

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO - UFRJ
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS - CCJE
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO - FND**

**A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA NA PROVA TESTEMUNHAL NO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

CARLOS EDUARDO JORGE DE OLIVEIRA

**Rio de Janeiro
2023**

CARLOS EDUARDO JORGE DE OLIVEIRA

**A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA NA PROVA TESTEMUNHAL NO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

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 orientação do **Professor Nilo César Martins Pompilio da Hora**.

**Rio de Janeiro
2023**

FICHA CATALOGRÁFICA

CIP - Catalogação na Publicação

O48f Oliveira, Carlos Eduardo Jorge de
 A falibilidade da memória humana na prova
 testemunhal no sistema processual penal brasileiro
 / Carlos Eduardo Jorge de Oliveira. -- Rio de
 Janeiro, 2023.
 77 f.

 Orientador: Nilo César Martins Pompílio da Hora.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2023.

 1. Direito Processual Penal. 2. Prova
 Testemunhal. 3. Memória. 4. Falsas Memórias. 5.
 Psicologia Jurídica. I. Hora, Nilo César Martins
 Pompílio da, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

CARLOS EDUARDO JORGE DE OLIVEIRA

**A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA NA PROVA TESTEMUNHAL NO
SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO**

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. Nilo César Martins Pompílio da Hora.

Data de aprovação: 04/12/2023

Banca Examinadora:

Prof. Doutor Nilo César Martins Pompílio da Hora (Faculdade Nacional de Direito – UFRJ)

Orientador

Prof. Cezar Augusto Rodrigues Costa (Faculdade Nacional de Direito – UFRJ)

Prof. Francisco Ramalho Ortigão Ramos (Faculdade Nacional de Direito – UFRJ)

*Esta monografia é dedicada à memória
de meu pai Carlos Alberto e minha avó
Fátima Helena.*

AGRADECIMENTOS

Quem diria, aquele menino que se dedicou, se cobrou, derrubou suor e lágrimas, conseguiu passar para a gloriosa Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro e, agora, está finalizando seu ciclo neste tão sonhado lugar.

Depois de longos anos, a “dificuldade” – ou melhor Faculdade - chegou ao fim. É, não foi fácil, muito menos simples, mas afirmo com toda certeza do mundo: valeu a pena! Fazer parte da Faculdade Nacional de Direito foi a realização de um sonho, tanto meu quanto de quem sempre me apoiou. Invertendo um pouco, agora eu digo que a Faculdade Nacional de Direito faz parte de mim.

Só tenho a agradecer tudo o que esse ambiente fez em mim, posso dizer que evolui muito nesses 5 anos e nesse lugar aprendi que posso conquistar muitas coisas através do estudo e da minha dedicação. Vivenciei experiências únicas, sejam elas acadêmicas ou pessoais, ganhei muitos amigos, alcancei diversas conquistas e aprendi que posso ser uma pessoa melhor.

Ao meu pai, Carlinhos (in memoriam), tenho absoluta certeza de que você está comemorando de onde quer que esteja, carrego em meu peito a alegria de ser seu filho e de lhe levar orgulho. Não há nenhum momento da minha vida que eu não esteja pensando em você, agradeço por ter me acompanhado durante grande parte desse caminho e agora está me observando de um outro lugar mais especial. Você é eterno em mim e sempre será.

Além de tudo isso, agradeço especialmente aos meus pais, Carlinhos (in memoriam) e Tatiana, sem eles nada na minha vida seria possível, sempre me apoiaram incondicionalmente em qualquer decisão que eu tomasse. O amor incondicional de vocês foi essencial para eu ser quem sou hoje. Mãe, você é exemplo de força, sempre se dedicou e se esforçou para me ensinar o valor dos estudos, junto ao meu pai, sempre se desdobrou para me oferecer do bom e do melhor, sou muito feliz e grato por ser seu filho, obrigado por viver esse momento comigo.

Ao meu irmão, Junior, que sempre esteve ao meu lado, sempre me apoiou como um fiel companheiro e, com seu jeito simples, me ensina muito sobre a vida. Tenho muito orgulho do homem forte que você está se tornando.

À minha avó, Fátima Helena (in memoriam), que me ama tanto e, também, desde sempre me ensinou o valor da educação, me educou e foi tão presente na minha vida. Por isso, irei continuar te dando orgulho, você é eterna em mim. Tenho a plena convicção de que você está muito feliz com essa minha conquista, continue olhando por mim de onde você está. Você é eterna em mim e sempre será.

À minha namorada, Yasmin, que esteve ao meu lado durante todo esse período e que me deu forças quando eu mais precisei, sempre me motivou e incentivou em qualquer uma das minhas escolhas. Com você eu aprendi e aprendo sobre o amor e companheirismo.

Agradeço a Deus por abençoar todos os meus caminhos e por me guiar nessa trajetória dentro da Faculdade Nacional de Direito.

Enfim, só tenho a agradecer aos meus pais, irmão, avó, namorada e amigos, agradeço a cada um, por me apoiar, me motivar e por estarem comigo sempre quando eu precisei. Tenho plena convicção de que sem vocês essa conquista não seria possível, meu mais sincero: muito obrigado por tudo!

*Dizemos: afinal, somos aquilo que pensamos,
amamos, realizamos. E eu acrescentaria: somos
aquilo que recordamos.*

Norberto Bobbio

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo examinar a falibilidade da memória humana nas provas testemunhais, inseridas no sistema processual penal brasileiro. Observar o processo penal brasileiro sob a perspectiva da Constituição de 1988, explorando as principais concepções como os sistemas e a instrumentalidade do processo, demonstrou-se imprescindível para auxiliar a compreensão dos demais institutos. A prova testemunhal é uma das provas mais utilizadas no processual penal brasileiro, todavia, tal modalidade probatória carrega consigo notável fragilidade. O direito tem a característica de atuar em fatos ocorridos no passado, e a análise do crime parte do mesmo pressuposto, portanto, a prova testemunhal no processo penal é baseada na memória humana. Sob uma análise interdisciplinar, a psicologia e o direito estão em convergência, visto que tais provas são dependentes da memória. O exame da memória demonstra que a mesma é cercada por vulnerabilidades que as afetam, criando assim o fenômeno das falsas memórias, fazendo-se necessário abordar conceitualmente as memórias para que seja possível entender o fenômeno que acarreta na fragilidade da prova testemunhal. A testemunha, ao ser exposta a diversos fatores da realidade, se depara com a fragilidade de suas lembranças. Portanto, em busca do aprimoramento desta modalidade probatória, é apresentada a entrevista investigativa cognitiva, detalhando seus métodos e sua efetividade.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Prova Testemunhal. Memória. Falsas Memórias. Psicologia Jurídica.

ABSTRACT

The purpose of this monograph is to analyze the fallibility of human memory in testimonial evidence, which is part of the Brazilian criminal procedural system. Observing the Brazilian criminal process from the perspective of the 1988 Constitution, exploring the main concepts such as systems and the instrumentality of the process, proved essential to help understand the other institutes. Testimonial evidence is one of the most widely used types of evidence in Brazilian criminal procedure, but this type of evidence is notoriously fragile. The law has the characteristic of acting on facts that occurred in the past, and the analysis of crime is based on the same assumption, so testimonial evidence in criminal proceedings is based on human memory. Under an interdisciplinary analysis, psychology and law converge, since such evidence is dependent on memory. Examining memory shows that it is surrounded by vulnerabilities that affect it, thus creating the phenomenon of false memories, making it necessary to conceptually approach memories so that it is possible to understand the phenomenon that leads to the fragility of testimonial evidence. The witness, when exposed to various factors of reality, is faced with the fragility of their memories. Therefore, in order to improve this type of evidence, the cognitive investigative interview is presented, detailing its methods and effectiveness.

Keywords: Criminal Procedure Law. Testimonial Evidence. Memory. False Memories. Legal Psychology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	16
1.1 Os sistemas processuais penais	19
1.2 O processo penal sob a ótica da constituição brasileira de 1988.....	24
1.3 A instrumentalidade do processo penal.....	29
2 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL	31
2.1 Teoria geral da prova.....	32
2.1.1 A verdade no processo penal	34
2.1.2 A classificação das provas	37
2.2 Princípios relativos à prova	39
2.2.1 Princípios do contraditório e da ampla defesa.....	39
2.2.2 Princípio da comunhão da prova	42
2.2.3 Princípio da identidade física do juiz	43
3 A PROVA TESTEMUNHAL	44
3.1 Conceito e natureza jurídica	45
3.2 Classificação das testemunhas.....	49
3.3 Características do Testemunho.....	50
4 ASPECTOS COGNITIVOS DA MEMÓRIA: A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA	52
4.1 As memórias.....	53
4.2 Tipos de memórias	54
4.2.1 As memórias de curta duração.....	55
4.2.2 As memórias de longo prazo	55
4.2.3 Memórias declarativas e procedurais	56
4.2.4 A memória de trabalho	57
4.3 A formação das falsas memórias.....	59
4.4 A entrevista cognitiva.....	62
5 CONCLUSÃO	68

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS	70
----------------------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O presente projeto de monografia tem propósito de atuar sob uma ótica heterogênea: explorar o sistema de provas no direito processual penal brasileiro à sombra das complexidades da memória humana, sendo este o presente tema “A falibilidade da memória humana na prova testemunhal no sistema processual penal brasileiro”.

