

10.23925/2596-3333.v1n1.61586

RECEBIDO: 15.04.2022
APROVADO: 30.07.2022

ANDREIA GOMES DA FONSECA
ADVOGADA. MESTRE EM DIREITO
PENAL PELA PUC-SP. PROFESSORA DE
DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL NA
UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO
(UNINOVE)

RAFAEL FERREIRA BREIM
UNIVERSIDADE NOVE DE JULHO (UNINOVE).

**O ALTO VALOR PROBATÓRIO DA PALAVRA DA VÍTIMA EM CRIMES SEXUAIS
E SUA INVALIDADE EM FACE DO PROCESSO PENAL CONSTITUCIONAL-
DEMOCRÁTICO**

**THE HIGH PROBATIVE VALUE OF THE VICTIM'S WORD IN SEXUAL CRIMES
AND ITS INVALIDITY IN THE FACE OF THE CONSTITUCIONAL-DEMOCRATIC
CRIMINAL PROCEDURE**

RESUMO: O presente trabalho visa criticar o superdimensionamento da jurisprudência ao valor probatório da palavra da vítima em delitos sexuais contra adultos praticados sob circunstâncias clandestinas. Para tal, buscamos demonstrar a invalidade jurídica, política e epistemológica desse entendimento, sua inadequação frente a um processo penal constitucional-democrático, além de explicitar o popular-punitivismo que sustenta a tese jurisprudencial. Propõe-se, com o presente estudo, repensar cientificamente os atuais métodos de produção probatória para melhor aproveitarem do potencial epistêmico da palavra da vítima a fim de solucionar a problemática de natural déficit probatório em crimes clandestinos.

PALAVRAS-CHAVE: Punitivismo, Inimigo, Valor Probatório, Vítima, Crimes Sexuais.

ABSTRACT: This paper aims to criticize the overestimation of jurisprudence to the evidential value of the victim's word in sexual offenses against adults committed under local circumstances. To this end, we seek to demonstrate the legal, political and epistemological invalidity of this understanding, its inadequacy in the face of a constitutional-democratic criminal process, in addition to explaining the popular-punishment that supports the jurisprudential thesis. In order to better solve the problem of the evidential deficit of

RFID, São Paulo, v. 1, n. 1 p.128-145, 2022

Todo conteúdo Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito está sob Licença Creative Commons CC -By 4.0

clandestine crimes, it is proposed to scientifically rethink the current methods of evidence production that do not satisfactorily take advantage of the epistemic potential of the victim's speech.

KEYWORDS: Punitiveness, Enemy, Value Probative, Victim, Sex Crimes.

INTRODUÇÃO

Segundo estatísticas, a quantidade de delitos sexuais cometidos no Brasil é epidêmico.¹ Aliado a isso, em razão de o cometimento desses crimes se fazer longe dos olhares sociais e, muitas vezes, deixando poucos vestígios materiais, a taxa de solucionabilidade desses casos pelo sistema de justiça criminal é extremamente baixa.² Nesse grave cenário, grande parte da sociedade, amedrontada, que indevidamente enxerga a justiça criminal como a solução para a impunidade e a criminalidade que assola o país, exigiu mais punições e maior rigorosidade em face dos "inimigos".

A partir dessa indevida percepção social acerca do direito penal, os tribunais brasileiros, pressionados, passaram a flexibilizar garantias e, conseqüentemente, desvirtuar o próprio processo penal a fim de facilitar a condenação, em nítido intuito populista-punitivo de ilusoriamente solucionar de forma eficaz essa problemática. Para tal, firmou-se, nos tribunais brasileiros, o injustificado entendimento segundo o qual a palavra da vítima possui especial valor probatório em se tratando de crimes sexuais praticados sob circunstâncias clandestinas, visto que, segundo essa tese, a vítima de crimes dessa natureza frequentemente figura como a única testemunha do fato criminoso.

Conforme demonstraremos, o citado entendimento é inadequado frente aos objetivos do processo penal constitucional-democrático, se aliando a uma espécie de processo penal do

¹ Cf. UNIVERSA, Luiza Souto de. **País tem um estupro a cada 8 minutos, diz Anuário da Segurança Pública.** Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/18/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2020.htm>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

² Cf. MENEZES, Leilane. **Estupro no Brasil: 99% dos crimes ficam impunes no país.** Disponível em: <https://www.metropoles.com/materias-especiais/estupro-no-brasil-99-dos-crimes-ficam-impunes-no-pais>. Acesso em: 10 de outubro de 2021.

inimigo, além de a jurisprudência se apresentar incoerente do ponto de vista jurídico, politicamente danosa e epistemologicamente insustentável.

