

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre a mitigação do Princípio da Presunção de Inocência nos crimes sexuais. É fato que neste tipo de crime apenas a palavra da vítima é competente para ensejar condenações, em razão das peculiaridades de como o ilícito é cometido. Porém, há de se considerar e reconhecer os saberes da Psicologia do Testemunho, que há mais de quatro décadas apontam para um dos perigos consideráveis na utilização da prova testemunhal: as falsas memórias.

Esse novo cenário vem sendo ainda ignorado por muitos magistrados, resultando em condenações conforme seu livre convencimento, valendo-se de uma hierarquia de provas com lastro probatório insuficiente e desprezo pelas garantias constitucionais. Nessa esteira, admitir um único testemunho, ou seja, admitir o depoimento da vítima como único meio de prova suficiente para condenar o réu, resulta em grave violação aos preceitos, não apenas de ordem constitucional, bem como de ordem internacional, uma vez que a presunção de inocência está consolidada no sistema universal de proteção dos direitos humanos.

A pergunta que fazemos é: o Judiciário está apto para reconhecer e julgar adequadamente casos envolvendo Falsas Memórias nos crimes contra a dignidade sexual? Qual é o papel de garantias como a da inocência e do *in dubio pro reo* naqueles casos?

O objetivo geral do presente trabalho estrutura-se na demonstração, de forma teórica, que há sentenças condenatórias nos crimes sexuais que podem estar mitigando preceitos e princípios constitucionais, em especial o da Presunção de Inocência.

Enquanto os objetivos específicos darão conta de identificar e analisar a jurisprudência relativa aos crimes sexuais, que incluem condenações baseadas apenas nas palavras das vítimas, explanar sobre as falsas memórias e como esse fenômeno pode colocar em risco todo o conteúdo probatório, quando pautado apenas em depoimentos, sobretudo da vítima e interessados diretos na condenação do réu, a fim de se evidenciar como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* vem sendo amplamente violados e mitigados em condenações por crimes sexuais.

A importância da presente pesquisa pauta-se nas garantias constitucionais que podem estar sendo suprimidas em sentenças relativas aos crimes sexuais. Com novos paradigmas surgindo e novas pesquisas diretamente relacionadas ao meio de prova e a novos meios de ilícitos penais, deve o direito estudar, debater e solucionar estas questões, para que se tenha a plena certeza de que, independente do crime cometido, valer-se-á a Constituição Federal para todos, sem distinção de sexo, cor, ou crime.

Para tanto, nos utilizamos de metodologia hipotético-dedutiva e da técnica de pesquisa bibliográfica para alcançar nossos intentos. Ao caracterizarmos os perigos das distorções da memória nas prisões injustas, apontamos para a necessidade do reforço da observância do critério de inocência constitucional.

2 CRIMES SEXUAIS E A PALAVRA DA VÍTIMA

Para análise do presente estudo, primeiramente é necessário analisar o valor probatório da palavra da vítima, definindo brevemente o que é prova, bem como o valor destas provas, que tem como escopo a convicção para o magistrado julgar a causa. É através das provas, da verificação do *thema probandum* que o juiz, principal destinatário, acatará a tese de acusação ou defesa. Para ele é feita a reconstrução do fato. Assim, provar significa induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo. (DI GESU 2014, 51)

Porém, de acordo com Paulo Rangel, não podemos desconsiderar que as partes são também interessadas e, conseqüentemente, destinatárias indiretas das provas, a fim de que possam aceitar ou não a decisão judicial como justa. (RANGEL, 2014). A palavra “prova” advém do latim *probatio*, do verbo *probare*, que significa examinar, persuadir, demonstrar. O termo prova pode referir-se ao conjunto de atos, das partes e do juiz praticados com vistas à solução das questões de fato suscitadas. (CHOUKR 2000, 143)

Cabe frisar que as provas não têm valor predeterminado, nem peso legal. Cada fato e circunstância será apreciado pelo juiz de acordo com o contexto das provas apresentadas, segundo o entendimento e interpretação do julgador. Deverá o juiz, respeitar o artigo 155 do CPP¹, formando sua convicção a partir das provas produzidas em contraditório judicial, vedado a sua decisão fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos na investigação, salvo as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (ALTOÉ & ÁVILA, 2017, pp. 255-270)

No campo da valoração das provas, uma vez admitida a prova, o julgador a valorará integralmente de acordo com a sua consciência. Logo, deverá seguir regras, para que não corra o risco de ficar absolutamente ao critério de seu livre convencimento. Assim, Malatesta ensina que só se pode concretamente apreciar uma prova, avaliando a credibilidade subjetiva

¹ Art. 155, CP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

e formal e sua conclusão objetiva: somente em consequências dessa dupla avaliação, pode-se chegar a determinar em concreto o valor de determinada prova. (MALATESTA 3º ed de 1912. 1996)

Outrossim, como já exposto, não há na legislação uma tabela de valoração de provas a ser seguida pelo magistrado. Mister é que o magistrado analise cautelosamente as provas, relacionando-as ao caso concreto e especificadamente com as partes e testemunhas, para aí determinar o valor de cada prova produzida nos autos.