O processo penal brasileiro, fundamentado com um olhar da Constituição Federal Brasileira de 1988, tem a finalidade de atuar como instrumentalizador do Direito Material Penal, sendo uma garantia fundamental para o cidadão, assim, atuando como um mecanismo de inibição da atuação punitiva e discricionária do Estado.

Conforme vislumbrado pelo jurista contemporâneo Aury Lopes Jr., “Todo poder tende a ser autoritário e precisa de limites, controle. Então, as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o (ab)uso do poder estatal”¹. Sob esse prisma, constata-se que o processo penal é imprescindível para a manutenção do Estado Democrático de Direito.

O Direito Processual Penal à luz da Carta Magna brasileira possui como sistema jurídico vigente o sistema acusatório, no qual ocorre a distinção das atividades de acusar e julgar, desta forma, superando o sistema inquisitório – resquício da Idade Média. O julgador deve ser imparcial, a fim de observar o contraditório, isto é, o magistrado não deve interferir nas atividades das partes do processo, garantindo, assim, a condição de efetivação da imparcialidade julgadora.

É necessário salientar que caso não seja observado o sistema acusatório, o processo penal é contaminado, exemplo da atuação de ofício do juiz na gestão probatória, quando da determinação da prisão sem que haja provocação do juízo etc. Na hipótese do juiz tomar essas decisões, restará caracterizada a violação de sua função imparcial, logo, contamina o processo penal com um resultado já pré-determinado.

Nesse sentido, a Constituição dispõe sobre o sistema acusatório nos seguintes dispositivos:

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 82.

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:

XXXVII - não haverá júízo ou tribunal de exceção;

(...)

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

(...)

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei.²

Em tais dispositivos, observa-se a demarcação do modelo acusatório ao garantir o juiz natural e imparcial, ou seja, o principal elemento do processo penal – a imparcialidade. Ainda, assegura o contraditório e ampla defesa e, também, afirma a competência da acusação, sendo esta direcionada ao Ministério Público.

Notável é a alteração realizada pela Lei 13.964/2019, a qual consagrou no Código de Processo penal que:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.³

Sob esse pretexto, as provas aparecem como uma garantia do processo penal a fim de alcançar a verdade processual e, conseqüentemente, aplicar a matéria penal ao indivíduo. Entretanto, o sistema de provas é pautado por divergências e falhas, fragilizando, assim, a busca pela verdade no processo, cabe apontar os defeitos da memória humana como no caso da prova testemunhal, visto que tal prova possui extrema importância nesta seara.

Acerca dos meios de prova regulados pelo processo penal, observamos as seguintes espécies: (i) prova pericial; (ii) interrogatório; (iii) a confissão; (iv) a palavra da vítima; (v) a prova testemunhal; (vi) o reconhecimento pessoal; e (vii) a prova documental. Ao analisar tais espécies de prova, constata-se que o elemento da memória humana é fundamental para a

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2023.

³ BRASIL. **Lei Nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

constituição da prova, como no testemunho e no reconhecimento pessoal. Em outros termos, são provas que dependem exclusivamente de lembranças dos indivíduos, sendo, portanto, objeto de críticas e controvérsias jurisprudenciais.

Por esse ângulo, a capacidade humana de relatar os fatos vivenciados sob a perspectiva da testemunha é extremamente abundante de detalhes, possibilitando uma melhor visualização dos principais fatos que serão apurados no processo. Não obstante, a pesquisa será baseada no uso da multidisciplinaridade com a ciência da psicologia, a fim de elucidar os caminhos do cérebro humano com relação às memórias.

Portanto, a memória humana é, sobretudo, falha em sua própria função, visto que a aquisição, formação e a conservação de informações, por muitas vezes, é imperfeita, por exemplo, quando queremos recordar alguma informação importante e, por maior que seja o esforço, o resultado é quase que invariável, isto é, falhamos na recordação.

Nesse mesmo tema, explicitando a subjetividade da memória humana, nota-se a existência das falsas memórias, pois o cérebro produz falsas memórias, isto é, as lacunas nas recordações são preenchidas por influência externa ou interna. Todavia, tais memórias são distintas das mentiras, pois o indivíduo realmente crê que está honrando a verdade, uma vez que não é capaz de discernir que a lembrança foi apenas uma criação de seu próprio cérebro, sendo este um ato inconsciente. Em contrapartida, a mentira é uma criação da pessoa, de forma conscientizada, para manipular e/ou criar novos cenários.

A fim de exemplificar tal fenômeno, criamos um cenário onde um indivíduo recorda de um evento acontecido na sua infância, atribuindo detalhes que não são fiéis ao que realmente aconteceu. Ainda que o panorama geral tenha acontecido, as lacunas referentes aos detalhes minuciosos, por muitas vezes, são preenchidas pela imaginação do indivíduo, por influências do seu ambiente ou por suas convicções internas.

O mito da “busca da verdade real” é um resquício do sistema inquisitório, isto é, a busca da verdade real é a legitimação dos elementos antagônicos ao sistema processual penal acusatório, sendo, portanto, uma busca imaginária que não tem fundamento para perdurar no nosso ordenamento jurídico.

Sob a perspectiva crítica, a problemática está na “verdade”, sendo real ou processual, visto que a “ambição de verdade” é essencial para o sistema inquisitório, sistema já superado pelo sistema processual penal brasileiro. Portanto, as provas servem para alcançar o convencimento do magistrado, sob a égide do processo penal constitucional. O jurista Aury Lopes Jr. apud Fazzalari preconiza que:

O que legitima a decisão é o fato de ter sido construída em contraditório (Fazzalari), segundo as regras do devido processo penal.⁴

Neste diapasão, a pesquisa é majoritariamente bibliográfica, fazendo uso de livros e artigos. Em virtude da interdisciplinaridade intrínseca ao tema, visto que dialoga com a neurociência e a psicologia, é importante ressaltar a utilização de conceitos próprios das áreas divergentes do direito, mais especificamente, no que tange às memórias.

Ainda, acerca do método utilizado nesta pesquisa, optou-se pelo dedutivo, que tem por fundamento a transição do geral para o particular, pois fez-se necessário expor o panorama geral do tema e, após isso, delimitar o ponto central.

1 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O Código de Processo Penal é datado de 1941, situado na metade do século XX, sendo promulgado na Constituição brasileira de 1937 e, também, teve fortes influências do processo penal italiano, elaborado enquanto a Itália passava pelo fascismo, mais precisamente na década de 1930. Há de se observar que o processo penal brasileiro obteve bases antagônicas à democracia, tendo como princípio fundamental a presunção de culpabilidade. Nesse sentido, Vincenzo Manzini, jurista italiano, apontava contradições acerca da presunção de inocência, ao preconizar que não há como justificar a existência de uma ação penal contra quem seria presumivelmente inocente.⁵

À vista disso, percebe-se, então, a tônica de um processo penal autoritário e inquisitório, em razão da busca para tornar realizável a pretensão punitiva Estatal contra o imputado, ou seja, o objetivo fundamental deste processo penal é o de chegar à punibilidade do culpado.

⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit., p. 669.

⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 30.

Neste sentido, Eugênio Pacelli diz:

Evidentemente, a aludida dúvida somente pode ser explicada a partir de um pressuposto: o de que o fato da existência de uma acusação implicava juízo de antecipação de culpa, presunção de culpa, portanto, já que ninguém acusa quem é inocente! Vindo de uma cultura de poder fascista e autoritário, como aquela do regime italiano da década de 1930, nada há a se estranhar. Mas a lamentar há muito. Sobretudo no Brasil, onde a onda policialesca do Código de Processo Penal produziu uma geração de juristas e de aplicadores do Direito que, ainda hoje, mostram alguma dificuldade em se desvencilhar das antigas amarras.⁶

Ainda, é imprescindível a menção de que o Código de Processo Penal brasileiro surgiu em pleno Estado Novo, carregando consigo a política vigente à época, isto é, herdando as características de um regime autoritário impregnado por ideias fascistas onde predominava a ideia de um modelo inquisitivo de processo penal. Como observa Eduardo Bittar:

Passou, ao longo dos tempos, a representar forte instrumento de repreensão social e comportamental, e deixou de ser propriamente um meio para a colheita de provas e julgamento de culpados, para tornar-se fim em si mesmo, uma bem organizada trama para ceifar cabeças.⁷

No texto originário do Código de Processo Penal, observa-se o caráter punitivista que demarcou a época, priorizando a segurança pública em detrimento dos direitos individuais, como bem demonstra Eugênio Pacelli:

Na redação primitiva do Código de Processo Penal, até mesmo a sentença absolutória não era suficiente para se restituir a liberdade do réu, dependendo do grau de apenação da infração penal (o antigo art. 596, CPP). Do mesmo modo, dependendo da pena abstratamente cominada ao fato, uma vez recebida a denúncia, era decretada, automática e obrigatoriamente, a prisão preventiva do acusado, como se realmente do culpado se tratasse (o antigo art. 312, CPP).⁸

Observando o disposto acima, retoma-se o conceito da presunção de culpabilidade, conforme lecionada por Manzini⁹, sendo explícita a utilização desta figura de herança autoritária, onde se invertia a lógica processual que temos nos dias de hoje, ou seja, o acusado era tratado como potencial culpado, por conseguinte, a liberdade provisória somente ocorria em crimes inafiançáveis ou quando havia estado de necessidade, legítima defesa e outros institutos semelhantes. Sendo assim, constata-se a manutenção do sistema inquisitório, herdado do

⁶ PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 30.

