

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**A FRAGILIDADE DA PROVA PENAL FRENTE AO FENÔMENO DAS FALSAS
MEMÓRIAS**

INGRID ELLEN CARVALHO DA SILVA

Rio de Janeiro
2021/1º semestre

INGRID ELLEN CARVALHO DA SILVA

**A FRAGILIDADE DA PROVA PENAL FRENTE AO FENÔMENO DAS FALSAS
MEMÓRIAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.**

Rio de Janeiro
2021/ 1º semestre

INGRID ELLEN CARVALHO DA SILVA

**A FRAGILIDADE DA PROVA PENAL FRENTE AO FENÔMENO DAS FALSAS
MEMÓRIAS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Professor Dr. Antônio Eduardo Ramires Santoro - Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2021/ 1º semestre

CIP - Catalogação na Publicação

S586f Silva, Ingrid Ellen Carvalho da
A fragilidade da prova penal frente ao fenômeno das falsas memórias / Ingrid Ellen Carvalho da Silva. -- Rio de Janeiro, 2021.
119 f.

Orientador: Antônio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Prova penal. 2. Reconhecimento de pessoas. 3. Prova testemunhal. 4. Memórias. 5. Falsas memórias. I. Santoro, Antônio Eduardo Ramires, orient. II. Título.

Ao meu avô (*in memoriam*), pelo exemplo de
bondade, humildade e força.

Agradecimentos

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por tornar tudo possível, pela capacitação nos momentos em que precisei e conforto nas horas mais difíceis.

À minha mãe, por ser um exemplo de garra, empenho e dedicação, apesar das inúmeras dificuldades. Este trabalho significa a conquista de um sonho, que só foi possível graças ao seu enorme esforço em colocar a minha educação em primeiro lugar. Obrigada pelo amor incondicional e por sempre acreditar que eu conseguiria.

Ao meu avô (*in memoriam*) por ter sido não só um avô, mas um pai. Agradeço os ensinamentos, os valores passados, por ter sido essa pessoa tão simples e de pouco estudo, mas de sabedoria e coração grandiosos. Obrigada por ter me dado todo o amor desse mundo.

Aos meus irmãos, companheiros de toda uma vida e dos quais tenho imenso orgulho.

Ao Antonio Rodolpho, por ter estado sempre comigo, durante todo o percurso, nos bons e maus momentos, pelos conselhos, apoio incondicional e por ter sido meu refúgio sempre que necessitei.

Às minhas amigas de vida, obrigada pelos conselhos e desabafos sem os quais teriam tornado essa caminhada mais difícil.

“Amar o perdido
deixa confundido
este coração.

Nada pode o olvido
contra o sem sentido
apelo do Não.

As coisas tangíveis
tornam-se insensíveis
à palma da mão.

Mas as coisas findas,
muito mais que lindas,
essas ficarão”.

Carlos Drummond de Andrade, *Memória*.

RESUMO

O presente trabalho monográfico versa sobre a fragilidade da prova penal em relação à ocorrência do fenômeno das falsas memórias. Nessa esteira, será feita uma abordagem introdutória acerca dos sistemas processuais e, em seguida, dos princípios constitucionais do processo penal. Após, almeja-se realizar o exame da teoria geral da prova trazendo à baila o conceito, a função da prova, apresentando, após, a sua gama principiológica. Desmistificaremos, outrossim, a ideia de verdade que paira sobre o processo penal. Ato contínuo, serão abordadas as provas em espécie, com enfoque no reconhecimento de pessoas e na prova oral, posto que meios de prova dependentes das lembranças. Sob a ótica de diversas áreas do conhecimento, buscar-se-á realizar o estudo da memória humana, relatando como ocorre o processo de formação, ao passo que introduziremos a temática das falsas memórias, aduzindo quais os fatores cooperam para a sua incidência. Por fim, a consolidação dos conceitos técnicos estudados conclui ser impreterível a adoção de medidas que visam gerar um maior grau de confiabilidade ao reconhecimento de pessoas e a prova oral no processo penal.

Palavras-chaves: Processo Penal; Prova Penal; Reconhecimento de pessoas; Prova Testemunhal; Memórias; Falsas Memórias;

ABSTRACT

This monographic work deals with the fragility of criminal evidence in relation to the occurrence of the phenomenon of false memories. In this vein, an introductory approach will be made about the procedural systems and, then, about the constitutional principles of criminal procedure. After that, the aim is to examine the general theory of evidence, bringing up the concept, the function of evidence, and then presenting its range of principles. We will also demystify the idea of truth that hovers over the criminal process. Next, we will discuss evidence in kind, focusing on the recognition of persons and oral evidence, since they are means of proof dependent on memories. Under the optics of several areas of knowledge, the study of human memory will be sought, reporting how the formation process occurs, while the theme of false memories will be introduced, deducing which factors cooperate to its incidence. Finally, the consolidation of the technical concepts studied concludes that it is imperative to adopt measures that aim to generate a higher degree of reliability in the recognition of people and oral evidence in criminal proceedings.

Keywords: Criminal Procedure; Criminal Evidence; Recognition of persons; Testimonial Evidence; Memories; False Memories;

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DO PROCESSO PENAL	15
1.1. Sistemas Processuais Penais	15
1.1.1. Sistema Inquisitório – Princípio inquisitivo	16
1.1.2. Sistema Acusatório – Princípio dispositivo	21
1.1.3. O sistema processual brasileiro	23
1.2. A releitura das normas processuais penais sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: os princípios basilares do processo penal	28
2. TEORIA GERAL DA PROVA	38
2.1. Conceito e função da prova: reconstrução e reconhecimento	38
2.2. A Matriz principiológica da prova	40
2.2.1. Estado ou situação jurídica de inocência	41
2.2.2. Contraditório e ampla defesa	42
2.2.3. Livre convencimento motivado ou persuasão racional	45
2.2.4. Inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente	47
2.2.4.1. Prova ilícita por derivação: <i>Fruits of the poisonous tree</i>	49
2.3. Prova e verdade: a dicotomia entre verdade real e processual	50
2.3.1. Superando a ideia de verdade	51
2.4. Provas em espécie	53
2.4.1. Declarações do ofendido	53
2.4.2. Prova testemunhal	56
2.4.2.1. Conceito e características	56
2.4.2.2. Classificação das testemunhas	58
2.4.2.3. Capacidade e deveres da testemunha	59
2.4.2.4. Dispensa do dever de depor e a proibição do testemunho	60
2.4.2.5. Lugar do depoimento e procedimento probatório	61
2.4.2.6. Contradita	64
2.4.3. Reconhecimento de pessoas	65
2.4.3.1. Conceito e características	65
2.4.3.2. Procedimento probatório	65
3. A PREJUDICIALIDADE OCACIONADA PELAS MEMÓRIAS FALSAS NO CAMPO PROBATÓRIO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	67

3.1. Estudos envolvendo a memória humana sob o viés neurológico: tipos e processo de formação	67
3.2. Falsas memórias: conceito e classificação	71
3.2.1. Os primeiros estudos	72
3.3. O surgimento das teorias explicativas das falsas lembranças	76
3.3.1. Teoria do Paradigma Construtivista	76
3.3.2. Teoria do monitoramento da fonte	78
3.3.3. Teoria do traço difuso.....	80
3.4. A suscetibilidade da falsificação das memórias no reconhecimento de pessoas.....	82
3.4.1. A problemática envolvendo o reconhecimento fotográfico e a teoria do efeito compromisso.....	86
3.5. Fatores que contaminam a prova oral.....	91
3.5.1. Fatores internos e do acontecimento	92
3.5.2. Transcurso do tempo	96
3.5.3. A linguagem e o método do entrevistador como responsável pelo aumento da sugestibilidade	98
3.5.4. A influência da mídia	101
3.6. Medidas capazes de evitar a distorção mnemônica no reconhecimento pessoal: o uso do reconhecimento sequencial de pessoas em alternativa ao simultâneo.....	103
3.7. Métodos e técnicas propensos à prevenção de erros na prova oral: a busca pela redução de danos.....	104
3.8. Breves apontamentos quanto ao depoimento especial do menor com base na Lei 13.431/2017	110
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	115
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	117

INTRODUÇÃO

A prova testemunhal, em razão de sua acessibilidade adquire importante papel no processo penal, tornando-se o principal meio probatório utilizado. Em diversos casos criminais, configura-se, não raras as vezes, como única prova existente nos autos, em razão da inexistência de outros elementos de prova. Ante a impossibilidade de obtenção de provas técnicas, seja pela ausência de aparato tecnológico para tanto, ou, até mesmo, por se tratar de crimes que não deixam vestígios, o reconhecimento de pessoas e a prova oral podem fundamentar condenações, caso capturem o convencimento do julgador.

É através do processo penal que se reconstrói fatos pretéritos e a prova, trazida pelas partes, assume um papel de relevo no exercício da atividade cognitiva, permitindo que o magistrado conheça dos fatos e decida com base nelas. A importância de um depoimento, ou reconhecimento, isento de contaminação é crucial nesse ponto, uma vez que são os mais perigosos meios de provas admitidos pelo processo penal.

Haja vista existirem variáveis que afetam a qualidade e a confiabilidade da prova, como as falsas memórias, as provas, que dependam das lembranças de quem relata os fatos trazidos ao processo, necessitam de um olhar amplo e cauteloso pelos operadores do direito almejando a obtenção de uma prova robusta. Nesse sentido, postula-se, também, precaução ao se valorar as declarações do ofendido, uma vez que esses possuem interesse no resultado, além de não serem compromissados para falar a verdade.

No campo da neurociência, o processo de formação das memórias demanda complexidade, levando um tempo para que as memórias obtidas, provenientes de uma experiência, se consolidem, para que mais tarde possam ser recordadas. Dessa forma, até que se formem as memórias de longa duração, o período que sucede a aquisição pode sofrer diversas influências e é por esse motivo que a psicologia cognitiva alerta para vulnerabilidade do processo mnemônico. Nesse universo, as falsas memórias consistem em recordações de fatos que não ocorreram ou, se aconteceram, foram de forma diferente de como recordado pela vítima e/ou testemunha.

A memória não consegue reconstruir a forma exata em que um determinado evento aconteceu na realidade, havendo em cada processo de evocação, uma perda. Por assumir importante função para a reconstrução de um crime, cujo processo pode tramitar por anos, virou objeto de estudo de profissionais do direito, com foco na psicologia do testemunho.

Para o processo penal as lições aprendidas com a psicologia judicial, cognitiva, e através da neurociência são de grande valia, uma vez que uma condenação, fundada em uma distorção da memória, traz um dano indelével a todos os envolvidos e, principalmente, ao acusado. Gustavo Noronha de Ávila, acerca do dano ao projeto de vida do acusado é firme em dizer que:

É inequívoca a possibilidade do erro judiciário, especialmente quando se constitui como determinante a privação de liberdade do réu. Situação como esta atinge de forma inequívoca os projetos de vida do acusado. Uma das provas mais utilizadas em matéria penal, o reconhecimento, precisa ser (re)pensada urgentemente para reduzir as dores impostas aos submetidos à sujeição criminal.¹

Dentro desse raciocínio, o objetivo da presente monografia é analisar a fragilidade (ou não) da prova penal diante do fenômeno das falsas memórias, através de uma revisão bibliográfica. Assim, no primeiro capítulo, teceremos algumas considerações sobre os sistemas processuais penais clássicos, comentando, em seguida, a respeito de qual é o adotado pelo Brasil. Adiante, faremos uma análise acerca da releitura das normas processuais penais oriundas do Código de Processo Penal de 1941, de viés inquisitório, em relação com as da Constituição Federal, de matriz acusatória, bem como examinaremos os princípios constitucionais que revestem o processo penal.

No capítulo seguinte, ao seu turno, analisaremos a teoria da prova, explorando o seu conceito, função e os seus princípios basilares. Na sequência faremos um estudo analítico sobre o reconhecimento de pessoas, a declaração do ofendido e a prova testemunhal, enquanto meios de prova, elucidando todas as questões procedimentais, apontando as características pertinentes.

No terceiro, e último capítulo, a atenção estará voltada para o processo de formação das memórias sob a ótica da neurociência, remetendo o foco, em seguida, para o surgimento dos

¹ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões no projeto de vida do condenado. In: MENEZES, Carlos Alberto; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; BORGES, Paulo César Correa. (Org.). **Direito Penal, Processo Penal e Constituição**. 1. ed. Florianópolis: CONPEDI, 2015, v. 4, p. 549-567, p. 564.

primeiros estudos sobre o tema, salientando quais teorias buscam explicar a sua ocorrência. Após essa primeira conceituação, voltaremos a tratar sobre o reconhecimento de pessoas e a prova oral, mas sob análise de fatores que as impulsionam e suscetibilizam. Dessa forma, abordar-se-á, o reconhecimento de pessoas, através de seu procedimento probatório, indicando quais as razões que justificam o seu alto grau de vulnerabilidade como prova penal. No tocante à prova oral, apontaremos os diversos fatores que fragilizam a sua coleta, e as tornam suscetíveis de sofrerem alterações e distorções mnemônicas.

Ao fim, traremos a discussão os métodos preconizados pelos estudiosos da área com a finalidade de reduzir, ou mitigar, os danos que podem ser causados pelos diversos fatores que maculam a prova penal. Saliente-se, por oportuno, que é imprescindível que não só os profissionais da área da psicologia, sociologia, mas que os operadores do direito estejam a par das questões científicas que envolvem as memórias e como isso influencia no processo penal, tendo em vista que uma prova de qualidade técnica pode mudar não só o rumo, mas a vida de uma pessoa.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS E OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS BASILARES DO PROCESSO PENAL

1.1. Sistemas Processuais Penais

A análise dos sistemas processuais, ante as diversas modificações enfrentadas pelo processo penal, principalmente, no que tange à sua estrutura, torna-se imprescindível para o presente estudo, uma vez que possui relação intrínseca com a prova penal, bem como com a posição do magistrado em relação a mesma. Em outras palavras, a adoção do sistema processual inquisitório ou acusatório influencia diretamente na estrutura do processo penal à medida que reflete na imparcialidade do Juiz que, como veremos ainda nesse capítulo, configura-se como um dos mais importantes princípios orientadores do processo penal.

Nessa linha de considerações, cumpre informar que a preponderância de um sistema em relação a outro se justifica pela resposta ao anseio político-estatal da época, em conjunto com o de toda a sociedade. Ao mesmo tempo que cabe ao Direito Penal a árdua tarefa de manutenção da ordem social.

Importante ressalva deve ser feita: a predileção por qualquer um dos modelos não significa dizer que herdarão cem por cento da feição daquele sistema, tido como puro, pois segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “todos os sistemas processuais penais conhecidos mundo afora são mistos. Isto significa que não há mais sistemas puros, ou seja, na forma como foram concebidos”.² Complementa o autor que um sistema misto não se caracteriza pela junção de elementos de dois sistemas puros, conforme muitos defendem, mas pela inviabilidade gerada pela própria ideia de sistema.

Um sistema pode ser definido, consoante os ensinamentos de Miranda Coutinho, como:

(...) um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim. É fundamental, como parece óbvio, ser o conjunto orquestrado pelo princípio unificador e voltado para o fim ao qual se destina. Este, no processo penal, como se sabe, joga com conceitos que

²COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 39, p. 187-206, 2010, p. 103.

passam pela instrumentalidade e pela paz social. Aquele, da sua parte, não pode ser desprezado em hipótese alguma. Trata-se, como se tem presente, do princípio inquisitivo e do princípio dispositivo, os quais dão sustentáculo ao sistema inquisitório e ao sistema acusatório, respectivamente.³

Reforçando esse pensamento, em vista da impossibilidade de se ter um sistema puro, isto é, da maneira originária em que fora gerado, é mister que se faça a identificação do princípio informador de cada sistema. Assim, posteriormente será possível melhor enquadrá-los como inquisitivo ou acusatório.⁴

A título de didática, faz-se necessário, em um primeiro momento, contextualizar e distinguir os dois modelos de sistemas processuais clássicos, através de suas características que lhe são inerentes. Com isso, lembraremos, novamente, que ambos os modelos são históricos, não possuindo, portanto, correspondência com os modelos atuais. Como dito alhures, de maneira enfática, ante a exigência do assunto, ao constatar qual é o princípio balizador do sistema, poderemos, enfim, compreendê-lo e diferenciá-lo, principalmente no que tange a gestão da prova e na separação entre as atividades de acusar e julgar, posto que são atributos que distinguem os dois.⁵

1.1.1. Sistema Inquisitório – Princípio inquisitivo

Trataremos, inicialmente, acerca do sistema processual inquisitório, embora não corresponda fielmente à ordem cronológica dos acontecimentos. A explicação a essa alegação se deve ao fato de o sistema acusatório ter perdurado até a metade do século XII sendo substituído, de maneira gradual, pelo modelo em questão o qual, por sua vez, teria o encerramento de suas práticas no final século XVIII, a despeito de que isso só viria a acontecer em meados do século XIX em alguns países⁶.

Com base na fiel cronologia dos fatos, o modelo inquisitorial já possuía resquícios na velha Roma. Ademais, preponderantemente, tem o seu nascimento com o fim do Império

³ Ibidem. p. 5.

⁴ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 23.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem, p. 25.

Romano quando, paulatinamente, a partir do século XII, foi se erguendo. Nesse particular, possui como fontes principais, o Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich e o Martelo das Feiticeiras, escrito pelos inquisidores Sprenger e Kramer dos quais se podem extrair a essência desse sistema, bem como as suas mais diversas práticas.⁷

Como dito acima, o sistema acusatório, ao seu turno, vigorou até o século XII, com alguns particulares atributos, quais sejam, a título exemplificativo, a impossibilidade de existir um processo sem que a parte acusadora seja legitimamente apta para tal, por meio de uma acusação por escrito e bem fundamentada. O que deve ser feito em conjunto com a indicação das provas inerentes àqueles fatos que ensejaram a abertura do processo, sob o fito de se chegar à veracidade dos mesmos.

Ademais, merece destaque a imposição de uma pena para o delito de calúnia no intuito de coibir acusações falsas.⁸ De outra banda, o declínio do modelo acusatório, e a sua posterior substituição pelo inquisitório, se deram “basicamente, dos efeitos da inatividade das partes, levando à conclusão de que a persecução penal não poderia ser deixada nas mãos dos particulares, pois isso comprometia seriamente a eficácia do combate à delinquência”.⁹

Em síntese, vale-se aqui das lições de Aury Lopes Jr. sobre a transição progressiva entre os dois sistemas:

A mudança em direção ao sistema inquisitório começou com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram posteriormente invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz. As vantagens desse novo sistema, adotado inicialmente pela Igreja, impuseram-se de tal modo que foi sendo incorporado por todos os legisladores da época, não só para os delitos em flagrante, mas para toda classe de delito.¹⁰

A grande parte da problemática atribuída ao modelo acusatório, ora em declínio, imbuídas de amplas críticas era a descentralização do poder, além das atribuições probatórias *inter partes*. De informação sobre esses impasses, o modelo inquisitivo começa a ganhar força

⁷ Ibidem, p. 27.

⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal:** introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 5. ed, p. 150.

⁹ Ibidem, p. 151.

¹⁰ Ibidem.

e caminha para um sentido diametralmente oposto. O objetivo predominante do sistema inquisitório clássico passa a ser a centralização do poder nas mãos de minorias e a reorganização de todo o sistema feudal. Para se chegar a isso, um dos primeiros desígnios foi a transformação oficial do cristianismo em religião oficial do Império. Parte-se, portanto, da ideia de manutenção do poder e da retomada do controle pela Igreja Medieval que se viu bastante incomodada com o aumento desmedido das práticas comerciais, o qual acarretou no surgimento de cidades e burgos gerando, por sua vez, um intenso fluxo de mercadorias e pessoas, o que resultou em uma não aceitação das doutrinas impostas por aquela.

Em meados do século XIII foi instituído o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, arraigado no âmbito da Igreja Católica, como resposta defensiva contra o desenvolvimento daquilo que se denominou ‘doutrinas heréticas’. “Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu e conhece”.¹¹ Para tanto, percorreram toda a Europa em uma caça incessante aos heréticos e bruxas, torturando-os e assassinando-os no que pode ser visto como uma “perseguição muito bem calculada e planejada das classes dominantes, para chegar à maior centralização do poder”.¹²

Concisamente, os procedimentos adotados pela Igreja se davam através de recrutamento de soldados fiéis aos seus mandamentos que, sob juramento, a serviria e se responsabilizaria por comunicar toda e qualquer prática considerada atentatória aos seus ditames. A ilustre professora Cristina di Gesu é clara em alegar que na inquisição não se trabalhava com a busca da verdade, mas com a posse agradecida da verdade absoluta, da qual o Magistério era portador exclusivo.¹³ Nesse cenário, significa dizer que dessa verdade não caberia questionamentos, haja vista ter sido revelada pelo poder divino, de modo que qualquer informação conflitante seria considerada um equívoco.¹⁴

No tocante à ideia de verdade, levando em consideração a impossibilidade técnica de realização de procedimentos efetivos na época, com o escopo de ser feita a reconstrução de um

¹¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-56, p. 6.

¹² MURARO, Rose Marie. **Introdução histórica à obra de Kramer, Heinrich e James Sprenger**. O martelo das feiticeiras – *Malleus Maleficarum*, 6. ed., 1991, p.14, *apud* GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.28.

¹³ GESU, Cristina Carla Di op. cit., p. 29.

¹⁴ EYMERICH, Nicolau. **Manual dos Inquisidores**; comentários de Francisco de La Pena, 1993, p.10, *apud* GESU, Cristina Carla Di op. cit.

fato passado, seja colhendo o depoimento de uma testemunha, ou buscando outras provas legitimamente concretas, o inquisidor passa a ter um papel crucial no sistema inquisitivo, pois surge para suprir, ou melhor, esconder tais carências. Ora, concentra-se na figura do inquisidor, detentor de capacidades quase que extraterrenas, de maneira unilateral, a verdade soberana. É, justamente, por esse motivo que as heresias constituíam a penalidade com a mais alta reprovação, superando, até mesmo, a dos cruéis assassinatos, dado que as verdades, tidas como absolutas, se questionadas, formariam deploráveis condenações.¹⁵

Nessa linha de pensamento, passa-se a observar a adoção de medidas, cada vez mais, duras e inflexíveis com a finalidade de obter a almejada “verdade”. Denúncias anônimas de heresias passaram a ser permitidas e, a partir delas, ou de meros rumores, se dava início a uma investigação. Vislumbra-se, aqui, como se pode perceber, um sistema de práticas extremamente autoritárias, regido pelo princípio informador inquisitivo, cuja atuação se pautava em uma verdade absoluta, considerada a espinha dorsal do aludido modelo.

Importante sublinhar, ao mais, que o controle do processo penal pela Igreja gerou um desmonte do órgão acusador, haja vista a concentração das funções de acusar e julgar em torno de uma só pessoa: o julgador que, por seu turno, detinha a gestão da prova. Isto é, o Juiz Inquisidor, sem entraves impostas pelas garantias individuais, junto com as suas teses iniciais tanto acusatória quanto condenatória, age de ofício, a partir de seus poderes instrutórios, para confirmar a versão inicial preconcebida. Nesse sentido, segundo as lições de Miranda Coutinho:

O controle direto do processo penal pelos clérigos exclui, por conveniência, um órgão acusador: o *actus trium personarum* já não se sustenta. Ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido. A superioridade do juiz, à evidência, é nítida (mas lógica, na estrutura do sistema), até porque o desencadeamento e o impulso processual é atribuição sua, o que pode ser evidenciado, entre outras coisas, a partir do fato de fixar tanto o *thema probandum* quanto o *thema decidendum*. Estabelece-se, assim, uma característica de extrema importância a demarcar o sistema, enquanto puro, ou seja, a inexistência de partes, no sentido que hoje emprestamos ao termo.¹⁶

¹⁵ GESU, Cristina Carla Di op. cit., p. 30.

¹⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-56, p. 7.

À vista disso, o Inquisidor assume um protagonismo inédito no procedimento processual, ao passo que a ele incumbe formular a acusação, de maneira secreta, livre do contraditório, e buscar os elementos probatórios que confirmem tal hipótese acusatória para se chegar à uma verdade.¹⁷ Soma-se a isso o caráter costumeiro pelo qual a prisão cautelar passa a vigorar, virando uma regra procedimental, já que estando sob a retenção do suposto herege e utilizando-se de práticas de tortura, a tão almejada confissão seria alcançada logo. De posse desta, valiosa aos olhos do inquisidor, nada mais era preciso para prosseguir, uma vez que suficiente para amparar uma futura condenação ante o status de rainha das provas que possuía. Afinal de contas, era considerada prova máxima pelo sistema de prova tarifada que vigorava à época. Com relação ao emprego da tortura, importante acentuar que, mesmo legalizada, foi vista como uma forma de se antecipar uma eventual pena, pois não raras as vezes essa era mais branda do que o castigo sofrido para obtê-la.¹⁸

O processo inquisitório era dividido em duas partes: a primeira se tratava da inquisição geral, cuja finalidade era comprovar a autoria e materialidade da transgressão, através de uma espécie de investigação preliminar. Já a segunda dizia respeito a inquisição especial, destinada a dar prosseguimento à condenação e, posteriormente, na aplicação do castigo.

Em suma, como dito em outra oportunidade, o modelo processual inquisitório tem como seu principal traço a maneira em que é realizada a gestão da prova. Isso quer dizer que os atos investigativos, a admissão das provas, a produção, e a posterior valoração das mesmas são confiadas unicamente ao magistrado¹⁹. Tem-se, neste modelo, a figura do chamado Juiz-Autor, derivando do princípio inquisitivo, totalmente parcial, atuante no desmonte da ampla defesa e em repúdio ao contraditório.

O réu, por sua vez, é visto como um objeto do processo e não como um sujeito de direitos e garantias. A desigualdade de oportunidades é nítida, pois, trata-se, sem dúvidas, de um modelo que retira a ideia de paridade entre as partes, à luz de um processo sigiloso e, conseqüentemente, com ausência de dialeticidade. Ressalte-se, também, a inexistência de coisa julgada, devendo o inquisidor declarar a insuficiência de provas contra o réu, mas de modo algum conceder a absolvição. A justificativa que recai quanto a isso, é a de que caberia, posteriormente, a

¹⁷ GESU, Cristina Carla Di op. cit., p. 31.

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. 5. ed, p. 156 - 157.

¹⁹ GESU, Cristina Carla Di op. cit., p. 32.

possibilidade de reabertura do processo em virtude de novas provas sem os entraves da coisa julgada.²⁰

A problemática gerada pelo sistema inquisitório consiste, sem espanto, naquilo que se configurou como sua principal característica: a possibilidade de uma mesma pessoa possuir os poderes de acusar e julgar, tornando-o incompatível com o Estado Democrático de Direito. Esse antagonismo colaborou para um novo olhar sobre a estrutura do processo penal tornando-se imperiosa a redefinição das atribuições dessas funções.

No próximo tópico abordaremos o sistema acusatório que retorna, em um segundo momento, em virtude de transformações sociais ou políticas, para superar as principais deficiências que envolviam o modelo inquisitivo.