1. A QUE (NÃO) SERVE O PROCESSO PENAL?

De início, entendemos que o processo penal é um caminho necessário para se chegar legitimamente à pena³, cuja função é de efetivação do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, expõe Rômulo Moreira:

“O Processo Penal funciona em um Estado Democrático de Direito como um meio necessário e inafastável de garantia dos direitos do acusado. Não é um mero instrumento de efetivação do Direito Penal, mas, verdadeiramente, um instrumento de satisfação de direitos humanos fundamentais e, sobretudo, uma garantia contra o arbítrio do Estado”.⁴

Assim, o processo penal legitima o poder punitivo estatal à medida que mais concretamente se aproximar dessa função. É que, em virtude de o poder punitivo ser uma constante implacável da história humana e independente da existência do Direito Penal, o processo penal entra como um mecanismo de contenção desse poder, coexistindo ambos em uma batalha constante.

Aborda Aury Lopes Jr., na esteira da preferibilidade de uma política processual de redução de danos, que, dada a eterna existência de risco, violência e insegurança, é sempre melhor o risco com garantias processuais do que risco com autoritarismo⁵. Daí deriva todo o conjunto de princípios e garantias que compõem o devido processo legal dentro de um modelo pretensamente acusatório. Isto se dá em razão de uma escolha política orientadora de ao máximo restringir a possibilidade de condenação de inocentes, erro este muito mais difícil de ser evitado quando se opera num sistema pautado pela precariedade de garantias fundamentais aliado a um Estado policialesco. Cumpre dizer, o caráter permanente da violência no seio social é fundante à ideia de enfrentamento desse fenômeno conforme uma atuação de máxima

³ LOPES Jr. Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 34.

⁴ MOREIRA, Rômulo. **Curso Temático de Direito Processual Penal**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010, p. 312.

⁵ LOPES Jr. Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 215.

redução de danos, pois, historicamente, as utópicas tentativas de erradicação do mal mostraram perpetuá-lo desmedidamente.

A disseminada ideia segundo a qual o processo e o direito penal são instrumentos de mudança da realidade social, bem como de combate à criminalidade, conduzem, no fim das contas, a verdadeiras frustrações sociais, posto que jamais logrará êxito no alcance de tais objetivos, o que acaba corroborando para uma justiça criminal disfuncional. Nesse sentido, Karam ao tratar do combate a corrupção, que, porém, se encaixa na presente discussão:

“Ao centralizarem o combate à corrupção na utilização da reação punitiva e somarem suas vozes ao clamor contra a impunidade e ao apelo por uma maior eficiência da repressão, estes setores de esquerda aderem à ideia de que um maior rigor repressivo seria necessário para acabar com aquelas práticas de corrupção e com a impunidade de seus autores, assim ignorando o fato de que nenhuma reação punitiva, por maior que seja sua intensidade (...) pode pôr fim à impunidade ou à criminalidade de qualquer natureza, **até porque não é este seu objetivo.**”⁶ (grifo nosso)

É que a generalizada ideia de que o Direito Penal é um instrumento de mudança de graves problemas sociais exerce perigosa determinação na “programação” no sistema criminal, além de ofuscar a busca por soluções verdadeiramente eficazes para a criminalidade. Em análise acerca da origem de tal crença, vê-se que advém principalmente de duas problemáticas que se entrecruzam: a) a confusão das funções declaradas com as funções reais do Direito Penal; b) incompreensões acerca da realidade social, a qual se encontram, segundo Zaffaroni, embasadas em falsos dados sociológicos. Quanto ao primeiro caso, expõe o autor:

“O poder estatal concede às suas instituições funções manifestas que são expressas, declaradas e pública. (...) Porém, em geral, essa função manifesta não coincide por completo com que a instituição realiza na sociedade, ou seja, com suas funções latentes ou reais”.⁷

⁶ KARAM, Maria Lúcia. **A Esquerda Punitiva**. Disponível em: <https://emporiodireito.com.br/leitura/a-esquerda-punitiva-1508702858>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro – I**. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 88.

Por conseguinte, na maioria das vezes, as funções que o Estado publicamente declara acerca da justiça criminal não coincidem com o seu funcionamento no plano concreto, de modo que assimilar as funções manifestas como se reais fossem cria falsas crenças acerca do Direito Penal, em perigosa confusão entre ideologia e realidade, *ser e dever ser*. É nesse sentido que, por exemplo, as funções declaradas da pena podem ser erroneamente compreendidas pela sociedade com aquilo que é desempenhado na prática do encarceramento.