O enfoque especial se dá a prova oral, dada a importância da testemunha no Processo Penal, que muitas vezes é a única a embasar não só a acusação, como também a condenação. (DI GESU 2014, 153) É neste ponto, que os crimes sexuais, em razão de sua natureza e dificuldade de produção de provas, admitem a valoração da palavra da vítima sobre todas as outras provas, quando houver.

Nos crimes de cunho sexual, há uma tendência em aceitar-se a palavra da vítima, com maior valoração em relação ao *múnus* probatório, por serem considerados delitos clandestinos *qui clam comittit solent* – que se cometem longe dos olhares de testemunhas.

Desta forma, apesar da importância significativa que é dada a palavra da vítima, impõe-se o exame com o devido cuidado e cautela de todos os fatores que norteiam a prova testemunhal e não apenas se deixar influenciar pelo relato da vítima como se fosse uma verdade absoluta, não devendo atribuir valor demasiado, em razão da busca de uma decisão judicial justa. Portanto, não deverá o julgador analisar a palavra da vítima isoladamente, mas sim, deverá ser relativizada em relação a outras provas:

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

Nesta esteira, Giuseppe Chiovenda evidencia a prova e sua importante função de fornecer certeza, e, este alvo, o “certo” para ser alcançado necessita ser livre de rupturas, confusões, contradições ou erros. (CHIOVENDA 1969, 91) O princípio do livre convencimento do juiz, não pode conduzir à arbitrária substituição da acurada busca da

certeza, em termos objetivos e gerais, por uma apodítica afirmação de “convencimento”. Impõe-se sempre uma verificação histórica do *thema probandum*, de forma a excluir qualquer possibilidade de dúvida.

Assim, nestes casos se houver dúvidas, valerá a palavra da vítima e seus familiares, e não aplicar-se-a o princípio do *in dubio pro réu*, comumente usados em outros crimes de natureza diversa.

3 FALSAS MEMÓRIAS

No Processo Penal, em especial nos crimes contra a dignidade sexual, a problemática envolvendo as falsas memórias reside tanto na produção da prova testemunhal, quanto na busca pela “verdade”, realizada por profissionais despreparados, antes mesmo de chegar ao Poder Judiciário.

Olhando por este viés, a única prova que a justiça dispõe, portanto, é a memória, ou seja, as lembranças armazenadas pela testemunha e/ou vítima, colhidas através de seus depoimentos, sobre os fatos. As normas consagradas nos Códigos não levam em conta os efeitos distratores do testemunho, ou seja, relatividade do percebido, curva de esquecimento, pseudorrecorções, sugestionabilidade, etc., residindo aí, alguns dos pontos críticos sobre a prova testemunhal.

Seus reflexos se revelam na composição do conteúdo probatório, pois na maior parte das vezes, estão recheados de contradições, uma vez que são colhidos anos depois do crime, exigindo-se que o faça de forma detalhada. Porém o ponto nevrálgico, em relação à questão da memória e o papel da testemunha no procedimento e no processo penal é em relação chamadas falsas memórias. Elas consistem em recordações de situações que na verdade nunca ocorreram.(G. N. ÁVILA 2013)

Para entendermos sobre as falsas memórias, primeiramente temos que entender o que é memória. A memória pode ser vista como um fenômeno biológico fundamental e extremamente complexo, sendo um dos grandes enigmas da natureza. Assim dificilmente se estabelecerá exatamente o que é memória, mas apenas possíveis olhares sobre o tema. Seu estudo é interdisciplinar, uma vez que abrange diversas áreas como a psicologia, a neurologia, psiquiatria, biologia molecular, genética, neuroanatomia, filosofia, entre outras áreas. (G. N. ÁVILA 2013, 80) Assim, podemos dizer que:

O cérebro humano tem cem bilhões de neurônios, e boa parte deles é capaz de formar, armazenar e evocar memórias. Em princípio, a ‘capacidade

instalada' é enorme. Cada neurônio faz sinapse com milhares de outros. Mas nem todos os neurônios estão envolvidos no processamento de memórias, inclusive inibem a formação ou a evocação de memórias, e um número muito grande de neurônios, incluindo os do hipocampo e de várias regiões corticais (pré-frontal, frontal, temporal, parietal), que se especializam justamente na formação e evocação de memórias, esta constantemente submetido aos efeitos moduladores de vias nervosas vinculadas com o nível de alerta, com as emoções, os sentimentos e os estados de ânimo. (IZQUIERDO e apud ÁVILA 2013) O cérebro reúne percepções pela interação simultânea de conceitos inteiros, imagens inteiras. Em vez de usar a lógica predicativa de um computador, de um chip, o cérebro é um processador analógico, o que significa, essencialmente, que ele funciona por analogia e metáfora. Relaciona conceitos completos uns com os outros e procura estabelecer as semelhanças entre eles. Não procede a montagem de pensamentos e sentimentos a partir de pequenos fragmentos de dados. Somente é possível no conhecer porque podemos recordar. A memória é a força centrípeta que congrega aprendizagem, entendimento e consciência. (RATHEY e apud ÁVILA 2013, 83)