1.1.2. Sistema Acusatório – Princípio dispositivo

A origem do sistema acusatório deriva do direito greco-romano, cuja essência era o direito privado, pois reconhecido como um processo de partes, não existindo diferenciação entre o ilícito civil e o penal, além de contar com a participação direta da população tanto na formulação da acusação quanto em seu julgamento. No tocante às formas processuais penais derivadas do direito romano da Alta República, salienta Aury Lopes Jr, a existência de duas: a *cognitio* e a *accusatio*. As explicações e diferenciações são transcritas abaixo, segundo as lições do aludido autor:

A *cognitio* era encomendada aos órgãos do Estado – magistrados. Outorgava os maiores poderes ao magistrado, podendo este esclarecer os fatos na forma que entendesse melhor. Era possível um recurso de anulação (*provocatio*) ao povo, sempre que o condenado fosse cidadão e varão. Nesse caso, o magistrado deveria apresentar ao povo os elementos necessários para a nova decisão. Nos últimos séculos da República, esse procedimento começou a ser considerado insuficiente, escasso de garantias, especialmente para as mulheres e para os que não eram cidadãos (pois não podiam utilizar o recurso de anulação) e acabou sendo uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados. Na *accusatio*, a acusação (polo ativo) era assumida, de quando em quando, espontaneamente por um cidadão do povo. Surgiu no último século da República e marcou uma profunda inovação no direito processual romano. Tratando-se de *delicta publica*, a persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, senão a um representante voluntário da coletividade (*accusator*). Esse método também proporcionava aos cidadãos com ambições políticas uma oportunidade de aperfeiçoar

²⁰ LOPES JR. op. cit, p. 157.

a arte de declamar em público, podendo exhibir para os eleitores sua aptidão para os cargos públicos.²¹

Dentre as mais diversas características relacionadas ao processo romano destaca-se como a principal a separação das funções de investigar, acusar e julgar. Em decorrência dessa cisão os juízes se mantiveram inertes, deixando a cargo das partes a atividade probatória, como deveria ser. Concernente aos aspectos processuais, vale dizer que o processo além de escrito, com a indicação das provas obtidas, respeitava o contraditório e o direito de defesa, além de contar com a impossibilidade de se ter uma denúncia anônima. Por fim, o processo possuía um caráter público, em torno de seus atos, assim como a oralidade em suas práticas.²²

No entanto, na época do Império, diversas críticas começaram a surgir a respeito desse modelo. Nesse quadro, merece destaque as que diziam que esse sistema processual era ineficiente para reprimir novos delitos, além da alegação de que o processo serviria como um meio persecutório para o alcance de vinganças baseadas em desafetos pessoais. Como efeito dessas insatisfações e em oposição ao modelo, passou-se a se observar a aglutinação entre as funções de acusar e julgar, através de uma invasão dos juízes na seara privada, cuja responsabilidade era dos acusadores privados. Desta feita, tais práticas foram consideradas o estopim para que os magistrados passassem a agir “cada vez mais” de modo independente, sem uma acusação formal, tendo o total controle da investigação e julgando de acordo com esta.²³

O modelo em questão, da maneira em que fora projetado, foi adotado até meados do século XII, à medida que - como dito em outra oportunidade, com o surgimento do Estado Absolutista - foi substituído, gradativamente, pelo sistema inquisitório.²⁴ Contudo, a derrocada das práticas inquisitoriais aconteceu entre o final do século XVIII e início do século XIX, em grande parte pela influência da Revolução Francesa atrelada aos ideais iluministas, acarretando em mudanças estruturais na época. As buscas por conhecimento e pela ciência causaram debates e reflexões inerentes à pena e no uso dela como um caráter assecuratório do poder de punir estatal.

²¹ Ibidem, p. 145.

²² Ibidem, p. 145-146.

²³ Ibidem, p. 146.

²⁴ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 36.

O sistema acusatório, ao seu turno, nos dias atuais, age de maneira antagônica ao inquisitório, pois tem em sua estrutura processual a distinção entre as atividades de acusar, defender e julgar. Nesse universo, as partes detêm a gestão da prova, funcionando o Juiz como um terceiro imparcial, longe da iniciativa e controle daquela. Os procedimentos, via de regra, são orais e públicos. O contraditório e a ampla defesa são observados e permeiam a relação processual, assim como há uma igualdade de oportunidades. As decisões judiciais são dadas com respaldo no princípio do livre convencimento motivado. Os efeitos da coisa julgada operam sem interferências e o duplo grau de jurisdição atua como uma garantia processual, sendo vedada a *reformatio in pejus*. Quanto à prisão, essa é considerada uma exceção em detrimento da liberdade, definida como regra.²⁵

Nesse sentido, extrai-se do que foi dito acima, que dentre as características que emanam do modelo acusatório, a que melhor diferencia os dois sistemas abordados é a relacionada a gestão da prova, pois dela se extrai a imparcialidade do julgador. Tão importante é a diferenciação, pois se estivermos diante de um Juiz-Autor, ou Juiz-Inquisidor, que, por meio de seu ativismo judicial, detém o controle do conteúdo probatório, o princípio informador é o inquisitivo. De outra banda, se o juiz estiver afastado da gestão probatória e essa estiver a cargo de um órgão distinto, apto e legítimo para tal, o princípio é o dispositivo.

Em conclusão, o modelo acusatório repudia veementemente o uso do processo como um instrumento do direito de punir do estado à medida que tem como o seu escopo a efetividade dos direitos e garantias fundamentais sob a luz da dignidade da pessoa humana, e em uma estrita observância ao devido processo legal, o que, juntamente com seus princípios, tornam-se garantidores de um Estado Democrático de Direito.²⁶

1.1.3. O sistema processual brasileiro

Antes de nos aprofundarmos na discussão sobre qual é o modelo adotado, adiantemos que é posição majoritária na doutrina brasileira a concepção de que no Brasil vigora o sistema misto,

²⁵ Ibidem, p. 37.

²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. Atividade do Juiz Criminal Frente à Constituição: deveres e limites em face do princípio acusatório. In: Ruth Maria Chittó Gauer. (Org.). **Sistema Penal e Violência**. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, v. 01, p. 209-230. *apud* GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias** op. cit., p. 42.

ou seja, com a predominância do modelo inquisitório na fase pré - processual e do acusatório na fase processual. A explicação é dada com base ora na dinâmica do inquérito processual, por meio de seu ranço inquisitorial que lhe é nato, ora na fase instrutória com as atribuições de poderes probatórios ao magistrado. Dessa forma, esses elementos, segundo a doutrina majoritária, justificariam essa classificação. Entretanto, classificar um sistema como misto significa dizer que ele é ao mesmo tempo inquisitório e acusatório. Para superar essa oposição de ideias, entende-se que em todo sistema há a prevalência de um princípio informador, que pode ser o inquisitivo ou dispositivo, combinado com algumas características do modelo divergente.

Para Eugênio Pacelli o sistema brasileiro, na atual ordem constitucional, é acusatório. Esclarece, ainda o autor que, não é porque o inquérito policial acompanha a denúncia e segue anexado à ação penal que se pode concluir pela violação da imparcialidade do julgador ou pela violação ao devido processo legal.²⁷

Na visão de Aury Lopes Jr., essa classificação do sistema brasileiro como “misto” é passível de críticas. É por isso que, com muita propriedade, atesta ser reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório²⁸. O prestigiado autor costumava definir o sistema processual brasileiro como essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório, uma vez que possuía resquícios de práticas inquisitórias, devido aos diversos dispositivos elencados no Código de Processo Penal que concedem ao magistrado uma ampla gama de iniciativa probatória. Sobre esses dispositivos falaremos a seguir.

Imprescindível notar que o Código de Processo Penal sofreu inúmeras alterações desde a sua elaboração. A primeira grande alteração a ponto de ganhar o título de reforma aconteceu no ano de 2008 com a elaboração das Leis nº 11.689, 11.690 e 11.719. Em especial, exporemos a Lei nº 11.690 de 09 de junho de 2008, responsável pela alteração de inúmeros dispositivos referentes à prova, bem como por atribuir ao Juiz poderes instrutórios. A título exemplificativo, citaremos alguns dos polêmicos artigos, bem como teceremos algumas considerações sobre essas alterações legislativas em vigor. Para começar, importante trazer à tona o caput do Artigo

²⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

²⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019. Ebook.

155, do Código de Processo Penal, que permite ao Juiz o uso de elementos informativos colhidos na investigação, na fundamentação da sentença, *in verbis*:

Art. 155. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008).²⁹

Depreende-se da leitura do referido artigo a permissão para a utilização, pelo Juiz, de elementos informativos colhidos na investigação. Partindo da premissa de que a prova, para se constituir como tal, necessita da observância do contraditório e da ampla defesa, chega-se à conclusão de que os atos de investigação, produzidos sem essas fundamentais garantias processuais, não são atos de prova e, portanto, não devem ser utilizados em desfavor do réu.

Os elementos informativos de que trata o supracitado artigo servem como base para um eventual oferecimento de denúncia, mas não tem o poder de se constituir como prova penal. Por tais questões a doutrina critica esse artigo, reclamando a sua prejudicialidade, bem como preceituando a possibilidade do Juiz, com base nas informações colhidas em sede policial, formar um juízo antecipado de valor, o qual o levaria a práticas inquisitoriais, incompatíveis com o sistema acusatório. Ademais, um dos argumentos utilizados é a que os autos de investigação não deveriam estar juntos com o processo, com a mesma fundamentação dada ao Artigo 157,³⁰ que prevê o desentranhamento das provas ilícitas.

Diante desses apontamentos, é mister que se faça uma interpretação constitucional desse dispositivo, ao passo que desobedece a sua lógica, pois ao mesmo tempo em que impõe ao magistrado a formação de sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, permite, através da inclusão da palavra exclusivamente, que também seja utilizada as informações colhidas na investigação, de tratativas inquisitórias, com ausência de contraditório e ampla defesa típicas do inquérito policial. Convém tecer, ainda, que a permissão

²⁹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

³⁰ Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 jan. 2021).

da utilização de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas na fundamentação da sentença carece de um contraditório efetivo, pleno, em consonância com o devido processo penal.

Por sua vez, o artigo 156 do mesmo diploma legal concede ao magistrado a produção antecipada de provas ainda no curso do inquérito, ao dispor:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).³¹

Em um último momento, citaremos o §1º do artigo 209 que possibilita ao Juiz a oitiva de testemunhas, ainda que não indicadas pelas partes:

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

§ 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.³²

Além disso, no ano de 2011 surgiu outra relevante modificação com o advento da Lei nº 12.403 de 4 de maio de 2011, representando um grande avanço em matéria de medidas cautelares, dado que regulou e estipulou as suas concessões em observância ao binômio necessidade e adequação com a finalidade de dar maior eficácia a essas medidas. Tal foi a importância dessa lei, pois aproximou a leitura do texto legal com os preceitos constitucionais.

De outra banda, é imperioso dar destaque a última grande reforma enfrentada pelo diploma legal processual penal, publicada em edição extra do Diário Oficial da União do dia 24 de dezembro de 2019. Trata-se da Lei nº. 13.964/2019 (PL 10.372/2018) popularmente conhecida como Pacote Anticrime, a qual trouxe inúmeros benefícios ao processo penal tanto modificando, por meio da inclusão de elementos garantistas, quanto corrigindo algumas de suas controvérsias. No tocante à estrutura do processo penal brasileiro convém destacar a inserção do artigo 3º- A, cuja leitura é a seguinte, *in verbis* “art. 3º- A. O processo penal terá estrutura

³¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 14 jan. 2021.

³² *Ibidem*.

acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”³³

Note-se que antes da elaboração do referido dispositivo não havia previsão expressa em lei, nem mesmo em seara constitucional, sobre a adoção de um sistema no ornamento jurídico brasileiro cabendo, apenas, uma interpretação sistemática dos dispositivos infralegais conflitantes com os da Constituição Federal de 1988. Dessa forma, entende-se como tacitamente revogados, no todo ou em parte, os artigos 155, 156 e 209 do Código de Processo Penal, mencionados acima, dentre outros, ante a incompatibilidade com o modelo acusatório.

Nesta senda, é necessário realizar um adendo acerca do artigo 155 do Código de Processo Penal, anteriormente transcrito, a título de didática. Conforme dito alhures, pela leitura do seu caput, ao Juiz é autorizado, na fundamentação da sentença judicial, o uso das informações colhidas em sede de investigação, ou seja, os elementos obtidos no inquérito.

A Lei 13.964/2019, Pacote Anticrime, buscando alterar o aludido artigo, que há tempos fora objeto de contestação pela doutrina, a qual defendia o desentranhamento dos autos de investigação do processo judicial, bem como a necessidade de o Juiz da Instrução ser diferente do da fase pré processual (o chamado Juiz das Garantias), por todos os motivos já expostos, atendendo os anseios doutrinários, inseriu no arcabouço do tópico relacionado ao Juiz das Garantias, acertadamente, o artigo 3º- C. Precisamente, nos interessa o contido no §3º, o qual reproduziremos abaixo:

Art. 3º-C. A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).³⁴

Pela redação dada ao §3º resolve-se a problemática causada pelo artigo 155 que, como bem dito, encontra-se tacitamente revogado. A partir de agora os autos da investigação não

³³ Ibidem. Acesso em: 15 jan. 2021.

³⁴ Ibidem.

serão apensados aos autos do processo de instrução e julgamento garantindo, assim, ao Juiz, o estado de imparcialidade.

É de extrema relevância informar que a eficácia dos artigos 3º- A e o 3º- C, os quais mencionamos acima, além dos outros que versam sobre a implantação do Juiz das Garantias e seus consectários trazidos pela Lei 13.964/2019 está suspensa, sem data definida, no momento de fechamento do presente trabalho monográfico (15/02/2021), pois concedida liminar nas ADIn's nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux. Porém, optamos por abordar os artigos introduzidos pela lei, ainda que suspensos, no que conflitarem ou combinarem com os pontos apresentados nesse estudo.

Feitas as ressalvas necessárias, há de se reconhecer que a Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 adota o modelo acusatório, a ser observado em todo o curso do processo penal. Corroborando com essa afirmativa o disposto no artigo 129 da Constituição³⁵, o qual determina que o titular para promover a ação penal pública é o Ministério Público. O artigo 5º também faz jus a essa versão ao conceder aos sujeitos do processo diversas garantias como a do juiz natural e a do devido processo legal. Com relação à essas garantias voltaremos a falar no subtópico destinado aos princípios basilares do processo penal.

Para finalizar, remete-se, novamente, ao posicionamento de Aury Lopes Jr no que tange ao sistema brasileiro. O ilustre autor, após as modificações trazidas pela Lei 13.964/2019, ainda que com a eficácia suspensa, agora, define o processo penal brasileiro como legal, pois previsto no artigo 3º- A do Código Processual Penal e de base constitucionalmente acusatória pelas razões supramencionadas.³⁶

1.2. A releitura das normas processuais penais sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: os princípios basilares do processo penal

Para entender o contexto em que vigora o processo penal contemporâneo, é necessária uma interdisciplinaridade não apenas com o Direito Penal, mas com a História de uma maneira geral. Essas disciplinas sofreram grandes influências em seus institutos nos diversos períodos

³⁵ Art. 129 - São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

históricos pelos quais perpassaram, dado que são frutos da construção da sociedade ao longo do tempo.

Sabe-se que a evolução do processo penal possui uma relação intrínseca com a evolução da pena, de forma que não podemos tratar sobre um sem, necessariamente, mencionar o outro. Sobre a temática, complementa o professor Aury Lopes Jr que:

O processo penal atrela-se à evolução da pena, definindo claramente seus contornos quando a pena adquire seu caráter verdadeiro, como pena pública, quando o Estado vence a atuação familiar (vingança do sangue e composição) e impõe sua autoridade, determinando que a pena seja pronunciada por um juiz imparcial, cujos poderes são juridicamente limitados (...) Assim, a titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça.³⁷

Em que pese a importância do Direito Penal, considerado um instrumento de controle social, para a construção do processo penal, especificamente no que tange à origem e a evolução da pena, não iremos exaurir o seu conteúdo cabendo, apenas, breves apontamentos para uma melhor contextualização do assunto a ser abordado.

De encontro a isso, torna-se imperiosa a necessidade de o processo penal ser compreendido e estudado sob as mais variadas óticas. Nessa perspectiva, deve-se examiná-lo sob o âmbito das diversas passagens históricas pelas quais foi submetido. Assim sendo, o primeiro resquício histórico tem início no ano de 1822, ocasião em que o Brasil se declara independente de Portugal, razão pela qual começou a se cogitar a instituição de um processo penal propriamente brasileiro, o que ainda não existia. Para se chegar ao almejado, no ano seguinte, em 1823, foi determinado que estariam vigentes as legislações portuguesas até que o Brasil possuísse um ordenamento jurídico próprio.

Desta feita, a primeira legislação processual penal brasileira, codificada, de relevo, denominou-se Código de Processo Criminal de Primeira Instância datado de 1832.³⁸ Como dito em um outro momento, também não pretendemos esgotar o assunto sobre o desenvolvimento do processo penal brasileiro, posto que apresenta inúmeros relatos históricos que, embora

³⁷ Ibidem.

³⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

extremamente interessantes, não nos parece relevante para se chegar ao entendimento necessário.

Nessa linha de considerações, é importante destacar e dar uma maior importância ao contexto histórico e jurídico que respaldou a criação do atual, em razão de sua vigência, Código de Processo Penal Brasileiro, Decreto-lei 3.689, de 03 de outubro de 1941, ainda que alvo de várias reformas pontuais que foram anteriormente apresentadas. Inserido sob a perspectiva histórica e jurídica da Constituição de 1937, apelidada de “Polaca” em razão de sua forte influência pela Constituição Polonesa de 1935 e do Codice Rocco, da Itália, de 1930, elaborado por Vincenzo Manzini, de ideologia fascista, foi outorgada pelo Presidente da República à época, Getúlio Vargas, responsável pela instauração de um período cujos ideais autoritários e fascistas perdurariam até o dia 29 de outubro de 1945.

O período ditatorial, denominado Estado Novo, foi marcado por um regime amplamente totalitário com a centralização do poder na figura do Presidente da República, o que, por conseguinte, gerou um esvaziamento dos poderes legislativo e judiciário, além de um incentivo desmedido a censura e a suspensão dos direitos e garantias individuais. Soma-se a isso o exacerbamento do nacionalismo e um extremo repúdio ao comunismo que vigoravam à época.

Nas lições de Eugênio Pacelli, “inspirado na legislação processual penal italiana produzida na década de 1930, em pleno regime fascista, o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro foi elaborado em bases notoriamente autoritárias, por razões óbvias e de origem”.³⁹ Acerca das raízes inquisitórias que abraçaram o atual, quanto à vigência, código de processo penal introduziremos ainda nesse tópico, de forma a facilitar a compreensão, alguns dos princípios basilares que estão por trás dessa nova concepção das normas processuais em relação à constituição de 1988.

Por oportuno, merece destaque uma brilhante passagem de James Goldschmidt, citado por Lopes Jr, em seu livro Fundamentos do Processo Penal que aborda de maneira concisa a relação entre a política processual e a Constituição de um Estado:

Os princípios de política processual de uma nação não são outra coisa senão o segmento da sua política estatal em geral; e o processo penal de uma nação não é um termômetro dos elementos autoritários ou democráticos da sua Constituição. A uma Constituição autoritária vai corresponder um processo penal autoritário, utilitarista.

³⁹ Ibidem.

Contudo, a uma Constituição democrática, como a nossa, necessariamente deve corresponder um processo penal democrático, visto como instrumento a serviço da máxima eficácia do sistema de garantias constitucionais do indivíduo.⁴⁰

Anos mais tarde, a promulgação da Constituição da República Federativa Brasileira de 1988, ocorrida após inúmeras deliberações pela Assembleia Nacional Constituinte, em um contexto caótico da história brasileira, representou um marco importante para o estabelecimento das garantias individuais, com o respeito e observância aos direitos fundamentais como um todo, instituindo um Estado Democrático, conforme se depreende da leitura do seu preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.⁴¹

Nessa senda, temos que tanto os direitos quanto as garantias fundamentais, que abrangem os direitos individuais, políticos e sociais, constituem valores inestimáveis ao sistema democrático e são postos como verdadeiras bases de sustentação de um Estado Democrático de Direito, vinculando os poderes públicos com o fito de lhe dar efetividade e garantia em toda a sua plenitude. Com a maestria que o cabe, José Afonso da Silva assevera que o Estado Democrático “se funda no princípio da soberania popular, que impõe a participação efetiva e operante do povo na coisa pública”.⁴²

Em que pese os direitos e garantias serem considerados sinônimos por grande parte da doutrina, Luis Gustavo Grandinetti diverge desse pensamento ao reverberar o seguinte:

Assim, os conceitos de direitos fundamentais, garantias e garantias institucionais não se confundem, ao menos no plano teórico, embora estejam quase todos englobados, genericamente, no Título II da Constituição, os direitos fundamentais seriam declarações da imprescindibilidade de um rol de situações jurídicas de vantagem que corresponderia a um núcleo mínimo de direitos necessários, essenciais e fundamentais para o desenvolvimento do homem. As garantias seriam os mecanismos de proteção

⁴⁰ LOPES JR., Aury. op. cit., p. 143.

⁴¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 18 dez. 2020.

⁴² SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014, p. 119.

de tais direitos. As garantias institucionais protegeriam certas instituições às quais corresponderiam determinadas funções ou tarefas que o Estado se propôs a cumprir.⁴³

Por serem extremamente caros ao sistema democrático, a Constituição Brasileira de 1988 conferiu status de cláusula pétrea⁴⁴ aos direitos fundamentais, tornando-os intangíveis e inalteráveis. Dessa forma, impõe-se, aqui, uma limitação material estabelecida pelo Poder Constituinte Originário em face do Poder Constituinte Derivado caso haja uma eventual mutação no texto constitucional, com a finalidade de ver preservado o posicionamento anterior.

No tocante ao papel da Constituição Federal, o Professor Geraldo Prado brilhantemente assevera que “tal é a importância da Constituição nessa ótica, porque fixa com clareza as regras do jogo político e de circulação do poder e assinala, indelevelmente, o pacto que é a representação da soberania popular, e, portanto, de cada um dos cidadãos”.⁴⁵

No que concerne ao sistema processual penal brasileiro, ressaltamos os diversos atributos que nos levam a aduzir que é orientado pelo sistema acusatório. O princípio acusatório, embora não esteja previsto expressamente na Constituição da República decorre de uma interpretação sistemática e dele se extrai importantes princípios que dão forma ao modelo acusatório, além do artigo 129, I, da CF. Corroborando com o alegados temos o princípio do Juiz Natural (art. 5º, XXXVII, CF), o princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF); o do devido processo legal (art. 5º, LIV, CF), o do contraditório e o da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e, por fim, o da publicidade e o da motivação das decisões judiciais (art. 5º, LX e art. 93, IX, ambos da CF). Cabe informar que alguns desses princípios regem a matéria probatória e de modo a não tornar repetitivo o assunto discorrido, trataremos especificamente destes no capítulo referente à matriz principiológica das provas.

Note-se que, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, em 05 de outubro de 1988, foi instituído o princípio da prevalência dos direitos humanos, servindo como ponte

⁴³ CARVALHO, Luis Gustavo de Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 11.

⁴⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais. Constituição da República Federativa do Brasil/1988. (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

⁴⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2015. p. 45.

para toda e qualquer interpretação, no âmbito das relações internacionais, o que, no nosso entendimento, deixa clara a sua relevância na atual ordem constitucional.

Nesse sentido, a Emenda Constitucional nº 45 de 2004 foi vista como um verdadeiro marco em relação a adoção, pelo Brasil, de normas que versavam sobre direitos humanos previstas em tratados e convenções internacionais. Depreende-se da leitura do §3º do Artigo 5º da Constituição Federal que, uma vez aprovados por três quintos dos votos dos respectivos membros, de cada Casa do Congresso Nacional, são considerados equivalentes às emendas constitucionais.⁴⁶ Sendo assim, é necessário que haja tanto uma filtragem do processo penal, através do controle de constitucionalidade, quanto uma filtragem convencional, por meio do controle jurisdicional de convencionalidade que tem como vetor de orientação os princípios fundamentais, destinados a cumprir a árdua missão de proteção e tutela dos direitos individuais.⁴⁷

A efetivação do devido processo clama por essa dupla filtragem, pois na visão de Giacomolli:

(...) o devido processo é o constitucional e o convencional, o justo processo, muito além da normatividade originária. É aquele capaz de assegurar a proteção dos direitos humanos no plano concreto, por meio de uma teia de garantias forjadas em sua historicidade, na complexidade normativa doméstica e internacional. Importante que as disposições do art. 5º da CF, ao se referirem aos direitos fundamentais, aos direitos e às garantias, não poderão ser abolidas por meio de emenda à CF, por construírem cerne intangível de Carta Maior (...).⁴⁸

Diante do exposto, breves considerações são necessárias no sentido de realizar uma contraposição entre a gama principiológica que revestia, estruturalmente, o código de processo penal, consoante a leitura fria de sua lei, com a variação no entendimento dos seus preceitos, agora iluminados pela atual Constituição. Desta feita, indicaremos, em seguida, alguns dos princípios constitucionais que balizam o processo penal democrático, bem como o arcabouço principiológico que respalda o devido processo penal democrático.

⁴⁶ Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

⁴⁷ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

⁴⁸ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2014. p. 79.

Parece-nos apropriado, primordialmente, traçar o assunto a partir de alguns importantes trechos retirados da exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941 que revelam, ao seu turno, o caráter totalitarista que insuflava à época, sob o respaldo da relativização dos direitos individuais em prol do interesse da coletividade:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatória, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. O indivíduo, principalmente quando vem de se mostrar rebelde à disciplina jurídico-penal da vida em sociedade, não pode invocar, em face do Estado, outras franquias ou imunidades além daquelas que o assegurem contra o exercício do poder público fora da medida reclamada pelo interesse social.⁴⁹

Nesse cenário, características marcantes acerca da redação original do Código de Processo Penal podem ser contempladas, dentre as quais destacamos a presunção de culpabilidade como princípio fundamental, a busca da verdade real em torno do processo, e um fomento aos poderes instrutórios do Juiz, já possuidor de uma ampla iniciativa probatória.⁵⁰

A primeira observação a ser introduzida à temática apresentada versa sobre o princípio da culpabilidade que vigorava no atual diploma processual inspirado no Código de Rocco, de 1930, elaborado por Vincenzo Manzini. De matriz inquisitorial, a aplicabilidade da presunção de inocência era algo impensável em face da ideologia política que permeava na época de sua elaboração. Transcrevemos, abaixo, outra passagem extraída da exposição de motivos aludindo tais questões:

As nulidades processuais, reduzidas ao mínimo, deixam de ser o que têm sido até agora, isto é, um meandro técnico por onde se escoia a substância do processo e se perdem o tempo e a gravidade da justiça. (...) É restringida a aplicação do in dubio pro reo. É ampliada a noção do flagrante delicto, para o efeito da prisão provisória. A decretação da prisão preventiva, que, em certos casos, deixa de ser uma faculdade, para ser um dever imposto ao juiz, adquire a suficiente elasticidade para tornar-se medida plenamente assecuratória da efetivação da justiça penal.⁵¹

⁴⁹ BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em: 10 jan. 2021.

⁵⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

⁵¹ BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em: 10 jan. 2021.

Sobre o trecho em destaque, importa sublinhar a existência de um caráter repressivo da política criminal sob a justificativa de dar efetividade à tutela penal, através da imposição da prisão como regra processual, com base na ideia de culpabilidade o que, por conseguinte, é extraído da mitigação do *in dubio pro reo*.

A alteração de pensamento passa a ocorrer com a Carta Maior que traz em seu bojo um vasto sistema de direitos e garantias individuais, dentre as quais está incluído o princípio da presunção de inocência, descrito através da máxima “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” disposta no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição. Por sua vez, na Convenção Americana de Direitos Humanos o aludido princípio toma forma no artigo 8.2 e suas alíneas, o qual reproduzimos abaixo:

Art. 8. Garantias Judiciais

1. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
 - a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
 - b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
 - c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
 - d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
 - e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
 - f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
 - g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
 - h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.⁵²

Atrelado a isso, é relevante frisar que o princípio do Devido Processo Legal norteia a teoria geral do processo. Por intermédio do artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, conhece-se do referido princípio, visto que, a seu turno, dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.⁵³ Tão grande é a sua magnitude, que,

⁵² CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em 22 dez. 2020.

⁵³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 13 jan. 2021.

por razões próprias, abrange em sua estrutura outros princípios processuais penais como o do juiz natural, ampla defesa, contraditório e o da motivação das decisões judiciais, que serão abordados no próximo capítulo.