Já no segundo caso, em complemento ao primeiro, baseia-se em assertivas cuja veracidade científica é, senão duvidosa, uma quimera, inebriando juízes e legisladores, os quais se subordinarão nestas máximas para tomar suas decisões. Zaffaroni exemplifica⁸: “Penas mais graves diminuem os delitos.” “Punindo os ladrões, tutela-se a propriedade”, “A execução penal ressocializa”, “A pena dissuade”, “A intervenção punitiva tem efeito preventivo”, “A impunidade é a causa da violência”, “O consumidor de drogas proibidas converte-se em delinquente”, etc. Portanto, da simbiose entre o entendimento acerca das funções declaradas e reais como se iguais fossem, juntamente com a adesão às famosas proposições citadas carentes de uma séria averiguação sociológica, as quais são incorporadas pela mídia e população como evidentes, segue-se à perigosa expectativa popularmente difundida que o processo penal é e deve ser um instrumento funcional e benéfico de transformação social.

Assim, em razão da alastrada incompreensão da natureza punitivista do Direito Penal, bem como acerca das legítimas finalidades do processo penal, o sistema desemboca em um ciclo vicioso: os resultados esperados, uma vez não atingidos, conduzem ao descrédito popular em relação à eficácia da justiça criminal, impelindo a sociedade insatisfeita a suplicar por ainda mais severidade penal, fortemente influenciando juízes e legisladores a agirem em conformidade com tais exigências, e, em razão da justiça jamais realmente cumprir com o objetivo de combater a criminalidade, culmina-se em novas frustrações que levam ao descrédito institucional, pois o processo penal não serve para tal. Por consequência, o

⁸ Ibidem, p. 66, 67.

fenômeno descrito acaba por ampliar o estado de polícia e amesquinhar o estado de direito.⁹ Ao invés de instrumento constitucional¹⁰ visando prevalecer o conjunto de direitos e garantias fundamentais ao réu, o processo penal passa a ser reprogramado para figurar como uma verdadeira arma de guerra contra inimigos.¹¹ Desse modo, legitima-se a irracional e desproporcional interferência do poder punitivo na esfera social sob pretextos perigosamente inalcançáveis, acabando por dimensionar a possibilidade de danos, o qual, paradoxalmente, constitui o fundamento da existência do processo penal reduzir.

2 PROCESSO PENAL PARA O INIMIGO

No entender de Jakobs, teorizador do direito penal do inimigo, deve-se conceder tratamento diferenciado aos cidadãos e aos inimigos, de modo que é necessário haver um Direito Penal do cidadão e um Direito Penal do inimigo.¹² Enquanto no primeiro haverá o devido respeito à dignidade humana e vigem direitos e garantias fundamentais para o réu, no segundo deverá existir a extinção e a relativização de diversos limites constitucionais à atividade punitiva, retirando do acusado o status de “cidadão” e o etiquetando de “inimigo”. Isso se dá porque, segundo o autor, na esteira dos filósofos contratualistas, o sujeito que fortemente abala o contrato social ao cometer delitos perigosos deve ser combatidos e

⁹ Ibidem, p. 41: “O estado de direito é concebido como o que submete todos os habitantes à lei e opõe-se ao estado de polícia, onde todos os habitantes estão subordinados ao poder daqueles que mandam.”

¹⁰ Afirma Aury Lopes Jr. que “(...) o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático se dá por meio de sua instrumentalidade constitucional. Significa dizer que o processo penal contemporâneo somente se legitima à medida que se democratizar e for devidamente *constituído* a partir da Constituição”. LOPES Jr. Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2016. p. 34.

¹¹ De acordo com Zaffaroni, “o estrangeiro, o estranho, o inimigo, o hostis, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro. Revan, 2007. p. 22.

¹² JAKOBS, Gunther. **Derecho penal del enemigo**. Trad. Manuel Cancio Meliá. Madrid: Civitas, 2003. p. 42.

destituir-se da participação no Estado Democrático de Direito, não usufruindo dos direitos nele atinentes.¹³

Nesse sentido, o processo penal para o inimigo, ou de exceção, é aquele em que direitos fundamentais são mitigados, sofrendo ele o peso da perseguição e da pena com o furor inquisitorial, tendo em vista não ser pessoa, senão um inimigo cuja guerra foi declarada¹⁴, e na guerra as regras do jogo são outras. Assim, acusados de delitos sexuais, em razão de não mais serem participantes do Estado Democrático de Direito, devem ser combatidos com intransigência, o que reforça o caráter meramente populista-retributivo da pena e a irracionalidade do processo penal enquanto mero ritual de punir. Somado a isso, diante do intenso clamor social por mais punição e o reforço de tal desejo pelos meios de comunicação, os quais espetacularizam e mercadejam o fenômeno criminoso, a ambição efficientista da perseguição penal sem limites encontra sua aparente legitimação na função de “tranquilizante social” ao cumprir com as expectativas populares punitivistas, sobre as quais já discutimos. Frise-se que a renúncia de garantias em prol de uma maior segurança, fundada na falácia de garantias *versus* segurança, como afirma Zaffaroni, ignora que “o poder punitivo foi o principal e maior agente da lesão e do aniquilamento de bens jurídicos de forma brutal e genocida ao longo de toda a história dos últimos oito séculos”.¹⁵

