vítimas.¹⁰⁵

Nesse caso, o exame de DNA evidencia que houve a produção de falsas memórias ocorridas, provavelmente, no reconhecimento pessoal falso. Havendo a contaminação da memória não há garantias quanto a sua desconstituição, purificação e restauração em acordo com a realidade dos fatos, isso é evidenciado no caso, considerando que a vítima do delito sexual afirmou nunca ter visto Jacson, embora a prova técnica tenha atestado que o sangue na colcha da cama pertencia a ele.¹⁰⁶

Por fim, percebe-se pelas fundamentações na sentença e na revisão criminal que o mais importante era punir alguém por um crime hediondo, não sendo importante se existiam provas técnicas em contrário. Isso permite questionar a exigência de que o convencimento seja apenas motivado, sendo necessário que haja critérios de valoração probatória, como a taxaço legal do peso de cada prova¹⁰⁷, para não permitir que o julgador condene, com base na sua convicção, assentado na palavra e no reconhecimento do ofendido dissonantes dos autos e sujeitos a distorções da memória.

5.3 Reflexões sobre a produção probatória

Os casos chamam a atenção para importância da prova técnica, exame de DNA, a

¹⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] PROVA TÉCNICA – SUPERVENIÊNCIA – MATERIAL GENÉTICO – CONDENAÇÃO – INSUBSISTÊNCIA – EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL. A superveniência de prova técnica, consistente na comparação dos perfis genéticos dos acusados, a demonstrar a compatibilidade, com o corréu, do material genético encontrado na colcha em que ocorrido o crime de estupro imputado faz surgir situação de dúvida razoável concernente ao que narrado na denúncia, porquanto apontou ser o paciente o único a ingressar na residência das vítimas, e, considerado o princípio da não culpabilidade, desautoriza a manutenção da condenação. Israel de Oliveira Pacheco e Ministério Público Federal. Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, RHC 128096, julgado em 18/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138, Divulg 25-06-2019; Public 26-06-2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL. No caso, a condenação definitiva que o requerente pretende revisar deu-se nas sanções do art. 213, em concurso material com o art. 157, caput, caput, todos do C.P.B. Considerando que o requerente objetiva a rediscussão das questões já enfrentadas e decididas nos julgados revisandos, mostra-se inadequado e vulnera o princípio da democracia judiciária o manejo de ação de revisão criminal para pleitear a sua absolvição. No caso, a condenação do requerente I.O.P. decorreu de farta prova conjuntural produzida no caderno processual, com substantiva importância no indubitado aponte incriminatório feito pela jovem abusada por ele, razão pela qual não procede a presente ação de revisão criminal. AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE. Israel de Oliveira Pacheco e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, RVCR: 70049748627 RS, Data de Julgamento: 16/08/2013, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/08/2013. Disponível em: <<https://tjrs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em: 03 de março de 2021.

¹⁰⁷ FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. Il giudice emotivo - la decisione tra ragione ed emozione. Bolonha: Il Mulino, 2017, p. 22. apud PEIXOTO, Ravi. *Standards* Probatórios no Direito Processual Brasileiro. – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

qual é usada de maneira incipiente nos processos criminais por delito sexual. O *Innocente Project*, organização não governamental, que defende pessoas condenadas injustamente, chegou a constatar que 75% dos erros judiciais, nos Estados Unidos, estava vinculado ao reconhecimento equivocados de pessoas. Essa apuração apenas foi possível através das evidências conseguidas por exame de DNA, sendo esse o critério para escolherem atuar em um caso, nos EUA.¹⁰⁸

No Brasil, a organização não utiliza esse critério para selecionar os casos em que irá atuar, devido a fragilidade e precariedade de coleta e exame de vestígios. Isso pode ser verificado, no caso do Antônio Cláudio, tendo em conta que o real autor do delito tinha feito oitos vítimas, mas não havia informação nos autos de coleta de vestígios, sendo que houve prática de conjunção carnal e atos libidinosos com algumas vítimas, assim, houve uma violação ao art. 158, do CPP, que preconiza que quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito direto ou indireto.