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **História do Direito Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003. p. 121.

⁸ PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 29.

⁹ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1951.

absolutismo e aprimorado pelos regimes autoritários, onde não há espaço para os principais pilares do Estado Democrático de Direito.

Portanto, o então atual Código de Processo Penal foi elaborado na vigência da Constituição de 1937, a qual é caracterizada pela outorga da concentração de poderes do Estado na figura do presidente, assim como foi marcada pelo domínio que o Poder Executivo exercia sobre o Poder Judiciário e, por fim, cabendo pontuar acerca do enfraquecimento Poder Legislativo que também ocorreu à época. Desta forma, o período foi marcado por um ambiente político onde imperava o abuso de direitos por quem estava no poder. Logo, partindo dessa premissa, temos um processo penal marcado pelo punitivismo e o sistema inquisitorial, configurando o Poder Estatal dominante sobre as garantias individuais dos cidadãos brasileiros.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Código de Processo Penal vem sofrendo diversas mudanças a fim de se adequar aos moldes democráticos, retirando as amarras autoritárias e caminhando para uma nova perspectiva. O texto constitucional trouxe consigo um sistema forte de reconhecimento das garantias individuais, contrapondo às ideias que fundaram o Código de Processo Penal, como por exemplo, a ideia da presunção de culpabilidade supracitada, a redação constitucional decretou em seu artigo 5º, LVII, que:

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.¹⁰

Assim, o devido processo penal constitucional quebra os paradigmas de uma Justiça Penal outrora autoritária, deste modo, formando um horizonte cada vez mais garantista, no qual impera os direitos fundamentais dos cidadãos acima da primazia da segurança pública autoritarista. Desta maneira, o processo penal está tomando o rumo de cerceador dos eventuais abusos cometidos pelo Estado e, com base nas suas regras, observamos a consagração das garantias humanas fundamentais.

¹⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de set. de 2023.

1.1 Os sistemas processuais penais

Outrora, em um passado pra longe de distante, mais precisamente até o século XII, tinha-se estabelecido o sistema processual acusatório, onde havia a figura processual do acusador idôneo, isto é, as funções de acusação e julgamento eram destinadas a pessoas e/ou órgãos distintos. Assim, depreende-se que o sistema hoje adotado e defendido não é uma inovação contemporânea.

Todavia, conforme ocorreram mudanças nos sistemas políticos e sociais, o sistema acusatório foi, gradativamente, substituído pelo sistema processual inquisitório. De início, ao longo do século XII até o XIV, temos uma das criações originárias deste sistema – a instituição do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício¹¹, criado com o objetivo de reprimir o inimigo que à época era considerado o herege, melhor dizendo, aquele que não cumpria com os dogmas e mandamentos da Igreja Católica. O Tribunal da Inquisição aglutinava as funções de acusação – esta na forma de notificação da heresia e blasfêmia – e o julgamento, este na forma de seguir o procedimento instaurado na primeira fase.

Tal lógica do inquisidor – figura criada pela Igreja Católica - é sintetizada por Jacinto Coutinho, “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”.¹² Nesse contexto político-social, o julgador atua de forma sigilosa, garantindo o segredo acerca das declarações testemunhais e, também, a identificação de tais testemunhas, ainda, o julgador inquisitório agia de forma parcial e proativa, mas não no sentido positivo da palavra, ou seja, uma atuação de ofício.

O sistema supracitado imperou durante longos séculos, séculos em que a Igreja Católica conservou a supremacia de seu poder na sociedade. É importante ressaltar que tal modelo teve o seu término em conjunto com uma mobilização da sociedade, a fim de remodelar as estruturas daquele corpo social. Em outras palavras, o sistema inquisitório teve a sua decadência no início dos movimentos que constituíram a base para a Revolução Francesa.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 21.

¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. In: **Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 23.

Ainda sobre a mesma temática, o sistema inquisitório ruiu a partir da Revolução Francesa, e a partir disso, no ano de 1808, constituiu-se o *Code d'instruction criminelle* francês, apresentando os aspectos democráticos, evocando as características presentes no passado em que o sistema acusatório predominou.

Em tal sistema processual francês, vislumbramos elementos primordiais para a construção de um novo horizonte longe do absolutismo, como destaca Eugênio Pacelli:

Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução –, tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.¹³

No sistema acusatório, o elemento chave para a ascensão desse sistema é o fator político-ideológico estar alinhado com a fortificação dos direitos e garantias individuais, ou seja, em sociedades que o indivíduo é titular de direitos e perante o poder estatal, suas prerrogativas são acentuadas. Desta forma, o sistema acusatório tem como característica fundamental a separação das funções de acusar, julgar e defender, conseqüentemente, evidenciando a democracia e a liberdade.

Em tal sistema, revela-se a iluminação das seguintes características: (i) imparcialidade do juiz; (ii) o devido processo legal; (iii) a ampla defesa; (iv) o contraditório; e (v) a publicidade. Destarte, com tais elementos indispensáveis à manutenção do Estado Democrático de Direito, temos um sistema processual mais garantista, onde temos as garantias fundamentais insurgindo contra o poder autoritário do Estado.

Em contrapartida ao sistema inquisitório, o sistema acusatório tem como princípio a presunção de inocência, isto é, presume-se inocente o acusado até que ocorra o trânsito em julgado. À luz deste sistema, primeiramente deverá ocorrer a acusação contra o respectivo acusado e, a partir disso, irá se desenvolver o processo penal, salientando a existência do *actum trium personarum*, composto pelas partes e o juiz – sujeitos parciais e um imparcial, respectivamente.

¹³ PACELLI, Eugênio. Op. cit., p. 34.

Todavia, é imprescindível caracterizar a imparcialidade do magistrado, assim, o juiz deve ser alheio à atividade investigatória e instrutória. As funções do magistrado e do órgão estatal de acusação terão, obrigatoriamente, pessoas diversas, salientando a individualização das atribuições de cada parte. Com efeito, se o magistrado requisitar, por exemplo, a instauração de um inquérito policial, originando o processo penal de ofício, ainda participando na produção de provas e agindo de ofício para decretar prisões cautelares sem a pretensão das partes, neste cenário, o magistrado está contaminado e, conseqüentemente, teremos a descaracterização do sistema acusatório.

O sistema acusatório, na visão de Renato Brasileiro, é caracterizado conforme os seguintes fundamentos:

Como se percebe, o que efetivamente diferencia o sistema inquisitorial do acusatório é a posição dos sujeitos processuais e a gestão da prova. O modelo acusatório reflete a posição de igualdade dos sujeitos, cabendo exclusivamente às partes a produção do material probatório e sempre observando os princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais. Portanto, além da separação das funções de acusar, defender e julgar, o traço peculiar mais importante do sistema acusatório é que o juiz não é, por excelência, o gestor da prova.¹⁴

O julgador deverá se posicionar com base no *ne procedat iudex ex officio*, assim, incumbindo as partes ao movimento de provocação do juiz durante o processo. A prática de atos de caráter probatório ou persecutório pelo magistrado, como exemplificado no sistema brasileiro, onde era permitido ao juiz decretar de ofício a prisão preventiva, determinar a produção de provas e condenar o réu sem pedido do Ministério Público – este titular de ação penal pública, sendo, também, um órgão acusador. Contudo, com a reforma ocasionada pela Lei n. 13.964/2019, os artigos 156, 385, 209, 242, etc., foram tacitamente revogados, assim como a reforma consagrou no art. 3º-A do CPP:

Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.¹⁵

O magistrado, então, deverá se manter distante da fase investigatória, da fase processual e, também, no curso da instrução processual penal, podendo atuar somente de forma a gerenciar

¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 43.

¹⁵ BRASIL. **Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 de outubro 2023.

o processo mediante o poder de impulso processual. Assim, o estímulo das fases citadas são atribuições que obrigam somente as autoridades policiais, o Ministério Público e as partes. Neste sentido, o artigo supracitado inovou corroborando com tal fundamento.

No mais, a observância sob a ótica prioritária dos princípios do contraditório, da ampla defesa, da publicidade e do dever de motivação das decisões judiciais é o que caracteriza o sistema processual acusatório, tendo como primazia a igualdade dos sujeitos processuais e atribuição da função de produção probatória às partes, desincumbindo o juiz da gestão da prova. A atribuição da gestão de provas às partes, possibilita a manutenção da figura do juiz-espectador, a fim de que ocorra a efetivação da imparcialidade e, como resultado, tem-se a não contaminação do processo penal pelo magistrado parcial.

