

PALAVRA DA VÍTIMA NO ESTUPRO DE VULNERÁVEL: RETORNO DA PROVA TARIFADA?

Patricia Manente Melhem

Mestre em Direito do Estado (UFPR)

Rudy Heitor Rosas

Especializando em Ciências Criminais (Faculdade Campo Real)

RESUMO: Trata-se de estudo sobre o punitivismo no crime de estupro de vulnerável, em que retorna a presunção de culpabilidade, com ênfase apenas na palavra da vítima, única prova em inúmeras condenações.

Palavras-chave: Processo Penal. Estupro de vulnerável. Prova tarifada. Falsas Memórias.

ABSTRACT: It is the study of punitivism in the crime of rape of vulnerable, which returns to the presumption of guilt, with emphasis on the word of the victim, only evidence in numerous convictions.

Keywords: Criminal Procedure. Rape of vulnerable. Evidence. False memories.

1 INTRODUÇÃO

Uma prática vem se tornando cada vez mais comum em todas as comarcas e tribunais do país, a exacerbação volitiva punitivista. Em tempos em que toda a doutrina caminha em rotas de direito penal mínimo quando não do abolicionismo penal, os juízos vem nadando em sentido oposto à maré e deixando muito claro seus anseios sancionatórios.

Num momento em que Luigi Ferrajoli postula por um sistema garantista, onde todo o Direito Penal e Processo Penal devem nortear-se pelas garantias constitucionais, incluindo aqui a presunção de inocência; em que Aury Lopes Jr, Jacinto Nelson Miranda Coutinho demonstram a necessidade urgente do extermínio do sistema inquisitório e a real aplicação do sistema acusatório; os magistrados arremangam suas togas para punir conforme seu livre convencimento, muitas vezes imotivado e valendo-se de hierarquia probatória, que a muito devia estar extinta.

O estupro de vulnerável é provavelmente aonde acontecem as maiores barbáries processuais dentro de todo sistema. Neste tipo de crime tem-se a volta clara da Presunção de Culpabilidade e a mitigação de garantias. Na ação penal o denunciado já entra como culpado pelo crime, devendo ele fazer prova, invertendo o ônus do Ministério Público para si e, mesmo que seu esforço seja o mais hercúleo possível, ainda tem grande probabilidade de ser condenado mesmo o lastro probatório sendo insuficiente.

É com base nesses julgados extremamente estigmatizantes, mal formulados e desapegados de interdisciplinaridade, que o presente trabalho tem sua gênese, não para se

posicionar ao lado de agressores de vulneráveis, mas para deixar em tela que por mais grave que seja o crime, por maior ojeriza que cause no ser humano, a isonomia está vigente, a presunção de inocência e tantas outras garantias são de aplicação e observância obrigatória para todos os membros do poder judiciário, somente podendo ser restringido por novo ordenamento constitucional.

O tecnicismo jurídico-positivo deve ser deixado de lado e dar espaço para a análise do Direito junto com outras ciências sociais e humanas, com a única finalidade de se aproximar ao máximo da justiça, mesmo que utópica.

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 ESTUPRO DE VULNERÁVEL E A IMPORTÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA

O estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal) é tipo penal novo, trazido pela Lei nº 12.015/09, adjunto do pacote de modificações inseridas no Título VI do Código Penal. Para melhor adentrar ao tema, cumpre papel fundamental o apontamento manualístico, relacionando os sujeitos que podem figurar no polo ativo e no polo passivo. Assim elenca GRECO:

No que diz respeito ao sujeito ativo, quando a conduta for dirigida à conjunção carnal, terá a natureza de crime de mão-própria, e comum nas demais situações, ou seja, quando o comportamento for dirigido à prática de outros atos libidinosos; crime próprio com relação ao sujeito passivo, uma vez que a lei exige que seja a vítima menor de 14 (catorze) anos (*caput*), ou portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não tenha o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não possa oferecer resistência (§1º).¹