Portanto, a prova técnica precisa ser mais difundida e utilizada em delitos que deixam vestígios, por ser a forma mais segura de condenar o culpado e absolver o inocente. Mas enquanto isso não acontece o Estado não pode usar do seu poder exclusivo de julgar e punir para condenar, não se podendo aceitar a ausência de produção de provas e o desrespeito as técnicas de realização, devido o Estado não possuir estrutura, dessa forma, a carência de meios não pode ser uma justificativa.¹⁰⁹

Além do mais, os erros judiciais ocorrem pela alta força probante concedida ao testemunho/depoimento, considerada a prova principal do processo, principalmente quando há riqueza de detalhes. Na pesquisa exploratória realizada por Stein e Ávila, constituída por 120 participantes adultos de ambos os sexos, na faixa etária entre 25 e 60 anos, dividida de forma proporcional em quatro grupos: defensores (públicos e privados, sendo 15 participantes de cada), juízes, policiais (militares e civis) e promotores de justiça, nas cinco regiões do país, 77% responderam que o reconhecimento, muitas vezes, basta para que haja condenação.¹¹⁰

Quanto a valoração da prova pericial há avanço na jurisprudência do Superior

¹⁰⁸ 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: 04 de março de 2021.

¹⁰⁹ FRANÇA, Rafael Francisco. Meios de Obtenção de Prova na Fase Preliminar Criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada. Revista Brasileira De Ciências Policiais Brasília, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul./dez. 2012. p.63.

¹¹⁰ 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.p. 41 Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 de março de 2021.

Tribunal de Justiça, que assentou que é “necessária a realização do exame de corpo de delito para comprovação da materialidade do crime quando a conduta deixar vestígios, entretanto, o laudo pericial será substituído por outros elementos de prova na hipótese em que as evidências tenham desaparecido ou que o lugar se tenha tornado impróprio ou, ainda, quando as circunstâncias do crime não permitirem a análise técnica”.¹¹¹

O entendimento é importante, entretanto, não vincula os tribunais e os juízes, sendo possível o desrespeito à tese, pelos sujeitos processuais e pelas autoridades policiais. Conquanto, constitui importante *standard* probatório ao reafirmar a necessidade do exame de corpo de delito em crimes que deixam vestígios algo necessário para ser suplantado esse apego e presunção a narrativa do ofendido, quando existe a possibilidade de produção de outras provas e há evidências contrárias nos autos.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE INCÊNDIO. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIOS. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. IMPRESCINDIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]. II - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável para configuração da materialidade delitiva nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido por outro meio de prova, quando os vestígios tenham desaparecido ou quando justificada a impossibilidade de realização da perícia. Precedentes. III - No caso sob exame, não foi realizada perícia para constatar a materialidade do crime de incêndio, não existindo nos autos justificção alguma para a ausência da perícia, o que indica a presença de flagrante constrangimento ilegal. Habeas corpus não conhecido. [...]. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande Do Sul e Paulo Cezar Severo Farias. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, HC: 440501 RS 2018/0056795-4, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A busca por uma melhor qualidade probatória e com provas mais fidedignas foi uma condição para análise dos meios de provas considerados suficientes para condenação de um acusado nos crimes de estupro: o reconhecimento pessoal e o depoimento da vítima. A partir disso, perquiriu-se sobre a forma de produção, valoração e compreensão desses dois meios de prova, partindo-se da aceção do termo prova como oportunidade de demonstrar a hipótese acusatória, apresentando sua relação com a procura e a aproximação pela verdade e pela impossibilidade de alcançar o conhecimento sobre o todo e a certeza. Além disso, essa pretensão de reconstrução aproximativa da verdade foi apresentada como apenas sendo possível quando garantida a observância dos procedimentos legais, com respeito as garantias e os direitos do imputado.