Atores do judiciário são fortemente induzidos a darem uma “resposta” à população assolada a fim de resguardar a credibilidades institucional do sistema de justiça criminal, rechaçando as “formas” do processo penal, as quais representam, sob esse ângulo, inconvenientes obstáculos à pretensão de punir do Estado, que devem ser driblados senão extintos, excetuando o poder punitivo ao invés de contê-lo. Em razão disso, a constatação da

¹³ De acordo com Zaffaroni, “o *estrangeiro*, o *estranho*, o *inimigo*, o *hostis*, era quem carecia de direitos em termos absolutos, quem estava fora da comunidade”. (Grifo do autor). ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no Direito Penal**. Rio de Janeiro. Revan, 2007. p. 22.

¹⁴ “Trata-se de uma Guerra, e essa guerra tem lugar, como legítimo direito dos cidadãos, por exemplo, à segurança, mas diferente da pena, não é direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, o inimigo é excluído.” JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e Críticas**. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 47.

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007. p. 120.

clandestinidade dos delitos pelo STJ conduziu prontamente à conclusão de que se deve elevar o valor probatório das provas incriminadoras: o processo penal de exceção no julgamento de delitos sexuais não está orientado para a efetivação dos direitos fundamentais do réu, e sim em meramente puni-lo. É que, naturalmente, a valência das coisas em termos positivos ou negativos depende para o que se está orientado a buscar em um dado sistema, de modo que, por exemplo, a presunção de inocência é contraproducente em um Estado de Polícia, embora seja imprescindível em um Estado de Direito. Portanto, já que os elementos importam positivamente somente na medida em que estão alinhados aos objetivos, a diametral mudança quanto às finalidades do processo penal acaba por criar um fenômeno de ressignificação de todos os elementos do sistema: o que antes era digno de valor acaba por se transmutar em um grande empecilho a depender dos objetivos buscados, os quais, conforme concluímos, são de natureza populista-punitivista.

Assim, vê-se que, principalmente, é a partir da incompreensão quanto às reais finalidades do processo penal e o conseqüente processo penal do inimigo instaurado em razão do mau uso da justiça criminal que a indevida elevação do valor probatório da palavra da vítima, o rebaixamento do standard probatório conforme o crime, a relativização da presunção de inocência e a de outros princípios basilares do Estado de Direito encontram a sua morada no processo penal no que se refere aos delitos sexuais, devendo, portanto, tais criminosos serem penalmente “combatidos” mediante uma outra persecução que não o do cidadão normal. Destarte, em face do processo penal constitucional-democrático, cuja política orientadora é a da redução de danos mediante o estrito cumprimento de direitos e garantias aliado à preferibilidade de absolver culpados a condenar inocentes, verifica-se que o processo penal do inimigo anteriormente descrito não objetiva satisfazer com tal política processual, senão o contrário, conforme ainda exporemos.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E O STANDARD PROBATÓRIO DOS CRIMES SEXUAIS

De início, basicamente a presunção de inocência antes da sentença condenatória transitada em julgada fundamenta a sua existência no ordenamento jurídico a partir de três importantes pilares: a) a constatação indutiva de que o número de inocentes excede o número

de culpados em uma sociedade; b) a escolha política pela maior evitação do erro de se condenar inocentes em contraste com o erro de não punir os culpados; c) a ideia segunda qual a liberdade é a regra e não é ela quem deve ser legitimada, senão o próprio poder punitivo que busca cerceá-la. A extensão do instituto da presunção de inocência excede o campo meramente jurídico, vindo a contemplar, inclusive, uma dimensão política. Já quanto a sua função, o exercício do referido princípio se irradia, conforme Zanoide de Moraes¹⁶, enquanto norma de tratamento, norma probatória e norma de juízo.