Em síntese, vale-se, aqui, dos ensinamentos de Eugênio Pacelli sobre o devido processo legal:

O processo justo deve atentar, sempre, para a desigualdade material que normalmente ocorre no curso de toda persecução penal, em que o Estado ocupa posição de proeminência, respondendo pelas funções investigatórias e acusatórias, como regra, e pela atuação da jurisdição, sobre a qual exerce o monopólio.⁵⁴

A garantia do devido processo legal, especificamente voltada para o direito processual penal, o chamado devido processo penal, assume o papel de ser um instrumento de garantia do indivíduo em face do Estado a fim de se evitar abusos e ilegalidades por parte deste. Surge da premissa de que a forma no processo tem atributo de garantia. Nesse entendimento, o processo penal adquire o importante compromisso de se tornar um caminho necessário para que se chegue à pena o que, por sua vez, só ocorre se, indiscutivelmente, forem observadas, durante todo o procedimento, as garantias asseguradas ao indivíduo pela Carta Maior, conforme adverte o nobre professor Lopes Jr.⁵⁵

Impende salientar, ao mais, que corrobora com a estrutura democrática que assenta o *due process of law*, o princípio do Juiz Natural, adotado no sistema brasileiro através de duas direções: em um primeiro ponto entende-se o referido princípio como uma expressa vedação às criações dos tribunais de exceção. O inciso XXXVII do artigo 5º da Constituição é claro em afirmar que “Não haverá juízo ou tribunal de exceção”. A partir desse postulado, denota-se que, para o julgamento dos processos, é exigido um órgão criado antes do cometimento da infração, bem como uma definição prévia do que é crime. Percebe-se, portanto, uma intrínseca relação com o princípio da legalidade manifestamente presente no artigo 1º do Código Penal brasileiro, segundo o qual “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.⁵⁶

⁵⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019, p. 34.

⁵⁶ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 16 jan. 2021.

Retomando, a segunda vertente apontada diz respeito ao reconhecimento do Juiz Natural como o órgão do Poder Judiciário, cuja competência constitucional fora estabelecida anteriormente.⁵⁷ É o que se deduz do artigo 5º, Inciso LIII, da Constituição ao dispor que “Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Diante disso, cumpre dizer que as determinações constitucionais expressamente distribuem as competências dos órgãos do Judiciário em razão da matéria e em razão das funções. Quanto a estas competências, não iremos exceder seu conteúdo, uma vez que foge da pretensão do capítulo.

Nessa linha, Aury Lopes Jr. esclarece que “a garantia da jurisdição significa muito mais do que apenas “ter um juiz”, exige ter um juiz imparcial, natural e comprometido com a máxima eficácia da própria Constituição”. Nessa conjuntura e a partir do colocado pelo autor chegamos à seguinte conclusão: a imparcialidade do Juiz, no processo penal, reclama o seu afastamento da iniciativa probatória, o que, por sua vez, configura-se como núcleo fundante de um Estado Democrático de Direito. Acresce-se, ainda, que cabe ao Juiz o dever de assumir a função de proteger os postulados constitucionais, sendo um pressuposto da atividade jurisdicional, principalmente no que concerne aos direitos fundamentais⁵⁸.

Abordamos nesse tópico, de modo conveniente, alguns dos atributos mais significativos acerca dos princípios que fundamentam o Estado Democrático de Direito e dão contorno ao modelo acusatório, com o fito de alcançar uma percepção global sobre os princípios norteadores do processo penal. Além do mais, cumpre complementar que procederemos a análise de outros princípios constitucionais voltados para a temática da prova penal no próximo capítulo.

⁵⁷ PACELLI, Eugênio. op. cit.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

2. TEORIA GERAL DA PROVA

2.1. Conceito e função da prova: reconstrução e reconhecimento

O presente capítulo tem como intuito a exposição da teoria da prova em conjunto com os aspectos que lhe são pertinentes. Entretanto, antes de adentrarmos na questão proposta, cumpre esclarecer que não pretendemos esgotar exhaustivamente todos os conceitos e discussões relacionados ao assunto. Dito isso, versaremos sobre as questões condizentes para se chegar ao entendimento do tema tratado com o objetivo de que, no próximo capítulo, o leitor esteja apto a correlacionar a prova penal com a falsificação das memórias, objeto do presente trabalho.

Dessa forma, para se alcançar o proposto, abordaremos, em um primeiro plano, o conceito de prova, a função e a sua matriz principiológica. Em um segundo momento analisaremos a problemática que gira em torno da verdade no processo penal e, no final, as provas em espécie, com um enfoque especial na prova testemunhal e no reconhecimento de pessoas, pois reconhecidas como os mais importantes meios de prova, dos quais os índices de produção de falsas memórias são alarmantes.

A palavra “prova” origina-se do latim *probatio*, que provém do verbo *probare*, cujo significado é o de “ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar”⁵⁹. Pode-se dizer, assim, que a prova está para além de um mero cognitivismo, isto é, do conhecimento do fato de que apenas as partes que o presenciaram possuem. Com a finalidade de formar a convicção do julgador acerca de um acontecimento, as provas, inseridas no processo pelas partes, detêm a função precípua de reconstruir algo que ocorreu no passado. Em sentido semelhante, diante de uma controvérsia fática, o processo penal é o instrumento apto a realizar a reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, sendo as provas os meios através dos quais essa reconstrução será feita.⁶⁰

⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. Ebook.

⁶⁰ LOPES JR., Aury. op. cit.

Para que haja o provimento jurisdicional, é imperioso que ao magistrado, desconhecedor do fato, seja dado conhecimento através da prova, vista como tudo aquilo que é produzido (introduzido) no processo com o objetivo de tornar conhecido fatos, pessoas ou coisas.⁶¹ Nesse ínterim partindo da concepção de que os crimes são fatos pretéritos, a prova penal possui o condão de permitir uma atividade recognoscitiva do juiz, destinatário da prova, que, ao analisar o conjunto probatório, formará a convicção a ser externada em sentença.⁶²

No entendimento de Gustavo Badaró⁶³, o termo “prova” pode ter diferentes acepções, podendo ter o significado de i) “atividade probatória”, isto é, o conjunto de atos realizados pelas partes, no processo, objetivando reconstruir um fato passado. A prova também pode ser vista como ii) “meios de prova”, que nada mais é o meio pelas quais estas são inseridas no processo penal. O autor apresenta, por fim, a prova como um iii) “resultado probatório”, ou seja, é o convencimento do Juiz e das partes obtidos pelos meios de prova.

A título de didática, Badaró faz um alerta para a necessidade de distinguir as terminologias “fontes de prova”, “meios de prova”, “elemento de prova”; e “resultado probatório”. No tocante à essas distinções, oportuno destacar um trecho retirado de seu livro de processo penal, o qual veremos a seguir:

A fonte de prova é tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, uma pessoa, um documento ou uma coisa. As fontes de provas são anteriores ao processo (por exemplo, alguém que viu um acidente é testemunha do acidente, mas o meio de prova somente ocorrerá se houver um depoimento judicial dessa testemunha).

Os meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de provas só conduzidas ao processo; o depoimento da testemunha, a perícia no instrumento do crime etc. Com exceção das provas pré-constituídas (por exemplo, os documentos), os demais meios de prova, era especial os decorrentes de fontes orais (testemunhas e vítimas), deverão ser produzidos em contraditório judicial, na presença das partes e do juiz.

Elemento de prova é o dado bruto que se extrai da fonte de prova, ainda não valorado pelo juiz.

Finalmente, resultado probatório é a conclusão do juiz sobre a credibilidade da fonte e a atendibilidade do elemento obtido.⁶⁴

⁶¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 39, p. 103-116, 2009, p. 108.

⁶² LOPES JR., Aury. Op. cit.

⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015. p. 381-382.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 382.

De todo modo, mister tecer algumas considerações a respeito de a quem incumbe o ônus de provar no processo penal. Consoante os ensinamentos de Eugênio Pacelli, a presunção constitucional de inocência deve ser vista como um fator direcionador no exame do processo penal. Nas palavras do nobre autor o estado de inocência “implica e deve implicar a transferência de todo o ônus probatório ao órgão da acusação”, de tal sorte que “a este caberá provar a existência de um crime, bem como a sua autoria”.⁶⁵

Nesse quadro, Lopes Jr.⁶⁶ vai além ao esclarecer que, juntamente com o princípio constitucional de inocência, o princípio do *in dubio pro reo* fundamenta a atribuição da carga probatória ao órgão acusador ante a existência da regra de julgamento, dado que ao juiz é proibido condenar alguém cuja culpabilidade não tenha sido completamente demonstrada.

Antes de ingressarmos na questão da verdade em torno do processo penal, assim como ao estudo das provas em espécie, analisaremos os princípios que revestem a prova cabendo adiantar, outrossim, que para ser considerada válida necessita respeitar as regras do devido processo legal em consonância com o sistema acusatório.

Em síntese, como já mencionado em um outro momento, a iniciativa probatória é restrita às partes, devendo o Juiz manter-se alheio a esta, assumindo o papel de juiz-expectador deixando a cargo das partes a gestão da prova. Contudo, vimos que alguns dispositivos do código de processo penal vão contra o preconizado pelo princípio dispositivo e a sistemática adotada pela Constituição, de tal maneira que o estudo desses princípios se torna fundamental.

2.2. A Matriz principiológica da prova

Conforme visto em capítulo anterior, especificamente no tópico “1.2 releitura das normas processuais penais sob a égide da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: os princípios basilares do processo penal”, no qual apontamos para a necessidade de se adequar os dispositivos do diploma legal de processo penal com os preceitos constitucionais, tal como mencionamos algumas das reformas legislativas, cuja finalidade era trazer essa conformidade,

⁶⁵PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. op. cit.

reiteramos que a função dos princípios, nesse ponto, vai muito além da supressão de lacunas deixadas pelo legislador ou a regulação de um caso concreto.

Com a principiologia da prova “almeja-se a sistematização da matéria, diante da necessidade de o intérprete do direito compatibilizar e adaptar os direitos e garantias constitucionais a um sistema atrasado de origem inquisitorial como o do Código de Processo Penal Brasileiro”.⁶⁷

2.2.1. Estado ou situação jurídica de inocência

O princípio da presunção de inocência está consagrado no artigo 5º, inciso LVII,⁶⁸ da Constituição da República, o qual estabelece que nenhum indivíduo será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Nas palavras de Eugênio Pacelli, o aludido princípio impõe ao Poder Público duas regras em relação ao sujeito passivo do processo penal: a primeira é a de tratamento, inibindo o réu de sofrer, durante o percurso do processo, medidas restritivas fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação. Já a segunda regra de observância trata de fundo probatório, possuindo o poder de assegurar que à acusação cabe o ônus da prova, isto é, das alegações relacionadas ao fato trazidas em juízo. Essa última, conseqüentemente, acarreta na necessidade de a defesa alegar e trazer elementos que configurem possível excludente de ilicitude e culpabilidade, se compatíveis com o caso.⁶⁹

Convém complementar, ao mais, que na visão de Aury Lopes Jr.⁷⁰ o dever de tratamento exigido ao magistrado importa em uma dimensão interna e externa ao processo. Dessa forma, internamente ao processo, configura-se como uma imposição ao magistrado de tratar o réu

⁶⁷ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 57.

⁶⁸ Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 01 fev. 2021.

⁶⁹ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

⁷⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

como inocente, além de vedar-lhe o uso de medidas arbitrárias. Quanto à dimensão externa, verifica-se a necessidade de proteger o acusado dos efeitos da publicidade e midiaticização, muita das vezes excessivas e distorcidas, sendo extremamente prejudiciais ao caso penal.

Nessa toada, segundo Lopes Jr., as regras de julgamento, consistem na perspectiva de que a presunção de inocência, em conjunto com a insuficiência dos elementos de prova ou dúvidas acerca da autoria e materialidade delitiva, suscita a concretização do “in dubio pro reo” e do “favor rei”, pois são preceitos vinculados a valores humanitários de igualdade, respeito à dignidade da pessoa humana e liberdade devem ser os critérios axiológicos orientadores de toda e qualquer decisão judicial no âmbito criminal.⁷¹

Para finalizar o exame do aludido princípio, relevante sublinhar a sua temporalidade, uma vez que determina seja observado o estado de inocência até que ocorra o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Destarte, o acusado tem a garantia de ser considerado presumidamente inocente até o momento em que não seja mais cabível recurso da sentença que o condenou.

2.2.2. Contraditório e ampla defesa

No sistema acusatório e, por conseguinte, em um processo penal democrático, o princípio do contraditório é considerado um dos mais imprescindíveis, encontrando-se visceralmente conectado ao devido processo penal, uma vez que enseja uma nulidade absoluta do processo em caso de inobservância de seus mandamentos. Aos cidadãos, vistos como sujeito de direitos e não mais como mero objeto na relação processual, é assegurada essa garantia contra a força díspar Estatal.

A base legal dos princípios do contraditório e da ampla defesa está arraigada no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal o qual aduz: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com

⁷¹ Ibidem.

os meios e recursos a ela inerentes”.⁷² Na convenção Americana, essas garantias encontram-se nos dispositivos do importante Artigo 8.2, citado no capítulo anterior, para o qual remetemos o leitor.⁷³

Na visão tradicional, aceita pela doutrina, o contraditório atua no sentido de garantir às partes processuais todas as informações e fatos pertinentes, incluindo aqueles que vão contra aos seus interesses. Uma leitura moderna, de acordo com Pacelli, enxerga o contraditório não apenas como um direito de informação concedido à ambas as partes, mas leva em consideração, principalmente, a igualdade de armas e oportunidades possuídas por aqueles, a fim de equilibrar o jogo processual efetivando, assim, o contraditório.⁷⁴

Há na doutrina processual quem entenda que, na prática, os princípios do contraditório e da ampla defesa são as faces de uma mesma moeda. Porém, por mais que a ampla defesa decorra do contraditório, tornando-as praticamente uma mesma garantia, posto que conectadas entre si, entendemos que na teoria elas não se confundem. Na esteira do pensamento de Pellegrine Grinover, citado por Aury Lopes Jr, a respeito da relação entre a defesa e o contraditório expressa que, *in verbis*:

estão indissolivelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida. Eis a íntima relação e interação da defesa e do contraditório.⁷⁵

⁷² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jan. 2021.

⁷³ Artigo 8. 2- Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos. (Cf. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em 22 dez. 2020)

⁷⁴ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

⁷⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 63 *apud* LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

Em termos gerais, temos que o princípio da ampla defesa, enquanto meio para a concretização do contraditório, consiste em uma das mais cruciais garantias do processo, visto que assegura, ao sujeito passivo da relação processual, o direito de defesa a ser praticado nos limites legais. O processo penal justo deve observar as regras do jogo e, nesse sentido, o acusado detém a prerrogativa de contraditar as provas, além de contradizer os fatos alegados pela acusação, apresentando ao magistrado outras informações com a finalidade de alcançar o seu convencimento. Contudo, insta sublinhar que a defesa não é obrigada a praticar nenhum ato probatório no processo, porém deve arcar com os riscos de sua inação.⁷⁶

Elementar informar que a ampla defesa se divide estruturalmente no direito de defesa técnica e no de defesa pessoal, ou autodefesa, esta última podendo ser positiva ou negativa. A primeira delas, a defesa técnica, tem como fundamental atributo a indisponibilidade, pois o réu, devido a sua hipossuficiência, necessita estar acompanhando de seu defensor durante todos os atos para que haja um equilíbrio no jogo processual. Preceitua o artigo 261 do Código de Processo Penal que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor⁷⁷. Soma-se a isso, a imprescindibilidade da nomeação de um defensor dativo caso o réu não constitua advogado.

A defesa pessoal, por sua parte, é disponível, podendo o sujeito passivo dela renunciar. Esclarece Di Gesu que é no interrogatório o momento em que a autodefesa se manifesta de maneira mais acentuada. Nas lições da autora:

(...) a autodefesa encontra seu ápice no interrogatório (policial ou judicial), na medida em que neste ato pode optar por atuar (falar - autodefesa positiva) ou omitir-se (calar - autodefesa negativa), sem que silêncio venha em seu prejuízo, devido à observância do princípio da presunção de inocência. De outra banda, o sujeito passivo pode negar-se a participar de qualquer outra diligência que possa prejudicar sua defesa ou incriminá-lo.⁷⁸

⁷⁶ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 68.

⁷⁷ Artigo 261- Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021).

⁷⁸ DI GESU, Cristina op. cit., p.71.

Nessa continuidade, relate-se que o direito ao silêncio, extraído do princípio *nemo tenetur se detegere*, se encontra esculpido no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição⁷⁹, além de constar como relevante garantia prevista no artigo 8.2 da Convenção Americana.⁸⁰

2.2.3. Livre convencimento motivado ou persuasão racional

A garantia da motivação das decisões judiciais está expressamente prevista, na Constituição da República consoante a disposição contida no artigo 93, IX, o qual determina que: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”⁸¹. No diploma de processo penal, fundamenta-se pelo que prevê a leitura do artigo 155, transcrito abaixo:

Art. 155. 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.⁸²

Verifica-se do supracitado princípio que ao juiz é permitido a análise das provas, realizadas em obediência às regras do devido processo legal, e, após, decidir, ou sentenciar, de acordo com o seu entendimento, mas este deve ser sempre motivado. Em outras palavras, o livre convencimento está na liberalidade na definição de critérios para o magistrado valorar a prova, durante o ato processual, para, ao final, chegar a um convencimento a ser

⁷⁹ Artigo 5, LXIII - O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

⁸⁰ Artigo 8.2 – g. toda pessoa – presa ou em liberdade – tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada. (Cf. CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm> Acesso em 22 dez. 2020).

⁸¹ Artigo 93 - Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação. (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

⁸² BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

consubstanciado em atos decisórios, os quais devem ser motivados e fundamentadas as explicações no tocante às razões de cada conclusão.

No que concerne à permissão para o uso de elementos informativos na fundamentação da sentença, comentamos no capítulo 1 sobre as críticas da doutrina acerca da constitucionalidade desse trecho, para o qual direcionamos o leitor de modo a evitar a repetição do assunto. Nesse quadro, impõe-se, aqui, as lições de Aury Lopes Jr sobre a importância dessa garantia para o controle da racionalidade da decisão judicial, afirmando que:

O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o saber que legitima o poder, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado.⁸³

Estabelecendo uma correlação com os sistemas processuais, estudados no capítulo anterior, os sistemas de valoração da prova relacionam-se com as características dos modelos inquisitório e acusatório através da aplicabilidade prática dos direitos fundamentais.⁸⁴ Existem três sistemas de valoração da prova: (i) sistema da íntima convicção; (ii) sistema da prova legal ou tarifada e (iii) sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional.

No sistema da íntima convicção, as decisões eram emitidas sem a necessidade de motivá-las, isto é, eram pautadas no foro íntimo do julgador. Destaque-se que atualmente esse modelo é utilizado nos procedimentos do Tribunal do Júri, o qual estabelecem que os jurados podem entender pela condenação ou absolvição do acusado sem a necessidade de declinar as razões que os levaram a decidir dessa forma. Nesse sentido, esse tema, considerado um dos mais controversos do direito, de críticas quase que uníssonas pelos estudiosos da área, permite inúmeros debates e reflexões sobre a sua aplicabilidade nos dias atuais.

O modelo da prova legal ou tarifada surge como uma tentativa de frear essa arbitrariedade do sistema da íntima convicção, ao passo que determina previamente o valor de cada prova. Em que pese a considerável diminuição dos atos discricionários do juiz, proporcionando, assim,

⁸³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

⁸⁴ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 73.

uma maior segurança jurídica, as críticas ao modelo centravam-se na impossibilidade de se olhar para cada casa concreto e nas suas particularidades. A elaboração dos valores de cada prova também gerou uma contrariedade, ante a ausência de sentido lógico, dado que pré definidas as hierarquicamente superiores e as que tinham a premissa de demonstrar a veracidade do fato melhor que outras.

No artigo 158 do Código de Processo Penal Brasileiro⁸⁵, embora não se adote o sistema no Brasil verifica-se um resquício da prova legal ou tarifada, ao passo que estabelece ter o exame de corpo de delito – direto ou indireto – maior valor, ou seja, maior hierarquia, em relação à confissão do imputado, quando a infração deixar vestígios.⁸⁶

2.2.4. Inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente

Para finalizar o exame da principiologia da prova, no bojo dos direitos e das garantias fundamentais, a Constituição Federal de 1988, em estrita observância com o princípio da legalidade, veda no artigo 5º, inciso LVI⁸⁷ a utilização de provas obtidas ilicitamente de forma a garantir a proteção do sujeito passivo do processo penal que se vê em desigualdade de forças com o Estado. Configura-se, como uma importante proteção aos direitos individuais através de um novo olhar probatório sob o princípio da vedação à prova ilícita.

De igual sorte, o artigo 157 do Código de Processo Penal vem de encontro ao postulado constitucional ao estabelecer que as provas ilícitas são inadmissíveis e devem ser desentranhadas do processo. Compreende-se o significado de provas ilícitas da leitura do caput

⁸⁵ Artigo 158 - Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021)

⁸⁶ GESU, Cristina Di op. cit., p.74.

⁸⁷ Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

do artigo supra, o qual dispõe que são aquelas obtidas em violações às normas constitucionais ou legais.

A doutrina brasileira optou por adotar a divisão da definição entre provas ilícitas e ilegítimas proposta por Ada Pellegrini Grinover no Brasil e inaugurada por Pietro Nuvolone na Itália, e assim o faz até os dias atuais. Nesse sentido, as provas ilegais seriam um gênero das quais seriam espécies as provas ilegítimas e as ilícitas. Acerca da distinção entre esses conceitos, sustenta Gustavo Badaró:

As provas ilegítimas são aquelas produzidas com violação de normas processuais (por exemplo, oitiva de uma testemunha, sem dar às partes o direito de perguntas). As provas ilícitas são obtidas com a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (por exemplo, um “grampo telefônico” ilegal). 402 Processo Penal. Do ponto de vista do direito material, a prova ilícita será colhida com infringência de normas ou princípios previstos na Constituição para proteção das liberdades públicas e dos direitos da personalidade. Constituem provas ilícitas, por exemplo, as obtidas com violação do domicílio (CR, art. 3º, XI), ou das comunicações telefônicas ou postais (CR, art. 5º, XII), as conseguidas mediante tortura ou maus-tratos (CR, art. 5º, III), as colhidas com infringência à intimidade (CR, art. 5º, X), entre outras. Justamente porque tais bens jurídicos são de alta relevância, o legislador tipifica como crime sua violação. Assim, a obtenção da prova ilícita, normalmente, acarreta o cometimento de um delito, como a violação de domicílio (CP, art. 150), de correspondência (CP, art. 151), de segredo profissional (CP art. 154) e a tortura (Lei nº 9.455/1997, art. 1º) etc.⁸⁸

Importante mencionar sobre qual o momento em que ocorre o vício de direito material e o processual. De acordo com Badaró, na prova ilícita, o vício ocorre no momento de sua obtenção, enquanto que na prova ilegítima a ilegalidade ocorre quando da sua produção. Ainda segundo o autor, no que concerne à sanção processual, impõe que:

Por outro lado, quanto à sanção processual, afirma-se que a prova ilícita é inadmissível, o que evita o seu ingresso no processo, enquanto a prova ilegítima será sancionada com a nulidade de sua produção, uma sanção, portanto, *ex post factum*. Além disso, a prova ilícita não poder ser renovada, enquanto em relação à ilegítima “impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determinar o art. 573 do CPP.

Não há como negar que a inadmissibilidade impede o ingresso, no processo, de uma prova ilícita, o que não ocorre na teoria das nulidades. Porém, na grande maioria dos casos, o reconhecimento da ilicitude da prova ocorre a posteriori, quando o meio proibido já ingressou no processo (por exemplo, reconhece-se a ilicitude de uma interceptação telefônica, depois de já realizada a operação técnica e juntado aos autos o laudo de gravação ou os registros das conversas). Neste caso, a consequência do reconhecimento da ilicitude da prova não será a inadmissibilidade (impedir o ingresso), mas o seu desentranhamento (excluir do que não deveria ter ingressado).

⁸⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 402.

Do ponto de vista da dinâmica procedimental, sob o aspecto cronológico da imposição.⁸⁹

2.2.4.1. Prova ilícita por derivação: *Fruits of the poisonous tree*

A reforma de 2008, concretizada por meio da Lei 11.690/08, já mencionada em outra oportunidade, alterou diversos artigos relacionados à prova no processo penal, assim como inseriu a prova ilícita por derivação disciplinada pelo artigo 157⁹⁰ do Código de Processo Penal, o qual dispõe:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§ 4º (VETADO)

§ 5º O juiz que conhecer do conteúdo da prova declarada inadmissível não poderá proferir a sentença ou acórdão. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)⁹¹

A prova ilícita por derivação encontra suporte no parágrafo primeiro do artigo 157 o qual, por sua vez, coaduna com o disposto no caput desse mesmo artigo ao considerar também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas. Na prática, consiste dizer que a partir da existência de uma prova produzida em violação constitucional ou legal e desta decorrerem atos probatórios, ainda que válidos, esses considerar-se-ão ilícitos, posto que contaminados pela prova ilícita originária.

No que diz respeito a essa teoria e corroborando com o exposto acima, elucida Gustavo Badaró, nos dizeres abaixo:

⁸⁹ Ibidem, p. 404.

⁹⁰ O § 5º do artigo 157, incluído pela lei 13.964/2019, encontra-se momentaneamente suspenso, sem eficácia *sine die*, no momento da elaboração do presente trabalho monográfico, vez que concedida liminar nas ADIn's nº. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305 pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux.

⁹¹ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 30 jan. 2021.

A denominada *Derivative Evidence Doctrine*, criada pela jurisprudência norte-americana, ficou conhecida como *Fruit of the Poisonous Tree*, ou seja, frutos da árvore venenosa. A prova ilícita por derivação é uma prova que, em si mesma, é lícita, mas que somente foi obtida por intermédio de informações ou elementos decorrentes de uma prova ilicitamente obtida. Por exemplo, encontra-se um cadáver em cumprimento a um mandado de busca domiciliar (prova em si lícita), mas a informação do local em que o cadáver estava foi obtida por meio de uma confissão mediante tortura.⁹²

Entretanto, relevante ressaltar que a teoria da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação não é absoluta, à medida em que permite o uso da prova derivada da ilícita com algumas exceções consoante a leitura da parte final do parágrafo primeiro do artigo supra. Cabe acrescentar, desde já, que as exceções ocorrem nos casos em que há quebra do nexo causal entre a prova ilícita original e a prova derivada.⁹³ À vista dessas exceções temos a teoria da fonte independente (*independent source*) e a teoria da descoberta inevitável (*inevitable discovery*).

Elementar trazer os ensinamentos de Badaró a respeito dessas teorias, dado que segundo o autor:

A primeira exceção - quando não evidenciado o nexo causal entre umas e outras não se trata de uma ressalva à regra principal - de inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita -, mas de sua não incidência. Se não há um nexo de causalidade entre uma prova, isto é, a prova originária ilícita, e a outra, a prova dela derivada, em si, lícita, nem mesmo se coloca o problema da prova ilícita por derivação. A hipótese, portanto, é dispensável e desnecessária.

Já o § 2 do art. 157 do CPP, ao procurar definir o que se considera como fonte independente, foi extremamente infeliz. A regra legal, pretendendo definir a fonte independente, parece ter definido outra exceção, da descoberta inevitável, fazendo-o, porém, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas: “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova”.⁹⁴

2.3. Prova e verdade: a dicotomia entre verdade real e processual

Alertamos, previamente, quanto a função retrospectiva exercida pelo processo penal, cuja prova tem como destinatário o magistrado que, ao desenvolver uma atividade cognitiva, conhece e analisa as teses apresentadas pelas partes, permitindo, assim, o contraditório judicial.

⁹² BADARÓ, Gustavo Henrique op. cit., p. 408-409.

⁹³ Ibidem, p. 409.

⁹⁴ Ibidem, p.410.

O exame probatório, com base em seus princípios, além de sua valoração, denota-se fundamental para o entendimento do raciocínio final. O juiz ao formar o seu convencimento acerca de determinado fato, averiguando se as provas levantadas são suficientes para a mitigação da presunção de inocência do acusado, fundamentará a sua decisão em sentença condenatória ou absolutória conforme o seu entender.