Nesse sentido, foi proposta uma reflexão sobre a necessidade de motivação das decisões judiciais e a necessidade de estabelecer critérios objetivos para considerar uma decisão judicial suficientemente fundamentada, como por exemplo, a atribuição de peso a prova pericial, tendo em conta que a exigência de fundamentação livre não garante decisões equitativas, sem equívocos. Por essa razão, há necessidade de considerar que a hipótese acusatória apenas foi confirmada quando foram superados todos os pressupostos plausíveis que possam embasar a inocência do criminado ou a dúvida sobre a existência do fato e sua autoria.

Observou-se a supervalorização do depoimento e do reconhecimento feito pelo ofendido, não obstante, haver outros elementos de prova em contrário e constatou-se a fragilidade desses meios de prova, que por serem dependentes da memória estão sujeitos ao esquecimento, pelo transcurso do tempo, e a contaminações, como a produção de falsas memórias.

Ante a constatação do reconhecimento pessoal ser valorado como prova de lastro suficiente para condenação, a inobservância, todavia, do procedimento previsto no art. 226, do CPP, pode retirar a sua credibilidade, embora exista uma consolidada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aquiescendo a validade do reconhecimento informal. Nessa perspectiva, foi demonstrado, em acordo com estudos feitos na psicologia e na neurociência, que a identificação por *show-up*, quando apenas um suspeito é apresentado para ser reconhecido, é altamente sugestiva, levando o reconhecedor a fazer um falso reconhecimento.

Por conta disso, como forma de obter um reconhecimento mais verossímil recomenda-se que a pessoa a ser identificada seja alinhada com outros indivíduos que possuam características semelhantes e que a autoridade policial que vai dirigir o procedimento não tenha

conhecimento do suspeito para evitar que este possa suggestionar, induzir o reconhecedor, sendo importante que este seja orientado da prescindibilidade em identificar alguém e tenha ciência de que o autor da infração penal pode não está presente no alinhamento. Também, deve ser considerado na valoração da identificação o *modus operandi* do crime para deduzir se foi possível que a vítima visualizasse o rosto do criminoso, além do elemento subjetivo, como idade da vítima, nível de estresse, presença de arma, tempo transcorrido e a repercussão midiática. Ainda, sugere-se que a prova possa ser produzida com efetivo contraditório.

Além do mais, constatou-se que a repetição pode ser um problema por poder propiciar falsas identificações, pois após ser realizado o primeiro procedimento a vítima fica suggestionada a reconhecer o único suspeito apresentando-lhe como possível autor do delito. Por conta disso, propõe-se que esse meio de prova possa ser considerado irrepetível.

No que se refere as declarações do ofendido constatou-se que a certeza e a convicção não são indicativos de qualidade e de precisão da prova, posto ser possível que as falsas lembranças contenham mais detalhes do que as memórias verdadeiras. Em razão disso, foi observado que relatos obtidos com o uso da entrevista cognitiva possibilitam uma prova mais verossímil, por permitir declarações com maior quantidade de informações e por evitar a produção de falsas memórias. Essa técnica de entrevista investigativa, consiste em narrativas livres, com perguntas abertas e a ausência de confirmação ou sugestão da autoridade que conduz o procedimento, além da necessidade de gravação em meio audiovisual, por possibilitar acarear a forma como foi dirigido o procedimento.

Considerando também que o transcurso do tempo pode resultar em esquecimentos, distorções e contaminações da memória sugere-se que a prova possa ser produzida de forma antecipada, principalmente, na hipótese, de suspensão do processo, quando o acusado encontra-se em local incerto e desconhecido, conquanto, isso envolve a superação do entendimento jurisprudencial sumulado pelo STJ que veda a colheita de prova antecipada com base apenas no decurso do tempo.

Tais explanações indicam a necessidade de mudanças na realização dos procedimentos probatórios, principalmente, na fase inquisitória e na compreensão e valoração das provas pelo juiz, a partir de um processo penal interdisciplinar que necessita do conhecimento desenvolvido na psicologia e na neurociência. Essa mudança pode ser visualizada de forma mais eficaz, caso haja uma proposição legislativa, conforme aconteceu com a criação do depoimento especial para crianças e adolescentes vítimas de violência, lei nº 13.431/2017, em que a colheita das declarações é feita por profissionais especializados. Também, o entendimento dos tribunais pátrios em não aceitar os reconhecimentos informais

como válidos para a formação do juízo condenatório poderá influenciar na produção da prova, posto que se o desrespeito ao procedimento não for acolhido, a prova não poderá ser utilizada como fundamento da decisão, pressionando sua realização em acordo com as disposições normativas.