Com tal característica, a memória só se formará quando solicitada, através de fragmentos que são armazenados em diferentes redes de neurônios. Quando evocamos uma lembrança, todos os fragmentos são reunidos. Neste liame, muita coisa é esquecida ou perdida, portanto somos também o que esquecemos. Nenhuma memória é perfeita, com reconstrução perfeita dos fatos, como se um filme fosse.

A fim de ilustrar como podem ser criadas as falsas memórias, uma situação é citada por Neufeld, Brust e Stein:

Uma jovem americana que perde sua mãe afogada na piscina de casa aos 14 anos. Passados 30 anos, um tio comenta, em uma reunião de família, que a jovem foi a primeira a encontrar a mãe boiando na piscina. A partir deste momento, ela passa a lembrar vividamente da impactante cena que teria presenciado. Alguns dias depois, ela recebe um telefonema do irmão, desculpando-se pelo tio, informando que ele havia se confundido e que, na realidade, que encontrou a mãe na piscina fora sua tia. A jovem em questão é hoje uma renomada pesquisadora na área de falsas memórias, chamada Elizabeth Loftus. (NEUFELD, BRUST, & STEIN, 2010, p. 21)

As falsas memórias referem-se a uma gama de fenômenos que têm sido observados tanto em pesquisas experimentais, não apenas no âmbito da psicoterapia, como também na área jurídica, bem como em outras situações do cotidiano. Os estudos científicos na área de falsas memórias foram influenciados e incentivados a partir de questões relacionadas às habilidades de crianças e adultos relatar fidedignamente os fatos vividos, tanto nos casos de abuso sexual, quanto nos de contravenções penais. (STEIN & PERGHER, 2001, p. 354)

Podem ser geradas espontaneamente, por consequência de um processo normal de compreensão, sendo chamadas de espontâneas ou auto-sugeridas. Podem, ainda, serem implantadas ou sugestionadas, a partir de sugestões externas, de forma acidental ou deliberada. (STEIN & NYGAARD, 2003)

Podem ser formadas a partir de acontecimentos passados na vida de uma pessoa, quando sugeridas por alguém de extensa familiaridade com o indivíduo. Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade para os indivíduos que as lembram. (BARBOSA 2002, 26) Ou seja, dentro de um contexto de relação interpessoal, a sugestionabilidade seria a aceitação de mensagens que lhe são comunicadas durante uma entrevista, e como consequência alteram seu comportamento e/ou resposta.

Existem três teorias explicativas a fim de elucidar os mecanismos responsáveis pelas falsas memórias: Paradigma Construtivista, Teoria do monitoramento da fonte, que enfatiza o julgamento da fonte de informação de uma memória e Teoria do traço difuso, que considera a memória como sendo constituída por dois sistemas independentes de armazenamento e recuperação de informação. (NEUFELD, BRUST, & STEIN, 2010)

O paradigma construtivista concebe a memória como um sistema que vai sendo construído a partir da interpretação pessoal dos eventos. Desta forma, a memória resultante deste processo seria aquilo que as pessoas entendem sobre experiência e seu significado, sendo cada informação compreendida e reescrita com base em experiências prévias. A teoria Construtivista recebeu uma série de críticas em função de sua concepção de que somente o significado de uma experiência seria armazenado na memória, e as informações específicas dessa experiência não seriam memorizadas. (STEIN 2010, 29)

A Teoria do Monitoramento da Fonte baseia-se em erros no monitoramento ou quando são realizadas atribuições equivocadas de fontes que podem ser resultado da interferência de pensamentos, imagens ou sentimentos que são erroneamente atribuídos à experiência original. (STEIN 2010, 31-32) A principal crítica encontra-se na limitação do fato que a falsificação da lembrança ocorreria somente para informação sobre a fonte. (DI GESU 2014, 139)

A Teoria do Traço Difuso Busca responder as críticas das teorias anteriores. Essa teoria propõe que a memória é composta por dois sistemas distintos – a memória de essência (gist) e a memória literal (verbatim). A memória da essência armazenaria o significado do evento ocorrido, enquanto a memória literal armazenaria a lembrança dos aspectos específicos do evento. (HUANG 2009, 15)

Trata-se da teoria mais complexa. Entretanto não deixa de ser alvo de críticas por parte da doutrina especializada, uma vez que não explica os erros de julgamento da fonte de experiências diferentes (explica apenas em experiência que são idênticas), bem como por dividir a memória em traços. (DI GESU 2014, 141)