Observando sob a ótica da Constituição Brasileira de 1988, Aury Lopes Jr. aduz:

Ademais, a Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar), e também inciso LV, ao fincar pé na exigência do contraditório.¹⁶

Nesse sentido, é exposta uma perspectiva do direito brasileiro, que apesar do Código de Processo Penal ser datado de 1941, seus dispositivos devem ser reinterpretados sob à luz da hermenêutica constitucional e, a partir disso, o processo penal brasileiro toma um rumo democrático e garantista e, principalmente, priorizando os direitos fundamentais nela insculpidos.

Por fim, além dos sistemas detalhados, temos o sistema processual penal misto, com origem na legislação francesa, mais precisamente no Código Napoleônico, em 1808. Neste sistema, o raciocínio decorre da divisão do processo em duas fases: (i) fase pré-processual; e (ii) fase processual. No primeiro, delimita-se como a marcante característica a ação inquisitorial, detendo todas as características acima expostas. Já na segunda fase, observa-se o traço de uma ação acusatória, pois se apresenta sob a ótica dos direitos fundamentais. Portanto, tal sistema é denominado de “sistema processual misto”.

¹⁶ LOPES JUNIOR., Aury. 2021. Op. cit., p. 23.

Nas palavras de Renato Brasileiro, o sistema misto pode ser sintetizado da seguinte forma:

É chamado de sistema misto porquanto abrange duas fases processuais distintas: a primeira fase é tipicamente inquisitorial, destituída de publicidade e ampla defesa, com instrução escrita e secreta, sem acusação e, por isso, sem contraditório. Sob o comando do juiz, são realizadas uma investigação preliminar e uma instrução preparatória, objetivando-se apurar a materialidade e a autoria do fato delituoso. Na segunda fase, de caráter acusatório, o órgão acusador apresenta a acusação, o réu se defende e o juiz julga, vigorando, em regra, a publicidade, a oralidade, a isonomia processual e o direito de manifestar-se a defesa depois da acusação.¹⁷

Todavia, o sistema de origem francesa é pautado por reducionismos e, por isso, merece ser revisado e criticado. Ora, no mundo fático, não há como reduzir conceitos puros à mera interpretação preta e branca, inclusive no Direito, onde se sobressai os elementos cinzentos que estão no limbo da dualidade, logo, não há o que se falar nesta simplicidade fantasiosa dos sistemas processuais penais e, conseqüentemente, incorre na impossibilidade de reduzir tais modelos.

Por este motivo está com plena razão Aury Lopes Jr.¹⁸ quando explica que o sistema acusatório não se fundamenta somente na separação das funções, mas sim no expurgo da iniciativa probatória do magistrado, fazendo com que o mesmo não possa agir de ofício no sistema acusatório. Desta forma, a fundamentação do sistema acusatório se dá na imparcialidade do julgador, pois a partir da comprovação da parcialidade, é possível observar que o processo penal está contaminado, visto que o magistrado ao perseguir as provas estará com o raciocínio tendencioso e, assim, embasará sua decisão com as provas que fundamentam sua lógica.

Logo, é nítida a complexidade dos sistemas “puros” ao observarmos os pormenores do modelo acusatório em confronto com o modelo inquisitório, visto que no princípio inquisitivo a gestão da prova está nas mãos de quem deve julgar, em total contrapartida ao princípio acusatório. Portanto, o modelo misto deve ser revisado com o objetivo de delimitar as obscuridades trazidas por este pensamento.

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit., p. 44.

¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. 2021. Op. cit., p. 23.

1.2 O processo penal sob a ótica da constituição brasileira de 1988

À primeira vista, devemos entender que o direito processual penal é um instrumento que oferece aos cidadãos a possibilidade de insurgir contra a força “autoritária” punitiva Estatal, em outras palavras, concede o poder de exercer a defesa dos seus direitos fundamentais dentro da sociedade.

As constituições possuem a forte característica de atuar como um *porto seguro* para o ordenamento jurídico em que é inserida, tendo nela exprimido os marcos históricos-sociais que aquela sociedade vivenciou. A partir disso, nota-se que a Constituição Federal de 1988 foi decisória ao tornar os direitos e garantias fundamentais como partes nucleares do nosso sistema e, para isso, a nossa Carta Magna estabeleceu a primazia da dignidade da pessoa humana.

Nesse tema, ressalta Alfonso de Julios-Campuzano:

Desse modo, a perda da função primordial da lei como fonte primária de produção normativa, sua “descentralização” como critério diretamente de validade formal e material das diversas “peças” que integram o ordenamento jurídico, provocou a consagração do valor primordial da Constituição, cujo caráter de norma suprema é agora elevado como elemento articulador da totalidade do ordenamento jurídico.¹⁹

Conforme o exposto acima, é possível concluir que o movimento de constitucionalização dos direitos é a mais pura efetivação dos direitos constitucionais, uma vez que a legitimidade e a validade do Direito em um ordenamento jurídico só se concretizarão quando estiver em efetiva harmonia com a Carta Maior, logo, a constitucionalidade se torna um filtro que valida a legalidade.

Em paralelo, compreende-se que o processo penal detém o fundamento de existência sob a perspectiva de uma “instrumentalidade constitucional”, abandonando a ordinarismo instrumental e convergindo com a Constituição de 1988. Noutra dimensão, ao definir que o processo penal está para ser lido sob a ótica constitucional, é possível compreender que as garantias constitucionais serão alcançadas pela instrumentalização do processo.

Como aponta Aury Lopes Jr.:

¹⁹ JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45.

o processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (direito penal), senão que desempenha o papel delimitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso.²⁰

Se por um lado temos o Código de Processo Penal, promulgado em 1941, reiterando o poder autoritário punitivo, também temos Constituição em contraposição, que elenca as garantias constitucionais com o intuito de exercer a primazia dos direitos fundamentais como a dignidade da pessoa humana. Em outros termos, o processo penal traz à tona o poder de punir do Estado, sendo este necessário para garantir a legitimidade do poder de intervenção estatal no indivíduo. Entretanto, a leitura constitucional do processo penal invoca a garantia da liberdade do indivíduo, isto é, a legitimidade da liberdade individual.

Nesse caso específico, Juarez Tavares traz à baila que “a garantia e o exercício da liberdade individual não necessitam de qualquer legitimação, em face de sua evidência”²¹. Portanto, sob a ótica do sistema jurídico-constitucional, a legitimidade a ser reafirmada é a da intervenção estatal na liberdade humana.

Nesse contexto, Luiz Antônio Câmara preconiza que:

[...] talvez em nenhum outro ramo do Direito se vejam tantos reflexos da Constituição quanto no processo penal. A ligação estreita com a matriz constitucional é facilmente explicável: não há outro momento da vida coletiva em que o indivíduo se coloque tão à mercê do Estado como quando é criminalmente acusado.²²

Tendo em vista a máxima explicitada acima, é possível ressaltar que esse dilema existencial do processo penal é a intervenção estatal como forma de coerção penal que vai de encontro aos direitos fundamentais do indivíduo. Em síntese, tal dilema comprova que ambos os fatores encontram em si a complementação que garante o processo penal constitucional. Ora, o poder punitivo Estatal encontra na persecução penal sua forma de exercer a coerção penal, em paralelo, o indivíduo tem como sua égide os direitos fundamentais, outrora garantidos também pela mesma Constituição que outorga poderes “autoritários” e punitivos ao Estado.

²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 41-42.

²¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. p. 162.

²² CÂMARA, Luiz Antônio. **Medidas cautelares pessoais: prisão e liberdade provisória**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2011. p. 35.

Assim, quando ocorre o encontro entre essas duas prerrogativas, entende-se que a eficiência da coerção penal tem seus limites estabelecidos nos direitos fundamentais intrínsecos ao indivíduo, capazes de proteger o indivíduo de abusos que possam ser cometidos pelo Estado. Logo, observando sob esta perspectiva, o processo penal constitucional tem seu caráter garantista ao contemplar os princípios fundamentais.

Observando o exposto acima, vemos a ideia do garantismo penal, sendo este estruturado e concebido pelo professor italiano Luigi Ferrajoli, em sua obra-prima denominada *Diritto e Ragione: teoria del garantismo penale*²³, no final da década de 1980, marcada por forte influência da filosofia iluminista, sendo uma das insurgências contra as formas do exercício arbitrário de poder estatal, característica presente nos regimes autoritários, atuando também como égide protetora da liberdade. De forma mais extensiva, conclui-se que tal teoria visa a proteção das garantias do cidadão.