A garantia de possuir feitos com maior aprimoração dos meios de prova, possibilita assim, uma melhor qualidade probatória, em que erros são evitados por haver juízos de certeza adequados a todos os elementos de prova que devem ser produzidos no processo. Outrossim, é imprescindível uma reestruturação da polícia judiciária para que seja possível uma maior produção de provas técnicas, quando o crime deixa vestígios materiais. Destarte, é indispensável esse novo cenário para que ocorra a superação do entendimento de que a prova oral é suficiente para formação do juízo condenatório, quando havia outros elementos de prova que poderiam ter sido produzidos, como a prova pericial. Desta forma, poder-se-á alcançar uma qualidade probatória em que o risco do erro possa ser menor ou inexistente, com o Estado sancionando de forma adequada, sem punir o inocente, com um processo penal baseado na lisura do procedimento persecutório, que se realiza com o respeito ao devido processo, no qual o punir, de qualquer forma, não é uma possibilidade aceitável.

REFERÊNCIAS

A PROJECT OF THE UNIVERSITY OF CALIFORNIA IRVINE NEWKIRK CENTER FOR SCIENCE & SOCIETY, UNIVERSITY OF MICHIGAN LAW SCHOOL; MICHIGAN STATE UNIVERSITY COLLEGE OF LAW. **The National Registry of Exonerations**, 2020. Disponível em:

<<https://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/ExonerationsContribFactorsByCrime.aspx>>. Acesso em: 09 de março de 2021.

ABRAMSON, K. **Turning up the lights on gaslighting**. *Philosophical Perspectives*, n. 28, p. 1-30, 2014 apud GORGA, Maria Luiza. *A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.*

ANDRADE, Mailô de Menezes Vieira. **Os mitos do estupro e a "especial relevância da palavra da vítima em crimes sexuais"**. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, v. 27, n. 322, p. 24-26, set. 2019.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. 14º ed. 2020. São Paulo: FBSP. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2020/11/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-2020.pdf>>. Acesso em: 11 fevereiro de 2021.

ÁVILA, Gustavo Noronha de.; ALTOÉ, Rafael. **Aspectos Cognitivos da Memória e a Antecipação da Prova Testemunhal no Processo Penal**. *Revista Opinião Jurídica*. Fortaleza: ano 15, n. 20, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Rio de Janeiro: Elsevier/ Campus, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte especial 4: dos crimes contra a dignidade sexual até dos crimes contra a fé pública**– 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 de janeiro de 2021.

BRASIL, Decreto-Lei n.º 3.689 de 08 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 7 dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.341, de 04 de abril de 2017. **Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente)**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm>. Acesso em: 03 de março de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. **Pacote Anticrime**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm>. Acesso em: 10 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. [...] 3. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento no sentido de que as disposições insculpidas no artigo 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, cuja inobservância não enseja a nulidade do ato. Precedentes. 4. Na hipótese dos autos, a referida prova ainda será contrastada com os demais elementos de convicção reunidos na instrução processual, e poderá ser repetida na fase judicial, o que confirma a possibilidade de sua utilização para o início da persecução criminal. 5. Habeas corpus não conhecido. [...]. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Henrique Rodrigues Da Silva e Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, **HC n. 354.302/SC**, DJe 14/06/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 13. Ordem concedida [...]. Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, Vanio Da Silva Gazola e Igor Tartari Felacio e Tribunal De Justiça do Estado de Santa Catarina. **HC: 598886 SC 2020/0179682-3**, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, Data de Publicação: DJ 05/08/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. CRIME DE INCÊNDIO. DELITO QUE DEIXA VESTÍGIOS. EXAME PERICIAL NÃO REALIZADO. IMPRESCINDIBILIDADE. PROVA TESTEMUNHAL. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...]. II - O exame de corpo de delito direto, por expressa determinação legal, é indispensável para configuração da materialidade delitiva nas infrações que deixam vestígios, podendo apenas supletivamente ser suprido por outro meio de prova, quando os vestígios tenham desaparecido ou quando justificada a impossibilidade de realização da perícia. Precedentes. III - No caso sob exame, não foi realizada perícia para constatar a materialidade do crime de incêndio, não existindo nos autos justificação alguma para a ausência da perícia, o que indica a presença de flagrante