Em suma, as falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, já que realmente acredita que viveu aquele fato, que aquela memória é verdadeira. Para o Processo Penal não se pode ignorar, portanto, que a memória da vítima e/ou testemunha é a fonte primordial para o esclarecimento do delito e formação do magistrado, sendo inegável o reconhecimento dos reflexos das falsas memórias. (MANDARINO e FREITAS 2014)

Não obstante, sob o foco da psicologia do testemunho, as lembranças de abuso sexual precoce poderão ser encaradas como relatos verdadeiros como metáforas. É o que explica Maria Helena M. Ferreira:

Lembranças de abuso sexual precoce podem ser encaradas ao menos de duas formas distintas: como relatos verdadeiros de um fato infalível ou como metáforas de uma ampla faixa de violação de limites, violações estas que pertencem ao passado. Uma lembrança real de uma experiência precoce seria relatada do ponto de vista da criança e provavelmente contaria muitas emergências falsas, contradições internas e todos os outros vestígios de uma lembrança confusa; por outro lado, um relato semelhante com uma estrutura de narrativa estrita e uma total ausência de dúvida ou detalhe irrelevante é na maioria das vezes falso. (FERREIRA M. H., 2010, p. 98)

Assim, verifica-se que infantes vítimas de abuso sexual, além da situação de abuso, passam por diversas outras situações e eventos relacionados, sendo expostos a outras fontes de informação. Como exemplo, pode-se citar discussões posteriores, contatos com os pais e a família, psicólogos, assistentes sociais, entre outros, que podem comprometer a acurácia de seu depoimento.

Destarte, na apuração de crimes sexuais, sobretudo em que a criança é vítima, e é ouvida com auxílio de profissional especialista na área, assim, mister se torna o estudo da memória pelos profissionais. Esse estudo deverá ser realizado a partir de técnicas de entrevistas baseadas em conhecimento científico acerca do funcionamento da memória, para que seja possível extrair da criança o verdadeiro relato sobre os fatos que permeiam o suposto abuso, senão vejamos:

Quando falamos de falsas memórias esquecemos que no abuso sexual o que devemos procurar no abusado não é a memória explícita e declarativa, onde está incluída a memória do episódio (episódicas). O ponto nevrálgico e revelador é a memória procedural ou implícita. Este domínio da memória

não necessita nem envolve atenção focal, que fica muito comprometida no momento do trauma. Essa é a memória que demonstrará se o abuso ocorreu através dos sintomas e da nova estrutura da mente da criança-vítima. (FERREIRA M. H., 2010, p. 98)

Assim, devemos desconfiar de relatos absolutamente perfeitos, pois geralmente não são verdadeiros, dado que como diamantes, não raro, são falsos. (ROSA e AVÍLA 2014) Deve-se, portanto o juiz e todos os envolvidos no processo, agir com cautela a na apuração dos fatos, para não se correr um risco de adotarem um viés confirmatório, colocando em risco a memória, suggestionando a testemunha.

O reconhecimento deste fenômeno em nossa jurisprudência é praticamente inexistente. Segundo Gustavo Noronha de Ávila, estamos pelo menos 50 anos atrasados em relação aos avanços da ciência. Inglaterra, Nova Zelândia e Austrália contam com pessoas especialmente treinadas. A técnica utilizada é da entrevista cognitiva.

Consiste em que o depoente sinta-se acolhido e ciente das regras. É ele quem conduz a conversa, com relato livre, enquanto o profissional apenas o escuta. O grande diferencial reside em técnicas que buscam recriar o contexto do fato (som, cheiro) e só depois é que vêm as perguntas, realizadas de forma aberta, sem incluir novas informações. (G. N. ÁVILA 2015)

Vê-se então, que na esfera jurídica os efeitos das falsas memórias podem ser extremamente danosos, levando inclusive a condenações injustas, no que tange principalmente aos crimes sexuais, em que se maximiza a palavra da vítima em detrimento das demais provas.

4 PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No decorrer do desenvolvimento do relacionamento entre indivíduo e Estado, surgiu a necessidade de normas que garantissem os direitos fundamentais do ser humano contra o forte poder estatal intervencionista. Em razão disso é que o Direito Penal e Processual Penal deve nortear-se pelas garantias e princípios constitucionais.