Na explicação de Aury Lopes Jr., a norma de tratamento, que atua numa dimensão interna e externa, é, no aspecto interno, a garantia de que o acusado seja efetivamente tratado como inocente dentro do poder judiciário, vedando o desnecessário uso de algemas, o abuso de prisões cautelares etc., e a dimensão externa ao judiciário impõe um freio ao espetáculo midiático que estigmatiza e abusa da privacidade do sujeito. Já enquanto norma probatória, alude Zanoide, se especifica quem deve provar, sob quais critérios e o que provar: “exige que o material probatório produzido necessário para afastá-la seja produzido pelo órfão acusador de modo lícito e tenha conteúdo incriminador”.¹⁷ Por fim, a presunção de inocência enquanto norma de julgamento, explica o autor, “dirige-se à análise do material probatório já produzido, seja identificando a sua suficiência para afastar a presunção de inocência e, portanto, condenar o imputado, seja para escolher a norma jurídica mais apropriada à situação concreta”, estando, segundo Aury, “diretamente relacionada à definição e observância do “standard probatório”, atuando no nível de exigência de suficiência probatória para um decreto condenatória”.¹⁸

Nesse sentido, é a partir do desdobramento da presunção de inocência enquanto norma de julgamento que se deriva o instituto do standard probatório, cuja função, expõe Matida, “consiste em fixar o grau de corroboração suficiente para que uma hipótese seja considerada

¹⁶ ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua Estrutura Normativa para a Elaboração Legislativa e para a Decisão Judicial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. p. 483.

¹⁷ Ibidem. p. 538.

¹⁸ LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal**. 18. ed. Saraiva Educação: 2021. p. 109

RFID, São Paulo, v. 1, n. 1 p.128-145, 2022

Todo conteúdo Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito está sob Licença Creative Commons CC -By 4.0

verdadeira”¹⁹. No ordenamento jurídico brasileiro, o grau de satisfatoriedade que uma hipótese fática arguida pelo órgão acusatório deve ter para compor a premissa menor no raciocínio decisório de uma sentença condenatória é a de ser superior à toda dúvida razoável (*beyond any reasonable doubt* ou BARD), daí advindo o *in dubio pro reo*: na dúvida, a absolvição se impõe. A superação da dúvida mediante provas robustas, de indiscutível qualidade epistêmica e trabalhadas sob o devido processo legal, é que autoriza uma justa decisão judicial condenatória.

Porém, uma vez operada a corrupção do processo penal para o do inimigo a ser combatido, naturalmente alguns elementos considerados “daninhos” do sistema acusatório passaram a ser remodelados, trazendo consigo, na prática, um diferente regime jurídico e epistemológico resultante, principalmente, do cumprimento do anseio popular, que culminou na modificação pelo STJ da incidência de garantias processuais e do critério de valoração probatória no julgamento de crimes sexuais sob a fundamentação da clandestinidade desses delitos, rompendo a coerência sistêmica do processo penal democrático-constitucional e, conseqüentemente, a própria legitimidade do *jus puniendi* que dele depende.

No que se refere a aplicabilidade desses institutos em julgamentos de crime sexuais na atualidade, Janaína Matida afirma que “Em 114 acórdãos, o Superior Tribunal de Justiça (de agora em diante STJ) firmou o entendimento que, nos crimes de natureza sexual, a palavra da vítima é suficiente para fundamentar a condenação”²⁰, e continua acertadamente a autora que “essa foi a forma com que o STJ encontrou para remediar a impunidade e o sentimento social de falta de proteção vivido por mulheres – cis e trans – e LGBT’s (...)”²¹. Isso se dá porque os delitos sexuais quase sempre ocorrem em circunstâncias clandestinas, nas quais a vítima é a única testemunha, de modo que, para sanar essa problemática, e incorrendo em uma subversão

¹⁹ MATIDA, Janaína. Vieira, Antônio. **Para além do BARD: uma crítica a crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 156. Ano 27. p. 229.

²⁰ MATIDA, Janaina. **A determinação dos fatos nos crimes de gênero.** NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão. (Orgs.). Violência de gênero: Temas polêmicos e atuais. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019. p. 103.

²¹ Ibidem. loc. cit.

institucionalizada do processo penal, concluiu o Superior Tribunal de Justiça que a presunção de inocência e o standard probatório devem ser rebaixados e relativizados nesses julgamentos, taxando, precipitadamente, a palavra da vítima como um meio de prova passível de já fundamentar uma condenação, o que é absurdo do ponto de vista político e jurídico, como já demonstramos, e epistemológico, como exporemos adiante.

4 A PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO DA VÍTIMA E SUA PRODUÇÃO PROBATÓRIA

São incontáveis os estudos científicos que atestam a abismal falibilidade humana no que se refere à formação e armazenamento dos eventos do mundo real na memória, bem como a sua posterior reprodução pela linguagem. A percepção humana é seletiva e incompleta²², em razão tanto das limitações dos sentidos, quanto a fatores referentes às circunstâncias do evento, como o tempo de exposição, distância e iluminação, disfarce etc.²³ Além disso, os elementos retidos na memória sofrem constantes alterações, em razão de reinterpretações e esquecimentos com o decurso do tempo, podendo haver, inclusive, falsas lembranças:

“Longe de ser um gravador, a memória implica em reconstrução e interpretação do material armazenado, com muitas armadilhas cognitivas. Ao nos lembrarmos de algo podemos errar por omissão (ocultação ou esquecido) ou comissão (mentira, cognição equivocada, paraíso das heurísticas etc.), a saber omitindo ou acrescentando algo à narrativa originária”²⁴

Ademais, a exposição intersubjetiva dos fatos, os quais já foram fragmentados e reavaliados pela cognição, jamais se fazem integralmente, posto que intermediada pela linguagem, imprecisa por natureza e empregada de formas diferentes por cada indivíduo²⁵.