A elaboração conceitual do garantismo penal teorizada por Ferrajoli aposta em um resultado alto, sendo este: a elaboração de um sistema geral do garantismo, ou, se possível, a construção das colunas mestras do Estado Democrático de Direito, “que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, particularmente odioso no direito penal”.²⁴

Em suma, é possível definir o garantismo como o movimento jurídico-penal que visa alcançar a legitimação do poder estatal de intervenção punitiva, pelo pressuposto de que tal poder irá observar a prevalência dos direitos e garantias individuais e coletivos. Nesse sentido, a premissa máxima da proteção da dignidade humana deverá ser observada pelo direito penal, pelo direito processual penal e na execução penal, com a finalidade de prestigiar o propósito do Estado Democrático de Direito. Portanto, o poder estatal só poderá exercer a intervenção, de forma válida, se estiver em concordância com a Constituição, sendo esta a limitação material e formal que vigia a atuação do Estado no exercício do Direito Penal.

²³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

²⁴ *Ibid.*, p. 7.

No garantismo penal explicitado no livro *Direito e Razão*, Ferrajoli expõe três conceitos diversos, a fim de explicar sua teoria e caracterizar o garantismo penal. Conforme o primeiro conceito:

“Garantismo” designa um modelo normativo de direito: precisamente, no que diz respeito ao direito penal, o modelo de “estrita legalidade” SG, próprio do Estado de direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É conseqüentemente, “garantista” todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente.²⁵

Desta forma, o garantismo penal é apresentado como um modelo normativo onde existe uma segurança para os cidadãos no Estado Democrático de Direito, o ordenamento jurídico é o poder basilar e, portanto, a Constituição se torna a matriz geradora de tal poder. Assim, tal segurança protagonizada por um modelo garantista, representa a principal engrenagem do freio sobre o poder punitivo Estatal, garantindo a primazia da liberdade dos cidadãos.

No segundo conceito da teoria, o mesmo é pautado sobre a ótica da teoria do direito ao fixar o ponto focal no “ser” e no “dever ser”, conforme segue abaixo:

“Garantismo” designa uma teoria jurídica da “validade” e da “efetividade” como categorias distintas não só entre si, mas, também, pela “existência” ou “vigor” das normas. Neste sentido, a palavra garantismo exprime uma aproximação teórica que mantém separados o “ser” e o “dever ser” no direito; e, aliás, põe como questão teórica central, a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendente antigarantistas), interpretando-a com a antinomia – dentro de certos limites fisiológica e fora destes patológica – que subsiste entre validade (e não efetividade) dos primeiros e efetividade (e invalidade) das segundas.²⁶

Neste conceito, podemos observar que o garantismo é considerado um modelo normativo de direito e, também, salienta-se a abordagem crítica que o autor realiza acerca do ordenamento jurídico que explicita um conteúdo garantista, porém, na verdade, poderia optar por um controle distinto, isto é, um conjunto de práticas operacionais atuando sob a influência antigarantista. Na mesma linha, temos a dicotomia de um ordenamento jurídico com influências garantistas, porém, suas práticas tendem ao antigarantismo, logo, o primeiro desfruta da validade, entretanto, carece de efetividade. Em contrapartida, o segundo é desprovido de validade, visto

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 684.

²⁶ Ibid., p. 684.

que suas práticas funcionais atuam de forma contrária ao garantismo, pois vigora em um ordenamento jurídico garantista.

Já na terceira acepção conceituada pelo garantismo, Ferrajoli explicita que o objetivo a ser alcançado é externo ao direito penal, sintetizando da seguinte forma:

“Garantismo” designa uma filosofia política que requer do direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Neste último sentido, o garantismo pressupõe a doutrina laica da separação entre direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever ser” do direito. Equivale à assunção, para os fins da legitimação e da perda da legitimação ético-política do direito e do Estado, do ponto de vista exclusivamente externo.²⁷

Com base no terceiro conceito, aduz-se que o instituto indica uma finalidade a ser atingida, certo que antes essa finalidade se originava em um ponto de vista interno, agora, possui origem externa ao direito penal, isto é, a proteção de bens jurídicos, sendo este pressuposto o fundamento que atua como medida de harmonia acerca da legitimação dos objetivos do sistema penal. Assim sendo, o exame da motivação externa dos critérios garantistas adotados internamente pelo poder estatal.

Por fim, Ferrajoli ao expor os três conceitos do garantismo, não mais aquele limitado ao direito penal, constatou que essa teoria se expandiu para a teoria do direito, compreendendo, assim, uma eminente abrangência acerca de todos o ordenamento jurídico, não se limitando mais a somente um ramo do direito.

A conclusão de que no garantismo ocorre a exaltação das garantias coletivas e individuais, do bem comum e os demais objetivos do Estado Democrático do Direito, traça-se um paralelo com a nossa Constituição Federal de 1988, também denominada Constituição Cidadã. Ou seja, o garantismo é uma teoria observada pela nossa Carta Maior, todavia, na realidade fática, nota-se que ainda persistem práticas operacionais antigarantistas no ordenamento jurídico brasileiro.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. Op. cit., p. 685.

1.3 A instrumentalidade do processo penal

Ao afirmarmos a máxima de que o Estado possui o domínio da justiça e do processo, há de se observar que o processo penal carrega consigo o objetivo de aplicar uma sanção - a pena, sendo esta conceituada pelo direito penal. Contudo, a função de aplicação de sanção não reduz o processo penal a esta única funcionalidade.

A instrumentalidade do processo penal é um fato, porém, todo instrumento serve para alguma finalidade, cabe observar qual é o fim dado ao processo penal brasileiro, onde temos de um lado o monopólio da justiça pelo Estado e de outro o indivíduo e suas garantias fixadas pela Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido, Aury Lopes Jr. versa:

Desde logo, não devem existir pudores em afirmar que o processo é um instrumento (o problema é definir o conteúdo dessa instrumentalidade, ou a serviço de que(m) ela está) e que essa é a razão básica de sua existência. Ademais, o direito penal careceria por completo de eficácia sem a pena, e a pena sem processo é inconcebível, um verdadeiro retrocesso, de modo que a relação e interação entre direito e processo é patente.²⁸

Assim, a funcionalidade de salvaguardar as garantias individuais é a que caracteriza o processo penal como um instrumento da Constituição. Se a instrumentalidade do processo tivesse o único fim de satisfazer a pretensão acusatória - isto é, aplicar sanções, seria possível afirmar que o processo penal é somente um instrumento do poder punitivo Estatal.

Como já demonstrado anteriormente, denomina-se a função garantidora da eficácia dos direitos e garantias fundamentais como a função constitucional do processo, mais especificamente a liberdade individual no tocante a um dos princípios basilares do projeto democrático, sendo este a presunção de inocência.

Acertadamente, Aury Lopes Jr. sintetiza que:

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**: introdução crítica. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 65-66.

Em suma, nossa noção de instrumentalidade tem por conteúdo a máxima eficácia dos direitos e garantias fundamentais da Constituição, pautando-se pelo valor dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário.²⁹

À vista disso, há de se concluir que o processo penal atua como um instrumento do Estado Democrático de Direito, pois é executado como um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais, representando autênticos freios aos excessos do Estado contra o indivíduo, parte verdadeiramente mais fraca nesse embate.³⁰ Portanto, a legitimação do processo penal só ocorrerá na ótica constitucional do instrumento.

Os princípios constitucionais da presunção de inocência, da vedação à utilização de provas ilícitas e do juiz natural corroboram com a hermenêutica da legitimação do processo penal constitucional. É simples a questão, quando nos deparamos com a teoria da proporcionalidade em outros países, exemplo dos Estados Unidos da América, onde tal teoria é utilizada como argumento para a admissão de provas ilícitas, com o intuito de incriminar o acusado. Destaca-se que neste exemplo, a compreensão do processo penal como instrumento do poder punitivo estatal é transparente, visto que a pura admissão de tal argumento suprime a função do processo como instrumento na efetivação das garantias individuais.

Assim, sobre o exposto acima, no Brasil não há tal possibilidade de ferir a Carta Magna de forma grotesca, conforme no caso acima, visto que tal critério de proporcionalidade pende para a defesa do interesse público somente, não sendo compatível ao que se tem no território brasileiro. Ao ponderar sobre tal questão, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho explicita a máxima que deve ser observada ao raciocinar sobre tais casos, aduzindo que: “na Itália e nos EUA não há a previsão constitucional que se tem no Brasil!”.³¹

Outrossim, ao observar o processo penal sob uma perspectiva externa, é possível apontar que seu propósito é satisfazer seu papel no rumo de um projeto democrático-constitucional. Não obstante, esta função do processo penal não pode seguir uma visão pautada na eficiência,

²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 68.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 72.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Ainda sobre a prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-12/limite-penal-ainda-prova-ilicita-responsabilidade-abuso-autoridade/>. Acesso em: 20 de outubro de 2023.

pois assim corrobora em um papel de instrumento político de segurança pública, onde a conjuntura - punitivista - social e política determina a proliferação desta visão “eficientista”.