Diante disso cabe dividir o estupro de vulnerável em dois atos distintos: em primeiro lugar a conjunção carnal, que pode ser relacionada com o sexo tradicional, onde ocorre a introdução do pênis na vagina. Por isso é crime próprio para o sujeito ativo, que deve necessariamente ser homem e também é próprio para a vítima, as hipóteses são: ser menor de 14 anos; não ter o necessário discernimento ou não ser capaz de oferecer resistência; qualquer dessas hipóteses somada à necessidade da vítima ser do sexo feminino. Já o outro ato libidinoso é comum no polo ativo (tanto homem como mulher podem praticar) e próprio no passivo, porém aqui podem figurar como vítimas pessoas de ambos os sexos, desde que se enquadrem na condição de vulnerabilidade.

Outro aspecto relevante é que todas as hipóteses amparadas pelo tipo penal em questão

¹ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial*, v. III. Niterói: Impetus, 2013, p. 538.

guardam relação com pessoas que tenham desenvolvimento mental incompleto (menor de 14 anos ainda não atingiu sua plenitude e falta de discernimento por deficiência mental) ou com desenvolvimento mental prejudicado (falta de discernimento por enfermidade e impossibilidade de resistência), ou seja, não compreendem ainda ou não estão aptos a compreender a plenitude dos fatores mundanos.

Por serem consideradas vulneráveis/ hipossuficientes as vítimas desse tipo penal vêm experimentando uma “superproteção” estatal, não que isso seja algo errado - a monstruosidade do agressor neste crime é algo ímpar, mas essa proteção deve ser aferida pelo magistrado com certo cuidado, pois além da proteção que deve ser despendida à vítima, o Estado também elenca uma série de prerrogativas e garantias constitucionais e legais que devem ser observadas em relação ao acusado.

Muitos julgados vêm revelando a proteção excessiva dada pelos juízes quando em sede de estupro de vulnerável² e que afetam os direitos do agressor. Veja-se o trecho do julgado do TJ/MG:

Principalmente da palavra da vítima, que em circunstâncias como a presente, em sede de delito contra os costumes é dotada de grande validade probatória, dada a clandestinidade que o crime é cometido, pois não seria razoável esperar que alguém, por mais ousado que fosse, pudesse cometer um estupro ou atentado violento ao pudor às claras, na presença de várias testemunhas. Ao contrário, são estes delitos, via de regra, praticados em surdina, em locais ermos, escondidos, na calada da noite, onde geralmente a única testemunha dos fatos é o da própria ofendida, que se vê pega de tocaia pelo agente, que, propositalmente, escolheu a oportunidade perfeita para atacar sua vítima, longe dos olhos atentos de terceiros. Ignorar, portanto, nestas hipóteses, a palavra da ofendida, que não tem interesse pessoal nenhum em prejudicar o acusado, mas tão-somente em ver apurado o fato, fazendo prevalecer a dúvida gerada pelas declarações do réu que, sem nenhuma surpresa, irá negar o crime, é premiar a desenfreada concupiscência provocada pela insana e anormal lascívia que culmina em atos bárbaros como os verificados neste processo, levados a cabo na clandestinidade. É fechar os olhos para a realidade que se mostra às claras em cada rua deserta, em cada beco escuro, em cada terreno baldio, ou em qualquer local semelhante que se desenha como cena perfeita para o vulpino agente atrair ou surpreender sua próxima vítima.³

Nessa mesma esteira OLIVEIRA JÚNIOR e QUINTINO DE OLIVEIRA:

Para tanto, deve-se levar em conta que uma das peculiaridades do crime de estupro é que, na maioria das vezes, o fato ocorre na clandestinidade, isto é, envolve apenas os sujeitos ativo e passivo do delito e em lugares isolados – “*solus cum sola in solitudine*” –, o que dificulta a obtenção de provas, tanto material quanto testemunhal. Assim sendo, a palavra da vítima ganha uma relevância essencial por

² Dentre esses julgados podem ser apontados: *RT 671/305-6/SP*; *HC 135972/SP*, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJe de 7.12.2009; *REsp 401028/MA*, Rel. Ministro OG FERNANDES, Sexta Turma, DJe de 22.3.2010 e *Ap. Crim. Nº 15381/2010 /MA*. Relator: Desembargador José Luiz Oliveira de Almeida.