²² À título de exemplo, tem-se o efeito “foco na arma”: “A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado ‘efeito do foco na arma’ é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma.” LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 551, 552.

²³ Cf. Ibidem. p. 97 et seq

²⁴ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020. p. 142, 143.

²⁵ O emprego relativo da linguagem para cada pessoa se deve tanto a diferentes interpretações do fato, o qual reclamam manejos expositivos diversos, quanto ao fenômeno da injustiça hermenêutica, em

RFID, São Paulo, v. 1, n. 1 p.128-145, 2022

Todo conteúdo Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito está sob Licença Creative Commons CC -By 4.0

Tem-se, também, a comprovada incidência corriqueira de armadilhas cognitivas, em especial as heurísticas e vieses²⁶, as quais podem obscurecer ainda mais a apreensão, recordação e a exposição do fato passado. Por fim, há o fenômeno de sugestionabilidade dos relatos.

Portanto, a vítima, que é destituída da obrigação legal de falar a verdade, além de ser um indivíduo em situação de engajamento para com o resultado da investigação, de modo a não contemplar os fatos imparcialmente, está sujeita tanto aos impasses cognitivos e linguísticos naturais do ser humano quanto à revitimização em um depoimento cuja grosseira forma de extração parece não levar em conta tais adversidades, não preservando a riqueza epistêmica latente em seu testemunho para a elucidação dos fatos e nem, muito menos, respeitando o momento traumático que o ofendido passou no momento do crime.

Frise-se que a problemática aqui descrita de modo algum deve conduzir à conclusão de que a palavra da vítima em crimes sexuais, em razão desses fatores, deve ser desacreditada, senão que, ao contrário, conforme discutiremos, deve ser muito melhor extraído e trabalhado, pois superdimensionar o seu valor probatório sem na prática zelar pela sua real qualidade de produção acaba por somente revitimizar o ofendido e ampliar significativamente as possibilidades de erros judiciais. A palavra da vítima é, sim, a principal prova nos delitos sexuais, e, por isso, deve ser primeiro valorizada para melhor ser valorada, e não o contrário. Nesse sentido, veja-se o relato de uma vítima de estupro ao depor em uma delegacia:

que o indivíduo, por não bem compreender o fato vivenciado, acaba não tendo a capacidade de expressá-lo satisfatoriamente. Cf. MATIDA, Janaína. **Justiça como Humanidade na construção de uma investigação preliminar epistêmica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/limite-penal-construcao-investigacao-preliminar-epistemica>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

²⁶ Exemplificativamente, os vieses discriminatórios implícitos baseados em estereótipos de raça são bem comuns. Em 76% dos 250 casos estudados por Brandon L. Garrett houveram erros de identificação por testemunha ocular, dos quais 70% desses injustamente condenados eram minorias raciais. GARRETT, Brandon L. Convicting the Innocent: Where Criminal Prosecutions Go Wrong. p. 9 *apud* DAVIS, Deborah. LOFTUS, Elizabeth F. **The Dangers of Eyewitnesses for the Innocent: Learning from the Past and Projecting into the Age of Social Media**. *New England Law Review*, vol. 46, edição 4 (2011-2012), p. 769. Cf. G1. Exclusivo: 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2021/02/21/exclusivo-83percent-dos-presos-injustamente-por-reconhecimento-fotografico-no-brasil-sao-negros.ghtml>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

RFID, São Paulo, v. 1, n. 1 p.128-145, 2022

Todo conteúdo Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito está sob Licença Creative Commons CC -By 4.0

"Começando por ele (delegado), tinha três homens dentro de uma sala. A sala era de vidro, todo mundo que passava via. Ele colocou na mesa as fotos e o vídeo. Expôs e falou: 'me conta aí'. Só falou isso. Não me perguntou se eu estava bem, se eu tinha proteção, como eu estava. Só falou: 'me conta aí'"²⁷

E ainda:

"O próprio delegado me culpou. Quando eu fui à delegacia, eu não me senti à vontade em nenhum momento. Acho que é por isso que muitas mulheres não fazem denúncias. Tentaram me incriminar, como se eu tivesse culpa por ser estuprada", disse a jovem em entrevista ao *Fantástico*.²⁸