Para Canotilho, os direitos fundamentais não são *leges imperfectae* porque, para sua plena concretização, não necessitam de complementação legislativa por parte do legislador infraconstitucional. Os mandamentos constitucionais têm um “privilegio concretizante”, o que significa uma intensidade vínculo-constitucional que obriga o legislador constituinte, e até mesmo os membros do Poder Judiciário, a atender a força dirigente dos direitos fundamentais. (CANOTILHO 1994)

Ingo Sarlet conceitua os direitos fundamentais, englobando os conceitos material e formal:

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrada ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal). (SARLET 2001, 82)

Os princípios fundamentais tem a mesma natureza das demais normas jurídicas, com o mesmo tipo de eficácia, apresentando a peculiaridade de servir com mais intensidade como instrumento hermenêutico na interpretação do sistema jurídico, com uma função semelhante à desempenhada pelo preâmbulo constitucional. São considerados fundamentais porque dentro do sistema constitucional funcionam como estruturas para integração das normas. (AGRA 2002, 108) Desta forma, exercem a função de conexão entre os dispositivos da Constituição com a finalidade de aumentarem a eficácia do sistema.

Corolário dos princípios fundamentais, a Dignidade da Pessoa Humana tem sua origem bíblica. O livro de Gênesis afirma que o homem é um ser criado à imagem e semelhança de Deus. Com a ascensão do Iluminismo, pautado na centralidade do homem, surge o desenvolvimento da idéia de dignidade humana entrelaçada com os direitos individuais do homem e o exercício democrático do poder. Com o desenvolvimento do pensamento jusnaturalista, impulsionado por Kant, baseando-se na idéia de que o homem é um fim em si mesmo e que todo individuo possui dignidade, afastando qualquer espécie de disponibilização da pessoa humana.

Após a segunda Guerra Mundial, em razão da latente necessidade de reconstrução dos direitos humanos, em repúdio à concepção positivista indiferente aos valores éticos e limitação ao poder estatal, a dignidade da pessoa humana foi consagrada no plano internacional. A partir daí, diversos países inseriu em suas constituições como fundamento do Estado, inclusive o Brasil, ao estruturar a Carta Magna, em seu artigo 1º, inciso III, toando como fundamento dos demais direitos.

Assim, a dignidade da pessoa humana representa um complexo de direitos que são apanágio da espécie humana, sem eles o homem se transformaria em coisa, *res*. (AGRA 2002, 124) Desta forma, a dignidade humana é violada sempre que a pessoa for tratada como “meio” ou objeto, ofendendo a qualidade intrínseca e distintiva inerente a todo ser humano, que o protege contra todo tratamento degradante e discriminatório.

Ingo sarlet afirma que a dignidade da pessoa humana possui força normativa mais intensa que uma simples norma, que, além do seu enquadramento na condição de princípio (valor) fundamental, é alicerce de mandamento definidor de direito e garantia, mas também de deveres fundamentais. (SARLET 2001, 125) Dentro desse viés, o princípio da presunção de inocência se insere entre as garantias do devido processo legal, que assegura contra o arbítrio punitivo estatal e ao resguardo de valores constitucionais: a Dignidade da Pessoa Humana, a liberdade, a verdade e a segurança. (FERRAJOLI 2002, 506).

Também denominado não-consideração previa de culpabilidade, traduz-se em status ocupado por investigado ou por acusado no desenrolar da persecução penal: estado de inocência, até que se perfaça transitado em julgado de uma decisão condenatória. (ARANTES FILHO 2010) Desta forma, a presunção de inocência pode ser conceituada como uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive, ao preço da impunidade de algum culpado, traduzindo-se em um princípio fundamental de civilidade. (FERRAJOLI 2002, 549)

O princípio da dúvida pelo réu no processo penal remonta a tempos imemoriais. O primeiro significado da presunção de inocência foi sustentado no artigo IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão editada na França em 1789; o segundo consolidou-se no debate das escolas penais italianas, culminado na atual redação do artigo 27.2 da Constituição italiana; e o terceiro e último, mais próximo temporalmente, desenvolveu-se nas Nações Unidas, primeiramente com o artigo 11.1 da Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em 1948, ocasião em que foi assinada por diversos países, seguida por outros textos internacionais de direitos humanos, como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos de 1966. (CAMARGO 2001, 23)

O avanço democrático brasileiro trouxe o compromisso ao legislador constituinte de 1988 em afirmar a presunção de inocência já consagrada em textos internacionais de direitos humanos. A par disso, estatuiu-se no art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal brasileira como princípio basilar do Processo Penal, dentro do capítulo referente aos direitos e garantias individuais, nos seguintes termos: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nota-se que a Constituição Federal não fez referência expressa ao termo “presunção de inocência” prosperando a opção doutrinária e jurisprudencial ao modelo que privilegia o *jus libertatis* frente ao *jus puniendi*, garantindo ao indivíduo um significado amplo da presunção de inocência. (VARALDA 2007, 44-46) Assim, à primeira vista, a inserção da presunção de inocência na CF, cumpre uma função político-retórica, incutindo no cidadão a

ideia de que o processo penal tem a função de garantir os direitos do acusado, sempre o considerando inocente até que sobrevenha uma sentença penal condenatória irrecorrível.(GOMES FILHO 1991, 2)