³ Apelação Criminal *AP 1.0000.00.245308-2/000(1)/MG*. Relator: Tibagy Salles.

ser muitas vezes a única forma de se provar o ocorrido.⁴

Os julgadores e alguma parte da doutrina, como acima exposto, vêm entendendo que, pelas circunstâncias em que acontece o delito e pela gravidade da natureza do crime, é possível superar algumas prerrogativas de que deveriam gozar os agressores e condená-los com base numa única prova.

É aqui que devem ser feitas as ressalvas sobre a condenação pelo estupro de vulnerável, pois, como o próprio nome revela, as vítimas são menores ou estão em situação de falta de discernimento, o que não dá segurança ampla em seus depoimentos, isso somado ao moderno estudo sobre as “falsas memórias” ou memórias implantadas, revelando que o momento processual pode ser tenebroso e injusto para muitos denunciados. Por isso merece mais análise e aprofundamento.

2.2 FALSAS MEMÓRIAS

Um dos precursores do estudo sobre falsas memórias foi o francês Binet, em 1900, mas foi a professora Elizabeth F. Loftus, quem deu novos rumos ao estudo, é o que demonstram LOPES JR. e DI GESU: “Em que pesem os estudos anteriores de Binet, em 1900, na França, Stern, em 1910, na Alemanha e de Bartlett em 1932, foi Loftus (nos anos 70) quem introduziu uma nova técnica para o estudo das falsas memórias”.⁵

Os mesmos autores supramencionados trouxeram uma breve conceituação do que são as falsas memórias:

[...] consistente na sugestão da falsa informação. É a inserção de uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa.⁶

Do conceito podem ser extraídos dois fatores fundamentais, o primeiro reside no fato

⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; QUINTINO DE OLIVEIRA, Pedro Bellentani. *A palavra vítima no crime de estupro de vulnerável e sua valoração no processo penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2013/03/12/a-palavra-vitima-no-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-sua-valoracao-no-processo-penal/>>. Acesso em 01 set. 2013.

⁵ LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*: em busca da redução de danos. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fgabrieldivan.files.wordpress.com%2F2010%2F02%2Fprova-penal-e-falsas-memorias.doc&ei=NTYqUqqQCPat4APe4YDQDw&usq=AFQjCNFxfcyI6rrFpDKJVsKVFtIMhOdLFQ&sig2=DxZciOTwsMVAMsUXLj9_NA&bvm=bv.51773540,d.dmg>. Acesso em 03 set. 2013.

⁶ LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal...*

da pessoa ter realmente vivido uma experiência e o segundo é que a informação falsa é introduzida em meio a esta experiência. O produto destes dois faz brotar uma memória falsa, mas que para a pessoa é como se fosse real.

Se fosse o caso de uma solução equacional ter-se-ia o seguinte: EXPERIÊNCIA REAL + INFORMAÇÃO FALSA (implantada) = FALSA MEMÓRIA, a consequência disso seria um relato viciado da experiência real, por conseguinte, a experiência seria falsa, irreal ou virtual.

A força dessa falsa memória é tão intensa, que uma vez internalizada ela não consegue mais ser retirada da pessoa, pois para ela torna-se real, nesse sentido aponta matéria do jornal GAZETA DO POVO:

Um estudo publicado na BPS Review, dos Estados Unidos, mostra como psicólogos conseguiram fazer com que algumas pessoas passassem a crer firmemente que fizeram algo que, na verdade, nunca fizeram. As pessoas criaram uma falsa memória para si mesmas que nem os próprios pesquisadores, depois, conseguiram apagar.⁷

Outro fato relevante é que pesquisadores americanos da MIT (Instituto de Tecnologia de Massachusetts) conseguiram criar uma forma de implantar falsas memórias em camundongos.⁸

Os estudos de Binet estavam calcados em questões de *sugestionabilidade*,⁹ de como uma sugestão falsa apresentada pode ser internalizada e passa a ser vista como real.