A temática da prova associada a verdade é bastante empregada, posto que amplamente conectadas entre si. É de salientar que para muitos autores processualistas, sejam os antigos, ou os atuais, o escopo do processo penal é a procura da verdade a ser obtida através das provas.⁹⁵

As diversas teorias acerca da prova diferem em muitos aspectos, porém encontram semelhança na tentativa de interligar a verdade com a prova. As discussões acerca dessa relação são antigas, visto que em 1965, antes da publicação de sua obra *Verità, Dubbio, Certezza*, o jurista italiano Francesco Carnelutti constantemente arrazoava que o objetivo a ser atingido pelo processo penal era a investigação da verdade substancial tendo, por sua vez, como resultado, apenas uma verdade formal.⁹⁶

Visando esclarecer as terminologias reportadas, para os defensores da verdade real, ou substancial, o desígnio do processo é a reprodução da verdade calcada no modo exato de como ocorrera um fato passado. Por outra forma, os teóricos da verdade real acreditam que por meio das provas pode se chegar à realidade dos fatos de tal modo como acontecera. Relativamente à verdade formal, ou processual, essa preleciona que a verdade é aquela alcançada pelo processo, reconstruída através das provas, com respeito as regras do devido processo legal o qual, pela sua lógica, determina inúmeras formalidades a serem observadas para que sejam consideradas válidas e, assim, possam ingressar no processo penal.

2.3.1. Superando a ideia de verdade

Ao tratarmos do sistema inquisitório, no capítulo 1, realizamos uma abordagem inicial acerca da noção de verdade, de modo que nos referimos às complicações que envolvem a

⁹⁵ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 88.

⁹⁶ *Ibidem*.

concepção acerca da função do processo penal como reprodutora fidedigna da realidade dos fatos, encontrando-se em via oposta aos ditames do sistema acusatório. Nesta toada, nas palavras de Lopes Jr:

Se por um lado o sistema inquisitório admite um substancialismo e uma relativização da garantia da forma em nome da “verdade real” (inalcançável), de outro, o modelo acusatório pauta-se por um formalismo protetor, respeitando a forma enquanto valor. O grande valor do processo acusatório está no seu conteúdo ético, externado no estrito respeito às regras do jogo (forma) e, principalmente, no fato de que condenação ou absolvição são equivalentes axiológicos para o resultado, abandonando o ranço inquisitório de buscar a condenação.⁹⁷

A verdade real, enquanto teoria acerca do escopo do processo, começa a perder força à medida em que as ideias iniciais de seu preconizador Carnelutti vão tomando outra direção, pois reconhece o jurista que não podemos compreender o todo, dado que sabemos apenas parte dele. Como compilação de seu pensamento elaborou a brilhante frase: *“la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi”* (a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós). Nesse seguimento, Carnelutti abandona a ideia de verdade real, demonstrando um descrédito em relação a ela o qual se mostra inalcançável, passando a trabalhar com a ideia de certeza.⁹⁸

Por essa perspectiva, Badaró ensina que a verdade almejada pelo processo é aquela que corresponde a um elevado grau de probabilidade sobre o acontecimento ocorrido. Complementando a visão do autor:

A prova é apontada como o meio pelo qual o juiz chega à verdade, convencendo-se da ocorrência ou inoocorrência dos fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo. Atualmente, tem-se consciência de que a verdade absoluta ou ontológica 'ê algo inatingível. Verdade e certeza são conceitos relativos. A “verdade” atingida no processo - e também fora dele - nada mais é do que um elevado ou elevadíssimo grau de probabilidade de que o fato tenha ocorrido como as provas demonstram. Por outro lado, a certeza, enquanto aspecto subjetivo da verdade, também é relativa. O juiz tem a certeza de um fato quando, de acordo com as provas produzidas, pode racionalmente considerar que uma hipótese fática é a preferível entre as possíveis. Ou seja, em linguagem mais simples, o juiz tem certeza quando as provas o fazem acreditar que o seu conhecimento é verdadeiro.⁹⁹

⁹⁷ LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

⁹⁸ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 89-90.

⁹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 377.

Acrescenta Luigi Ferrajoli que a verdade processual, além de respeitar as regras e formalidades para a validade da prova, não tem a pretensão de ser verdade. Segundo o autor:

Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto do processo, está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e as garantias da defesa. É em suma, uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo informativo que qualquer hipotética “verdade substancial”.¹⁰⁰

2.4. Provas em espécie

Vimos nos tópicos anteriores que enquanto a prova exerce uma função cognoscitiva no processo, o magistrado realiza uma atividade recognitiva ao analisa-la, posto que dos fatos não conhece, passando a conhecê-los através das partes. Em virtude disso, entende-se o processo penal como uma máquina de retrospectão de um fato pretérito e a prova, em conformidade com o sistema acusatório e o devido processo legal, como detentora de uma função persuasiva apta a alcançar a captura psíquica do julgador¹⁰¹.

De encontro ao que foi apresentado na introdução do presente capítulo, o estudo deste trabalho monográfico tem como objetivo a análise da prova oral e do reconhecimento de pessoas, posto que a prova testemunhal se configura como o principal meio de prova admitido no processo penal. Desta feita, temos que o reconhecimento pessoal também merece posição de destaque em virtude de seu alto índice de fragilidade, como veremos a seguir.

2.4.1. Declarações do ofendido

Embora o ofendido não seja considerado, via de regra, parte no processo penal, com exceção nos processos de iniciativa privada o qual figura como autor, elemental iniciar o estudo da prova oral com as características que envolvem essas declarações. Complementando, na

¹⁰⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón. Teoría del Garantismo Penal**, 1997, p.45 *apud* GESU, Cristina Carla op. cit., p. 92.

¹⁰¹ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 87.

Ação Penal Pública, cujo autor é o Ministério Público, não se considera o ofendido/vítima uma testemunha, pois tem interesse direto no resultado do processo.

Gustavo Badaró¹⁰², atentando para as principais diferenciações entre o ofendido e a testemunha, aduz para as terminologias criadas pelo próprio legislador, as quais já define e distingue, de antemão, que o ofendido presta declaração, nas ações em que não figura como autor, de acordo com o disposto no artigo 201 do diploma legal de processo penal¹⁰³, enquanto a testemunha presta depoimento, conforme impõe o artigo 204.¹⁰⁴

Preceitua o artigo 201 do Código de Processo Penal que sempre que possível o juiz ouvirá o ofendido, nos permitindo inferir a não obrigatoriedade em ser arrolado pelas partes para prestar a sua declaração em juízo. Impende ressaltar, todavia, que não há uma objeção à parte que requerer a sua oitiva, destacando-se, apenas, que não contará do rol de número destinado às testemunhas. Por ter o ofendido interesse na dinâmica processual a ele não incumbe o dever de prestar compromisso com a verdade, ocasionando na impossibilidade de incidir em crime de falso testemunho de que trata o artigo 342¹⁰⁵ do Código Penal.

No que concerne à natureza jurídica, discute-se, na doutrina, se as tomadas de declarações do ofendido possuem status de meios de prova ou se são meros esclarecimentos a

¹⁰² BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 461.

¹⁰³ Artigo 201- Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. § 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. § 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. § 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. § 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 fev. 2021).

¹⁰⁴ Artigo 204 - O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos (Cf. Ibidem).

¹⁰⁵ Artigo 342 - Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. (Cf. Ibidem).

serem dados ao juiz. Entende Badaró que “diante da disciplina legal das declarações do ofendido no CPP, prevalece o entendimento de que se trata de um meio de prova”.¹⁰⁶

Quanto à questão procedimental, o artigo 400, caput, do código de processo penal¹⁰⁷ indica uma regra de observância ao determinar que o ofendido deverá ser ouvido antes das testemunhas da acusação sendo perguntado, em consonância com o artigo 201 do referido código, sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor e as provas que possa indicar.

Embora ausente a previsão expressa de que as partes podem fazer perguntas ao ofendido, não havendo também, ao seu turno, vedação a essa possibilidade, entende a doutrina ser plenamente possível que as partes façam questionamentos à vítima. Cumpre observar, por oportuno, o que diz o parágrafo primeiro do artigo 201 supramencionado, permitindo a condução coercitiva do ofendido caso seja intimado e não compareça para prestar declarações sem justificar o motivo.

Um dos pontos cruciais acerca da palavra da vítima que permeiam o processo penal diz respeito ao seu valor probatório. Diante de seu interesse processual combinado com o descompromisso em dizer a verdade postula-se por um maior cuidado ao examinar o conteúdo desse meio probatório. Sobre a questão leciona Badaró:

Todo meio de prova tem valor relativo. Com maior razão, no caso da oitiva do ofendido, suas palavras devem ser recebidas com grande reserva, pelo seu inegável interesse no resultado do processo. Quem foi vítima do crime, ao prestar suas declarações, pode ser levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento ou pela emoção e narrar os fatos como lhe pareçam convenientes, e não como eles efetivamente ocorreram. Tornaghi lembra que “o ofendido mede tudo por um padrão subjetivo distorcido”, e, “ainda que pretenda ser isento e honesto, estará sujeito a falsear a verdade, embora de boa-fé”. Embora não se possa excluir, a priori, o valor das declarações do ofendido, justamente por se tratar de prova precária e muito sujeita às distorções, a declaração do ofendido, quando isolada, e sem estar corroborada por

¹⁰⁶ BADARÓ op. cit., p.462.

¹⁰⁷ Artigo 400 - Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1o As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2o Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03. fev. 2021.

outros elementos de prova, ainda que circunstanciais, não pode ser considerada fundamento suficiente para a condenação.¹⁰⁸

2.4.2. Prova testemunhal

Como dissemos alhures, a prova testemunhal compõe o principal meio de prova no processo criminal, sendo base, a despeito de sua fragilidade, de incontáveis sentenças absolutórias ou condenatórias.

2.4.2.1. Conceito e características

Por testemunha entende-se a pessoa que presenciou um determinado fato e que, através de seus sentidos, atua de maneira retrospectiva no processo ao informar sobre esse acontecimento ocorrido no passado. Ressalte-se que a testemunha não é parte no processo e muito menos possui interesse em seu resultado, diferentemente do ofendido, como visto previamente.

Interessante e didática distinção feita por Gustavo Henrique Badaró acerca da confusão entre os termos “testemunhar” e “depor”. O autor afirma que o testemunhar se refere ao presenciar alguma coisa enquanto o ato de depor é atinente ao de declarar, perante a autoridade judiciária, sobre esse fato presenciado. Em síntese, “a pessoa que presenciou um fato relevante para o processo é testemunha. Já o depoimento é o ato por meio do qual a testemunha narra em juízo os fatos que presenciou”.¹⁰⁹

O testemunho engloba quatro características principais: a judicialidade, oralidade, objetividade e a retrospectividade. A primeira delas corresponde a dizer que o testemunho é sempre judicial, realizado na presença das partes, em contraditório, não se admitindo como prova testemunhal o depoimento realizado em sede policial ainda que perante a autoridade.

¹⁰⁸ BADARÓ, op. cit, p.463.

¹⁰⁹ Ibidem, p. 464.

A oralidade, por sua vez, advém do artigo 204 do Código de Processo Penal que determina ser o testemunho oral, em regra, excepcionando-a para as situações em que haja a presença de surdo-mudo aplicando-se, outrossim, o disposto no artigo 223, parágrafo único¹¹⁰ em combinação com o artigo 192¹¹¹, caput, ambos do aludido diploma processual.

A terceira característica concerne à objetividade, isto é, deverá a testemunha prestar o seu depoimento sem a manifestação de apreciações pessoais, segundo o artigo 213¹¹² do código processual penal. A ressalva ao postulado trata da admissão na narrativa do depoente sobre suas apreciações pessoais quando inseparáveis da narrativa do fato. Recai sobre a noção de objetividade diversas críticas, posto que impossível sua determinação ante a complexidade do processo mnemônico, o qual muitas das vezes não consegue diferir a razão da emoção. Quanto a isso na esteira do pensamento de Lopes Jr,

(...) ao final desse longo labirinto cognoscitivo, a imagem mental se converte em palavra e novamente o resultado varia enormemente de locutor a locutor, de sua capacidade de expressar o que viu (ou melhor, o que pensa que viu, que não necessariamente corresponde ao ocorrido, até porque o todo é demais para nós) e de se fazer compreender. E, se o discurso não flui, uma nova variável adquire grande relevância: quem faz a inquirição. E um novo campo se desvela para afastar ainda mais o testemunho da “objetividade” e, obviamente, de sua credibilidade. (...)A “objetividade” do testemunho deve ser conceituada a partir da assunção de sua impossibilidade, reduzindo o conceito à necessidade de que o juiz procure filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente (des)valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado. É o máximo que se pode tentar obter.¹¹³

¹¹⁰ Artigo 223- Quando a testemunha não conhecer a língua nacional, será nomeado intérprete para traduzir as perguntas e respostas. Parágrafo único: Tratando-se de mudo, surdo ou surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do art. 192 (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021).

¹¹¹ Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas.

Parágrafo único. Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021).

¹¹² Artigo 213 - O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021)

¹¹³ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

A retrospectividade, por fim, como já adiantamos em vários momentos até aqui, significa dizer que a testemunha irá depor sobre fatos que aconteceram no passado sendo vedado, porém, qualquer previsibilidade sobre o futuro, isto é, não pode dizer, a título exemplificativo, que se o suposto acusado for solto ele irá cometer outros crimes.

2.4.2.2. Classificação das testemunhas

As testemunhas classificam-se em: (i) Testemunha presencial; (ii) Testemunha indireta; (iii) Informantes; (iv) Abonatórias e (v) Referidas. As primeiras, testemunhas presenciais, como se infere de sua própria terminologia, são aquelas que tiveram contato direto com o acontecimento narrado, ou melhor, presenciaram o ocorrido dele fazendo parte.

As testemunhas indiretas, por sua vez, são as que não estiveram presente no momento da ocorrência do fato, mas que dele ouviram falar. Aury Lopes Jr reclama por uma maior cautela na valoração desses depoimentos, visto que essas testemunhas não estavam presentes no momento do suposto cometimento do crime, alertando para um alto risco de contaminação dessa oitiva.¹¹⁴

Os informantes são pessoas isentas de prestar compromisso em dizer a verdade, não podendo, conseqüentemente, responder criminalmente pelo falso testemunho. Nesse sentido, não entram no limite de números destinados para a oitiva de testemunhas da acusação e da defesa. De acordo com o artigo 206, parte final, e artigo 208¹¹⁵ do Código de Processo Penal, respectivamente, são considerados informantes o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado, assim como os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 (quatorze) anos de idade. Por não prestarem compromisso com a verdade, imperioso a valoração probatória de seus depoimentos com ressalvas.

¹¹⁴ Idem. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

¹¹⁵ Artigo 208 - Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206 (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021).

As testemunhas abonatórias são as que não conhecem do fato, pois também não o presenciaram. O seu depoimento tem como função prestar declarações acerca da conduta social do réu, cujo objetivo encontra respaldo no momento da aplicação da pena, na ocasião em que o magistrado fará uso das circunstâncias judiciais contidas no artigo 59 do Código Penal.¹¹⁶ Ocorre com frequência nos juízos criminais dos tribunais estaduais a substituição dos depoimentos das testemunhas abonatórias em declarações escritas. Aury Lopes Jr entende essa prática como uma violação ao contraditório, dado que se constitui em uma produção unilateral e externa ao processo, contradizendo a oralidade, uma importante característica a ser observada da prova testemunhal.¹¹⁷

As testemunhas classificadas como referidas, como o próprio nome já diz, são as que foram mencionadas, ou seja, referidas em depoimento de uma outra testemunha. Não constam, portanto, do rol originário de testemunhas de ambas as partes. Embora o estabelecido no artigo 209, §1º¹¹⁸ do Código de Processo Penal deixe margem para uma possível faculdade do magistrado em proceder a oitiva da testemunha referida, entende-se que ao saber da existência dessa, detentora de conhecimento do fato, deverá o juiz determinar a sua intimação para a colheita do depoimento.

2.4.2.3. Capacidade e deveres da testemunha

Determina o artigo 202¹¹⁹ da legislação processual que, em regra, toda pessoa pode ser testemunha sendo detentora do dever de depor, conforme consta da parte inicial do artigo 206, o qual reproduzimos abaixo:

¹¹⁶ Artigo 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021).

¹¹⁷ LOPES JR., Aury op. cit.

¹¹⁸ Artigo 209 - O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem.

§ 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa. (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021).

¹¹⁹ Artigo 202 - Toda pessoa poderá ser testemunha. (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021)

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.¹²⁰

A testemunha, conforme prescreve o artigo 203¹²¹, presta compromisso em dizer a verdade, podendo responder por crime de falso testemunho caso falte com ela em juízo.

2.4.2.4. Dispensa do dever de depor e a proibição do testemunho

De acordo com a lei processual podem se recusar a depor os elencados no artigo 206, parte final, quais sejam, os parentes do acusado. Contudo, de maneira excepcional, podem depor em caso de impossibilidade de se obter e integrar a prova do fato e de suas circunstâncias.

No que tange às pessoas proibidas de depor, é vedado o depoimento daquelas que possuem conhecimento dos fatos em razão de função, ministério, ofício ou profissão, e que dele devam guardar segredo em respeito ao artigo 207¹²² do código de processo penal. A excepcionalidade ocorre, todavia, em caso de desobrigação pela parte interessada, a qual ainda assim detém da prerrogativa de não depor caso não queira.

¹²⁰ (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021).

¹²¹ Artigo 203 - A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (Cf. (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 03 fev. 2021).

¹²² Artigo 207- São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho (Cf. *Ibidem*).

2.4.2.5. Lugar do depoimento e procedimento probatório

A oitiva das testemunhas é realizada, via de regra, na sede do juízo, em audiência de instrução e julgamento, momento apto para a produção de provas de acordo com o artigo 792¹²³ do código processual penal. Se a testemunha arrolada pelas partes residir em comarca diversa de onde tramita o processo criminal, essa será ouvida por carta precatória ou rogatória se residente no exterior, consoante o artigo 222, caput ¹²⁴, e 222- A¹²⁵ do mesmo diploma legal.

A respeito do momento oportuno para indicação de quais pessoas devem ser ouvidas, estas precisam ser apontadas pela acusação no momento do oferecimento da denúncia, se o caso tratar for de ação penal de iniciativa pública, ou na queixa, em caso de ação penal de iniciativa privada, e as de defesa na resposta à acusação. No tocante ao número limite de testemunhas possibilitadas de serem arroladas pelas partes, destacamos os ensinamentos de Aury Lopes Jr:

No que se refere ao limite numérico, tem-se por regra geral:

a) crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade seguirá o rito comum ordinário, podendo ser arroladas até oito testemunhas para cada parte, não se computando as que não prestam compromisso e as referidas (art. 401, § 1º, do CPP);

b) crime cuja sanção máxima cominada for inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade seguirá o rito comum sumário, podendo ser arroladas até cinco testemunhas para cada parte, com as mesmas ressalvas do item anterior (art. 532).

Há, contudo, exceções expressamente previstas em leis especiais, como ocorre com a Lei n. 11.343 (Lei de Tóxicos), em que, independente da pena, o número de testemunhas é de apenas 5 (cinco) para cada parte.

No Tribunal do Júri, na instrução (primeira fase), poderão ser ouvidas até 8 testemunhas para cada parte (art. 406, §§ 2º e 3º). Contudo, em plenário, esse número é reduzido para 5 (cinco), nos termos dos art. 422, do CPP.¹²⁶

¹²³ Artigo 792 - As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados.

§ 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes (Cf. *Ibidem*).

¹²⁴ Artigo 222 - A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes.

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

§ 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento (Cf. *Ibidem*).

¹²⁵ Artigo 222-A - As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

Parágrafo único. Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 222 deste Código (Cf. *Ibidem*).

¹²⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

Quanto à produção da prova, antes da colheita do depoimento, a testemunha será compromissada pelo juiz e, após, deverá ser qualificada, isto é, identificada, declarando o seu nome, idade, profissão, endereço de residência, bem como questionada se possui algum grau de parentesco com alguma das partes, em conformidade com o que se extrai do artigo 203¹²⁷ do Código de Processo Penal.

Elementar destacar que até a reforma de 2008 vigorava o chamado sistema presidencialista no processo penal, segundo o qual as partes perguntavam diretamente ao Juiz e este, por conseguinte, reformulava essa pergunta para as partes. Com a reforma, adotou-se o sistema de *cross-examination* através de uma nova metodologia para a realização da colheita do depoimento.

Dessa forma, o magistrado passou a ter um papel apenas subsidiário na produção da prova testemunhal. As perguntas passaram a ser feitas diretamente pelas partes, e não mais por intermédio do juiz, a quem restou apenas a possibilidade de complementar as indagações das partes¹²⁸. Nessa determinação, o procedimento é realizado da seguinte maneira, nas palavras de Badaró:

O art. 212, caput, prevê que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha [...]”. E o parágrafo único prevê que: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. As expressões “pontos não esclarecidos” e “complementar” deixam claríssimo que não cabe ao juiz a inquirição inicial, que é atribuída às partes, no caput do artigo. As partes perguntam diretamente e as testemunhas respondem. Se das respostas restar algum ponto não esclarecido, o juiz complementar a indagação. Ora, complementara inquirição exige, naturalmente, que já tenha havido uma indagação inicial, no caso, das partes. Assim sendo, à luz da nova sistemática do art. 212 do CPP, é inadmissível a praxe de muitos juízes que insistem em iniciar a inquirição das testemunhas, permitindo que, depois, mediante reperguntas, as partes complementem a inquirição. O procedimento probatório é exatamente o oposto¹²⁹

¹²⁷ Artigo 203- A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021)

¹²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 470.

¹²⁹ Ibidem.

De maneira a reforçar o que foi colocado, posto que importante, insta mencionar, que como dito anteriormente, a testemunha em seu depoimento deverá se ater aos fatos de maneira objetiva, sem que haja manifestação pessoal, salvo se inseparáveis da narrativa dos fatos.

No início da inquirição, as perguntas serão realizadas às testemunhas pela parte que as arrolou e depois será dada a palavra à parte contrária para a formulação de perguntas. Nessa perspectiva, poderá, ainda, o magistrado complementar alguns pontos que não ficaram claros ou que restaram dúvidas.

Diante disso, ainda que a atuação do Juiz seja de maneira secundária e completiva, verifica-se da leitura do artigo 212¹³⁰ do Código de Processo Penal que este atua presidindo a instrução, devendo observar as regras do devido processo constitucional, à medida que tem o dever de impedir, durante a colheita da prova testemunhal, que as partes formulem perguntas sugestivas, que possam induzir a testemunha, repetitivas ou que não possuam relação com o assunto em questão. Esse é um ponto fundamental para a o estudo em evidência, vez que pode de fato contribuir para a redução das memórias falsas.

A alteração legislativa foi clara em manter a posição do juiz em total alheamento à prova respeitando o sistema acusatório. De encontro a isso, a gestão das provas fica a cargo das partes, que as produz com o fito de alcançar o convencimento do julgador, este último tendo que se contentar, se for o caso, com provas incompletas reproduzidas nos autos.

Ao Ministério Público cabe provar o que alega, buscando afastar o alcance do princípio da presunção de inocência que impera sobre o acusado. Por outro lado, entendemos que ao réu não cabe fazer prova de nada, uma vez que pode se valer do direito ao silêncio sem que haja um prejuízo por tal opção.

Gustavo Badaró aponta para algumas questões dignas de serem observadas afim de gerar uma maior credibilidade ao depoimento testemunhal. Nessa senda, informa o autor:

¹³⁰ Artigo 212 - As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021).

O juiz não deverá permitir que a parte se limite a indagar se a testemunha ratifica o que disse anteriormente em seu depoimento policial." Também não pode aceitar que a testemunha se limite a dizer que não tem nada a acrescentar ao que já foi dito na fase policial, mantendo integralmente suas declarações anteriores. Em tais formas de indagação há evidente violação ao contraditório, impedindo que as partes e o juiz tomem contato direto com a narrativa da testemunha. Ao mais, contradições nas respostas, os acréscimos de fatos não mencionados anteriormente ou omissões de pontos relevantes que constaram do depoimento anterior podem ser indicadores seguros da falta de credibilidade das testemunhas. Por outro lado, se a testemunha, por duas ou mais vezes, for persistente e coerente, sempre narrando os fatos de maneira uniforme, ao menos em seus pontos essenciais, o juiz terá um indicador seguro da credibilidade do testemunho.¹³¹

Após a tomada dos depoimentos, cada um será reduzido a termo, de modo a garantir a reprodução, por escrito, do que fora mencionado pelos depoentes contendo a assinatura do magistrado, das testemunhas e das partes.

2.4.2.6. Contradita

É uma forma processual permitida em lei com o intuito de indicar uma possível suspeição, tornando inidôneo o depoimento de uma testemunha. Impende salientar que não diz respeito ao conteúdo narrado por esta, mas à própria pessoa *per si*. O momento ideal para se arguir a contradita, conforme preceitua o artigo 214¹³² da lei processual, é antes da colheita da oitiva do depoente. Badaró traz algumas considerações a respeito da contradita, as quais elucidamos abaixo:

O legislador não estabeleceu um rol de hipóteses ou motivos que autorizem a contradita. Preferiu valer-se de expressões com conteúdo jurídico indeterminado, permitindo que sejam contraditadas as testemunhas “suspeitas de parcialidade” ou “indignas de fé”. Caberá à parte arguir o motivo, que deverá ser avaliado pelo juiz, como apto ou não a gerar uma suspeita de parcialidade ou que tome a testemunha indigna de fé. Para a definição dos casos de parcialidade, pode ser aplicado analogicamente, com as devidas adaptações, o art. 254 do CPP, que trata dos motivos de suspeição do juiz. A contradita deve ser acolhida quando houver simples “suspeita” de parcialidade, não sendo exigida a “certeza” da parcialidade.¹³³

¹³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 471.

¹³² Artigo 214 - Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou argüir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fé. O juiz fará consignar a contradita ou argüição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208 (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021).

¹³³ BADARÓ, Gustavo Henrique op. cit., p. 472.

2.4.3. Reconhecimento de pessoas

Trata-se de ato eminentemente formal cuja validade requer seja observado rigorosamente o procedimento probatório previsto em lei. O reconhecimento possui três fases; (1) descrição da pessoa ou coisa; (2) comparação da pessoa ou coisa com outras semelhantes; (3) indicação da pessoa a ser reconhecida.

2.4.3.1. Conceito e características

O reconhecimento é um meio de prova se baseia no ato de levar uma pessoa a analisar outra, vista em momento anterior, recordando-a e descrevendo-a, com o intento de confirmar a sua identidade ao comparar essas duas percepções por meio dos seus sentidos.

Alude Badaró¹³⁴ ser o reconhecimento de pessoas feito principalmente quando se tem um suspeito ou acusado. Entretanto, alerta para a possibilidade do reconhecido ser o ofendido ou a testemunha nos casos em que se quer obter a veracidade das informações, confirmando se de fato figura como vítima do suposto crime ou se o presenciou como testemunha.

2.4.3.2. Procedimento probatório

De encontro ao que informamos na apresentação do tópico, o reconhecimento de pessoas constitui em ato formal, realizado tanto em sede policial, quanto judicial, cujo procedimento encontra-se previsto no artigo 226¹³⁵ do código de processo penal.

¹³⁴ Ibidem, p.477.

¹³⁵Artigo 226 - Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

São três as etapas a serem seguidas elencadas no artigo supra: (i) descrever a pessoa; (ii) comparar a pessoa com outros indivíduos semelhantes e (iii) indicação, ao final, da pessoa reconhecida.

A primeira parte do reconhecimento pessoal consiste no ato de descrever a pessoa a ser reconhecida buscando recuperar na memória o máximo de informações possíveis. A segunda etapa diz respeito à comparação, uma vez que a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocada lado a lado com outras de semelhança parecidas. Por fim, a terceira etapa, traz a indicação da pessoa reconhecida, realizada a segunda etapa, constando a sua identidade em termo a ser lavrado pela autoridade competente.