constrangimento ilegal. Habeas corpus não conhecido. [...]. Defensoria Pública do Estado do Rio Grande Do Sul e Paulo Cezar Severo Farias. Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, **HC: 440501 RS 2018/0056795-4**, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. [...] **PROVA TÉCNICA – SUPERVENIÊNCIA – MATERIAL GENÉTICO – CONDENAÇÃO – INSUBSISTÊNCIA – EXISTÊNCIA DE DÚVIDA RAZOÁVEL**. A superveniência de prova técnica, consistente na comparação dos perfis genéticos dos acusados, a demonstrar a compatibilidade, com o corrêu, do material genético encontrado na colcha em que ocorrido o crime de estupro imputado faz surgir situação de dúvida razoável concernente ao que narrado na denúncia, porquanto apontou ser o paciente o único a ingressar na residência das vítimas, e, considerado o princípio da não culpabilidade, desautoriza a manutenção da condenação. Israel de Oliveira Pacheco e Ministério Público Federal. Relator: Marco Aurélio, Primeira Turma, **RHC 128096**, julgado em 18/12/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-138, Divulg 25-06-2019; Public 26-06-2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará, **RvCr nº 0624366-51.2019.8.06.0000**. Antônio Cláudio Barbosa de Castro e Ministério Público do Estado do Ceará. Relatora: Marlúcia de Araújo Bezerra. Julgado em: 27 de maio de 2019.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL**. No caso, a condenação definitiva que o requerente pretende revisar deu-se nas sanções do art. 213, em concurso material com o art. 157, caput, caput, todos do C.P.B. Considerando que o requerente objetiva a rediscussão das questões já enfrentadas e decididas nos julgados revisandos, mostra-se inadequado e vulnera o princípio da democracia judiciária o manejo de ação de revisão criminal para pleitear a sua absolvição. No caso, a condenação do requerente I.O.P. decorreu de farta prova conjuntural produzida no caderno processual, com substantiva importância no indubitável aponte incriminatório feito pela jovem abusada por ele, razão pela qual não procede a presente ação de revisão criminal. **AÇÃO DE REVISÃO CRIMINAL IMPROCEDENTE**. Israel de Oliveira Pacheco e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, **RVCR: 70049748627 RS**, Data de Julgamento: 16/08/2013, Terceiro Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 26/08/2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em: 03 de março de 2021.

CARVALHO, Nicole. **Caso Israel: DPE/RS obtém absolvição pelo STF de cidadão que foi condenado por estupro mesmo com prova de DNA negativo para o....** Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/caso-israel-dpe-rs-obtem-absolvicao-pelo-stf-de-cidadao-que-foi-condenado-por-estupro-mesmo-com-prova-de-dna-negativo-para-o>. Acesso em: 04 de março de 2021.

Cf.: DAVIES, G.M. SHEPHERD, J.W. ELLIS, H.D. **Similarities effectus in face recognition**. *The American Journal of Psychology*, v.92, p. 507-523, 1979 apud GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

DAVIS, Deborah; LOFTUS, Elisabete F. **Os perigos da testemunha ocular para os inocentes: aprendendo com o passado e projetando para era das mídias sociais.** p.318/319. Livro: O Direito e suas interfaces com a psicologia e neurociência. Sérgio Nojiri (organizador). E.1 ed. Curitiba: Appris, 2019.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e Falsas Memórias.** 3. ed. rev., ampl. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