Ampliando o conceito de Lopes Jr. e Di Gesu, as falsas memórias podem surgir de duas formas, uma natural e outra que se relaciona com a sugestionabilidade, conforme aduz ÁVILA, GAUER e ANZILIERO:

As falsas memórias podem ser formadas de maneira natural, através da falha da interpretação de uma informação, ou ainda por uma falsa sugestão externa, acidental ou deliberada apresentada ao indivíduo. Podem ocorrer de duas formas: através de um procedimento de sugestão de falsa informação, que consiste na apresentação de uma informação falsa compatível com a experiência, passando a ser incorporada na memória sobre essa vivência. De outra forma, podem ser geradas espontaneamente quando resultam do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de

⁷ GAZETA DO POVO. *Ideia da semana – “É possível criar falsas memórias nas pessoas*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/dia-de-classico/ideia-da-semana-e-possivel-criar-falsas-memorias-nas-pessoas/>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁸ GLOBO.COM. *Cientistas conseguem criar memória falsa em camundongos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2013/07/cientistas-conseguem-introduzir-memoria-falsa-em-camundongos.html>>. Acesso em: 02 set. 2013.

⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. *Memória(s) e Testemunho: um enfoque interdisciplinar* in POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Crime e Interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012, p.381.

distorção mnemônicas endógenas.¹⁰

Trazendo a questão da falsa memória para o campo do estupro de vulnerável, ambas as formas de surgimento (natural e sugestiva) podem ser avassaladoras para o processo, principalmente pela atual postura de juízes e desembargadores, no sentido da condenação ser possível somente tendo como base os relatos da ofendida.

O problema da falsa memória não reside somente no bojo familiar, onde é obvio que o vulnerável pode sofrer tentativas tendenciosas de alterar sua visão e lembranças do fato, está também na forma como os profissionais conduzem o tratamento despendido, nessa linha vão os aportes de ÁVILA, GAUER e ANZILIERO:

Assim como um terapeuta, um investigador ou o juiz pode ter uma hipótese sobre os fatos acontecidos e, com isso, corre o risco de adotar um viés confirmatório em suas entrevistas. A consequência dessa postura é evidente: o investigador pode suggestionar a testemunha, implantando lembranças sobre fatos que não ocorreram.¹¹

O escopo não é ser generalista e afirmar que toda condenação está eivada de injustiça e que todo vulnerável possui falsas memórias, mas apenas apontar os perigos nas condenações fundadas em um só tipo probatório, principalmente quando as demais provas produzidas são contrárias ao depoimento da vítima ou mesmo não pactuam com a oitiva da ofendida. Nos Estados Unidos uma pesquisa demonstrou que as falhas testemunhais, quando em erro de identificação, trouxeram mais condenações equivocadas que qualquer outro fator.¹²

Essa questão está diretamente ligada com todo o Processo Penal, já que as oitivas (testemunhas e ofendida) são parte estruturante da produção probatória e conseqüentemente da formação de convicção do magistrado.

2.3 SISTEMAS DE VALORAÇÃO DAS PROVAS: retorno à prova tarifada?

Os sistemas de valoração da prova são parte integrante e fundamental de um estudo de amplitude bem maior, a teoria da prova, ou seja, esta seria o gênero e aquela a espécie. Como prova deve-se entender o mecanismo que será usado na busca da verdade, essa verdade é a

¹⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. *Memória(s)...* p.382.

¹¹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. *Memória(s)...* p.383.