No que tange a esse importante meio de prova, é imperioso destacar uma outra vez, que a sua efetividade carece do estrito cumprimento da formalidade prescrita em lei, muita das vezes ignorada pelas delegacias e Judiciário.

O reconhecimento de pessoas, assim como a prova testemunhal anteriormente estudada, envolve dupla percepções, isso quer dizer que a testemunha terá que lembrar um fato passado em um momento presente. Para tanto, conforme estudaremos no próximo capítulo, a evocação das lembranças é um trabalho mnemônico complexo, através do qual muita das vezes as memórias se perdem ou ficam fragilizadas ao longo do tempo. Optamos, por isso, pela indicação desses dois meios de prova por serem os mais suscetíveis a formação de memórias falsas, pois como dito, dependem de recordações de acontecimentos pretéritos.

No próximo capítulo trataremos do fenômeno das falsas memórias, mencionando as teorias que buscam explica-las, ao passo que, no final, abordaremos quais circunstâncias ocasionam o seu surgimento e como isso corrobora para a fragilização da prova penal.

3. A PREJUDICIALIDADE OCASIONADA PELAS MEMÓRIAS FALSAS NO CAMPO PROBATÓRIO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.1. Estudos envolvendo a memória humana sob o viés neurológico: tipos e processo de formação

O significado da palavra memória, do latim *memoriae*, traz em sua essência a ideia de recordação e lembrança de experiências vividas pelo sujeito ao longo do tempo. A memória humana é conhecida pela sua imensa capacidade de armazenamento de informações, seja adquirindo, guardando ou recordando-as. De acordo com Ivan Izquierdo, a memória pode ser definida como a “aquisição, formação, conservação e evocação de informações”.¹³⁶ Dessa maneira, o indivíduo se torna fruto de suas recordações e conhecimentos exclusivamente únicos, diferenciando-o dos demais.

Ante a complexidade do tema, parece-nos oportuno mencionar que o estudo da memória humana não se limita apenas à ótica neurológica, possuindo, outrossim, diversos vieses. Dito isso, pode-se compreender a memória humana sob três diferentes abordagens: a neurológica, que será estudada mais adiante; a antropológica, a qual defende que a percepção sobre a realidade de um crime se dá de uma maneira distinta da transmitida e, por último, a social que alude à existência de uma memória coletiva.

No campo neurológico, as memórias são classificadas de acordo com a sua função, de acordo com o seu conteúdo e de acordo com o tempo de duração. A memória, de acordo com a sua função, é a chamada memória de trabalho, também denominada memória operacional, que tem como característica determinante a brevidade. Ela não possui alterações bioquímicas, como as demais, servindo apenas para gerenciar a realidade, determinando o contexto em que os acontecimentos ocorrem. Nesse processo, recorre às memórias já existentes no acervo a fim de verificar se essa informação vai ou não estar apta a formar uma nova memória.¹³⁷

¹³⁶ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. p.1.

¹³⁷ Ibidem. p. 13.

No tocante, ao conteúdo, as memórias podem ser divididas em memórias de procedimentos, ou procedurais, e em memórias declarativas. As primeiras dizem respeito à capacidade ou habilidade motora e sensorial que está relacionada ao aprendizado e a execução de atividades. A memória procedural pode ser dividida, ainda, em implícita que é aquela em que o sujeito a adquire sem perceber a aprendizagem, de forma quase automática, e explícita que, por sua vez, caracteriza-se por ser adquirida com plena consciência.¹³⁸

Cristina Di Gesu, ao tratar sobre o segundo grupo de memórias atinentes ao conteúdo, as declarativas, expõe que:

O segundo grupo, - o da memória declarativa- é a que interessa para o presente estudo, pois se refere à memória de fatos, eventos, de pessoas, de faces, de conceitos e ideias. Aqui também há uma subdivisão em episódicas, relativas a eventos dos quais assistimos ou participamos, também chamadas de autobiográficas, e em semânticas, relacionadas aos conhecimentos gerais.¹³⁹

A terceira classificação diz respeito ao tempo de duração. Após todo o processo mnemônico envolvendo a memória operacional, que dura de poucos segundos até minutos, as memórias explícitas, por sua vez, podem durar horas, dias ou décadas, enquanto as memórias implícitas, pela vida toda. Por serem as memórias declarativas relacionadas a fatos, eventos, conceitos e ideias, essas se tornam o objeto central do presente trabalho monográfico uma vez que, no campo forense, ao proceder com a oitiva de uma determinada testemunha ou vítima, esta invoca uma experiência acerca de um fato presenciado de acordo com a sua perspectiva sobre o mesmo.

O processo mnemônico é bastante complexo, envolvendo a formação, a aquisição e o armazenamento da memória, o que, por sua vez, é responsável por ativar diversas áreas cerebrais, necessitando de tempo hábil para que uma gama de processos bioquímicos atue.

Em uma passagem do livro *Memória*, Izquierdo nos ensina que:

As estruturas nervosas principais responsáveis pelas memórias declarativas episódicas e semânticas são duas áreas intercomunicadas do lobo temporal: o hipocampo e o córtex entorrinal. Ambas trabalham associadas entre si e em comunicação com outras

¹³⁸ Ibidem. p.1 7-18.

¹³⁹ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 107.

regiões do córtex, como o córtex cingulado e o córtex parietal, e com os núcleos basal e lateral da amígdala.¹⁴⁰

O processo de formação das memórias compreende, basicamente, três fases: a aquisição, a conservação, ou consolidação, e a evocação. A primeira diz respeito ao processo de aprendizagem da informação que chega ao sistema nervoso por meio das estruturas sensoriais, traduzindo, através de códigos bioquímicos, codificando o que se observa do fato ante a realidade vivenciada na formação da memória, as quais transportam as informações recebidas até o cérebro.

A memória responsável pelo início do processo mnemônico é a chamada memória sensorial que, por sua vez, é aquela responsável pela colheita das informações retendo, por alguns segundos, os primeiros estímulos recebidos pelo cérebro através dos cinco sentidos (tato, visão, audição, paladar e olfato) antes de se formarem em memórias de curto prazo. Após essa colheita de dados, um processo de descarte é realizado pela memória de trabalho que determina quais informações estão aptas ou não a se inserirem nos sistemas de curta e longa duração.

As memórias de curta duração não se confundem com as memórias de trabalho, uma vez que essas últimas não possuem consequências bioquímicas. Contudo, as duas memórias estão interligadas ao passo em que a memória de curta duração, segundo lições do Ivan Izquierdo, “depende do prévio processamento das informações pela memória de trabalho, assim como a memória de longa duração”.¹⁴¹

O “tempo de vida útil” de uma memória de curto prazo é de 1 (uma) a 6 (seis) horas, tempo necessário para a consolidação dessa memória em uma de longo prazo. Geralmente a memória de curta duração é utilizada para a recuperação de informações que serão importantes para o uso imediato, bem como para dar sequências a conversas e episódios, por exemplo.

Na conservação, segundo momento da formação das memórias, as informações são gravadas no hipocampo, permanecendo e processando esses dados durante semanas ou meses, para que então sejam armazenados na região do córtex cerebral. Após esse processo, as

¹⁴⁰ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018, p.19.

¹⁴¹ Ibidem, p.55.

memórias de longa duração restam consolidadas e prontas para serem evocadas uma maneira definitiva por dias, anos, meses ou décadas.

A terceira fase é a chamada evocação, muitas vezes, denominada recordação ou lembrança. É através da evocação que o cérebro recria muitas das memórias que levaram tempo para serem consolidadas. Nesse sentido, embora o processo de recordação consista num ato de reavivamento dessas memórias, essas se demonstram plenamente suscetíveis de deformações, vez que o processo de reconsolidação é um terreno fértil para a implementação de novas informações à memória evocada. É importante destacar que a memória é suscetível de interferências desde a sua formação até a sua recordação, seja pela inclusão de elementos externos na sua aquisição ou, até mesmo, pelo passar do tempo, como acontece com os idosos.

Ivan Izquierdo aponta para a suscetibilidade das memórias declarativas no momento de sua aquisição, uma vez que:

nas primeiras horas após a sua aquisição, são lábeis e suscetíveis à interferência por numerosos fatores (...) A exposição a um ambiente novo dentro das primeiras horas após a aquisição, por exemplo, pode deturpar seriamente, ou até cancelar, a formação definitiva de uma memória de longa duração.¹⁴²

A combinação de memórias entre a aquisição e a evocação, bem como a extinção de algumas delas, conforme veremos adiante, são aptas à formação de memórias falsas. Outrossim, é correto afirmar que o esquecimento é uma característica normal da memória, de caráter fisiológico, uma vez que ninguém consegue recordar os detalhes de uma vida inteira, tendo em vista que as informações adquiridas vão se perdendo ao longo dos anos.

Entre a percepção da realidade humana e a formação da memória ocorre um processo de tradução. Com maestria, no tocante à fidelidade da memória perante a realidade, nos ensina Izquierdo que:

Os processos de tradução, na aquisição e evocação, devem-se ao fato de que, em ambas as ocasiões, assim como durante o longo processo de consolidação ou formação de cada memória, utilizam-se redes complexas de neurônios. Os códigos e processos utilizados pelos neurônios não são idênticos à realidade da qual extraem informações ou à qual revertem as informações. Uma experiência visual penetra pela retina, é transformada em sinais elétricos, chega por meio de várias conexões neurais ao córtex occipital e, lá, produz uma série de processos bioquímicos hoje bastante conhecidos (...). Ao converter a realidade em um complexo código de sinais elétricos e bioquímicos, os neurônios traduzem. Na evocação, ao reverter essa informação para

¹⁴² Ibidem, p.23.

o meio que nos rodeia, os neurônios reconvertem os sinais bioquímicos ou estruturais em elétricos, de maneira que novamente nossos sentidos e nossa consciência possam interpretá-los como pertencendo ao mundo real.¹⁴³

Nesse sentido, pode-se afirmar que em cada tradução há significativas perdas ou mudanças, uma vez que, como dito acima, o cérebro converte a realidade em códigos e as recorda por meio desses. A memória recuperada através desses códigos não é igual a realidade, pois ainda segundo Izquierdo, “a memória do perfume da rosa não nos traz a rosa; a dos cabelos da primeira namorada não a traz de volta. A da voz do amigo falecido não o ressuscita”.¹⁴⁴

3.2. Falsas memórias: conceito e classificação

Conforme visto no tópico anterior, as memórias são suscetíveis à produção de falsas recordações desde a sua aquisição até a posterior evocação. Inúmeros são os fatores que ensejam a formação delas como veremos adiante. As falsas memórias se referem ao fato de recordarmos eventos ou acontecimentos que não ocorreram na realidade, podendo essa distorção acontecer no todo ou em parte. Ressalte-se que elas não devem ser interpretadas como mentiras, pois essas últimas são parte de um processo consciente de alterar a realidade dos fatos enquanto que nas falsas memórias o sujeito acredita fielmente que o que recorda é a mais absoluta verdade.

Com efeito, por decorrerem do funcionamento normal da memória, assim como ocorre com as memórias verdadeiras, as falsas memórias não devem ser vistas como patologia, uma vez que as essas se distinguem daquelas apenas no que tange a recordação de acontecimentos que não ocorreram. Ao relatar as consequências negativas que as falsas memórias podem exercer na vida das pessoas, Lilian Stein aponta que:

a mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida uma vez que é a partir dela que nos constituímos como indivíduos, sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, apresenta erros e distorções que podem mudar o curso de nossas ações e reações, e até mesmo ter implicações sobre a vida de outras pessoas.¹⁴⁵

¹⁴³ Ibidem, p.10.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 9.

¹⁴⁵ STEIN, Lilian Milnistky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: Lilian Milnitsky Stein. (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed.Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 21-41, p. 22.

As falsas memórias podem ocorrer por fatores internos ao sujeito, com base em sua interpretação e percepção acerca do acontecimento, bem como por fatores externos, através da aceitação de uma falsa informação fornecida, seja de maneira acidental ou intencional, após a ocorrência do evento, fazendo com que haja uma incorporação dessa informação distorcida à memória original. Nessa senda, elas são classificadas pela doutrina, respectivamente, em falsas memórias espontâneas e em falsas memórias sugeridas.

Como dito acima, as falsas memórias decorrem de um processo normal do cérebro, haja vista a semelhança entre o processo de desenvolvimento de uma memória falsa e o de uma memória verdadeira. Em que pese ninguém estar imune à formação de falsas memórias, estudos apontam que as crianças são propícias a este acontecimento, uma vez que estão inclinadas a querer corresponder às expectativas dos adultos. A melhor doutrina classifica os fatores que influenciam a sugestibilidade em crianças em: fatores relacionados às características internas e individuais de cada criança, e fatores relacionados ao contexto da entrevista. No que concerne à sugestibilidade infantil abordaremos com mais detalhes nos próximos tópicos.

Um outro grupo vulnerável à distorção das memórias é o de pessoas que vivenciaram algum tipo de experiência traumática ao longo da vida, uma vez que estímulos emocionais são aptos à sua produção. Embora haja resultados científicos que apontem uma melhor recordação de eventos com alta carga emocional comparados aos não emocionais, o mesmo não significa dizer que estão imunes ao processo de distorção mnemônica.

Lilian Stein sustenta que no tocante à resistência das memórias emocionais contra a distorção:

Poderíamos afirmar que estímulos emocionais também podem produzir falsas memórias. Ainda mais, estímulos negativos parecem ser mais suscetíveis à produção de falsas memórias. (...) ao contrário do que se poderia pensar, memórias emocionais não são mais confiáveis e precisas do que memórias de eventos não emocionais.¹⁴⁶

3.2.1. Os primeiros estudos

¹⁴⁶ STEIN, Lilian Milnistky.; ROHENKOHL, Gustavo; GOMES, Carlos Falcão de Azevedo.; DA SILVEIRA Ronnie Alexandro Telles; PINTO, Luciano Haussen.; DOS SANTOS, Renato Favarin. Emoções e Falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnistky. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 96-97.

A compreensão sobre as falsas memórias, bem como os seus primeiros estudos remontam ao final do século XIX e ao início do século XX. A expressão falsas memórias foi primeiramente utilizada por Theodule Ribot, em Paris, no ano de 1881, quando cientistas, psicólogos e psiquiatras da época souberam do caso de um homem de 34 anos, cujo nome era Louis, que afirmava possuir recordações de eventos que nunca teriam ocorrido.

Anos mais tarde, em 1900, em França, Alfred Binet foi o responsável por conduzir as primeiras pesquisas e estudos específicos sobre o tema. Esses estudos versavam sobre a sugestionabilidade da memória que, como explicado anteriormente, é a aceitação de uma informação falsa, de origem interna ou externa, pelo indivíduo que, por sua vez, a incorpora na memória, pensando ser verdadeira. Em um de seus experimentos Binet apresentou a um grupo de crianças seis objetos pelo tempo máximo de dez segundos, conduzindo-as, em seguida, a uma entrevista acerca desses itens formulando perguntas diretas, ou abertas, fechadas, cuja resposta teria que ser sim ou não, ou sugestivas, com inclusão de informações falsas.

Após esse experimento, constatou-se que as perguntas diretas, objeto de recordação livre por parte do entrevistado, tiveram uma maior performance em relação à veracidade das respostas em detrimento das sugestivas que, por sua vez, tiveram um alto índice de respostas incorretas.

Inegável dizer que Binet foi um grande colaborador para o estudo das falsas memórias, uma vez que conduziu pioneiramente pesquisas acerca da sugestionabilidade da memória, bem como a qualificou em autossugeridas e deliberadamente sugeridas, o que mais tarde passariam a se chamar falsas memórias espontâneas e sugeridas.

Posteriormente, na Alemanha, em 1910, tendo como base os estudos de Binet, Wilhelm Stern realizou a sua primeira pesquisa sobre a memória com crianças e adolescentes de 7 a 18 anos. Nesse experimento, após a exposição das figuras aos participantes por um certo período de tempo, realizou-se perguntas sobre as informações contidas nelas e de dados que em nada correspondiam com as imagens vistas. Assim como os resultados obtidos por Binet, os de Stern não foram diferentes ao passo que demonstraram elevado índice de respostas corretas àquelas

fornecidas por meio de recordação livre em comparação com as respostas de perguntas sugestivas.

As primeiras pesquisas relacionadas às falsas memórias em adultos ocorreram em 1932, na Inglaterra, sendo o psicólogo britânico Frederic Bartlett o pesquisador pioneiro. Bartlett em um de seus experimentos apresentou uma lenda dos índios norte-americanos chamada “A guerra dos fantasmas” à universitários contendo informações estranhas à cultura deles. O experimento teve diversas durações, ocorrendo em dias, meses e anos. Após o período estabelecido para a sua duração, os universitários participantes tiveram que reportar por escrito a lenda objeto do experimento. O resultado da pesquisa demonstrou que as histórias foram recordadas com base em aspectos culturais dos participantes, ao passo que incluíram na história original informações atinentes a sua experiência de vida em detrimento das informações estranhas à realidade deles.

No campo da psicologia cognitiva, em 1959, o psicólogo americano James Deese, colaborou com o avanço do estudo no campo das falsas memórias ao elaborar um procedimento com listas que continham palavras associadas semanticamente com associação de outra que não era inserida no material original. O objetivo principal era verificar a incidência de recordações de palavras que não estavam na lista apresentada. Tal experimento resultou na constatação de que as pessoas recordavam em elevado grau as palavras associadas não apresentadas na lista original.

Em continuidade ao trabalho de Deese, em 1995, o psicólogo Henry L. Roediger e o professor Kathleen Mcdermott, ambos de nacionalidade americana, adaptaram diversas listas para a elaboração dos experimentos com o intuito de verificar a existência de falsas memórias. Juntos desenvolveram um paradigma denominado DRM (Deese Roediger McDermott paradigm) voltado inteiramente ao estudo das falsas memórias em humanos.

Em 1970, retomando os estudos de Binet no campo da sugestibilidade, Elizabeth Loftus foi a estudiosa responsável por inserir na temática das falsas memórias uma nova técnica direcionada à sugestão de falsa informação em adultos. Lilian Stein, sobre o procedimento criado por Loftus, aduz que:

Esse procedimento foi uma adaptação do clássico paradigma de interferência (Muller e Schumann, 1894; Underwood, 1957), em que uma informação interfere ou atrapalha a codificação e posterior recuperação de outra. O experimento constituía-se de uma cena original apresentada aos participantes, em que ocorria um acidente de carro devido ao avanço inapropriado de um dos motoristas, que não obedecia a uma placa de “parada obrigatória”. Numa segunda etapa, o experimentador sugeria alterações quanto ao que havia sido visto na cena original (p. ex, dizer ao participante que havia sido apresentada uma placa de “dê a preferência”, ao invés de “parada obrigatória”). Em um terceiro momento, quando questionados quanto à cena original, os participantes respondiam de acordo com a sugestão da informação falsa, ou seja, afirmavam terem visto a placa “dê a preferência”, apesar de terem sido instruídos a responderem com base na cena original. As autoras observaram que a memória poderia ser distorcida quando uma informação semelhante à informação original era apresentada posteriormente.¹⁴⁷

As pesquisas realizadas pela pesquisadora e psicóloga americana Elizabeth Loftus trouxeram resultados alarmantes não só para a psicologia clínica, mas também para a forense. Por oportuno, cabe mencionar que em uma palestra concedida a uma plataforma organizacional americana sem fins lucrativos denominada TED Talks¹⁴⁸, Loftus relata um caso judicial em que trabalhara envolvendo um homem chamado Steve Titus, cuja profissão era de gerente de restaurante, com 31 anos de idade na época dos fatos, morador de Seattle, Washington, nos Estados Unidos.

Relata a pesquisadora e psicóloga que Titus ao sair para jantar de carro com a noiva dele fora abordado por um policial que estava apurando um crime de estupro que acontecera naquela região poucas horas antes. Ao verificar que o carro dele se parecia com o do suspeito do crime, bem como a sua fisionomia, o agente policial tirou uma fotografia de seu rosto e a colocou em um grupo de fotos para mais tarde ser realizado o reconhecimento pela vítima. No decorrer do reconhecimento a vítima apontou para a fotografia de Titus e afirmou ser o mais parecido com o autor do crime. Com base nessa informação a polícia e a promotoria procederam a um inquérito em face do mesmo. No dia do julgamento a vítima afirma ter certeza que ele era o homem que a havia violentado, ao passo que no final foi condenado pela prática do crime de estupro, tendo se declarado inocente durante todo o processo. Ocorre que, mais tarde, um jornalista investigativo descobriu que Steve Titus não era o verdadeiro estuprador tendo, posteriormente, encontrado o verdadeiro autor do crime que confessou a autoria.

¹⁴⁷ STEIN, Lilian Milnistky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen, op. cit., p. 24-25.

¹⁴⁸ TED IDEAS WORTH SPREADING. **How reliable is your memory?**. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-BR> Acesso em: 2 jul. 2020.

Segundo a autora, as memórias são construtivas e reconstrutivas ao passo em que podem ser criadas e, até mesmo, modificadas por outra pessoa. Nessa senda, inegável a contribuição da pesquisadora e psicóloga americana Elisabeth Loftus para o avanço dos estudos envolvendo as falsas memórias que deu um salto entre os anos de 1970 a 1990 com inúmeras pesquisas e experimentos científicos nesse ramo.

Abordaremos a seguir as diferentes teorias que surgiram com o intuito de explicar o fenômeno das falsas memórias.

3.3. O surgimento das teorias explicativas das falsas lembranças

Ante o caráter complexo do tema, e após os primeiros estudos envolvendo as falsas memórias, três teorias surgiram com o escopo de explica-las. São elas: a Teoria do Paradigma Construtivista, a Teoria do Monitoramento da Fonte e, por fim, a Teoria do Traço Difuso.

Antes de abordarmos as três teorias individualmente, cabe ressaltar que as duas primeiras já foram superadas pela terceira teoria, a do Traço Difuso, que é a aceita majoritariamente pela melhor doutrina. Dessa forma, far-se-á uma abordagem analítica sobre essa teoria, ao passo que em relação as duas primeiras nos ateremos às informações mais relevantes para a melhor compreensão do assunto.

3.3.1. Teoria do Paradigma Construtivista

O modelo teórico construtivista assevera que a memória funciona como um sistema individual, único, que se caracteriza e se constrói a partir das interpretações das pessoas em relação às experiências por elas vivenciadas. Em outras palavras, a memória deriva do entendimento dos indivíduos com base nos eventos por eles experimentados, razão pelas quais são ignoradas as experiências propriamente ditas, ou seja, as reais.

Os teóricos do construtivismo sustentam que de acordo com o paradigma a memória é construtivista, uma vez que são reconstruídas as recém adquiridas informações com base nas experiências já vividas pela pessoa. De acordo com essa teoria a memória é compreendida como

um sistema singular e a explicação sobre o acontecimento das falsas memórias dar-se-á por meio de duas abordagens distintas: A Teoria Construtivista e a Teoria dos Esquemas. Na Teoria Construtivista “uma informação nova é integrada a informações prévias que o indivíduo possui, podendo distorcer ou sobrepor-se à memória inicial e assim gerar uma falsa memória”.¹⁴⁹

Partindo do mesmo pressuposto da teoria construtivista, que defende a unicidade do sistema memorial, o entendimento da teoria dos esquemas é o de que cada indivíduo possui esquemas mentais prévios e ao adquirirem uma nova informação, essa passa por um processo de entendimento e compreensão com base naqueles esquemas mentais pré-existentes, o que pode resultar em falsas memórias. Nesse sentido, as falsas memórias, tanto espontâneas quanto sugeridas, ocorrem devido a um processo de construção: informações novas vão sendo interpretadas à luz dos esquemas já existentes e integradas aos mesmos conforme a categoria a qual pertencem.¹⁵⁰

Segundo os pensadores do construtivismo, a memória é suscetível tanto a interferências internas quanto externas. Lilian Milnitsky & Cols., ao tratarem do paradigma construtivista sustentam que

Segundo esse modelo, a memória deve ser entendida como inacurada por natureza, estando constantemente suscetível a interferências (Alba e Hasher, 1983). As Falsas Memórias, tanto as espontâneas quanto as sugeridas, ocorreriam devido ao fato de eventos realmente vividos serem influenciados pelas inferências de cada indivíduo, ou seja, interpretações baseadas em experiências e conhecimentos prévios. As inferências, que vão além da experiência, integram-se à memória sobre o evento vivido, podendo modifica-lo. Portanto, a memória específica e literal sobre a experiência vivenciada já não existe mais, apenas o entendimento e a interpretação que foi feita dela (Barlett, 1932; Gallo, Weiss e Schacter, 2004).

Conforme mencionado anteriormente, essa teoria não é a aceita, atualmente, pela doutrina. Nesse diapasão, inúmeras críticas surgiram a respeito do construtivismo corroborando, assim, para a sua superação. Cristina Di Gesu ao tratar da teoria do paradigma construtivista assevera que “a crítica feita a esta teoria reside justamente no fato de que somente

¹⁴⁹ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: Lilian Milnitsky Stein. (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 27-28.

¹⁵⁰ Ibidem, p. 29.

uma memória é construída sobre a experiência, bem como no fato de entender por perdidas as informações literais durante o processo de interpretação da informação”.¹⁵¹

Stein e Neufeld, no artigo publicado “Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?”, a respeito da crítica sofrida pelo modelo construtivista, declaram:

A crítica feita a esse modelo refere-se exatamente a afirmação de que a memória original daria lugar a essa nova memória, advinda da integração da primeira com memórias prévias, pressupondo assim que a memória original já não existiria mais. Todavia, resultados de diversos estudos não tem corroborado este pressuposto. Por exemplo, segundo a teoria do Monitoramento da Fonte, tanto as memórias originais quanto as memórias advindas dos processos de integração podem manterem-se intactas e separadamente, porém a informação sobre a origem de cada uma dessas memórias pode não estar mais disponível.¹⁵²

Trataremos a seguir de duas teorias distintas que buscam explicar a falsificação das lembranças com o condão de superarem a teoria do paradigma construtivista, vez que imbuída de diversas críticas.

3.3.2. Teoria do monitoramento da fonte

A teoria do monitoramento da fonte tem como ideia central a indispensabilidade da distinção entre a fonte verdadeira da memória, ou seja, aquela advinda do acontecimento real, em relação a diversas outras fontes que podem ser internas ou externas ao sujeito. Por fonte entende-se a pessoa, o evento, o local, ou seja, o objeto da recuperação da informação pelo indivíduo.

As falsas memórias encontram terreno fértil nessa teoria de modo que para os teóricos deste modelo elas ocorrem devido aos erros de monitoramento da fonte, bem como de equívocos cometidos através de interferências internas ou externas atribuídas à experiência original. As interferências internas resultam de fontes como pensamentos, imagens, sentimentos

¹⁵¹ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 138.

¹⁵² JOHNSON et al., 1993; ZARAGOZA, LANE, ACKIL e CHAMBERS, 1997 apud STEIN, Lilian Milnitsky. NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?** Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR, UMUARAMA, PR, v. 5, n.2, p. 179-185, 2001. Disponível em <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>> Acesso em 20 julh. 2020.

à medida que as externas se referem a outros acontecimentos vividos pela pessoa. Stein e Neufeld, sobre a tese central dessa teoria, sustentam que “de acordo com a Teoria do Monitoramento da Fonte (Lindsay e Johnson, 2000), as FM ocorrem quando pensamentos, imagens e sentimentos oriundos de uma fonte são atribuídos erroneamente a outra fonte”.¹⁵³

A atribuição equivocada de uma fonte a outra, o que por si só tem a aptidão de originar falsas memórias, pode ocorrer devido a dois fatores principais. Como primeiro fator, temos a semelhança entre os eventos evocados, ou seja, o evento obtido através de uma experiência nova pode ter características familiares com um pré-concebido. O segundo motivo refere-se ao descuido do indivíduo em relação ao julgamento da informação, ou seja, o monitoramento da fonte acontece de maneira errônea por aquele, como consequência da confusão na diferenciação do acontecimento atual em virtude de uma fonte já existente.