Atualmente, a doutrina majoritária analisa a presunção de inocência sobre três enfoques: como garantia política do estado de inocência; como regra de julgamento em caso de dúvida, traduzindo-se no *in dúbio pro reo*; como regra de tratamento do acusado ao longo do processo. Como garantia política, a não-consideração prévia de culpabilidade se expressa em termos gerais: é assegurada a todos os indivíduos, indistintamente, sejam ou não investigados ou acusados por suposta prática de crime; e deve ser observada pela coletividade. (ARANTES FILHO 2010)

Como regra de julgamento, impõe-se o reconhecimento, dentre os fundamentos legais da absolvição², o mais favorável ao acusado. Toda questão relacionada ao *status libertatis* há de ser interpretada de forma mais benigna a cidadão que venha ser criminalmente perseguido. (ARANTES FILHO 2010). Neste aspecto, o princípio se impõe não apenas no momento da decisão judicial, senão também como regra de tratamento do suspeito, que não pode tão-somente igualar-se ao culpado, por se tratar efetivamente de suspeito, indiciado, arguido ou réu. (VARALDA 2007, 50)

Por fim, como regra de tratamento, sua atuação será tanto na dimensão externa, impondo limites a estigmatização do acusado, quanto na dimensão interna do processo, conferindo efetivo tratamento ao acusado como inocente, transferindo o ônus da carga probatória ao órgão acusador. Desta forma, ao réu não incumbe o dever de provar a acusação e nem ao menos colaborar, uma vez que tem o direito constitucional ao silêncio, mas sim, tem o direito apenas de contradizê-la, respeitando-se a dialética processual.

Nesta esteira, o princípio da presunção de inocência apresenta o “norte” da carga da prova. Contudo, é preciso, ainda, que o réu possa contraditar a prova produzida pela acusação, produzir, se quiser provas, a fim de minimizar os riscos de uma sentença desfavorável, exercendo amplamente sua defesa. (DI GESU 2014, 67) Resta claro, portanto, que o ônus da prova é inteiramente da acusação e não do acusado. E mais, a culpa e não a inocência deve ser

² O artigo 386 do Código de Processo Penal prevê como fundamentos legais para a absolvição a insuficiência de prova, inoportunidade do fato e atipicidade da conduta: “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: I - estar provada a inexistência do fato; II - não haver prova da existência do fato; III - não constituir o fato infração penal; IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; VII - não existir prova suficiente para a condenação.”

demonstrada; e é a prova da culpa – e não da inocência, que se presume desde o princípio - a forma é o objeto do júízo. (FERRAJOLI 2002, 549).

Ressalte-se assim que investigados ou acusados não podem ser tratados como culpados. Se a acusação tem carga de descobrir hipóteses e provas e a defesa tem o direito de contradizer com contra-hipóteses e contraprovas, o juiz, cujos hábitos profissionais são a imparcialidade e a dúvida, tem a tarefa de experimentar todas as hipóteses, aceitando a acusatória somente se estiver provada e não a aceitando, conforme do *favor rei*, não somente se resulta desmentida, como também se não são desmentidas todas as hipóteses idôneas a elas. (FERRAJOLI 2002, 152)

Na falta de condições probatórias, o juiz deve sempre absolver, esse é o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, sendo de observância obrigatória a todos os tipos penais, por questões de Legalidade e Isonomia. (MELHEM e ROSAS 2014) Destarte, da análise da prova à motivação da decisão judicial, o magistrado deve nortear-se pelo princípio da presunção de inocência, o qual deve ter como resultado da jurisdição o reconhecimento de um só valor: a justiça, o jogo claro e limpo, sem desvios. (CORDERO, p. 90)

Reside aqui o ponto nevrálgico do presente trabalho: os inúmeros casos de condenações criminais em crimes de natureza sexual, em especial o crime previsto no art. 217-A do Código Penal (Estupro de Vulnerável), os quais têm sido embasados no livre convencimento motivado do juiz, quase que exclusivamente calcado na palavra da ofendida.

Em suma, a parte da fundamentação da sentença aponta como causa suficiente para ensejar a condenação um único testemunho, relegando todo restante probatório. Isso leva a dois pontos inter-relacionados. Se a condenação tem sua base unicamente na oitiva da ofendida e este depoimento quase sempre deixa uma margem de dúvida no processo, é obvio que o jargão *in dubio pro reo* está sendo amplamente violado. (MELHEM e ROSAS 2014)

Nessa esteira, se a um único tipo de prova (depoimento da ofendida) é dado valor superior a todo lastro probatório dos autos, fica claro o retorno da prova tarifada, tendo uma nova prova “no trono”, a palavra da ofendida ganhou o lugar da confissão no reinado e é agora a nova rainha das provas para o Processo Penal pátrio. (MELHEM e ROSAS 2014) E tem ocorrido porque o denunciado já é reputado como culpado pelo crime, devendo ele fazer prova ante a palavra da vítima, com clara inversão do ônus probatório, resultando em condenações pautadas na supressão dos princípios constitucionais consagrados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo presente estudo foi possível apresentar uma análise de como é valorada a palavra da vítima nos crimes sexuais, em especial a palavra do menor nos crimes de estupro de vulnerável, bem como vislumbrar o funcionamento da memória e o fenômeno denominado falsas memórias, expondo a fragilidade da carga probatória pautada no testemunho pessoal e a influência na convicção e convencimento do magistrado, as quais têm gerado condenações injustas, marcada pela mitigação dos Princípios Fundamentais, em especial o da Presunção de Inocência ou não-presunção de culpabilidade.