¹² ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. *Memória(s)...* p.383.

verdade processual ou jurídica¹³, sendo inconcebível a busca da verdade real¹⁴. Assim, partindo da premissa que o processo busca sua verdade conforme o que está presente *intra autos*, a prova pode ser definida como “prova judiciária”, nesse sentido revela PACELLI:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, *tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo*. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.¹⁵

O objetivo não é estudar as verdades, mas situar a prova como objeto imprescindível para a solução do caso concreto e que dará suporte para o convencimento do magistrado, que nutrirá sua decisão. Veja LOPES JR:

Nessa atividade, a instrução (preliminar ou processual) e as provas nela colhidas são fundamentais para a seleção e eleição das hipóteses históricas aventadas. As provas são os materiais que permitem a reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva).¹⁶

Este convencimento do juiz está diretamente relacionado com a forma que ele valora estas provas, com a carga probatória dos fatos que elas trazem ao julgador. Nesse contexto, o Processo Penal experimentou diversos momentos axiológicos de prova, todos diretamente relacionados com a forma de atuação do magistrado e o momento histórico-cultural que o Direito experimentava. Pactuando com este entendimento TOURINHO FILHO:

Muito embora as partes, nessas alegações, auxiliem o Juiz na valoração das provas, o certo é que somente o Juiz é quem pode valorá-las.(...) A apreciação das provas, através da história, passou por diferentes fases, “amoldando-se às convicções, às

¹³ Nessa esteira PACELLI, Eugênio: “Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade *processual*. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente *jurídica*.” In *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 331.

¹⁴ Sobre questões de verdade real versa PACELLI, Eugênio: “A busca da *verdade real*, durante muito tempo, comandou a instalação de práticas *probatórias* as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade. (...) O aludido princípio, batizado como da *verdade real*, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal.” In *Curso de Processo...*, p. 331; e LOPES JR, Aury: “O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o ‘interesse público’ (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma ‘verdade’ a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-ator (inquisidor).” In *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 566.

¹⁵ PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo...*, p. 325.

¹⁶ LOPES JR, Aury. *Direito Processual...*, p. 537.

conveniências, aos costumes e ao regime político de cada povo”.¹⁷

Os sistemas de apreciação/valoração das provas mais importantes são: sistema da prova tarifada ou sistema das provas legais; sistema da íntima convicção; e sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional, conforme se explicita.

2.3.1 Sistema da Prova Tarifada

Surge como forma de reduzir o poder que os juízes detinham na Idade Média, ou seja, era uma forma de escape do sistema inquisitorial até então experimentado. Nesse sistema a lei trazia o valor que cada prova possuía, cada tipo de prova tinha um *quantum* genérico legal, não importando as divergências do caso concreto, existindo a prova A e a prova B, cada uma já tinha seu valor previamente tabelado, somente cabendo ao juiz realizar as fórmulas matemáticas que resultariam na condenação ou absolvição.

Aqui a confissão atuou como a “rainha das provas”, pois mesmo que houvesse um lastro probatório no sentido inverso, a confissão superava toda prova absolutória e tinha poder suficiente para condenar, é o que demonstra LOPES JR: “Era chamado de sistema legal de provas, exatamente porque o valor vinha previamente definido em lei, sem atentar para as especificidades de cada caso. A confissão era considerada uma prova absoluta (...)”.¹⁸

Assim fica claro que para este sistema a prova era hierarquizada, a simples confissão (sem análise ou juízo de valor) era suficiente para a condenação, independentemente de todo restante do conjunto probatório.

2.3.2 Sistema do Livre Convencimento e Sistema do Livre Convencimento Motivado

Tratar destes dois sistemas de forma agrupada é mais prático, pois torna mais cristalina a linha que separa um do outro.

O sistema do livre convencimento é também doutrinariamente chamado de sistema da íntima convicção, pois nele é totalmente desnecessária a motivação da decisão, o juiz goza de amplíssima liberdade para julgar conforme sua vontade, sem ter que se justificar ou salvar-se de qualquer critério racional, conforme leciona BONFIM: “(...) o julgador tem total liberdade para decidir, podendo, para tanto, amparar-se inclusive em elementos que não tenham sido

¹⁷ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 518.