Seguindo essa mesma linha de pensamento, levando em consideração que esse processo de atribuição de informações de uma fonte a outra ocorre de maneira rápida, quase que automática pelo cérebro, importa dizer que essas situações são mais propensas a gerar falsas memórias pois a atenção do agente está dividida em várias tarefas simultâneas influenciando, portanto, na recuperação específica de uma informação.

Outrossim, retomando o que explicamos anteriormente, é claramente possível que a fonte de informação sofra também interferências externas através da sugestão de falsa informação. Nesses casos de sugestionabilidade a evocação da lembrança é prejudicada por informações obtidas antes, durante ou após o evento a ser recuperado.

A teoria do monitoramento da fonte também foi alvo de diversas críticas, Stein e Neufeld a respeito delas asseguram que:

Algumas críticas são feitas à Teoria do Monitoramento da Fonte baseadas em resultados de pesquisa sobre as FM que não podem ser explicados pelos pressupostos aqui descritos. A principal crítica deve-se à noção geral de monitoramento que está fundamentado na decisão a respeito da fonte de origem de uma determinada informação que é lembrada pela pessoa, ou seja, o monitoramento da fonte seria um processo de julgamento que envolve a avaliação de características da informação e não uma distorção da memória (Brainerd e Reyna, 2005). Outra crítica está

¹⁵³ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: Lilian Milnitsky Stein. (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 31.

relacionada à concepção da memória como dependente da fonte, já que respostas a respeito da fonte real ou imaginária da informação estão associadas a um único julgamento da memória¹⁵⁴

Pelo exposto resta claro a proximidade entre a teoria do paradigma construtivista que defende a memória como um sistema singular em face da teoria do monitoramento da fonte que postula a existência de um único julgamento da fonte de informação, não se importando em distinguir a recuperação de memórias verdadeiras e a de memórias falsas, bem como não esgota o entendimento acerca da distorção da memória ao passo que a sua explicação encontra limitação no fato de que a falsificação da lembrança ocorreria somente para informação sobre a fonte.¹⁵⁵

3.3.3. Teoria do traço difuso

A teoria do traço difuso foi criada por Reyna e Brainerd (1995) com a finalidade de sanar as diversas críticas sofridas pelas duas últimas teorias, bem como de solucionar as inúmeras controvérsias criadas por estas. De acordo com a teoria, que desde o início vai de contramão com a visão de sistema unitarista dos modelos construtivista e do monitoramento da fonte, a memória é entendida como um sistema múltiplo, composta de múltiplos traços, possuidora de dois sistemas, um responsável pelo armazenamento da memória e o outro pela recuperação das memórias literais e de essência.

Os teóricos sustentam que as memórias são divididas em memória de essência e memória literal. As primeiras são responsáveis pela captura de detalhes específicos da experiência, enquanto a segunda se concentra na essência do significado do evento. Essa distinção é extremamente importante, pois para este modelo ainda que ambas as memórias surjam de um mesmo evento, sendo processadas simultaneamente, o armazenamento separado conduz a uma recuperação independente do que foi registrado¹⁵⁶, ou seja, há uma recuperação paralela entre a memória de essência e a literal.

¹⁵⁴ Ibidem, p. 32.

¹⁵⁵ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 139.

¹⁵⁶ Ibidem, p. 140.

A tese central da teoria, em contraposição com as teóricas tradicionais, busca capturar a intuição dentro do processo cognitivo. Sobre esse modelo de memória, Stein, Neufeld e Brust fundamentam que:

Embora tenha sido inicialmente desenvolvida para dar conta de processos de raciocínio e de julgamento e tomada de decisão, também direcionou seus estudos para o desenvolvimento das FM e do esquecimento (Reyna e Brainerd, 1995). Em contraste com o ponto de vista sobre o pensamento computacional (visão formalista) ou com operações lógicas (visão logicista), a TTD traz o intuitivo como metáfora principal para o funcionamento cognitivo (Brainerd e Reyna, 1990). Como intuicionismo os autores entendem que, ao contrário do que teorias tradicionais preconizavam, o nosso processamento cognitivo busca caminhos que facilitem e agilizem a compreensão. Dessa forma, as pessoas preferem a simplificação de trabalhar com o que é essencial da experiência, o significado por traz do fato, em vez de ter de processar informações específicas e detalhadas. Segundo esta Teoria, como o próprio nome *difuso* sugere, o intuitivo, o não delimitado especificamente, o não lógico, é a base do raciocínio (Reyna e Brainerd, 1992).¹⁵⁷

No tocante às falsas memórias, partindo do pressuposto de que tanto as memórias literais quanto as de essência possuem taxas de esquecimento diferentes, sendo as memórias de essência mais duráveis ao longo do tempo do que as literais, as falsas memórias espontâneas, realizadas através de um processo interno ao sujeito, consistem no erro na recuperação da informação codificada do evento em virtude da semelhança com uma memória de essência previamente armazenada.

Em contrapartida, em relação às falsas memórias sugeridas, a teoria do traço difuso procura explicar que os erros de memória surgem através da aceitação de uma falsa informação fornecida pelo meio externo que influencia na evocação da memória verdadeira, o que conseqüentemente geraria uma redução dessa e um aumento das falsas memórias sugeridas, conforme as lições de Stein, Neufeld e Brust.¹⁵⁸

A teoria do traço difuso é a aceita, majoritariamente, pela doutrina como a que melhor explica o processo de falsificação das lembranças. Na intenção de compreender esse fenômeno, Brainerd e Reyna criaram diversos princípios para esta finalidade. Cristina di Gesu, em seu livro “Prova Penal e Falsas Memórias” elenca cada um dos cinco princípios de forma analítica, razão pela qual transcreveremos a seguinte passagem, *in verbis*:

¹⁵⁷ STEIN, Lilian Milnistky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: Lilian Milnitsky Stein. (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 33.

¹⁵⁸ Ibidem, p. 34.

Segundo os autores, o primeiro princípio refere-se ao caráter paralelo do armazenamento da informação. Isso quer dizer que as memórias literal e de essência têm origem no mesmo evento, sendo processadas simultaneamente. Assim, o armazenamento separado conduz a uma recuperação independente do que foi registrado, configurando-se no segundo princípio. As memórias literal e de essência são recuperadas de forma paralela e independente, sendo que a recuperação de uma não leva a da outra. Quanto ao terceiro princípio, está relacionado “ao julgamento das informações quando expostos a tarefa de recordação ou de reconhecimento. Brainerd, Reyna, Wright e Mojardin (2003) preconizam que haveria um julgamento de veracidade do traço da memória recuperado de tal forma que traços literais são recuperados corretamente por um processo de julgamento da identidade da informação, induzindo a uma rejeição da informação de essência (p. ex, lembro que comi um hambúrguer com queijo e não um cachorro quente, ainda que ambos sejam essencialmente lanches”. Todavia, contrariando o que anteriormente foi dito, devido ao aspecto da familiaridade ou associação semântica das informações, pode ocorrer que a informação literal leve a recuperação de uma memória de essência. O penúltimo aspecto diz respeito à diferenciação entre as memórias literais e de essência no que concerne à manutenção ou durabilidade da memória ao longo do tempo. Enquanto que a memória de essência caracteriza-se por ser mais robusta, mantendo-se com a passagem do tempo, a memória literal é mais suscetível a interferências. Consoante explica Stein, este princípio explica “porque a base de memória se torna mais rapidamente inacessível para MV do que para as FM com o passar do tempo. (Brainerd e Reyna, 2002.) (...) A quinta e última premissa sustenta-se na habilidade dos indivíduos no que concerne à recordação dos traços da memória. Nessa senda, há um inegável aperfeiçoamento tanto das memórias literais quanto às de essência ao longo do desenvolvimento. Isso explica porque “crianças pequenas apresentam maior dificuldade de trabalhar com os traços de essência do que com traços mais literais.¹⁵⁹

3.4. A suscetibilidade da falsificação das memórias no reconhecimento de pessoas

Tal qual ocorre na prova oral, da qual abordaremos sucessivamente, o reconhecimento de pessoas contém um alto nível de falibilidade por ser um meio de prova adstrito à memória humana. Nos tópicos anteriores examinamos o processo de formação das memórias, salientando como sucede as falsas memórias, tendo como base as teorias explicativas. À vista disso, no decorrer dos tópicos seguintes, diante da possibilidade de surgimento de erros, demonstraremos a vulnerabilidade desses meios de prova, cuja averiguação dos casos dependam da lembrança.

Por ser o processo uma atividade retrospectiva, as provas penais que dependam da recordação tanto da vítima, quanto da testemunha, necessitam de um olhar amplo e cauteloso no campo probatório, uma vez que possuem o poder de influenciar na tomada de decisão do magistrado. Como dito alhures, as falsas memórias decorrem de um funcionamento normal do

¹⁵⁹ GESU, Cristina Carla Di op. cit., p. 140-141.

cérebro, não se confundido com a mentira, posto que essa última ocorre com plena consciência do indivíduo. As recordações de fatos que não ocorreram ou que que aconteceram, mas de maneira diversa da recordada conceituam esse fenômeno. Nada obstante que essa distorção mnemônica ocorra tanto no momento de sua aquisição, ou seja, na formação, por meio de uma falha na interpretação do acontecido, quanto no de sua posterior evocação.

O reconhecimento consiste no ato de levar uma pessoa ao encontro de outra a ser reconhecida para que declare mediante uma dupla percepção, isto é, com base na percepção obtida no acontecimento pretérito, a ser lembrado, em conjunto com a do momento em que se dará o ato de identificação. De encontro a isso, denota-se que a efetividade do procedimento dependerá do conhecimento prévio, pela vítima e/ou testemunha, da pessoa a qual os fatos estão sendo imputados, o que a identificará, ou não, através de seus sentidos sendo a autora de um fato delituoso.

De outra banda, conseqüentemente, ao incidir fatores no momento do evento original, que tenham o condão de alterar ou reduzir os sentidos da pessoa chamada a reconhecer, como por exemplo, estar em estado de embriaguez, ou sob o domínio de forte emoção, dentre outros possíveis, a percepção daquela será duvidosa, o que pode vir a prejudicar o reconhecimento. Um exemplo que ilustra a prejudicialidade na percepção pela testemunha/vítima provém do uso de arma em crimes cometidos com violência e grave ameaça. Trata-se do chamado o *gun weapon effect* (efeito da arma de fogo). De acordo com Gustavo Noronha de Ávila¹⁶⁰ o efeito foco na arma pode motivar uma dificuldade da vítima em observar, atentamente, elementos importantes para o reconhecimento da pessoa suspeita, como por exemplo, o rosto, o cabelo, a presença de alguma marca de nascença ou cicatriz, dentre outros.

Nesse sentido, estando a vítima e/ou testemunha vivenciando uma situação de alta carga emocional, em que se tenha a utilização de instrumento que represente uma ameaça a vida e integridade física, é comum que não consigam manter o foco na figura do agressor, posto que a sua atenção estará voltada ao objeto em comento. Na visão de Lopes Jr:

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

¹⁶⁰ Cf. PONTE. **Induzidas pela polícia e aceitas pela justiça, falsas memórias condenam inocentes.** Disponível em: <<https://ponte.org/induzidas-pela-policia-e-aceitas-pela-justica-falsas-memorias-condenam-inocentes/>> Acesso em: 05 fev. 2021.

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. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor-vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo.¹⁶¹

Nereu José Giacomolli, citado por Cristina Di Gesu, compara a memória do reconhecimento e a memória evocativa, ou seja, aquela averbada por meio de uma descrição pormenorizada do fato, demonstrando a superioridade dessa última, no que concerne à qualidade das recordações, em relação a primeira. Quanto a isso expõe o autor, nesses termos: “Nessa senda, a memória é muito mais exigida no que diz respeito à descrição do que em relação ao reconhecimento, pois neste ato o reconhecedor realiza uma espécie de juízo comparativo ou “juízo relativo”, no qual há confronto e seleção, dentre as pessoas exibidas, daquela que mais se parece com a recordação que tem do imputado”.¹⁶²

No capítulo anterior, especificamente no item 2.4.3 e subtópicos seguintes, tratamos do conceito, características e do procedimento necessário para a execução do reconhecimento de pessoas. Sem a pretensão de soar repetitivo, embora a relevância do assunto permita, esclarecemos que o Código de Processo Penal preconiza a forma a ser realizada. Nos dizeres de Aury Lopes Jr¹⁶³, no âmbito do processo penal, forma é garantia e deve ser estritamente atendida. Entretanto, observa-se que, na prática, ocorre algo muito diferente do estabelecido em lei, uma vez que há uma certa insistência no uso do reconhecimento eivado de informalidade tanto pelos atores judiciais, na fase processual, quanto pelas autoridades policiais em inquérito.

Nas delegacias de polícia comumente se encontra álbuns com fotografias de pessoas consideradas suspeitas de algum crime. Embora não haja uma regulação específica para esse tipo de procedimento, não raras as vezes a vítima e/ou testemunha são chamadas à sede policial para proceder ao reconhecimento da pessoa suspeita por fotografia, antes mesmo do reconhecimento pessoal, com o intuito de prontamente obter uma identificação prévia do autor do delito. Por esse motivo temos que essa percepção precedente possui uma grande aptidão para a incidência de falsas lembranças. Falaremos com maiores detalhes sobre essa condição negativa ao tratarmos da teoria do efeito compromisso no próximo tópico.

¹⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

¹⁶² GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2014, p. 157.

¹⁶³ LOPES JR., Aury. op. cit.

Verifica-se da leitura dos dispositivos referentes ao reconhecimento de pessoas e coisas na legislação processual, quais sejam o 226¹⁶⁴ e seguintes, uma série de regras a serem observadas para a sua realização tanto em sede policial quanto em juízo. Observa-se, em um primeiro momento, a necessidade de o reconhecedor descrever a figura do imputado, informando todas as características que recordar. Em segundo lugar, deverá a autoridade, policial ou judicial, colocar a pessoa a ser reconhecida ao lado de outras pessoas, de características semelhantes, para que a testemunha/vítima possa identifica-lo. Ressalte-se a omissão do dispositivo, em análise, no que diz respeito a quantidade de pessoas que devem participar do reconhecimento, bem como não é firme ao estabelecer uma possível penalidade em caso de inobservância de sua forma.

No tocante ao reconhecimento simultâneo, adotado pelo nosso código processual, no qual são mostradas várias pessoas lado a lado, e no mesmo momento, a psicologia judicial alerta para a sugestibilidade desse método, dado que induz a testemunha e/ou vítima a identificar entre aquelas que lhe são apresentadas qual é o mais parecido(a) com o(a) autor(a) do delito.¹⁶⁵ A situação piora de maneira drástica com a ausência de advogados em inúmeros reconhecimentos, ocasião em que não é informado ao réu que pode se recusar a realizar o procedimento caso assim queira. Junta-se a isso a persistência no imaginário popular da ideia de que se foi apresentado uma pessoa a ser reconhecida é porque a autoridade sabe, previamente, ser ela a autora do fato criminoso, o que não condiz com a realidade. Aury Lopes Jr, no âmbito das informalidades praticadas pelo Judiciário, expõe que:

(...) não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado...), pois descumpra a forma e é um ato induzido. Contudo, os juízes fazem a título de “livre convencimento”, com sério risco de nulidade processual (ilicitude da prova) na medida em que viola o sistema acusatório (gestão da prova nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na

¹⁶⁴ Artigo 226 - Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento. (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021).

¹⁶⁵ LOPES JR., Aury. op. cit.

medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.¹⁶⁶

No entender de Badaró a precariedade do reconhecimento pessoal tem como causa principal a semelhança entre as pessoas, afirmando que “a avaliação do valor probatório do reconhecimento envolve um fator essencial: confronto entre a descrição antecipadamente feita e os traços físicos da pessoa identificada”.¹⁶⁷ Para que haja uma qualidade na identificação do acusado diversos fatores devem ser observados, posto que se não considerados tornam o reconhecimento suscetível à distorção. Lopes Jr. indica como variáveis:

o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.¹⁶⁸

Em que pese o reconhecimento ser um meio probatório de relevo para a persecução criminal, importa relatar, diante do que expusemos até o presente momento, a necessidade de precauções e cuidados no ato de reconhecimento, de forma a garantir a confiabilidade e a credibilidade da prova. Outrossim, fazemos coro no sentido de que não deve ser a única prova apta a fundamentar uma sentença condenatória, pois extremamente passível de erros.

3.4.1. A problemática envolvendo o reconhecimento fotográfico e a teoria do efeito compromisso

O reconhecimento por fotografias é um procedimento bastante corriqueiro, realizado em sede policial, em que se apresenta à vítima e/ou testemunha um álbum de fotos de pessoas fichadas para que sejam por elas reconhecidas. Como não é previsto em lei, Aury Lopes Jr.¹⁶⁹ é claro em dizer que se trata de uma prova inadmissível, dado que somente é admitida como um ato preparatório para o reconhecimento pessoal, em substituição à determinação de descrição da pessoa em posição de suspeita da prática de um crime, preconizado pelo artigo 226, I da

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 479.

¹⁶⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

¹⁶⁹ Ibidem.

legislação processual. O Superior Tribunal de Justiça detém o entendimento de que a prática é válida desde que seja seguido à risca o postulado no artigo 226, isto é, se cumpridas as formalidades requeridas pelo dispositivo. Portanto, a fotografia do suspeito deverá estar ao lado de outras de semelhantes características no ato do reconhecimento para garantir uma legitimidade a essa identificação preliminar.

Diante do quadro traçado, vale ressaltar, que no ano de 2020 uma importante decisão acerca da matéria foi firmada pela sexta turma do Superior Tribunal de Justiça, concedida no âmbito do Habeas Corpus de número 598.886¹⁷⁰, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, no qual concedeu uma nova interpretação ao artigo supra invocando o seu reconhecimento como condição necessária e não mais como mera recomendação, como vinha sendo adotado anteriormente. Em outras palavras, tem-se um novo entendimento a respeito de não ser suficiente para a condenação a ação penal cuja prova seja pautada, apenas, no reconhecimento por foto. Dessa forma, o reconhecimento por foto deve ser visto como uma etapa que antecede o reconhecimento pessoal, não podendo servir como prova em ação penal, ainda que posteriormente confirmado em juízo, sem que tenha seguido as formalidades previstas em lei.

Assim como acontece no reconhecimento pessoal, o feito por fotografia também depende da memória obtida através da percepção dos sentidos de quem vivenciou o fato a ser lembrado. Um reconhecimento por meio de fotografia, ao nosso entender, traz sérios riscos para a credibilidade da prova, uma vez que a imagem sendo estática fica à mercê de inúmeras variáveis. Explicando o que foi dito, de outro modo, se a vítima e/ou testemunha relata, com base em sua percepção visual, que no momento do fato criminoso, o sujeito tinha por volta de 1,90m de altura e que portava um boné vermelho, observa-se que a condição ideal para o reconhecimento seria uma foto em que a pessoa a ser reconhecida aparecesse com tais características mencionadas, o que é inviável.

Um caso real noticiado, há não muito tempo, pela mídia, alude à realização desse reconhecimento e na sua indelével consequência. No final do ano de 2020, o violoncelista Luiz Carlos Justino foi preso por engano acusado de um assalto à mão armada ocorrido em 2017. Ao

¹⁷⁰Disponível em:

<<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>> Acesso em: 02 fev. 2021.

ser abordado em uma blitz no município de Niterói, no Estado do Rio de Janeiro, na sequência, foi verificado a existência de um mandado de prisão em aberto em desfavor dele, razão pela qual foi levado à unidade prisional e, posteriormente, preso preventivamente. A decretação de sua prisão foi motivada pelo reconhecimento por fotografia feito pela vítima na delegacia à época do acontecimento.

Assim que divulgado, o fato alcançou notória repercussão na imprensa e nas redes sociais, pois segundo parentes o mesmo trabalhava como músico em uma padaria, acrescentando, ao mais, que no momento do crime ele estava realizando uma apresentação musical no estabelecimento. Corroborando com o aludido, a família indicou vídeos que continham a apresentação do músico quando da ocorrência do delito, o qual, ao seu turno, está localizado há quilômetros de distância do lugar em que ocorreu o crime.

Cabe ressaltar, ainda, que o acusado não tinha passagem criminal, sendo primário e de bons antecedentes, o que nos permite levantar inevitáveis questionamentos, indagando o porquê de sua foto constar em um álbum policial como suspeito sem que tenha havido uma investigação prévia a respeito da autoria delitiva. Em decisão concedida no plantão judicial o juiz André Luiz Nicolitt determinou a expedição de alvará de soltura em favor do réu, convertendo a prisão preventiva em domiciliar, ocasião em que teceu críticas acerca do uso desmedido do reconhecimento fotográfico para fins de prova, as quais reproduzimos adiante:

São muitas as objeções que se pode fazer ao reconhecimento fotográfico. Primeiro, porque não há previsão legal acerca da sua existência, o que violaria o princípio da legalidade. Segundo, porque, na maior parte das vezes, o reconhecimento fotográfico é feito na delegacia, sem que sejam acostadas ao procedimento 'as supostas fotos utilizadas' no catálogo, nem informado se houve comparação com outras imagens, tampouco informação sobre como as fotografias do indiciado foram parar no catálogo, o que viola a ideia de cadeia de custódia da prova.¹⁷¹

Acrescenta, ainda, o magistrado:

Em termos doutrinários, o reconhecimento fotográfico é colocado em causa em função de sua grande possibilidade de erro. A psicologia aplicada tem se empenhado em investigar fatores psicológicos que comprometem a produção da memória. Neste

¹⁷¹ Cf. G1. **Músico que teria sido preso por engano em Niterói deixa presídio no RJ**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/09/06/musico-que-teria-sido-presos-por-engano-em-niteroi-e-solto.ghtml>> Acesso em: 07 fev. 2021.

ramo, encontramos contribuições que dissecam as variáveis que podem interferir na precisão da memória.¹⁷²

Convém apontar, ademais, um efeito que pode ser gerado na pessoa chamada a reconhecer ocasionado pela utilização de fotografia como ato preparatório ao reconhecimento pessoal. Anteriormente falamos sobre a percepção precedente e no quanto ela capaz de reproduzir falsas memórias. Nesse cenário, a percepção obtida com a fotografia, no momento do reconhecimento, pode fazer com que a vítima ou testemunha fixe na memória a sua imagem, acarretando em uma contaminação do reconhecimento pessoal, a ser realizado em momento posterior.

É a chamada “teoria do efeito compromisso” atribuída à realização do reconhecimento por fotos, posto que o reconhecedor, ao analisar diversas fotografias, pode identificar de maneira incorreta o suspeito. Ao proceder futuramente ao reconhecimento pessoal, tenderá a manter o compromisso de indicar esse mesmo sujeito, mantendo o seu compromisso anterior.¹⁷³

Stein, Brust e Neufeld citam um caso real em que aludem para o impacto causado pelo reconhecimento prévio, por fotografia, no reconhecimento pessoal, visto como causador de falsificação de memórias. Vejamos o exemplo apresentado pelos autores:

(...) chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: ‘eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos!’ Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista.¹⁷⁴

Do caso acima narrado extrai-se inúmeras considerações. É de se notar que no momento em que a fotografia foi apresentada ao taxista, o mesmo ainda estava em processo de

¹⁷² Cf. CORREIO BRAZILIENSE. **Músico negro que teria sido acusado por engano é libertado no Rio**. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4873670-musico-negro-que-teria-sido-acusado-por-engano-e-libertado-no-rio.html>> Acesso em: 07 fev. 2021.

¹⁷³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

¹⁷⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: Lilian Milnitsky Stein. (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 22.

recuperação, o que por si só já nos permite deduzir que não estava sob condições ideais de saúde para proceder um reconhecimento do qual terá que se valer das lembranças. Da mesma maneira, verifica-se que a consequência gerada pela apresentação da fotografia, ainda em âmbito hospitalar, foi a de induzir e contaminar o reconhecimento posterior em juízo.

Ora, a vítima, em questão, não se lembrara, na primeira oportunidade, do rosto dos assaltantes, tanto é que afirmou não os reconhecer. Ocorre que no reconhecimento pessoal, no momento da recuperação da informação, a versão apresentada foi diferente, pois se lembrara não da fisionomia dos verdadeiros autores do crime, mas dos rostos da fotografia apresentada no início, incidindo em erro. Lopes Jr, no tocante ao reconhecimento por foto, realizado de maneira antecedente ao pessoal, alude para as consequências prejudiciais para a memória da pessoa chamada a reconhecer, alegando a incidência do efeito compromisso, despindo a prova de credibilidade. Nesse diapasão, o autor assevera:

Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos “retratos falados” do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora.

Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua falta de credibilidade e fragilidade.

Elementar que a confiabilidade do reconhecimento também deve considerar a pressão policial ou judicial (até mesmo manipulação) e a inconsciente necessidade das pessoas de corresponder à expectativa criada, principalmente quando o nível sociocultural da vítima ou testemunha não lhe dá suficiente autonomia psíquica para descolar-se do desejo inconsciente de atender (ou de não frustrar) o pedido da “autoridade” (paicensor).¹⁷⁵

Nessa linha de considerações, constata-se que um reconhecimento por fotografia, realizado de modo desacertado, desrespeitando as formalidades exigidas por lei, ainda que mínimas, é capaz de gerar um enorme equívoco, vulnerabilizando o procedimento probatório, podendo trazer um dano irreparável a vida de um inocente. A substituição do relato descritivo das características do imputado pelo reconhecimento por fotografia pode ser prejudicial se não revestido das formalidades requeridas.

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. op. cit.

Sendo assim, é imperiosa a presença de outros figurantes no procedimento chamado roda de reconhecimento, cujo objetivo é minorar a incidência de falsas lembranças e trazer à prova, e ao processo penal, uma maior segurança.¹⁷⁶ Entretanto, temos que, ainda assim, a prova pode estar suscetível a falhas, posto que, o reconhecimento posterior, em juízo, dificilmente se dará com a presença dos mesmos participantes do ato realizado em sede policial. Isto posto, o uso de fotos como uma tentativa de identificar previamente o autor do crime gera um induzimento na vítima e/ou testemunha ao debilitar o subsequente reconhecimento, assim como, compromete aspectos da memória devido à percepção visual precedente e a teoria do efeito compromisso anteriormente explicadas.

3.5. Fatores que contaminam a prova oral

A declaração do ofendido e a prova testemunhal também são meios de prova que dependem das lembranças para a apuração da autoria delitiva. Em que pese recair sob o processo penal uma gama principiológica da qual deve orientar-se, é correto afirmar que inúmeras sentenças são proferidas e fundamentadas com base nas declarações dadas pelas vítimas e testemunhas na persecução criminal.

A prova testemunhal é considerada o principal meio de prova no processo e essa importância remonta-se à facilidade para a realização de seu procedimento em comparação aos demais, dos quais, muitas das vezes, requer um maior aparato técnico pelos investigadores. Sustenta Badaró que “a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado, embora se trate de prova sujeita a influências e sentimentos que podem afastá-la do caminho da verdade”.¹⁷⁷

Ao apurar um crime, reconstrói-se o ocorrido no passado e, na carência de outros, a prova oral passa a se configurar como um dos principais elementos de prova, virando a atenção para a sustentação narrativa de quem os testemunha. Aury Lopes Jr. indica duas ressalvas que são feitas pela jurisprudência brasileira no tocante à valoração da palavra da vítima, ante a inexistência de provas mais robustas. Alerta o autor que os crimes contra o patrimônio,

¹⁷⁶ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 164.

¹⁷⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015, p. 472.

cometidos com violência ou grave ameaça, assim como, os cometidos contra a dignidade sexual são mais propensos a essa relativização, visto que praticados, em sua maioria, às escondidas. Na ausência de vestígio, em se tratando de crimes sexuais, dos quais não seja possível a coleta do material genético, ou em crimes contra a honra, as palavras da vítima e testemunhas adquirem uma maior valoração.¹⁷⁸

Em conformidade com o que dissemos anteriormente, as memórias declarativas são as que interessam ao nosso trabalho, pois possuem relação com os acontecimentos vividos, a serem declarados de maneira consciente pelo sujeito. Ao evoca-las, recriam memórias que levaram um tempo para serem consolidadas, mas que propensas a sofrerem alterações em seu conteúdo por diversas razões. A “falha” no reavivamento das memórias pode acontecer por causa de interferências internas ou externas ao sujeito. A interna diz respeito a maneira em que se originou a formação da memória, geralmente ocasionada por intermédio de uma equivocada interpretação, a ser feita pela própria pessoa a respeito do acontecimento original. Por outro lado, as externas, ao seu turno, tratam da aceitação de uma informação falsa, introduzidas na memória original de maneira acidental ou intencional.