DOUGLASS, A.B.; Pavletic, A., ‘**Eyewitness Com dence Malleabilty’ in Conviction of the Innocent: LessonsFrom Psychological Research, American Psychological Association, Washington, DC, 2012** apud MATIDA, Janaina. *Standards de prova: a modéstia necessária a juízes na decisão sobre os fatos.* In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (Org.). *Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP 2018.* Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

FERNANDES, Lara Teles. **Standards probatórios e epistemologia jurídica: uma proposta interdisciplinar para a valoração do testemunho no processo penal.** 2019. 260 f.: Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza, 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 3ª ed. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzon. **Psicologia Jurídica.** – 10. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

FORZA, Antonio; MENEGON, Giulia; RUMIATI, Rino. **Il giudice emotivo - la decisione tra ragione ed emozione.** Bolonha: Il Mulino, 2017, p. 22. apud PEIXOTO, Ravi. *Standards Probatórios no Direito Processual Brasileiro.* – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

FRANÇA, Rafael Francisco. **Meios de Obtenção de Prova na Fase Preliminar Criminal: considerações sobre reconhecimento pessoal no Brasil e na legislação comparada.** *Revista Brasileira De Ciências Policiais Brasília*, Brasília, v. 3, n. 2, p. 55-90, jul./dez. 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José e DI GESU, Cristina Carla – **As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal** - Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Realizado em Brasília – DF, nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro).** In: Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover [S.l: s.n.], 2005.

GORGA, Maria Luiza. **A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito** – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

HAWARD, Lionel R. C. **Alguns aspectos psicológicos da prova testemunhal.** *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 5, p. 17-35, abr. jun. 1964. P. 26 apud GORGA, Maria Luiza. *A prova testemunhal e o necessário diálogo entre*

neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. 2. Ed. Rio de Janeiro. Ed. Revista Forense, 1954. V. VIII.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. – 2. ed. rev. e ampl. – Porto Alegre: Artmed, 2014.

KANDEL, E.R. **Princípios de Neurociências**. Porto Alegre Ed. MC HILL 5ª. Edição 2014.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**: volume único – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOFTUS, Elisabete. **How Reliable Is Your Memory?**. Palestra proferida no TED Taks, Setembro, 2013. Disponível em:
<https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory/transcript?language=pt-br>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

LOFTUS, Elizabeth. “**As falsas lembranças**”, in: Viver mente e cérebro. p. 90 apud DI GESU, Cristina. Prova Penal e falsas memórias. 3. ed. ampl. e atual. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. Caso mencionado: “No Missouri, em 1992, um confessor ajudou Beth Rutherford, então com 22 anos, a se lembrar que entre os 7 anos e os 14 anos ela havia sido violentada com regularidade pelo pai, um pastor, por vezes com ajuda da mãe. Encorajada pelo confessor, Beth lembrou-se que tinha ficado grávida duas vezes do pai, que a forçara a fazer um aborto sozinha, usando um cabide. O pai teve de abandonar o ministério, mas exames médicos revelaram que a jovem ainda virgem e nunca havia engravidado”.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal** /. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LOPES JR, Aury; CORREIA, Joselton Calmon Braz. **Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 08 de novembro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal>. Acesso em: 26 de janeiro de 2021.

MASSON, Cleber. **Direito penal: parte especial arts. 213 a 359-h**. - 8. ed. - São Paulo: Forense, 2018.

MATIDA, Janaina. **Standards de prova: a modéstia necessária a juízes na decisão sobre os fatos**. In: CALDAS, Diana Furtado; ANDRADE, Gabriela Lima; RIOS, Lucas P. Carapiá (Org.). *Arquivos da Resistência: ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP 2018*. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2019.

MENDES, Letícia. **A história de um exame de DNA que inocentou preso por estupro no RS**. Gauchazh, Porto Alegre, 19 de dezembro de 2018. Atualizado em 20 de dezembro de 2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/12/a-historia-de-um-exame-de-dna-que-inocentou-presos-por-estupro-no-rs-cjpv9b9pp0mie01rxub6d5kdh.html>>. Acesso em 04 de março de 2021.