¹⁸ LOPES JR, Aury. *Direito Processual...* p. 561.

trazidos aos autos e valorar as provas de modo soberano (...).¹⁹

No Brasil ainda se pode encontrar esse sistema na oportunidade do Tribunal do Júri, onde o conselho de sentença tem poder soberano de decisão, sendo que esta não precisa ser motivada, muito menos se pautar em lei, devendo apenas seguir parâmetros da justiça, conforme aduz o art. 472 do Código de Processo Penal.²⁰

Com escopo de desinflar a extensão do poder conferido ao magistrado, vige hoje (ou deveria vigor) no Processo Penal brasileiro o sistema do livre convencimento motivado ou sistema racional, suas características são elencadas por AQUINO e NALINI ao citar Gustavo Humberto Rodríguez R.:

O sistema racional tem características que merecem menção: “a) as provas devem estar no processo, e somente sobre elas recai a avaliação; b) não exclui a fixação legal prévia dos meios de prova idôneos e o seu ritual, c) a qualificação da prova é livre para o julgador, com duas limitações: sua racionalidade deve submeter-se à crítica probatória científica e à equidade, e sua decisão deve ser fundamentada. Esta obrigação de fundamentar a decisão constitui uma garantia para obter que o julgador fale segundo o alegado e provado, e para que possam confrontar-se os dados probatórios com sua avaliação racional e crítica”.²¹

É com o livre convencimento motivado que muitas garantias passam a ser observadas e seguidas, inclusive o Princípio da Presunção de Inocência e a máxima *in dubio pro reo*. Ou será que ainda assim os magistrados vêm atropelando as garantias e formando cada vez mais um Estado punitivista e de Direito Penal máximo?

2.3.3 Da Mitigação da Presunção de Inocência ao Retorno da Prova Tarifada

Como já apontado anteriormente, as condenações em inúmeros casos de crimes de natureza sexual, em especial o crime previsto no art. 217-A do Código Penal (Estupro de Vulnerável), vem tendo o embasamento (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.

O primeiro deles guarda relação com o princípio da presunção de inocência, sobre o assunto veja o que alude CAPEZ:

¹⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 324.

²⁰ BRASIL, Código Penal. *Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

²¹ AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 205.

O princípio da presunção de inocência desdobra-se em três aspectos: a) no momento da instrução processual, como presunção legal relativa de não-culpabilidade, invertendo-se o ônus da prova; b) no momento da avaliação da prova, valorando-a em favor do acusado quando houver dúvida; [...].²²

Esse posicionamento deixa evidente que quando houver dúvida na análise da prova, o magistrado deve pender para o denunciado, que é presumidamente inocente, com finalidade de lhe absolver.

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.

Nessa mesma 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.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Filtrando todo o exposto, cabe ressaltar que o foco aqui não é regredir à época inicial dos Códigos Penal e de Processo Penal onde a vítima (por questões culturais) era o primeiro culpado pelo abuso sexual que sofreu, mas sim apontar os riscos em condenações mal estruturadas em matéria probatória e o problema da inflação funcional autoconferida por alguns juízes, que ultrapassam sua competência, qual seja de julgadores imparciais, chegando ao extremo de inovar em matéria legislativa, desarmonizando os poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e assim afrontando a Constituição Federal, em especial o art. 2º.²³

Além disso, não se consegue chegar a curto ou médio prazo a uma solução plausível, mas já é possível ter um vislumbre, enxergar uma silhueta da porta de saída, que seria uma melhor condução da entrevista (oitiva) da vítima. Como apontado, um dos fatores que levam a criação da falsa memória é sugestibilidade, é ouvir a testemunha/vítima de forma tendenciosa e despreparada. Isso ocorre tanto na fase pré-processual, pela polícia, assistente social, psicóloga, entre outros, como na condução do processo pelo juiz, promotor e advogado, todos por falharem na construção das perguntas e implicitamente implantarem ideias tendenciosas, que se tornarão falsas memórias. O primeiro norte para transpor esse

²² CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 44.

²³ BRASIL, Constituição Federal. *Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

obstáculo é o uso de uma forma mais correta de entrevista, que seria a entrevista cognitiva,²⁴ técnica mais moderna e desvelada de tendências.