Nesse sentido, com base nas preleções de Lenio Luiz Streck, os setores mais frágeis e vulneráveis da sociedade é que são atingidos pelas formas de tentativa de estabilização da crise que se instaura, decorrente do pânico criado em torno do “*fantasma*” da criminalidade” (2001, p. 28-30).³²

Tal entendimento é corroborado por Aury Lopes Jr. ao exemplificar:

Nesse contexto, por exemplo, insere-se a crítica ao uso abusivo das medidas cautelares pessoais, especialmente a prisão preventiva para “garantia da ordem pública”. Trata-se de buscar um fim alheio ao processo e, portanto, estranho à natureza cautelar da medida.³³

Ora, o que gera as concepções acima, se não a ausência da perspectiva de que o processo detém uma instrumentalidade constitucional, é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais elencados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Deste modo, o processo deve objetivar, fielmente, a dignidade da pessoa humana, ainda que seja um meio de garantir a aplicação da pena, porém, sempre observando a primazia da proteção do indivíduo.

2 AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, como o tema versa sobre uma das provas em espécie, especificamente, a prova testemunhal, faz-se imprescindível expor os conceitos que são pertinentes acerca da prova no processo penal brasileiro.

O lastro probatório é derivado do pressuposto de que um ordenamento jurídico, a priori, regulamenta as questões fáticas de uma sociedade. Observando essa perspectiva, é possível

³² STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 28-30.

³³ LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 67.

alegar que o processo penal é um instrumento de restauração que atua na finalidade de revestir o juiz de compreensão acerca do fato passado e do possível autor, portanto, a instrução probatória detém tal capacidade.

Nesse contexto, “a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas”³⁴, pois o conjunto probatório tem como escopo imprescindível a cognição e convicção do juiz, conforme a atuação das partes processuais. O raciocínio por trás do verbo provar utilizado no processo penal, conota a ideia de que “provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com aproveitamento de chances, liberação de cargas ou assunção de risco de uma sentença desfavorável por não o fazer”.³⁵

Em suma, as provas no processo penal possuem papel fundamental, porque fazem parte da fundamentação jurídica e, especificamente, é um meio que tem por fim a persuasão da concepção cognitiva do magistrado que, conseqüentemente, irá legitimar uma sentença, podendo ela ser favorável ou não. Todavia, além do que já foi exposto, as provas são elementos que consolidam a garantia dos direitos individuais e, por isso, funcionam como um pilar do princípio constitucional do devido processo legal.

2.1 Teoria geral da prova

Em *lato sensu*, na etimologia da palavra, o termo prova é originário de *probatio*, termo em latim, que caracteriza argumento, razão, verificação. Contudo, a palavra “prova” é plurissignificativa, e no verbo derivado de *probatio*, o *probare* - significa examinar, testar, aprovar ou demonstrar.

As provas no processo penal são meios em que se busca a reconstrução do fato ocorrido, para isso, as partes produzem um conjunto de elementos em que se busca o pleno convencimento do magistrado, no tocante aos fatos, circunstâncias e atos ocorridos. Para esse fim, as provas exploram a reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico.

³⁴ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1959, V.I, p. 54.

³⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 29.

Somando ao entendimento inicial, Nucci preconiza que:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.³⁶

Nessa perspectiva, Aury Lopes Jr. leciona que:

“O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.”³⁷

A partir disso, conclui-se que o processo penal é um engenho de observação de acontecimentos relativos ao passado, estes reconstruídos por meio das provas. Diante de tal conclusão, o juiz, dotado do poder punitivo estatal e observando a construção probatória, procede a análise das provas, sendo que esta não pode ser idealizada de forma que caracterize uma mera assimilação dos fatos apresentados, sem que ocorra qualquer juízo de valor neste processo. Ainda que as provas sejam uma reconstituição de um fato passado, tal máxima não tem a capacidade de determinar que a reconstituição do fato é, necessariamente, uma verdade.

³⁶NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 365.

³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021., p. 221.

Portanto, faz-se necessário a participação dos conceitos fundamentais do Estado de Direito quando o processo penal se propõe a hipótese de reconstrução de uma realidade já ocorrida. Nesse sentido, Pacelli argumenta que:

Por mais difícil que seja e por mais improvável que também seja a hipótese de reconstrução da realidade histórica (ou seja, do fato delituoso), esse é um compromisso irrenunciável da atividade estatal jurisdicional. Monopolizada a jurisdição, com a rejeição de qualquer forma de solução privada e unilateral dos conflitos (sociais, coletivos ou individuais), impõe-se a atuação do Direito, sempre que presente uma questão penal, entendendo-se por essa a prática de determinada conduta, por alguém, definida em Lei como crime, porque suficiente para causar lesão ou expor a perigo de lesão um bem ou valor juridicamente protegido.³⁸

2.1.1 A verdade no processo penal

A função probatória possui duas teorias principais que procuram explicar a finalidade da prova no processo penal. A primeira pauta sua relação com modelos inquisitivos, característicos de um poder autoritário e da busca pelo “interesse público”, afirmando que a prova é um meio para a busca da verdade, colaborado para uma decisão justa e acertada, com base nos fatos passados. Sendo assim, a busca incessante pela verdade no processo penal legitimou diversas atrocidades ao longo da história das civilizações. Como exemplo, o inquisidor – contaminado com seu juízo de valor - ao interrogar um acusado, procurava nele a presunção de culpabilidade e, para isso, utilizava de métodos como tortura, assim, o acusado por muitas vezes admitia a culpa que era estranha a si mesmo.

Por outro lado, conforme supracitado, a outra teoria sustenta que o conceito de verdade no processo penal é um mito, visto que a prova é um meio para a perseguição da verdade formal ou processual, isto é, aquela que possui fundamento nas regras, procedimentos e garantias da defesa. Dessa forma, ao contrário da primeira, a verdade substancial não é o fim desta, pois

³⁸ PACELLI, Eugênio. op. cit., p. 423.

nessa se admite que a reconstrução de um fato histórico está sujeita à contaminação, uma vez que o fato passado é nada menos que história, memória e imaginação.

Ainda sobre esse tema, Alexandre Morais da Rosa traz a seguinte lição:

(...) é demonstrar que se julga para além da dúvida razoável, tendo o processo como procedimento em contraditório como limite democrático. Superar o discurso da verdade real significa ultrapassar os limites metafísicos do modo de pensar, embora a maioria dos jogadores, no aspecto filosófico, esteja pelo menos um século atrasado: pensam em descobertas de verdades e não em construções de verdades na linguagem.³⁹

Basta lembrar que as provas possuem a finalidade de buscar o convencimento do magistrado, a partir de um conjunto de elementos que remontam um determinado fato passado. Pois bem, a busca da verdade real é nada menos que a “busca da verdade a qualquer custo”. Nesta concepção, Pacelli nos traz a memória ao falar sobre os juízos de Deus (ou dos deuses), onde ocorria o suplício do acusado, buscando a resposta através da resistência, caso o mesmo resistisse, sua intenção seria considerada detentora de veracidade.⁴⁰

Tourinho Filho exemplifica de maneira facilitada do sistema em que a supremacia era a do juízo divino:

“Havia a prova da água fria: jogado o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado [...] A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta [...]”⁴¹

Ora, veja se não é uma contradição afirmarmos que o modelo acusatório e o processo penal como instrumento de garantias constitucionais são objetivados pelo Estado Democrático de Direito brasileiro. Na realidade, favorecer a busca da verdade no contexto fático a partir de uma busca infundável pela “verdade real”, contrapõe à luta pela efetivação da finalidade constitucional.

Para elucidar melhor este tema, faz-se imprescindível a diferenciação entre verdade formal e verdade material. No primeiro conceito, observa-se o conceito acusatório do processo

³⁹MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para você que acredita em verdade real, um abraço**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

⁴⁰PACELLI, Eugênio. op. cit., p. 422.

⁴¹TOURINHO apud PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 423.

penal, sendo que a gestão de provas está sob disposição das partes, concluindo assim que se trata de uma verdade processual, conforme a expressão latina *quod non est in actis non est in mundo*, que significa o que não está nos autos não está no mundo. Portanto, a verdade formal é aquela que está de acordo com as regras do jogo e com isso busca influenciar a decisão do juiz, que certamente é pautada na prova registrada nos autos processuais.

No caso da verdade material, é aquela em que foi exposto anteriormente sobre o mito da verdade real, causando a soberania do espelhamento da verdade real aos acontecimentos fáticos, ainda que a formalidade processual não abra margem para tal busca, visto que o ordenamento jurídico possui as garantias individuais. Ademais, não se vislumbra a margem de possibilidade para encontrar a verdade real – a realidade dos fatos, pois todos os meios de provas estão evitados pela falha humana e, também, existe a impossibilidade da perseguição de tal verdade, pois para concluir a busca, pode-se esbarrar na transgressão dos limites legais.

De forma a explicar melhor este conceito, Alexandre Morais da Rosa leciona que:

A questão é que o discurso da verdade real traz consigo o rompimento das barreiras e limitações legais em nome do resultado. Por mais que tenhamos acesso, por exemplo, a uma prova posteriormente declarada ilícita, o conteúdo dela se faz presente no processo cognitivo⁴², gerando o que se denomina de "dissonância cognitiva"⁴³

Diante disso, nas concepções formais e materiais, o processo penal constitucional visualiza um objetivo claro, que é legitimado pela verdade formal, tendo como fim um entendimento assertivo pautado nas formalidades processuais, com o intuito de fundamentar a decisão judicial.