MENDES, Soraia da Rosa. **Processo penal feminista**. – 1. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Rio de

Janeiro: Zahar, 2014 apud G.L. Wells, “What do we know about eyewitness identification?”, *American Psychologist*, n.48, mai 1993.

NAÇÕES UNIDAS. **Chefe da ONU alerta para aumento da violência doméstica em meio à pandemia do Coronavírus.** Disponível em: <https://nacoesunidas.org/chefe-da-onu-alerta-para-aumento-da-violenciadomestica-em-meio-a-pandemia-do-coronavirus/amp/>. Acesso em: 11 fevereiro de 2021.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Provas no processo penal.** 4. ed. -Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes contra a dignidade sexual.** - 5. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, out./2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito parte especial: arts. 213 a 361 do código penal.** 3. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Processo Penal.** 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OLIVEIRA SOBRINHO, J.B. (Diretor). (2021). **Fantástico.** [Television programme].: Rede Globo. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/22/jovem-e-presoduas-vezes-por-crimes-que-nao-cometeu-por-causa-de-reconhecimento-fotografico.ghtml>>. Acesso em: 04 de março de 2021.

PAULO, Rui m.; ALBUQUERQUE, Pedro B.; BULL, Ray. **A Entrevista Cognitiva Melhorada: Pressupostos teóricos, investigação e aplicação.** Revista PSICOLOGIA, 2014, Vol. 28 (2), 21-30.

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

REBOUÇAS, Sérgio. **Curso de direito processual penal.** – Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

ROSS, David; CECI, Stephen; DUNNING, David; TOGLIA, Michael. **Unconscious Transference and Mistaken Identity: When a Witness Misidentifies a Familiar but Innocent Person.** *Journal of Applied Psychology.* VI. – 79. N. 6. P. 918-930, December, 1994. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/232508696_Unconscious_Transference_and_Mistaken_Identity_When_a_Witness_Misidentifies_a_Familiar_but_Innocent_Person>. Acesso em: 03 mar. 2021.

SANTOS, Rafa. **Erro judiciário não é questão apenas de estatística, mas também de neurociência.** Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 30 de agosto de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/entrevista-fundadores-innocence-project-brasil>>. Acesso em: 26 de janeiro de 2021.

SAUERLAND, Melanie et al. **Stress stress-induced cortisol responses and eyewitnesses identification performace.** *Behavioral Sciences na the Law,* v. 34, p. 580-584, 2016. P. 589

apud GORGA, Maria Luiza. A prova testemunhal e o necessário diálogo entre neurociência e direito – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 42.

SCHECK, Barry. Troubling Questions Surround Troy Davis Execution Set for Monday. The Huffington Post. 24 Nov. 2008. Disponível em: <https://www.huffpost.com/entry/troubling-questions-surro_b_137514>. Acesso em: 9 de março de 2021.

SHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. – 6 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Maurício Pereira da. **O novo tipo penal de estupro: art. 213 do CP e a problemática do concurso de crimes**. 2012. 118 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2012.

STEIN, Lílían M. e outros. “**Memória, humor e emoção**”. In: Revista de Psiquiatria. RS jan/abr 2006; 28(1);

STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

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 24 de fevereiro de 2021.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed Editora S.A., 2008.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ministro Luiz Fux suspende criação de juiz das garantias por tempo indeterminado**. Brasília, 22 de janeiro de 2020. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=435253>>. Acesso em: 28 de janeiro de 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 11. ed.– Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

VALENTE, Rubens. **STF absolve condenado por estupro que passou 10 anos preso e foi eximido por DNA**. Folha de São Paulo, São Paulo, 18 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/12/stf-absolve-condenado-por-estupro-que-passou-10-anos-presos-e-foi-eximido-por-dna.shtml>>. Acesso em 04 de março de 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Standard probatório para condenação e dúvida razoável no processo penal: análise das possíveis contribuições ao ordenamento brasileiro**. Revista Direito GV, v. 16, n. 2, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322020000200203>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.