Assim, o melhor preparo de todos os atores processuais, saindo das entrevistas tradicionais para as cognitivas é o início de uma melhor construção judicial probatória, confirmam nesse sentido ÁVILA, GAUER e ANZILIERO:

A entrevista cognitiva se mostrou mais eficaz na produção de informações juridicamente relevantes com alto grau de precisão em comparação a uma entrevista padrão. Achados como esses parecem apontar para a efetividade desse procedimento em diferentes países e populações.²⁵

Mais uma vez a solução está na formação da base e não no combate direto do problema fático, enquanto não forem implementadas alterações desde o início, os problemas continuarão a vir em ondas (ou tsunamis) e destruir a qualidade do processo.

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. Sempre que um magistrado não conhecer os limites de sua competência funcional, exacerbar suas atribuições, vão existir falhas processuais graves.

Uma dessas falhas é o claro retorno da Prova Tarifada, quando em sede de Estupro de Vulnerável na maioria dos casos, a oitiva da vítima, quase sempre muito mal produzida e conduzida, embasa uma severa condenação.

O Direito não pode aceitar meias fórmulas, como vem sendo prática corrente no tipo penal em tela. Se existe o problema, ele deve ser estudado, debatido e solucionado, não tapando os buracos, mas corrigindo-o de pleno, pois o provisório pode ser ilegal e demasiadamente penoso. Ao mesmo tempo em que a vítima do estupro deve ser amparada pelo Estado, o réu não pode “pagar o pato” sozinho pelo despreparo da Autoridade.

²⁴ Sobre entrevista cognitiva ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo: “O objetivo principal da entrevista cognitiva é obter melhores depoimentos, ou seja, ricos em detalhes e com maior quantidade e precisão de informações. Baseia-se nos conhecimentos científicos de duas grandes áreas da Psicologia: Psicologia Social e Psicologia Cognitiva.” In *Memória(s)*... p.384.

²⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. *Memória(s)*... p.387.

4 REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: RT, 2005.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; ANZILIERO, Dinéia Largo. *Memória(s) e Testemunho: um enfoque interdisciplinar* in POZZEBON, Fabricio Dreyer de Ávila; ÁVILA, Gustavo Noronha de (org.). *Crime e Interdisciplinaridade: estudos em homenagem à Ruth M. Chittó Gauer*. Porto Alegre: Edipucrs, 2012.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL, Código Penal. *Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL, Constituição Federal. *Códigos 3 em 1 saraiva: penal; processo penal e constituição federal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

GAZETA DO POVO. *Ideia da semana – “É possível criar falsas memórias nas pessoas*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/dia-de-classico/ideia-da-semana-e-possivel-criar-falsas-memorias-nas-pessoas/>>. Acesso em: 02 set. 2013.

GLOBO.COM. *Cientistas conseguem criar memória falsa em camundongos*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/bemestar/noticia/2013/07/cientistas-conseguem-introduzir-memoria-falsa-em-camundongos.html>>. Acesso em: 02 set. 2013.

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

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175. Disponível em: <https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CC0QFjAA&url=http%3A%2F%2Fgabrieldivan.files.wordpress.com%2F2010%2F02%2Fprova-penal-e-falsas-memorias.doc&ei=NTYqUqqOCPat4APe4YDQDw&usg=AFQjCNFxfcyI6rrFpDKJVsKVfIMhOdLFQ&sig2=DxZcIOTwsMVAMsUXLj9_NA&bvm=bv.51773540,d.dmg>. Acesso em 03 set. 2013.

OLIVEIRA JÚNIOR, Eudes Quintino de; QUINTINO DE OLIVEIRA, Pedro Bellentani. *A palavra vítima no crime de estupro de vulnerável e sua valoração no processo penal*. Disponível em: <<http://atualidadesdodireito.com.br/eudesquintino/2013/03/12/a-palavra-vitima-no-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-sua-valoracao-no-processo-penal/>>. Acesso em 01 set. 2013.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.