Ao se postular por um sistema garantista, o qual deve-se nortear-se pelas garantias constitucionais, constitui a presunção de inocência como garantia do devido processo legal que resulta em valores constitucionais de dignidade humana, liberdade, verdade e segurança. Outrossim, o princípio da presunção de inocência deve ser operado ainda como regra de julgamento, expressando-se no *in dúbio pro réu*.

Assim, verificou-se que a justiça brasileira não está apta para enfrentar o problema de falsas memórias. A prova testemunhal tem sido amplamente utilizada, principalmente nos crimes cometidos contra a dignidade sexual, especialmente quando tratamos de possíveis condenações amparadas em testemunhos acometidos de falsas memórias. A prova testemunhal por si só, já é uma prova que exige do magistrado certa cautela, por isso é chamada pela doutrina de “prostituta das provas”. Pois, na tentativa de reconstrução dos fatos pretéritos, é sempre recheada de impressões e vivências pessoais da testemunha.

Assim, por mais grave que seja o crime tratado, ainda que cause repúdio por grande parte da sociedade, este não deverá ser sopesado de maneira diferente quando comparado a outros crimes, visto que poderá se traduzir na ausência de isonomia da aplicação de normas constitucionais vigentes, que são de observância obrigatória para todos os operadores do direito.

Ainda, é momento de se reconhecer o fenômeno chamado de falsas memórias, que é a criação de memórias através da sugestibilidade, ouvindo-se as partes do processo de forma tendenciosa e despreparada pelos operadores do direito e pela equipe técnica, como psicólogos e assistentes sociais.

Sendo assim, na falta de condições probatórias mínimas há a necessidade de se aplicar corretamente os princípios e garantias constitucionais, devendo, portanto, impor-se a absolvição do réu por falta de provas, em respeito à presunção de inocência com base ao *in dúbio pro réu*, a fim de se evitar graves falhas processuais e severas condenações injustas.

Há decisões dos tribunais, datadas desde 1950, em que admite-se valorar sobremaneira a palavra da vítima nos crimes sexuais, sendo muitas vezes único meio de prova a ensejar a condenação do réu, em razão das peculiaridades trazidas por este tipo de crime, já que muitas vezes são cometidos sem a presença de testemunha, supondo-se que a vítima não teria interesse em depor contra sua própria reputação.

Ocorre que com a evolução da sociedade moderna, os valores foram mudados, sendo certo que nos dias atuais ocorrem situações que antes não eram reconhecidas ou apenas não há relatos de que ocorriam. A questão é com a evolução surgiram outras peculiaridades que deverão ser consideradas durante a análise e instrução processual, antes de ser prolatada a sentença.

Há de se considerar e reconhecer situações como o moderno estudo que vem se desenvolvendo, o qual coloca em xeque toda a prova testemunhal: as falsas memórias. Já a muito se sabe que a prova testemunhal não é deveras confiável, sendo inclusive considerada a “prostituta das provas”. Assim, diversos doutrinadores, como Aury Lopes Junior e Gustavo Noronha de Ávila explicam que as falsas memórias são ocasionadas através da sugestibilidade de falsa informação, a qual o receptor passa a acreditar como se verdade fossem. , podem ser geradas também por autossugestão, ou ainda, por uma distorção cognitiva endógena. É a inserção de informações e fatos que não existem e/ou não ocorreram, na qual o sujeito acredita verdadeiramente que passou por tais experiências.

Estas sugestibilidades podem se dar de diversas formas, podendo ocorrer a partir de oitivas realizadas por técnicos e operadores do direito que acabam sugestionando a testemunha através de formas inadequadas de inquirição.

Por conseguinte, essas questões estão diretamente ligadas a todo o processo, uma vez que a oitiva de testemunhas e vítima constitui parte fundamental do *múnus probatório* e conseqüentemente da formação da convicção do magistrado. Assim, se a sentença tem como fundamento de condenação um único testemunho, que ressalte-se, este depoimento na maior parte das vezes deixa uma margem de dúvida no processo, por serem recheados de contradições, relegando as demais provas, resta claro a mitigação da presunção de inocência e a violação do *in dúbio pro reo*.