Em matéria probatória, deve-se haver uma espécie de cadeia de custódia da memória para assegurar a autenticidade e integridade do testemunho no processo penal. Assim, a coleta dessa fonte de prova pelo profissional habilitado deverá respeitar as características e peculiaridades do "material", em técnicas e procedimentos processuais cientificamente pensados para que evitem contaminações diversas²⁹ e zelem pela sua preservação a fim de prejudicar o menos possível o potencial epistêmico e a credibilidade da palavra da vítima. Portanto, ao invés de elevar o valor probatório do depoimento da vítima, de modo a mitigar garantias e contrariar princípios norteadores do processo penal, parece-nos mais prudente, em respeito ao Estado de Direito, ao réu e à vítima, repensar seriamente a maneira pela qual se é produzida tal prova, efetuando-se sobre ela uma verdadeira filtragem epistêmica.³⁰

Como solução prática ao que aí está, o método de entrevista cognitiva parece apresentar resultados satisfatórios nesse sentido.³¹ O procedimento visa obter maior acurácia

²⁷ MENDONÇA, Renata. **Descrédito e exigência de provas físicas: 5 obstáculos enfrentados por mulheres vítimas de violência**. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36414224>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

²⁸ Ibidem.

²⁹ "Uma vez contaminadas, as memórias não podem ser purificadas e restauradas ao seu estado original através de procedimentos supostamente curativos e não-sugestivos." DAVIS, Deborah. LOFTUS, Elizabeth F. **The Dangers of Eyewitness for the Innocent: Learning from the Past and Projecting into the Age of Social Media**. *New England Law Review* v. 46, 2021. p. 773, 774, tradução nossa.

³⁰ Cf. MATIDA, Janaina *et al.* **A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

³¹ "No Brasil, um estudo realizado com população de menor "índice" de escolaridade e "nível" socioeconômico com uma entrevista cognitiva se mostrou mais eficaz na produção de informações RFID, São Paulo, v. 1, n. 1 p.128-145, 2022

e riqueza de detalhes nos depoimentos, evitando e filtrando os fatores contaminadores anteriormente descritos, além de criar um ambiente acolhedor e empático para com a vítima do crime grave: “A entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato ocorreu e quem dele participou, entre outras, diminuindo os riscos de criação de falsas memórias ou indução por respostas”³². No que se refere a abordagem da entrevista cognitiva, resume Janaina Matida:

“O entrevistador deve construir um ambiente receptivo e empático para que o relato se dê; O relato deve ser livre e o entrevistado deve ser estimulado a descrever todos os detalhes, sem editar o relato, no seu ritmo; O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem o direito e o dever de dizer “não sei”, “não entendi”; O entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem a responsabilidade de lhe corrigir.”³³

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme demonstrado, a forma pela qual a palavra da vítima em crimes sexuais contra adultos é valorativamente tratada na decisão judicial pela jurisprudência se encontra em desacordo com os objetivos do processo penal constitucional-democrático, mostrando-se politicamente danosa em razão de ampliar as possibilidades de erros judiciários, juridicamente incoerente em face do indevido rebaixamento do standard probatório conforme o crime e, por fim, epistemologicamente equivocada, já que muito valora uma fonte de prova cujas práticas de colheita se apresentam cientificamente ultrapassadas por não cuidarem da enorme complexidade do fenômeno testemunhal da vítima em crimes sexuais.

juridicamente relevantes com alto grau de precisão em comparação a uma entrevista padrão. Resultados como esses parecem apontar para a efetividade deste procedimento em diferentes países e populações.” ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. **Sugestionabilidade e desenvolvimento de critérios identificadores: a prova penal e a testemunha**. In: Bayer, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*. Diego Augusto Bayer 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Letras e Conceitos, 2013. p. 363, 364.

³² DI GESU, Cristina Carla. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 202.

³³ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky e Colaboradores. *Falsas Memórias*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 216. Apud. MATIDA, Janaina. O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero. *Trincheira Democrática IBADPP* 2, no. 3 (2019): 3. p. 9.

RFID, São Paulo, v. 1, n. 1 p.128-145, 2022

Todo conteúdo Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito está sob Licença Creative Commons CC -By 4.0

Não se vislumbra fundamentos de qualquer natureza para a medida a não ser a inalcançável busca de coibir a criminalidade por meio da mera facilitação do encarceramento, busca esta induzida tanto pela subordinação judicial aos anseios populares quanto pela incompreensão das legítimas finalidades do processo penal, já que, frente ao que um processo penal constitucional-democrático objetiva, a constatação da insuficiência probatória inerente a delitos sexuais clandestinos não deveria conduzir à majoração do potencial incriminador de provas, e sim em buscar novas formas de sofisticação dos métodos de produção probatória para melhor elucidação desses crimes.