Na sequência do trabalho, analisaremos os principais fatores de contaminação da prova oral, tornando fundamental conhece-los, posto que aquela é responsável pelo convencimento do juiz. Para tanto, iniciaremos pelo exame de quem são as pessoas mais suscetíveis à ocorrência desse fenômeno, além da influência acarretada na lembrança pelo tipo de situação vivenciada.

3.5.1. Fatores internos e do acontecimento

Partindo da premissa de que as falsas memórias não acontecem de maneira idêntica nos diferentes indivíduos, abordaremos quais são as características internas que possuem uma maior propensão de corroborar para o aparecimento das distorções mnemônicas. Na continuidade, destacaremos como o tipo de situação vivenciada pelo sujeito pode influenciar na sua posterior recordação.

¹⁷⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

Há que se destacar, inicialmente, que muitos são os fatores que possibilitam a contaminação da prova, vinculada à memória, podendo ser classificados em endógenos ou exógenos. Optamos por abordar os principais, uma vez que coadunam para o entendimento esperado com este trabalho. Quanto a esses fatores, propensos ao corrompimento da prova, nas palavras de Altavilla, citado por, Di Gesu:

Há uma diversidade de fatores com potencial de deformação da prova, eivando-a de erros, tais como a localização no tempo e no espaço (quando uma recordação é colocada entre outras duas, pode-se errar ao determinar esses pontos de referência); a reprodução verbal ou escrita (a imagem fixada, conservada e evocada deve ser reproduzida verbal ou graficamente. Nesse processo de tradução, pode ocorrer, além das alterações normais, sugestionamento do observador); a influência do calor ou do frio sobre o processo psíquico (quando faz muito frio ou muito calor, o poder de atenção é diminuído, tornando-se lenta e imprecisa a evocação mnemônica; quando o sujeito é exposto a altas temperaturas, a percepção fica dificultada por uma certa obtusidade, ferindo os sentidos, enfraquecendo a atenção e retardando a reação muscular; cai-se, portanto, num estado de profunda prostração, diminuindo o interesse por tudo que está a volta do observador, tornando-se este péssima testemunha; já o frio pode produzir o fenômeno da depressão); a influência da luz (esta acaba por causar um entorpecimento que retarda ou até mesmo paralisa o mecanismo perceptivo; a intensidade luminosa é capaz de produzir um ofuscamento na consciência); a obscuridade (isso porque a noite determina estados emocionais profundos e, em indivíduos que não sejam perfeitamente normais, pode provocar verdadeiras alucinações aterradoras), o cansaço (na medida em que produz toxinas originadoras de grandes perturbações psicofisiológicas), e por fim, o jejum (produz efeitos análogos aos do cansaço: percepção lenta, fraca atenção, difícil retenção das recordações).¹⁷⁹

Sabe-se que algumas pessoas são mais suscetíveis à manifestação desse fenômeno do que outras. No tocante às características pessoais, a idade é vista como um fator de grande influência nos processos cognitivos e, conseqüentemente, na memória e nas falsas memórias, pois segundo Barbosa, Ávila, Feix e Grassi-oliveira:

Os estudos indicam que as MV aumentam desde o nascimento até a idade adulta e começam a decair na terceira idade, juntamente com mudanças nos mecanismos cerebrais e estratégias cognitivas fundamentais para a memória (Gallo, 2006). O mesmo não ocorre com as FM que, assim como as verdadeiras, aumenta da infância para a idade adulta, mas que crescem ainda mais na velhice.¹⁸⁰

¹⁷⁹ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Vol. 1. 1945. p.20, apud GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

¹⁸⁰ BARBOSA, Mauro; ÁVILA, Luciana Moreira de; FEIX, Leandro; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010, p. 133-154, p. 135.

Nessa senda, em que pese o “consenso entre os estudiosos das Falsas Memórias que idosos são mais suscetíveis a esse fenômeno comparativamente com adultos jovens, ou em sua geração espontânea ou por sugestão externa¹⁸¹”, primordial entender como ocorre a produção de falsas memórias em crianças e quais motivos justificam a maior sugestionabilidade dessas. O depoimento de crianças é objeto de questionamento tanto pela psicologia cognitiva quanto pela judicial, tendo em vista que, na grande maioria dos casos, os relatos estão envolvidos em um contexto de violência em virtude de situações traumáticas por elas vivenciadas.

O processo penal não proíbe o depoimento de crianças, seja em condição de vítima ou testemunha, ressalvando, apenas, que os menores de 14 anos não prestarão compromisso em dizer a verdade.¹⁸² Importa destacar, ao mais, que em inúmeros casos penais, os maus tratos cometidos contra as crianças não deixam vestígios, fazendo com que a palavra do menor seja o único meio de prova que se tem. A sugestionabilidade infantil comumente é apontada como um dos fenômenos que mais comprometem a confiabilidade da memória em crianças. Schacter, citado por Welter e Feix, sustentam que “a sugestionabilidade consiste na tendência de um indivíduo em incorporar informações distorcidas, oriundas de fontes externas, às suas recordações pessoais, sendo que essas informações podem ser apresentadas de forma intencional ou acidental”¹⁸³

Anos de estudo na área permitiram identificar quais fatores contribuem para o surgimento desse fenômeno em crianças, sendo, um deles, o fator relacionado ao contexto da entrevista, o qual nos interessa tendo em vista a imperiosa necessidade do depoimento infantil em muito dos casos criminais. Em um ambiente de entrevista existem diversas formas pelas quais podem ocorrer a sugestão de respostas pelo entrevistador. Acerca do assunto, citaremos um trecho de Welter e Feix, em que os autores advertem sobre as formas de sugestão. De acordo com os autores, pode ocorrer:

1. por meio do estilo particular de perguntar, o que inclui o tipo de perguntas utilizadas (p.ex., perguntas fechadas e sugestivas), a repetição de perguntas, a repetição das entrevistas, entre outros;

¹⁸¹ Ibidem p.144.

¹⁸² Artigo 208 - Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206 (Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

¹⁸³ WELTER, C; ÁVILA, L; FEIX, L.; Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 201, p. 167.

2. por meio das características globais e da “atmosfera” emocional gerada na entrevista, o que compreende os aspectos relativos ao tom geral da entrevista, a indução de estereótipos – quando uma ideia sobre uma pessoa é transmitida previamente à criança-, a pressão exercida pelos pares;
3. por meio da utilização de determinadas técnicas que se valem de recursos específicos, tais como bonecos anatômicos, com o objetivo, supostamente, de facilitar a recordação e o relato de experiência vivenciadas pela criança.¹⁸⁴

O estilo de perguntar do adulto entrevistador é considerada a forma mais direta de sugestão do relato de uma criança, pois perguntas tidas como ameaçadoras por essa influenciam na qualidade da narrativa. A utilização de perguntas fechadas, impulsionando o sim ou não como resposta, e a tendência da criança em corresponder às expectativas do adulto também são fatores que colaboram para a contaminação da coleta do relato. De encontro a isso, a criança tem a tendência de desenvolver uma resposta segundo a expectativa do adulto sobre que deveria acontecer. Outro ponto a ser observado diz respeito à utilização, pelo entrevistador, da pressão dos pares como uma forma de induzir a criança a produzir a resposta que deseja ao afirmar que outras crianças já lhe contaram sobre o evento determinado.¹⁸⁵

Um caso jurídico bastante famoso, ocorrido no Brasil, precisamente em São Paulo, em 1994, conhecido como “O caso da escola base” demonstra o perigo e a complexidade do testemunho de crianças em conjunto com a pressão midiática. Lembremos do caso em questão:

Em 1994, duas mães denunciavam que seus filhos participavam de orgias sexuais organizadas pelos donos da Escola de Educação Infantil Base, localizada no bairro da Aclimação em São Paulo. Uma das mães disse que seu filho de 4 anos de idade lhe teria contado que havia tirado fotos em uma cama redonda, que uma mulher adulta teria deitado nua sobre ele e o teria beijado. A fantasia inicial toma contornos de rede de pedofilia e, após um laudo não conclusivo sobre a violência sexual que o menino teria sofrido (depois ficou demonstrado que tudo não passou de problemas intestinais), é expedido um mandado de busca e apreensão que foi cumprido com irresponsável publicidade por parte da polícia. Era o início de uma longa tragédia a que foram submetidos os donos da escola infantil. A notícia correu o país e foi explorada de forma irresponsável (senão criminosa) por parte dos meios de comunicação, encontrando no imaginário coletivo um terreno fértil para se alastrar, até porque, num país onde a cultura do medo é alimentada diariamente, a possibilidade de que nossos filhos estejam sendo vítimas de abuso sexual na escola é o ápice do terror. Chegou-se ao extremo de, em 31 de março, um telejornal de penetração nacional noticiar o consumo de drogas e a possibilidade de contágio com o vírus da aids. Manchetes sensacionalistas inundavam o País. Finalmente, em junho de 1994, após o delegado ter sido afastado, o inquérito policial foi arquivado, pois nada foi demonstrado. Ações de indenização contra o Estado de São Paulo (pela absurda atuação policial) e também contra diversos jornais e emissoras de televisão ainda tramitam nos tribunais superiores.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Ibidem. p.173.

¹⁸⁵ Ibidem. p.176.

¹⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

O caso citado anteriormente é considerado um dos mais paradigmáticos ao tratar de falhas cometidas pela polícia e imprensa. Os acusados, inocentados ao final, colhem os efeitos dos excessos e erros cometidos na averiguação do crime, até os dias atuais, tamanha a proporção gerada pela falsa imputação de um crime. Trata-se de uma situação em que houve o predomínio das falsas memórias, e, por sua vez, a contaminação da prova, com o induzimento de parentes, da mídia, o viés do entrevistador, a pressão dos pares, entre outros, além da investigação contar quase que, apenas, com os relatos infantis para a apuração do crime.¹⁸⁷

No que concerne aos estereótipos culturais, é de suma importância avaliar o grau de influência destes na percepção do acontecimento, uma vez que nas lições de Aury Lopes Jr:

Também se devem considerar as expectativas da testemunha (ou vítima), pois as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir. Daí por que os estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo etc.) têm uma grande influência na percepção dos delitos, fazendo com que as vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos (exemplo típico ocorre nos crimes patrimoniais com violência – roubo – em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um verdadeiro estigma).¹⁸⁸

Em relação às recordações geradas pelo tipo de situações vivenciadas, os fatores do acontecimento, estudos mais recentes no campo das falsas memórias apontam que eventos com alto grau de emoção, seja positiva ou negativa, o índice de memória verdadeira vem acompanhada com um aumento do de memórias falsas. Experiências negativas, outrossim, e a carga emocional do acontecimento aumentam a chance de distorção mnemônica.¹⁸⁹ Embora as memórias decorrentes de eventos emocionais sejam mais facilmente recordadas, tal afirmação faz cair por terra a noção de que aquelas não podem sofrer distorção e que, portanto, são mais confiáveis e precisas, em detrimento da memória de eventos não emocionais.¹⁹⁰

3.5.2. Transcurso do tempo

¹⁸⁷ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 216.

¹⁸⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

¹⁸⁹ STEIN, Lilian Milnistky.; ROHENKOHL, Gustavo; GOMES, Carlos Falcão de Azevedo.; DA SILVEIRA Ronnie Alexandro Telles; PINTO, Luciano Haussen.; DOS SANTOS, Renato Favarin. **Emoção e Falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnistky. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 88.

¹⁹⁰ Ibidem. p. 97.

A Constituição Federal da República Federativa de 1988 no artigo 5º, inciso LXXXVII,¹⁹¹ traz como garantia aos jurisdicionados a razoável duração do processo. Nessa linha de considerações, é vital a interpretação do referido artigo através de duas vertentes. A primeira trata de se evitar a demora demasiada da prestação jurisdicional para que não seja mitigado o acesso à justiça. Por outro lado, é recomendado que não haja um vertiginoso julgamento, posto que pode significar um atropelamento de outras importantes garantias como o contraditório e a ampla defesa.¹⁹²

Com efeito, realizado o apontamento pertinente, entende-se que o ideal para o processo penal, assim como, para a psicologia judiciária, seria a colheita da prova no momento exato da ocorrência do delito, reduzindo, desse modo, os riscos de contaminações internas ou externas. Entretanto, temos que muitas das vezes isso não é possível, tendo em mente que não há como barrar a influência da passagem do tempo na memória, nem menos isola-la de uma interferência externa, sem contar com o fato de que aquela pode estar eivada de erro desde o momento de sua aquisição.

Nesse sentido, correlaciona-se o transcurso do tempo ao esquecimento, decorrente do funcionamento normal do cérebro, tornando comum a perda dos detalhes das recordações ao longo dos anos. Além disso, a complexidade do processo mnemônico, quando da consolidação das memórias, acarreta na modificação de cada lembrança a ser recuperada.¹⁹³ Em conformidade com o exposto, Antônio Damásio afirma:

as imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com ‘deixas’ ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas.¹⁹⁴

¹⁹¹ Artigo 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021).

¹⁹² GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 169.

¹⁹³ Ibidem.

¹⁹⁴ DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Rio de Janeiro: Companhia das letras, 2001, p. 128-129.

Em conclusão, apontamos, como direcionamento na busca de uma solução para a problemática gerada pelo fator tempo *versus* esquecimento, a tomada das declarações das vítimas e dos depoimentos no menor intervalo de tempo possível. Contudo, em que pese a preocupação da doutrina e da jurisprudência estar voltada no tempo para a duração total do processo, “interessa-nos a delimitação do prazo à realização da instrução com o intuito de preservar a qualidade da produção da prova oral contra os malefícios do tempo”¹⁹⁵ Muito embora o legislador tenha conferido um prazo máximo a ser observado para a designação da audiência de instrução, o que, por um lado, contribui para minimizar o dano do lapso temporal, Di Gesu faz alusão à “perda da qualidade da colheita da prova, devido à reunião de muitos atos processuais em uma só audiência”.¹⁹⁶

3.5.3. A linguagem e o método do entrevistador como responsável pelo aumento da sugestionabilidade

Consoante abordamos ao tratarmos do depoimento infantil, a linguagem e os métodos praticados por quem conduz a entrevista possui um enorme poder de influência na narrativa das vítimas e testemunhas conhecedoras de um fato. Ao identificarmos, anteriormente, as questões relativas à sugestionabilidade em crianças, apontamos para a tendência dessas em querer corresponder ao esperado pelo adulto, ou seja, nota-se uma predisposição naquelas em falar o que sabe que eles esperam ouvir, tornando-as, desse modo, suscetíveis a formação de memórias falsas.

Pisa e Stein, citadas por Di Gesu, relatam que entrevistar uma criança acerca de uma ocorrência delitiva, em que figura como vítima, ou testemunha, não é uma tarefa fácil, tendo em vista que: “(1) as crianças não estão acostumadas a fornecer narrativas acerca de suas experiências; (2) a passagem do tempo dificulta a recordação dos eventos; e (3) pode ser muito difícil reporta informações sobre evento que causam estresse, vergonha ou dor”.¹⁹⁷ Complementam informando que “as crianças raramente respondem não saber sobre o que estão

¹⁹⁵ GESU, Cristina Carla Di. op. cit., p.171.

¹⁹⁶ Ibidem, p.173.

¹⁹⁷ PISA, Osnilda; STEIN, LÍlian Milnitsky, Entrevista forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho. 2006. p.218 apud GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 176.

sendo questionadas ou assumem não entender a pergunta, em franca tentativa de cooperação com o adulto”.¹⁹⁸

Ainda segundo as autoras, no que corresponde à contaminação da prova, no contexto da coleta, diversos são os motivos que lhe dão causa. O viés do entrevistador, reputado como um dos fatores, ocorre quando esse, possuindo uma convicção acerca de determinado acontecimento, reformula as suas perguntas aos entrevistados com a finalidade de obter respostas que confirmem a sua hipótese inicial.¹⁹⁹ A indução de estereótipos integra uma das vertentes desse viés, sendo considerada “uma técnica de entrevista consistente em transmitir ao entrevistado uma caracterização negativa de uma pessoa ou evento, seja ela verdadeira ou falsa, com intuito de ajudar crianças ou envergonhadas ou assustadas a relatar os detalhes de abusos sofridos ou testemunhados”.²⁰⁰

Importa suscitar que o modo tendencioso no qual o responsável pela realização da entrevista se vale pode ocorrer de maneira consciente ou não. Acrescenta-se a isso a existência de outras formas de influência diversas da pergunta oral como, a título de exemplo, o emprego de um tom ameaçador ou incriminador, uma mudança no tom de voz, ainda que sutil, um aceno de cabeça, entre outros. Todavia, pesquisas na área apontam que crianças entrevistadas em condição de neutralidade fornecem um relato mais verossímil quanto àquelas inquiridas sob o induzimento de características negativas acerca de uma pessoa ou evento.

Em que pese a semelhança com o *modus operandi* do sistema inquisitivo, não se pode admitir a quebra da imparcialidade do julgador na formulação de perguntas sugestivas, persuadindo as respostas dos depoentes. Contudo, de tal sorte, o processo penal opera sob o crivo do contraditório e de outras garantias que se empenham em conferir uma maior credibilidade à prova com a devida obediência às regras do jogo.

Di Gesu alerta que a situação é mais preocupante na fase pré-processual, inquisitória, posto que “vítimas e testemunhas prestam esclarecimentos tanto na Polícia, no Ministério Público, quanto diante de assistentes sociais e psicólogos, sendo as entrevistas, na grande

¹⁹⁸ Ibidem p. 177.

¹⁹⁹ Ibidem p. 177.

²⁰⁰ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 182.

maioria das vezes, unilaterais, sem qualquer controle da defesa”.²⁰¹ Aduz, ao mais, a autora que “o emprego de técnicas inadequadas nas entrevistas pode limitar a quantidade de informações proporcionadas pelas vítimas e testemunhas durante suas recordações dos fatores presenciados no passado”.²⁰²

Outro motivo que pode vir a influenciar a coleta da prova diz respeito a repetibilidade das entrevistas e, por sua parte, de perguntas dentro dessas em depoimentos submetidos à recordação de lembranças. Analisamos, antecedentemente, os efeitos que o lapso temporal pode provocar na memória, uma vez que após o evento original a vítima ou testemunha entram em contato com diversas pessoas. Esse cenário pode resultar na imprecisão de informações sobre o que aquelas conhecem do fato e o que lhe foi informado nas entrevistas, intencionalmente ou não. Estudos indicam que a produção de memórias falsas é menor quando chamadas para entrevista em momento próximo ao do evento ocorrido.

Sob o mesmo ponto, o dano causado pela repetição das entrevistas é atribuível à inserção de informações falsas nos relatos posteriores. Em crianças esse efeito é observado de maneira muito clara, à medida em que a cada entrevista elas propendem a inserir, nos seus vocabulários, palavras e termos utilizados pelo entrevistador. No processo penal a questão é ainda mais complicada, pois, em um primeiro momento, a criança é chamada a comparecer em sede policial para que seja realizada uma entrevista e conte o que sabe. Ocorre que os elementos informativos produzidos em inquérito policial, como dito em outra parte, não podem ser considerados provas pois produzidos em ausência do contraditório e da ampla defesa, ainda que o artigo 155 do Código de Processo Penal permita a utilização, pelo juiz, na fundamentação da sentença como visto em momento anterior.

Procurando sanar o ponto controvertido que rodeia a questão, principalmente no tocante ao depoimento infantil, a Lei nº 13.431/2017 implementou o Depoimento Especial, preconizando o relato único como regra, evitando, assim, a reiteração das entrevistas. Com isso, a criança é ouvida na presença de um técnico, uma única vez, valendo o testemunho como prova antecipada no processo, com respeito à ampla defesa. Voltaremos a comentar a respeito dessa

²⁰¹ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 178.

²⁰² Ibidem. p. 201.

lei mais adiante, oportunidade em que serão traçados alguns apontamentos sobre a metodologia de seu procedimento.

Entende-se que a repetição de perguntas dentro da entrevista deve ser vista com cautela, em razão de o entrevistador, ao reiterar determinado questionamento, buscar reforçar ou complementar uma resposta dada anteriormente. Contudo, em crianças a percepção é diversa da pretendida, porquanto entendem que as suas respostas não são a que o adulto esperava ouvir. Em virtude de estarem inclinadas a cooperar tendem a trazer novas informações aos seus relatos, posto que interpretam que as que forneceram são insuficientes, ao mesmo tempo em que procuram agradar o adulto, dando uma resposta que acha que vai de encontro com o que que eles esperam delas.

Por fim, o chamado “status do entrevistador”, ratificando o reportado sobre o depoimento infantil, é considerado uma das principais razões no induzimento nos relatos de crianças, uma vez que as crianças acreditam muito mais nos adultos do que nos seus pares.²⁰³ Binet constatou através de diversas pesquisas que as informações obtidas através de um relato aberto, livre, sobre algum acontecimento em questão, são mais precisas, mesmo que fornecidas em menor quantidade. Nas perguntas fechadas, por sua vez, cujas respostas dão margem apenas ao sim ou não há uma maior incidência de erros. Nos adultos observa-se esse fenômeno, em virtude das diferentes posições hierárquicas ocupadas pelo entrevistador e entrevistado, gerando uma expectativa na testemunha de que o entrevistador já sabe o que aconteceu, não sendo de grande relevância o seu depoimento para o esclarecimento das questões suscitadas.

3.5.4. A influência da mídia

O processo penal, há bastante tempo, sofre com a interferência da exposição midiática, muita das vezes excessiva, em seus casos, incentivada, em grande parte, pelos anseios da sociedade contemporânea. Na atualidade, são inúmeros os programas de televisão dedicados exclusivamente ao jornalismo investigativo, através dos quais noticiam crimes e divulgam detalhadamente cada etapa investigativa. É, justamente, nessa espécie que recai um

²⁰³ Ibidem, p.183.

sensacionalismo exacerbado, devido a sua alta carga emotiva, adquirindo cada vez mais relevo, ao passo que detém o poder de interferir na opinião pública.

O modo com que a mídia transmite as informações, principalmente as relacionadas às investigações policiais, tem uma enorme capacidade de influência, induzindo os expectadores, com base em trechos parciais da história narrada, posto que não se tem conhecimento do todo através dos autos, muitos até sigilosos. O prejulgamento do acusado ocorre quase que instantaneamente à divulgação do caso. Além disso, o chamado “retrato falado”, amplamente divulgado, também pode contribuir para a sugestionabilidade da testemunha, conduzindo-a a completar a percepção do fato com essas informações obtidas posteriormente. Nesse sentido, os processos criminais tornaram-se quase que um espetáculo midiático, aumentando de maneira significativa os riscos de contaminação da prova, posto que “o cenário imposto pela mídia pode confundir a testemunha sobre aquilo que efetivamente percebeu no momento do delito, com o que leu sobre o fato ou com o que ouviu posteriormente”.²⁰⁴

Um exemplo paradigmático do excesso praticado pela imprensa, em conjunto com o dos atores responsáveis pela investigação, é, o já citado, Caso da Escola Base de São Paulo que influenciou e induziu um grande contingente de pessoas acerca de um suposto crime sexual envolvendo menores. A indução pela mídia, no caso em tela, foi tamanha à medida em que publicava manchetes de cunho altamente pejorativo sobre o acontecimento, fazendo com o que o caso tomasse proporções alarmantes, cujas consequências foram estarrecedoras para os envolvidos no escândalo. Por conta do mencionado, imperiosa a necessidade da colheita da prova sem demora, em um tempo razoável a fim de, não só reduzir o dano causado pelo tempo, mas de evitar a influência por parte da mídia, especialmente, em casos de grande proporção e comoção.

Encerramos, por fim, o estudo das causas que contribuem para a contaminação da prova oral em face da implantação das falsas memórias, bem como analisamos o reconhecimento de pessoas abordando a sua suscetibilidade para a ocorrência da distorção mnemônica nesse meio de prova. No próximo tópico, daremos início à apresentação de métodos que buscam mitigar

²⁰⁴ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.186.

os danos trazidos pelas falsificações das lembranças no processo, indicando quais medidas podem trazer uma maior confiabilidade à prova.

3.6. Medidas capazes de evitar a distorção mnemônica no reconhecimento pessoal: o uso do reconhecimento sequencial de pessoas em alternativa ao simultâneo

Vimos anteriormente, ao examinarmos o reconhecimento de pessoas, que o Código de Processo Penal optou por usar, em seu procedimento probatório, o sistema simultâneo que é aquele em que são colocadas diversas pessoas, lado a lado, ao mesmo tempo, para que quem tem que reconhecer proceda a identificação. Ocorre que esse método é controverso, e bastante suscetível à erros, devido à sua influência pelo meio externo.

A falha no ato do reconhecimento pode acontecer quando, ao identificar o autor do crime, a vítima/testemunha realiza uma comparação entre aqueles apresentados, elegendo o que mais é parecido com o acusado, não levando em consideração a percepção adquirida quando da aquisição da lembrança no momento do fato. Em que pese os diversos reconhecimentos serem realizados em alto nível de informalidade, despidos de legalidade, além de muitos não contarem sequer com a presença do advogado, temos que alguns métodos podem contribuir para uma melhor qualidade do ato, reduzindo assim, a sua falibilidade.

O primeiro deles diz respeito ao uso do reconhecimento sequencial ao invés do simultâneo, visto como mais seguro e confiável pelos estudiosos da psicologia forense. Nessa modalidade, a pessoa é apresentada uma de cada vez, a quem irá reconhecer, sendo perguntado, antes de passar à outra, se reconhece aquela como sendo a autora do delito.

Além disso, uma medida simples de ser aplicada, tanto na fase policial quanto judicial, consiste em advertir a vítima e/ou testemunha que o suspeito pode não estar presente dentre os apresentados. Na visão de Aury Lopes Jr., da qual concordamos, “isso reduz a margem de erros de um reconhecimento feito a partir da pré-compreensão (e indução, ainda que endógena) de que o suspeito está presente”²⁰⁵

²⁰⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

Nessa mesma toada, segundo o aludido autor, não há necessidade de alteração na lei para que seja feita uma análise acerca do quão confiável é a vítima ou testemunha, podendo ser realizado o seguinte procedimento:

(...) apresentar, primeiramente, um reconhecimento somente com a presença de suspeitos distratores, contudo, não é dito a ela que será apresentado mais de um grupo de suspeitos. Caso a testemunha faça alguma identificação nesse reconhecimento, então ela pode ser descartada, e, caso a testemunha não faça nenhuma identificação no primeiro reconhecimento, então pode ser dada continuidade ao procedimento, apresentando o segundo reconhecimento com a presença do suspeito alvo. Dados indicam que testemunhas que não fazem identificações no primeiro reconhecimento são muito mais confiáveis.²⁰⁶

Nesse cenário, cabem algumas observações sobre a necessidade de o reconhecimento revestir-se das formalidades legais, ignoradas em muita das vezes pelos atores policiais e judiciais. Na linha de pensamento de Giacomolli, citado por Di Gesu:

(...) o ideal recomendado pelos pesquisadores é que o condutor do ato de reconhecimento desconheça quem seja o suspeito, bem com que a vítima e/ou testemunha presencial, se houver, diga, no momento do ato, o grau de certeza sobre a identificação, e não quando da documentação da ata ou certidão, pois o reconhecimento é invalidado quando se diz que o sujeito é “parecido” ou “bem parecido” com o réu (...) ou então quando a descrição do envolvido não condiz com as características físicas do imputado”.²⁰⁷

No tocante ao mencionado pelo autor citado acima, entendemos como fundamental a obrigatoriedade da utilização do inciso I do artigo 226 da legislação processual no ato de reconhecimento, uma vez que tem o poder de ajudar na averiguação de eventuais contradições da testemunha. Em outras palavras, a descrição do imputado a ser feita pela pessoa que irá reconhecer, antes do procedimento, pode trazer uma maior credibilidade para a prova, afastando o risco de contaminação.