Destá forma, podemos perceber que nessas sentenças há ampla violação dos princípios e garantias constitucionais previstas no art. 5º da CF e em toda a ordem constitucional internacional, uma vez que a presunção de inocência é tratada em diversos pactos e declarações internacionais.

Outrossim, estes princípios são de aplicação obrigatória a todos os tipos penais, sendo que os crimes sexuais não constituem exceção para sua inaplicabilidade, em razão da isonomia e da legalidade. Logo, se há falta de provas, o juiz deverá absolver o réu, alicerçado no *in dubio pro reo*. Desta forma, merece sim a vítima de crime sexual proteção integral pelo Estado, porém também é certo que ao réu, deverão ser conferidas as proteções exigidas pela Constituição relativas à sua dignidade, liberdade e integridade, com garantia de aplicação dos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. *Manual de Direito Constitucional*. São Paulo: RT, 2002.

ARANTES FILHO, Marcio Geraldo Britto. *Notas sobre a tutela jurisdicional da presunção de inocência e sua repercussão na conformação de normas processuais penais à Constituição Brasileira*. Revista Liberdades - IBCCRIM. v. 04 (maio-agosto 2010): 24-43.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Psicologia do testemunho: as falsas memórias no processo penal*. 10 de setembro de 2015. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/> (acesso em 13 de abril de 2017).

BARBOSA, Claudia. *Estudo experimental sobre a emoção e as falsas memórias*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Porto alegre: PUCRS, 2002.

CAMARGO, Mônica Ovinski de. *O Estado e o Indivíduo: O Conflito entre Punir e Libertar – História da presunção de Inocência no Brasil (1948-2000)*. Dissertação de mestrado apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina. Orientadora: Professora Doutora Ela Wiecko de Castilho. Florianópolis, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

CAPANO, Evandro Fabiani. *Dignidade Sexual: Comentários aos novos crimes do Título IV do Código Penal (arts. 213 a 234-B) alterados pela Lei 12.015/2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CHIOVENDA, Guiiseppe. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1969.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Estudos do processo penal: o mundo à revelia*. Campinas: Agá Juris Editora, 2000.

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FERNANDES, Antonio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 253. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERREIRA, Maria Helena Mariante. *Memórias Falsas ou apuração inadequada?* In: *Incesto e Alienação Parental: Realidades que a justiça insiste em não ver*, por Maria Berenice (Coord.) DIAS. São Paulo: RT, 2010.

FERREIRA, Maria Helena Mariante. *Primum Non Noscere*. In: *Violência Sexual e escuta judicial de crianças e adolescentes: a proteção segundo os especialistas.*, por Varios autores. Org. Associação dos Assistentes Sociais e Psicólogos do Tribunal de Justiça de São Paulo. São Paulo: AASPT-SP, 2012.

GENTIL, Plínio, e Renato MARCÃO. *Crimes contra a dignidade sexual: comentários ao Título VI do Código Penal*. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*. São Paulo: Saraiva, 1991.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*. Niterói: Impetus, 2013.

HUANG, Tin Po. *A produção de falsas memórias e a sua relação com fatores emocionais e processamentos consciente e automático*. Tese de doutorado apresentada ao Instituto de Psicologia da Universidade de Brasília. Orientador Professor Doutor Gerson Américo Janczura. Brasília: Universidade de Brasília, 2009.

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

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Campinas: Bookseller, 3º ed de 1912. 1996.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS Marisa Helena D'Arbo Alves de. *O reconhecimento de pessoas no processo penal e a falsa memória*. Direito penal, processo penal e constituição. Org. CONPEDI/UFPB, 2014: 536-555.

MELHEM, Patricia Manente, e Rudy Heitor ROSAS. *Palavra da vítima no estupro de vulnerável: retorno da prova tarifada?* 2014.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. . São Paulo: RT, 2005.

RATHEY, John J. *O cérebro – um guia para o usuário*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2002, p. 13 *apud* ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ROSA, Alexandre Morais, e Gustavo Noronha de AVÍLA. *Memória é como diamante: quanto mais falsa mais perfeita*. 08 de abril de 2014. Disponível em: <http://justificando.com/2014/09/08/memoria-e-como-diamante-quanto-mais-falsa-mais-perfeita> (acesso em 15 de junho de 2015).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2001.

SOUZA, José Guilherme de. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: Revista dos Tribunais, 1998.

—. *Vitimologia e violência nos crimes sexuais: uma abordagem interdisciplinar*. Porto Alegre: RT, 1998.

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

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER Giovanni Kuckartz. *Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas*. Psicologia: Reflexão e crítica, 2001: 353-366.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD Maria Lúcia. *A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais*. Revista Brasileita de Ciências Criminais - IBCCRIM, 2003.

VARALDA, Renato Barão. *Restrição ao princípio da presunção de Inocência: prisão preventiva e ordem pública*. . Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007