Uma vez operada a corrupção do processo penal ao indevidamente torná-lo uma ferramenta de segurança pública no julgamento desses delitos, os elementos do sistema jurídico-penal que empacam o alcance desse objetivo são radicalmente remodelados para servirem de utilidade. Em resultado, por meio da jurisprudência do STJ, institucionaliza-se a subversão de certas garantias fundamentais e dos critérios de avaliação probatória no julgamento de delitos sexuais, trazendo um novo regime jurídico-epistemológico adequado ao propósito punitivo, que relega as “formas” do processo penal e sua função de contenção e legitimação do poder de punir do Estado.

Dessa forma, réus acusados de crimes sexuais são destituídos da participação do Estado de Direito, sendo julgados por um outro processo penal diferente do cidadão comum, daí derivando um processo penal de “exceção”, ou do “inimigo”. Passando ao largo de um compromisso epistemológico ou vitimológico, a elevação do valor probatório da palavra da vítima pelo STJ não acompanha uma genuína preocupação quanto a preservação da potencialidade epistêmica dessa fonte de prova no momento de sua produção e nem leva em conta o trágico fenômeno de revitimização, mas nasce de um impulso de dar uma resposta à população, o que dimensiona enormemente a possibilidade de danos.

Em proposta, a fim de resguardar o Estado de Direito observando a política processual de redução de danos e a coerência sistêmica do ordenamento jurídico, bem como respeitar a intimidade da vítima e a integridade epistêmica da prova que dela se extrai, mostra-se lógico e mais benéfico repensar cientificamente os atuais métodos de produção de prova em crimes

sexuais baseando-se nos vastos estudos da psicologia e neurociência. Nesse sentido é que propugnamos: a palavra da vítima é, sim, a principal prova nos delitos sexuais, e, por isso, deve ser primeiro valorizada para melhor ser valorada.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de; CARVALHO, Érika Mendes de. *Sugestionabilidade e desenvolvimento de critérios identificadores: a prova penal e a testemunha*. In: BAYER, Diego Augusto (Org.). *Controvérsias Criminais: Estudos de Direito Penal, Processo Penal e Criminologia*. Diego Augusto Bayer 1ª Ed. Jaraguá do Sul: Editora Letras e Conceitos, 2013.

DAVIS, Deborah; LOFTUS, F., Elizabeth. *Dangers of Eyewitness for the Innocent: Learning from the Past and Projecting into the Age of Social Media*. *New England Law Review* v. 46, 2021.

DI GESU, Cristina Carla. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. Tradução: André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

KARAM, Maria Lúcia. *A Esquerda Punitiva*. Disponível em: <https://emporiododireito.com.br/leitura/a-esquerda-punitiva-1508702858>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

LOPES Jr., Aury. *Direito processual penal*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES Jr. Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. 2. ed. – São Paulo: Saraiva Educação.

MATIDA, Janaína. Vieira, Antônio. *Para além do BARD: uma crítica a crescente adoção do standard de prova “para além de toda a dúvida razoável” no processo penal brasileiro*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 156. Ano 27.

MATIDA, Janaina *et al.* *A Prova Penal precisa passar por uma Filtragem Epistêmica*. São Paulo: Consultor Jurídico, 13 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

MATIDA, Janaína. *Justiça como Humanidade na construção de uma investigação preliminar epistêmica*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-14/limite-penal-construcao-investigacao-preliminar-epistemica>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

MATIDA, Janaina. *A determinação dos fatos nos crimes de gênero*. In: NICOLITT, André; AUGUSTO, Cristiane Brandão (org.). *Violência de gênero: Temas polêmicos e atuais*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2019.

MENDONÇA, Renata. *Descrédito e exigência de provas físicas: 5 obstáculos enfrentados por mulheres vítimas de violência*. BBC Brasil, São Paulo, 30 de maio de 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-36414224>. Acesso em: 14 de julho de 2021.

MENEZES, Leilane. *Estupro no Brasil: 99% dos crimes ficam impunes no Brasil*. Disponível em: <https://www.metropoles.com/materias-especiais/estupro-no-brasil-99-dos-crimes-ficam-impunes-no-pais>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

MOREIRA, Rômulo. *Curso Temático de Direito Processual Penal*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 6. ed. Florianópolis: EMais, 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky e Colaboradores. *Falsas Memórias*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

UNIVERSA, Luiza Souto de. *País tem um estupro a cada 8 minutos, diz Anuário da Segurança Pública*. Disponível em: <https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2020/10/18/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2020.htm>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no Direito Penal*. Rio de Janeiro. Revan, 2007.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. *Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: Análise de sua Estrutura Normativa para a Elaboração Legislativa e para a Decisão Judicial*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.