3.7. Métodos e técnicas propensos à prevenção de erros na prova oral: a busca pela redução de danos

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ GIACOMOLLI, Nereu José. **A fase preliminar do processo penal: crises misérias e novas metodologias investigativas**. 2011, p. 157-158 apud GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 161.

A recordação de lembranças que não aconteceram, ou a distorção dessas acerca de determinado evento, como dissemos, pode se dar espontaneamente, reflexo de um funcionamento normal do cérebro, ou pode ser sugerida, proveniente, ao seu turno, de uma sugestão, vinda do meio externo, não intencional ou deliberada. A questão probatória e a sua relação com a produção de falsas memórias devem ser analisadas com precaução, tendo em vista que os indivíduos comprometidos por esse fenômeno acreditam piamente que o que dizem é verdade, tomando por reais as informações fornecidas ao entrevistador.

Dessa forma, a identificação da presença de elementos errôneos nos depoimentos consiste em uma complexa tarefa, porquanto “o emprego de técnicas inadequadas nas entrevistas pode limitar a quantidade de informações proporcionadas pelas vítimas e testemunhas durante suas recordações dos fatos presenciados no passado”²⁰⁸

No tocante ao método de entrevista utilizado pela polícia, advogados, magistrados e psicólogos, este compreende basicamente duas etapas: a narrativa e a interrogativa. A primeira delas diz respeito à abertura concedida ao entrevistado para que discorra livremente sobre os fatos. Nessa fase não há muita margem para o induzimento de respostas, mas carece de informações precisas e detalhadas. A etapa interrogativa, por sua vez, vem complementar o que foi apresentado na primeira etapa, utilizando-se de perguntas mais específicas. Com isso, temos que é nesse procedimento que os riscos de sugestão são mais perigosos, visto que as respostas dependerão do tipo de pergunta realizada.

A prova testemunhal, bem como a declaração da vítima, são meios de prova recorrentes no processo penal. Sendo assim, o objetivo do tópico em questão é a indicação de métodos e técnicas que possam contribuir para a colheita da prova oral com um maior grau de credibilidade, ao se evitarem os riscos de contaminação pelos fatores já conhecidos. Outrossim, a preocupação dos estudiosos da área também se concentra, para além dos aspectos informados, nos riscos que uma prova frágil, como a testemunhal, pode ocasionar na vida da pessoa investigada, presa, acusada e condenada com base em recordações distorcidas e distantes da realidade dos fatos.

²⁰⁸ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 201.

Nesse sentido, não temos a pretensão de trazer uma solução milagrosa para as diversas problemáticas levantadas pelo trabalho, uma vez que o assunto em comento não irradia tanta simplicidade. Contudo, verifica-se, no campo da psicologia cognitiva, através de amplos estudos e pesquisas, a contribuição do uso dessas técnicas e métodos para a minorar a ocorrência da distorção mnemônica se colocados em prática nas diversas esferas.

Consoante entendimento da professora Cristina Di Gesu, acerca da utilização das medidas de redução de danos, “é preciso, portanto, que não só os profissionais de outras áreas - psicologia e psiquiatria-, mas também que os profissionais do direito -delegados, promotores, juízes e advogados- estejam preparados para lidar com essa situação, trabalhando para evitar problemas dessa ordem ou, então, minimizando as consequências danosas daí decorrentes”.²⁰⁹

Por ter a prova, da qual o conteúdo é o dependente da memória, uma importância sublime na prática forense brasileira, temos que é necessária, como primeira medida, a moderação da utilização da prova testemunhal de maneira isolada devendo ter a sua prática, não suprida, em virtude de sua relevância, mas complementada com aparatos tecnológicos que auxiliem na produção probatória. Outro método que entendemos ser imprescindível tem relação com o fator tempo explicitado em outro momento. Diante disso, a colheita de prova em um prazo razoável tem como objetivo não apenas reduzir a influência da passagem do tempo na memória, cujos efeitos são nefastos, mas também a de resguarda-la de influências externas, como a da mídia, de outras testemunhas, haja vista a possibilidade de serem acrescidas novas informações às lembranças do evento original, ocasionando assim falsas recordações.

A gravação audiovisual de entrevistas na fase inquisitorial possui um papel fundamental como redutor de dano permitindo ao juiz, posteriormente, “o conhecimento do modo como os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados”²¹⁰, além de assumirem importância “não como indício de prova totalmente dito, mas para que o magistrado avalie como foi realizado o procedimento e os métodos utilizados, a fim de verificar ou não os graus de contaminação”.²¹¹ De encontro a isso, o §1º do artigo 405²¹² do Código de

²⁰⁹ Ibidem, p. 209.

²¹⁰ Ibidem, p. 210.

²¹¹ Ibidem

²¹² Artigo 405 - Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos. § 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações

Processo Penal, prevê que sempre que possível o registro do conteúdo dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos recursos tecnológicos de gravação. Observa-se uma tentativa de preservar a produção da prova oral com a obtenção de informações fidedignas.

Elencamos, previamente, a linguagem do entrevistador como um fator que pode vir a contaminar a prova oral. Dada a sua importância para a coleta de informações, oriundas da memória da testemunha, o uso de técnicas inadequadas pode influenciar na qualidade do depoimento.²¹³ Com base no entendimento de Feix e Pergher, “existem evidências científicas mostrando que a postura do entrevistador, bem como suas crenças e hipóteses a respeito do evento investigado, podem influenciar significativamente o comportamento da testemunha, podendo levar à distorções do depoimento”.²¹⁴

Verificando as falhas²¹⁵ que reinavam nas entrevistas forenses, Edward Geiselman e Ronald Fisher desenvolveram, em 1984, a técnica da entrevista cognitiva, com o objetivo de obter informações de maiores qualidades, e, conseqüentemente, mais confiáveis, em comparação com as obtidas por meio de técnicas tradicionais de entrevistas. São 5 (cinco) as etapas que envolvem essa técnica, a saber, (i) construção do rapport; (ii) recriação do contexto original; (iii) narrativa livre; (iv) questionamento e (v) fechamento.

De acordo com Feix e Pergher, a primeira etapa consiste em criar um ambiente acolhedor, antes de iniciada a tomada de depoimento, para que a vítima tenha tranquilidade e conforto ao narrar o assunto, cujo conteúdo, geralmente, é dotado de alta carga emocional. Ainda segundo os autores, é recomendado começar, na primeira etapa, agradecendo a participação da testemunha, e, após, formular perguntas neutras para que o entrevistador tenha alguma noção

(Cf. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 fev. 2021).

²¹³ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnistky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 202-218, p. 210.

²¹⁴ *Ibidem*

²¹⁵ Segundo os autores, as dez maiores falhas observadas são as seguintes: 1) Não explicar o propósito da entrevista; 2) Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3) Não estabelecer *rapport*; 4) Não solicitar o relato livre; 5) Basear-se em perguntas fechadas e não abertas; 6) Fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) Não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) Não permitir pausas; 9) Interromper a testemunha quando ela está falando e 10) Não fazer o fechamento da entrevista.

sobre o nível cognitivo e de desenvolvimento da linguagem do entrevistado, o que permitirá a este ajustar a sua própria linguagem ao comunicar-se com a testemunha”.²¹⁶

Além de não possuir um tempo determinado para a duração do rapport, considera-se essencial que não haja interrupção na fala do entrevistado por quem entrevista. Buscando evitar a ocorrência do fenômeno conhecido como *status do entrevistador*, como vimos, apto a contaminar a prova, em virtude das diferenças das posições hierárquicas, é necessário que o entrevistador comunique ao entrevistado que não presenciou o evento em tela, dele não conhecendo os fatos. Nesta toada, faz-se com que a vítima tenha um papel ativo na entrevista, sendo importante o fato de que essa transferência de controle “envolve a explicitação de que o entrevistador não tem a expectativa de que o entrevistado tenha as respostas para todas as suas perguntas”.²¹⁷

A segunda etapa refere-se à recriação do contexto original, isto é, instiga-se mentalmente o entrevistado colocando-o na situação do evento a ser recordado, através dos diferentes sentidos (visual, auditivo, etc), com o objetivo de fornecer espécies de pistas à memória para que se obtenha o máximo possível de recordações.²¹⁸ Na etapa seguinte, indica-se o uso da narrativa livre, ou seja, o entrevistado está aberto a relatar o que se recorda sobre o evento vivenciado, sem ser interrompido e à sua maneira.

Na quarta etapa será a vez do entrevistador fazer os questionamentos com base no que foi trazido de informação pelo entrevistado no relato livre anteriormente realizado com o intuito de conseguir mais informações. Feix e Pergher chamam atenção para o uso do chamado “questionamento compatível com a testemunha”. Segundo os autores esse questionamento:

(...) preconiza que as perguntas por parte do entrevistador sempre devem ser relativas à representação mental que o entrevistado tem ativada no momento, ou seja, devem fazer referência aos conteúdos que o entrevistado está relatando. Por exemplo, se a testemunha estiver descrevendo a fisionomia do suspeito, as perguntas devem ser dirigidas a esta característica do suspeito, e não a outras, tais como sua altura ou vestuário (...).

²¹⁶ Ibidem, p. 214.

²¹⁷ Ibidem, p. 215.

²¹⁸ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 205.

A fase do questionamento requer um maior cuidado do entrevistador, visto que o uso inadequado pode contribuir para o insucesso da entrevista. Nesse sentido, deve-se evitar perguntas fechadas, sugestivas e confirmatórias, vez que tendenciosas a contaminar o relato. De outra banda, observa-se uma melhor recuperação de informações com o uso de questionamentos abertos. Assevera Feix e Pergher, citado por, Di Gesu no tocante às perguntas fechadas:

As perguntas fechadas propiciam que o entrevistado responda apenas sim/não ou escolha entre uma alternativa (ex.: “era manhã, tarde ou noite quando o crime aconteceu?”. Quando a pergunta é múltipla, várias questões colocadas simultaneamente (ex: “você viu o rosto do assaltante? Ele foi agressivo? O que ele falou?”). As perguntas tendenciosas/sugestivas, por sua vez, expressam, implícita ou explicitamente, a opinião do entrevistador, conduzindo a testemunha a uma determinada resposta (ex: “tendo em vista que o Malandragem é o bandido foragido e no momento do fato ele estava nas imediações, você não acha que ele possuía algum envolvimento no crime?”). Por fim, as perguntas confirmatórias/inquisitivas, procuram informar aquilo que foi dito ou uma hipótese suscitada pelo entrevistador (ex: “então você está me dizendo que viu aquele vizinho no local do crime? Quando a testemunha mencionou apenas que a pessoa do local do crime lembrava o vizinho”).²¹⁹

Por fim, a última etapa consiste no fechamento da entrevista, confirmando com o entrevistado o que foi relatado, ao levantar os dados coletados, os certificando com esse e oferecendo uma oportunidade de acrescentar alguma informação não incluída. É importante, nessa etapa, que o entrevistador, no intuito de estender a vida funcional da entrevista, deixe um canal aberto de comunicação com a vítima, em caso dela rememorar algo que não relatou.

A entrevista cognitiva assume um importante papel ao evitar a revitimização dos depoentes, bem como tem uma contribuição de relevo na coleta de relatos, aumentando a credibilidade desses, tornando-os fidedignos. Embora saibamos os inúmeros benefícios que a entrevista cognitiva pode proporcionar para o processo, posto que ajudaria a diminuir o risco de falsificação das lembranças e da instigação das respostas, temos que algumas limitações para o seu uso podem surgir.

Em primeiro lugar, o necessário treinamento dos entrevistadores para o aprendizado de suas técnicas, que são complexas, demanda um prazo maior do que o habitual. A entrevista é demorada, não tendo um tempo de duração definido, posto que precisam ser observados

²¹⁹ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz op. cit., p. 207.

diversos fatores para a sua realização, o que pode ser inviável em lugares com elevado número de testemunhas a serem ouvidas. O ambiente físico também pode ser um problema para a realização, pois o ideal é que seja praticada em um local silencioso, confortável e separado das demais pessoas.

O uso de aparelhos gravadores, preferencialmente audiovisual, também são requeridos para a entrevista. Ocorre que muito dos lugares destinados a oitiva de testemunhas e vítimas não contam com esse tipo de aparelhagem técnica. A última consideração a ser feita diz respeito as condições específicas do entrevistado para a realização do procedimento, necessitando que esse tenha um nível de cognição a fim de compreender o deslinde e as instruções do entrevistado. Desta feita, não é indicada o uso da entrevista cognitiva em crianças pré escolares e em indivíduos com capacidade cognitiva limitada.²²⁰

Diante do exposto, tendo em vista o papel assumido pela prova oral no processo penal brasileiro, ante a impossibilidade de prova técnica, pericial, postula-se, também, pelo uso da entrevista cognitiva com o intuito de obter relatos de maior confiabilidade, precisão, com uma maior gama de informações, sem riscos de sofrerem contaminação com falsas memórias.

3.8. Breves apontamentos quanto ao depoimento especial do menor com base na Lei 13.431/2017

Em virtude do quadro traçado pelo presente trabalho, em combinação com as informações trazidas no que cabe ao depoimento infantil, indispensável tecer alguns comentários sobre a lei do “Depoimento Especial”. Em que pese não ser possível, ainda, analisar o impacto de sua aplicação prática na redução das falsas memórias, inegável a sua importância na temática da oitiva de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual.

Diante disso, a finalidade do presente tópico é a de elucidar alguns aspectos importantes dessa forma especial de colheita do depoimento, verificando de que modo o seu uso contribuiria para a robustez probatória, diante de processos criminais que dependam unicamente da palavra da vítima para a sua averiguação. Importante sublinhar, desde já, que o depoimento especial surge como uma alternativa ao método tradicional de oitiva de crianças e adolescentes, cuja

²²⁰ Ibidem, p. 225.

adoção gera algumas discussões em diferentes áreas, como a da psicologia, como veremos a seguir.

Até que a vítima possa, enfim, dar o seu relato em juízo, além do lapso temporal ocorrido entre o narrado em delegacia, para a equipe especializada, um fenômeno que acontece, com frequência, durante a persecução criminal, é a “revitimização”, ou seja, a cada depoimento aquela é obrigada a lembrar a situação de violência. Como dito antes, a repetibilidade das entrevistas contribui para a distorção nos relatos infantis por serem suscetíveis a interferências externas, assim como, altamente sugestionáveis.

Em conformidade com a garantia da proteção dos direitos da criança e do adolescente, prevista no âmbito constitucional²²¹, em conjunto com as medidas de proteção previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, a oitiva especializada surge com a finalidade de resguardar os seus direitos e garantias fundamentais. O depoimento especial, inicialmente denominado “depoimento sem dano”, foi implantando pioneiramente pelo magistrado José Antônio Daltoé Cezar, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no ano de 2003²²². O que antes se tratava de uma recomendação de uso do Conselho Nacional de Justiça²²³ ganhou força normativa ao ser regulamentada pela Lei nº 13.431/2017, na qual determina a sua obrigatoriedade em âmbito nacional.

A escuta especializada e o depoimento especial são dois institutos regulamentados pela lei supra. O artigo 7º versa sobre o primeiro deles, ao dispor “a escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”.²²⁴ O depoimento especial tem previsão no artigo 8º, da mesma lei, que o define

²²¹ Artigo 227 - É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Cf. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 fev. 2021.

²²² GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.190.

²²³ Recomendação 33 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça.

²²⁴ Artigo 7 - Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade (Cf. BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. **Diário Oficial da República Federativa do**

como “o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária”. Ressalte-se que os dois procedimentos deverão ser realizados em ambiente próprio, acolhedor, com o objetivo de evitar constrangimento²²⁵, garantindo, assim, a privacidade e conforto da vítima/testemunha criança ou adolescente.

No que concerne à utilização do depoimento especial, a lei prevê que ele seja realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de provas, sob a garantia da ampla defesa do investigado ressaltando a possibilidade de um novo depoimento, se justificado e imprescindível, e em caso de concordância da vítima, testemunha e representante legal.²²⁶ O rito de produção antecipada de provas será determinado no caso de a vítima/testemunha possuir menos de 7 anos e/ou em caso de violência sexual.²²⁷

O artigo 12 da lei do depoimento especial elenca diversas metodologias procedimentais para a realização da colheita do depoimento, a saber:

Art. 12. O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento:

I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais;

II - é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos;

III - no curso do processo judicial, o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência, preservado o sigilo;

IV - findo o procedimento previsto no inciso II deste artigo, o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco;

V - o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente;

VI - o depoimento especial será gravado em áudio e vídeo.

§ 1º À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.

Brasil, Brasília, DF, 4 de abril de 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm> Acesso em: 10 fev. 2021).

²²⁵ Artigo 8 - Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (Cf. Ibidem).

²²⁶ Artigo 11- O depoimento especial rege-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. § 2º Não será admitida a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente e houver a concordância da vítima ou da testemunha, ou de seu representante legal (Cf. Ibidem).

²²⁷ Artigo 11- O depoimento especial rege-se-á por protocolos e, sempre que possível, será realizado uma única vez, em sede de produção antecipada de prova judicial, garantida a ampla defesa do investigado. § 1º O depoimento especial seguirá o rito cautelar de antecipação de prova: I - quando a criança ou o adolescente tiver menos de 7 (sete) anos; II - em caso de violência sexual (Cf. Ibidem).

§ 2º O juiz tomará todas as medidas apropriadas para a preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha.

§ 3º O profissional especializado comunicará ao juiz se verificar que a presença, na sala de audiência, do autor da violência pode prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco, caso em que, fazendo constar em termo, será autorizado o afastamento do imputado.

§ 4º Nas hipóteses em que houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha, o juiz tomará as medidas de proteção cabíveis, inclusive a restrição do disposto nos incisos III e VI deste artigo.

§ 5º As condições de preservação e de segurança da mídia relativa ao depoimento da criança ou do adolescente serão objeto de regulamentação, de forma a garantir o direito à intimidade e à privacidade da vítima ou testemunha.

§ 6º O depoimento especial tramitará em segredo de justiça.²²⁸

Percebemos dos referidos dispositivos inúmeras medidas aptas a evitar o processo de “revitimização”, bem como de proteger a memória da criança ou adolescente dos efeitos do tempo, muito prejudiciais para a segurança do testemunho. Contudo, algumas críticas são realizadas, pois, no entender de Cristina Di Gesu, “é inegável a série de problemas processuais penais trazidos pelo depoimento especial, a começar pela falta de previsão acerca do procedimento a ser adotado para a produção antecipada de provas e pela ausência de previsão de intimação do suspeito para exercer a sua defesa”.²²⁹

Ante a imposição de participação de uma equipe multidisciplinar quando da colheita dos depoimentos, muito se questiona acerca de quem seria o responsável para auxiliar a oitiva em sede judicial. A participação de um terceiro deve ser vista com cautela, posto que este detém da prerrogativa de intermediar e formular perguntas às testemunhas. Corroborando com o aludido, a área da psicologia critica a realização da oitiva pelos seus profissionais, posto que estariam submetidos ao juiz, tendo como função coletar uma prova testemunhal e não a de realizarem uma prova técnica, diga-se de passagem. Soma-se ao argumento da categoria o fato de causar uma confusão na atuação do psicólogo, visto que entendem que estariam usurpando a função que seria do magistrado.

Outro ponto que pode vir a ser prejudicial ao acusado, assim como para a confiabilidade do processo no geral, consiste na ausência de capacitação e especialização efetiva do profissional responsável por esse importante procedimento. Em algum dos casos a tomada de

²²⁸ BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 de abril de 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm> Acesso em: 10 fev. 2021.

²²⁹ GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p.194.

depoimento será colhida uma única vez, razão pela qual o suspeito será apontado por terceiro alheio ao processo. Torna-se, por conta disso, imperioso uma completa preparação das técnicas de entrevista especializada afim de se ter uma prova que mais se aproxime da realidade dos fatos. Di Gesu acredita que, embora os incontáveis benefícios trazidos por essa técnica, ela pode vir a se mostrar prejudicial, pois, nas palavras da autora:

(...) sob o enfoque processual penal, mostra-se prejudicial à investigação do fato, haja vista que o suspeito será apontado por terceira pessoa, em razão de a vítima ser ouvida uma única vez, através da escuta especializada ou depoimento especial e antecipadamente em caso de violência sexual e/ou menor de 07 anos de idade sem falar das graves violações aos princípios do contraditório e do direito de defesa em razão da ausência de previsão de intimação do suspeito, que sequer saberá do que efetivamente se defender.²³⁰

²³⁰ Ibidem, p.199.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As pesquisas sobre a falsificação das lembranças adquirem, cada vez mais, importância não só na literatura estrangeira, mas na nacional. A temática, na atualidade, foi acolhida por diversos estudiosos brasileiros, nos quais nos espelhamos para a realização do trabalho monográfico. Nessa senda, inegável a contribuição da psicóloga Lilian Milnitsky Stein, na abordagem da temática das falsas memórias relacionadas a diversas áreas, mas em especial, a forense. A ampla bagagem adquirida pela autora, através de inúmeros estudos e pesquisas realizados, culminou na elaboração do livro “Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas”, no qual são abordadas as explicações técnicas e diversos expoentes sobre o fenômeno em questão. Aury Lopes Jr, em seu manual de Direito Processual Penal, oferece inúmeros comentários acerca do tema, contextualizando-o, através de recortes, na temática referente à prova testemunhal e ao reconhecimento de pessoas.

Pela análise da conjuntura, resta claro que, enquanto meio probatório, a prova oral e o reconhecimento de pessoas formam, em inúmeros casos criminais, a convicção do julgador. O tema das falsas memórias surge como ponto nevrálgico da seara judicial, por trazer à discussão diversos motivos que tornam a memória humana falível, rediscutindo, por sua vez, a fidez e credibilidade da prova penal que dependa intimamente dessa. Ao procedermos na análise dessas, em consonância com o conhecimento do funcionamento da memória trazido pela neurociência, identificamos diversas falhas pelas quais às lembranças estão suscetíveis.

As memórias se perdem ao longo do tempo, natural do funcionamento cerebral, fazendo com que detalhes sejam esquecidos. A alteração do conteúdo da memória pode decorrer de fatores endógenos, com o simples passar dos anos, como acontece com os idosos. Contudo, vimos, incansáveis vezes, que essa modificação também pode se dar por uma interferência externa, por um estímulo, ou uma sugestão. Além disso, as memórias são seletivas, posto que o cérebro pode vir a deixar inacessíveis as memórias tristes e traumáticas, o que não significa o seu esquecimento.

Em virtude disso, a compreensão almejada diz respeito à possibilidade da prova penal, que necessita da recordação de uma pessoa, estar revestida de erros, tornando-a frágil no campo

probatório. A situação é complexa, posto que quem declara ou presta depoimento acerca de um evento acredita na fiabilidade de suas lembranças, podendo a se emocionar e até o fazer com inúmeros detalhes. Ao analisarmos quais os fatores que podem interferir na recuperação da lembrança, vimos que as pessoas estão expostas a incontáveis deles, como a mídia, uma informação adicional provinda do entrevistador, uma conversa informal com outras testemunhas, dentre outros.

Um ponto central, na seara criminal, diz respeito à contaminação da prova no momento de sua coleta por meio de uma má conduta dos operadores do direito. Ao tratarmos do procedimento probatório para o reconhecimento de pessoas, alertamos para o uso desmedido de informalidades pelos atores policiais, assim como judiciais. O uso de fotografias pode deturpar o reconhecimento posterior, trazendo indelévels riscos ao processo e ao acusado, ao contar como fator único, sem confronto com os demais elementos do processo, para justificar uma prisão ou até mesmo uma sentença condenatória.

Diante da impossibilidade de se ter uma solução definitiva para os problemas oriundos da atividade probatória no sistema processual penal, tornou-se imprescindível a interlocução entre as diversas áreas de conhecimento, como a da psicologia cognitiva, da neurociência, da psiquiatria, da psicologia judiciária, dentre outras. Dessa forma, busca-se, com base nesses diferentes vieses, medidas preventivas, aptas a atenuar o erro que pode ser causado pelo surgimento das falsas memórias, cujo conteúdo é científico, além de técnicas que aumentem a qualidade da prova colhida. Nesse ínterim, o “Innocente Project Brasil”,²³¹ é a primeira organização brasileira, sem fins lucrativos, voltada para o enfrentamento de condenações oriundas de erro judiciário, com o objetivo de reverter decisões injustas pelo poder judiciário brasileiro, por meio de revisões criminais.

Portanto, tendo em mente a nocividade que uma prova falha, destoante da realidade, pode ocasionar na vida do acusado, e também da vítima e/ou testemunha, é extremamente imperioso a aquisição pelas autoridades do conhecimento da psicologia do testemunho, da neurociência, de forma a repensar analiticamente o sistema penal e o impacto que pode causar na vida de um inocente.

²³¹ Cf. INNOCENCE PROJECT BRASIL. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/>> Acesso em: 11 fev. 2021.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda, 2015.

BARBOSA, Mauro; ÁVILA, Luciana Moreira de; FEIX, Leandro; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. Falsas memórias e diferenças individuais. In: STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010, p. 133-154.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, DF, 5 de outubro de 1988, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 3 de outubro de 1941. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 21 jan. 2021.

BRASIL. **Exposição de motivos do Código de Processo Penal de 1941**. Disponível em: <https://honoriscausa.weebly.com/uploads/1/7/4/2/17427811/exmcpp_processo_penal.pdf> Acesso em: 10 jan. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113431.htm> Acesso em: 10 fev. 2021.

CARVALHO, Luis Gustavo de Grandinetti Castanho. **Processo Penal e Constituição**. Princípios Constitucionais do Processo Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2006, p. 11.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS. 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm> Acesso em 22 dez. 2020.

CORREIO BRAZILIENSE. **Músico negro que teria sido acusado por engano é libertado no Rio**. Disponível em: <<https://www.correiobraziliense.com.br/brasil/2020/09/4873670-musico-negro-que-teria-sido-acusado-por-engano-e-libertado-no-rio.html>> Acesso em: 07 fev. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. (Org.). **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 3-56.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 39, p. 187-206, 2010.

DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Rio de Janeiro: Companhia das letras, 2001, p. 128-129.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnistky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 202-218.

GESU, Cristina Carla Di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3. ed rev. ampl. atual. conforme a Lei 13.431/2017. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. Rio de Janeiro: Editora Atlas, 2014.

G1. **Músico que teria sido preso por engano em Niterói deixa presídio no RJ**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia>>

INNOCENCE PROJECT BRASIL. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/>> Acesso em: 11 fev. 2021.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Ebook.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. Ebook.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Editora Atlas Ltda, 2019. Ebook.

PONTE. **Induzidas pela polícia e aceitas pela justiça, falsas memórias condenam inocentes**. Disponível em: <<https://ponte.org/induzidas-pela-policia-e-aceitas-pela-justica-falsas-memorias-condenam-inocentes/>> Acesso em: 05 fev. 2021.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Juris, 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2014.

STEIN, Lilian Milnistky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: Lilian Milnistky Stein. (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. 1ed. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnistky.; ROHENKOHL, Gustavo; GOMES, Carlos Falcão de Azevedo.; DA SILVEIRA Ronnie Alexandro Telles; PINTO, Luciano Haussen.; DOS SANTOS, Renato

Favarin. Emoção e Falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnistky. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 96-97.

STEIN, Lilian Milnitsky. NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?** Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR, UMUARAMA, PR, v. 5, n.2, p. 179-185, 2001. Disponível em <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>> Acesso em 20 julh. 2020.

TED IDEAS WORTH SPREADING. **How reliable is your memory?**. Disponível em: <https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-BR> Acesso em: 2 jul. 2020.

WELTER, C; ÁVILA, L; FEIX, L.; Falsas memórias, sugestionabilidade e testemunho infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky.; **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. p. 167.