Por fim, sintetizando o papel da verdade, Aury Lopes Jr., aduz que:

⁴² MORAIS DA ROSA, Alexandre. op. cit.

⁴³ Fundamentada na premissa de que o indivíduo tende sempre a buscar um estado de coerência entre seus conhecimentos (opiniões, crenças e atitudes), desenvolve-se no sentido de comprovar que há um processo involuntário, por isso inevitável, para se chegar a essa “correlação”, admitidas naturais exceções. Assim, especialmente atenta às situações em que há o rompimento desse estado e o indivíduo se encontra diante de incontestável incoerência entre seus próprios pensamentos, ou entre sua ação e sua razão (sujeito que fuma habitualmente - ação – toma conhecimento de que a nicotina é extremamente nociva para sua saúde – razão -, e permanece com o hábito, sem que queira matar-se ou adoecer, por exemplo), identifica e apresenta reflexos cognitivo comportamentais decorrentes desse contexto antagônico e inquietante.

RITTER, Ruiz. *et al.* **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva.** Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 84-85.

Os fatos passados não são passíveis de experiência direta, senão verificados a partir de suas consequências, de seus efeitos. Trata-se de interpretar os signos do passado, deixados no presente. O presente é experimentável. O passado tem de ser provado. Nessa atividade, o juiz assemelha-se ao historiador, de modo que, após um raciocínio indutivo, chegará a uma conclusão que tem o valor de hipótese provável (probabilidade).⁴⁴

A verdade no processo penal depende de seus contextos, no caso de um modelo inquisitório, a verdade legitima o poder e delimita uma verdade real a se buscar, assim, o juiz irá perseguir a prova com base em uma “verdade”, posteriormente, revelada na sentença. Cabe lembrar que a busca de provas pelo magistrado caracteriza a contaminação de seus atos, tendo em vista que as provas buscadas serão baseadas em sua própria conclusão.

Em contrapartida, no sistema acusatório, a sentença é resultado do convencimento, com base no empenho das partes. Nesse contexto, a decisão judicial não será a concretização da verdade – podendo ser material, formal, etc. – mas sim fruto da atuação das partes com base no devido processo legal e formado no contraditório.⁴⁵

Por fim, em mais um de seus ensinamentos, Aury Lopes Jr. explicita que:

A verdade, assim, é contingencial e a legitimação da decisão se dá por meio da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo. São essas regras que, estruturando o ritual judiciário, devem proteger do decisionismo e também do outro extremo, em que se situa o processo inquisitório e sua verdade real.⁴⁶

Logo, conclui-se que o determinante é convencer o magistrado conforme as normas dispostas pelo processo penal brasileiro.

2.1.2 A classificação das provas

Conforme posição doutrinária, são apresentadas diversas classificações da prova, cada uma observando critérios específicos. Nesta pesquisa utilizaremos a divisão quanto ao objeto, quanto à forma e quanto ao sujeito.

⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 565.

⁴⁵ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 570.

⁴⁶ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 571.

No primeiro quesito, a classificação do objeto ocorre sobre o fato que será provado, assim, a partir disso temos duas categorias: provas diretas e indiretas. A primeira relaciona-se com o fato a ser provado, este sendo objeto da investigação, por exemplo: se a testemunha relata que presenciou o momento em que o acusado desferiu disparos de arma de fogo contra a vítima, conclui-se que o acusado é o autor das lesões produzidas no ofendido.⁴⁷

Na segunda categoria, as provas indiretas são aquelas que apresentam o fato de forma sutil, porém possibilitando as presunções e indícios, ou seja, deduz-se conforme a apresentação de um fato a partir de um raciocínio lógico e indubitável. Para fins exemplificativos, evidencia-se o alibi, este tem por finalidade a comprovação de que o suspeito estava localizado em lugar diverso, no mesmo horário e dia, de onde/quando ocorreu o crime, assim, extraíndo a premissa de que o sujeito não poderia estar situado no fenômeno criminoso.⁴⁸

Respectivamente, no tocante à forma da prova, ocorre com base no modo em que a prova é apresentada em juízo, podendo ela ser: documental, testemunhal ou material. A documental decorre de toda e qualquer declaração da existência de um fato registrada de forma escrita ou gravada. Já no caso da prova testemunhal, é aquela que consiste em uma manifestação pessoal oral⁴⁹, sendo produzidas pelas declarações da vítima, do réu e das testemunhas. Por fim, na prova material, ocasiona-se da aferição do fato em sua materialização, isto é, são vestígios gerados pelo fato ocorrido, como por exemplo, no corpo de delito, exame pericial, instrumentos utilizados na materialização do delito.

Por último, concernente ao sujeito da prova, são aqueles indivíduos ou objetos no qual são originadas as provas, sendo elas: reais ou pessoais. A prova real resulta de um elemento externo ao delito de forma que corrobora com a existência do acontecimento. Exemplos: a ferramenta empregada na prática do crime, o cadáver, o ferimento, o projétil balístico da arma utilizada no delito etc. Quanto à prova pessoal, é a alegação pessoal de conhecimento ou na fé dos fatos afirmados, por exemplo, o testemunho, o interrogatório etc.

⁴⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 663.

⁴⁸ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020, p. 921.

⁴⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 660.

2.2 Princípios relativos à prova

Conforme já explicitado nesta pesquisa, a prova é um fator determinante e imprescindível no processo penal, pois atua na formação do entendimento do magistrado. Ao observar o ordenamento jurídico brasileiro e sua constitucionalidade, o processo penal deve ser submetido a princípios, assim, a tendência autoritária do poder estatal será freada, manifestando a característica das garantias processuais constitucionais como égide contra o poder estatal punitivo.⁵⁰

2.2.1 Princípios do contraditório e da ampla defesa

De primeira vista, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LV, dispõe que os litigantes em processos judiciais ou administrativos, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes⁵¹. Apesar de tais princípios possuírem um nexó próximo, a diferenciação ocorre na hermenêutica conceitual.

Sendo assim, há de se salientar que a base do contraditório está estabelecida conforme a expressão *audiatur et altera pars*, na tradução literal consiste em “ouça-se também a parte contrária”⁵². O contraditório assegura direitos iguais às partes, na medida em que determina o direito de audiência e as alegações mútuas, ou seja, a parte processual acusatória atuando com base no poder punitivo do Estado e a parte processual defensoria age conforme o interesse do acusado⁵³. E, por isso, o magistrado deve possibilitar o contraditório, observando a manifestação das partes, caso contrário, incumbirá na parcialidade do juiz, visto que caso só conheça da atuação de uma parte, o processo estará contaminado com a atuação de um só lado.

Nesse sentido, o contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade⁵⁴. Portanto, a produção de provas por uma das partes confere a outra a produção de uma contraprova, assim, fornecendo ao processo a

⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 82.

⁵¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 de out. de 2023.

⁵² AVENA, Norberto. op. cit., p. 922.

⁵³ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 145.

⁵⁴ Ibid, p. 145.

estrutura dialética de afirmações e negações necessária para os sujeitos processuais e contribuindo para que as partes possam atuar na formação do convencimento do juiz.

Sobre esse tema, Pacelli sob a ótica constitucional aduz que:

O contraditório, portanto, junto ao princípio da ampla defesa, institui-se como a pedra fundamental de todo processo e, particularmente, do processo penal. E assim é porque, como cláusula de garantia instituída para a proteção do cidadão diante do aparato persecutório penal, encontra-se solidamente encastelado no interesse público da realização de um processo justo e equitativo, único caminho para a imposição da sanção de natureza penal.⁵⁵

Não há como debater com relação ao entendimento constitucional do contraditório, visto que a partir do italiano Elio Fazzalari, a doutrina está compreendendo uma nova caracterização do instituto do contraditório, visando incluir o princípio da paridade de armas, como uma garantia da efetiva igualdade processual⁵⁶. Em suma, a paridade de armas, fundamenta-se na necessidade da acusação e defesa possuírem uma igualdade no tratamento, conseqüentemente, uma paridade em direitos e deveres.

Por fim, a respeito do contraditório na produção probatória, Aury Lopes Jr. destaca que o princípio deve ser observado nos quatro momentos da prova, sendo eles:

1º Postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições; 2º Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova; 3º Produção (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova; 4º Valoração (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal. Sublinhe-se a imprescindibilidade do contraditório, que deve permear todos os atos e momentos da prova.⁵⁷

Por último, porém, tão importante quanto, a Carta Magna consagra o princípio da ampla defesa.

Neste contexto, Guilherme Nucci sintetiza que:

⁵⁵ PACELLI, Eugênio. op. cit., p. 75-76.

⁵⁶ Ibid, p. 75-76.

⁵⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e a sua Conformidade Constitucional**. v. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 533.

Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.⁵⁸

Assim, para melhor compreensão, dissecam-se o princípio da ampla defesa em dois conceitos: a defesa técnica e a defesa pessoal. A defesa técnica possui a característica da indisponibilidade, isto é, não há como dar continuidade no processo sem que a parte não possua uma defesa qualificada, tal máxima está disposta no art. 261 do Código de Processo Penal, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.⁵⁹ Ainda, ocorrendo a hipótese da não constituição de um profissional da advocacia, guarnecido de capacidade postulatória, caberá ao magistrado indicar um defensor dativo. Caso o processo tenha curso sem a nomeação de um defensor, o processo estará eivado de nulidade absoluta, por afronta à garantia da ampla defesa⁶⁰, esta consolidada no artigo 564, III, “c”, do Código de Processo Penal⁶¹.

Sobre as características da ampla defesa, Renato Brasileiro expõe da seguinte forma:

Para ser ampla, como impõe a Constituição Federal, apresenta-se no processo como defesa necessária, indeclinável, plena e efetiva, não sendo possível que alguém seja processado sem que possua defensor.⁶²

No caso da defesa pessoal, esta é fundamentada na autodefesa realizada pelo réu, ou seja, o réu tem a opção de falar ou manter-se em silêncio acerca dos fatos a ele imputados, sem que isso venha a funcionar contra si. A autodefesa diferencia-se da defesa técnica porque, embora não possa ser desprezada pelo juiz, é disponível, pois não há como obrigar o acusado a exercer seu direito, seja o direito ao interrogatório e ao acompanhamento dos atos da instrução processual⁶³.

⁵⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. op. cit., p. 78.

⁵⁹ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 de outubro 2023.

⁶⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 58.

⁶¹ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 de outubro 2023. Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

c) a nomeação de defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos;

⁶² LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 58.

⁶³ Ibid, p. 61.

À vista disso, Aury Lopes Jr. dispõe que:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.⁶⁴

Em suma, a Constituição brasileira concede ao acusado toda e qualquer defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada⁶⁵, como a garantia de participação observada pelo contraditório. Já na ampla defesa, o princípio impõe a realização efetiva de tal participação, sendo que a não observância caracteriza nulidade, se e quando for prejudicial ao acusado⁶⁶.

2.2.2 Princípio da comunhão da prova

Este princípio introduz a ideia de que a partir da produção das provas pelas partes, as provas se tornam parte do processo, isto é, desvinculam-se de quem as produziu. Nesse sentido, a utilização da prova não é exclusiva do magistrado ou de quem a produziu, pois após ocorrida a produção probatória, a mesma se torna de todos os sujeitos processuais. Assim, basta dizer que não há “dono” da prova. Atendo-se a denominação deste princípio, acontece o fenômeno da comunhão das provas, podendo ser utilizada por quaisquer dos intervenientes.

Sob esse prisma, Norberto Avena dispõe acerca da previsão legal:

Veja-se que, na disciplina conferida ao procedimento comum ordinário pela Lei 11.719/2008, dispõe o art. 401, § 2.º, que as partes poderão desistir da inquirição de qualquer das testemunhas arroladas, sem exigir, para tanto, a aquiescência da parte ex adversa...⁶⁷

⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 154.

⁶⁵ AVENA, Norberto. op. cit., p. 121.

⁶⁶ Ibid, p. 78.

⁶⁷ Ibid, p. 874.

Ainda, o autor afirma que tal referência foi apreciada pelo STJ ao dispor que⁶⁸ “a dispensa de testemunha de acusação independe da concordância da defesa”⁶⁹.

Portanto, cabe salientar que a comunhão da prova é efetivada somente após a produção probatória, visto que a parte pode alegar desistência da produção. Todavia, em contrariedade com este entendimento, Norberto Avena defende que: “a concordância da outra parte com a desistência de prova oral levada a efeito pela parte contrária deve sim ser uma condição para que possa o magistrado homologá-la”⁷⁰.

2.2.3 Princípio da identidade física do juiz

Observando a reforma protagonizada pela Lei nº 11.719/2008, o processo penal brasileiro foi introduzido ao princípio da identidade física do juiz. Na íntegra, o parágrafo dispõe que: “O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.⁷¹ Assim, o dispositivo em questão foi explorado com o intuito de vincular o magistrado que participou da instrução probatória até a sentença. Em outras palavras, o juiz que colheu a prova deve ser mantido, visto que o mesmo ao instruir a demanda detém uma cognição favorável para julgar o processo em questão.

Nesse sentido, Florian expressa a ideia da seguinte forma:

A imediação requer como corolário prático a identidade física do juiz: o juiz que profere a sentença deve ser o mesmo que assistiu ao debate, sendo necessário que todo o material seja oferecido sempre perante o mesmo juiz.⁷²

Segundo Pacelli (2021), o princípio da identidade física do juiz possui extrema relevância nas provas, já que a coleta pessoal da prova, ou seja, o contato instantâneo com os depoimentos é importantíssimo para o livre convencimento do magistrado.⁷³

⁶⁸ Ibid, p. 874.

⁶⁹ STJ, **AgRg no AREsp 1.664.028/PR**, DJ 02.06.2020. No mesmo sentido: “Não existe qualquer disposição legal no sentido de que é necessária a anuência da defesa e dos jurados quanto à desistência das testemunhas arroladas pela acusação” (STJ, HC 411.833/SP, DJ 06.06.2018).

⁷⁰ AVENA, Norberto. op. cit., p. 874-875.

⁷¹ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 1 de novembro 2023.

⁷² FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Procesal Penal**. Trad. Leonardo Prieto-Castro, Madrid: Bosch, 1934, p. 105.

⁷³ PACELLI, Eugênio. op. cit., p. 427.

Ainda, Renato Brasileiro expõe a relevância da adoção de tal princípio para o processo penal brasileiro:

A adoção desse princípio proporciona o indispensável contato entre o acusado e o juiz, assim como a colheita imediata da prova por aquele que, efetivamente, irá proferir a decisão. Louvável a introdução desse princípio no processo penal, já que, antes da reforma processual de 2008, era extremamente comum que um juiz interrogasse o acusado, outro ouvisse as testemunhas de acusação, outro as de defesa, com um quarto magistrado proferindo a sentença.⁷⁴

Logo, entende-se que se trata de um princípio indispensável para o processo penal, principalmente, no tocante às provas. Todavia, é importante explicitar a ressalva de que o dispositivo em questão não expôs as exceções em que demonstradas na realidade fática, como expresso no Código de Processo Civil de 1973, especificamente, em seu artigo 132, caput: “salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.⁷⁵ Observa-se assim, uma aplicação subsidiária do código de processo civil, visto que não houve a devida menção à mitigação do princípio da identidade física do juiz no código de processo penal.

Por fim, conforme delimitado anteriormente, a identidade física do juiz é fundamental para o processo penal, ratificando outras garantias e princípios, como o juiz natural. Além disso, tal princípio atuará como um freio da atuação punitiva do Estado, visto que no momento de proferir a sentença, o juiz não poderá ser substituído, independente do fundamento utilizado para tentar justificar tal substituição, reitera-se aqui os argumentos discricionários que possuem a finalidade de ferir um dos princípios máximos do direito processual penal que é a imparcialidade do magistrado. Dessa forma, ocorre a efetivação da garantia da imparcialidade do julgador e, portanto, a não contaminação das provas e do processo penal acusatório.

3 A PROVA TESTEMUNHAL

As provas possuem diversas espécies, nessa pesquisa abordaremos com mais profundidade a prova testemunhal. No contexto brasileiro, como resultado de diversos fatores – em especial as restrições técnicas - a prova testemunhal é o principal meio de prova em nosso

⁷⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 711.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm>. Acesso em: 02 de novembro de 2023.

processo penal⁷⁶. Por conseguinte, na obra *A lógica das provas em matéria criminal*, o entendimento de Nicola Framarino Dei Malatesta conclui, pejorativamente, que a prova testemunhal é a “prostituta das provas”, pela sua falibilidade ao ter como base o relato humano.⁷⁷

A prova testemunhal é um meio de prova tão antigo quanto a humanidade, ao lado da confissão, perdurando, até hoje, como uma das principais em qualquer sistema judiciário.⁷⁸

3.1 Conceito e natureza jurídica

No processo penal brasileiro, a testemunha é considerada uma pessoa física desinteressada e que detêm capacidade para depor diante da autoridade judiciária. Cabe ressaltar que o ato de depor consiste na exposição de conhecimento – relacionados à causa - acerca dos fatos percebidos pela experiência sensorial da testemunha.

Com base no entendimento de Taruffo, a testemunha é a “pessoa que supostamente conhece algo relevante sobre os fatos do caso e quem se interroga sob juramento, com o objetivo de permitir que expresse o que sabe sobre tais fatos”.⁷⁹

Em que pese, a prova testemunhal é o meio de prova mais frequentemente utilizado no processo penal, ainda que sua fragilidade seja explícita, o que torna sua credibilidade alvo de controvérsias. Com base no exposto anteriormente, é de se questionar o motivo de o testemunho ser, reiteradamente, o principal embasamento das sentenças proferidas pelos juízes no processo penal. E, a partir de um raciocínio lógico, fica claro que o processo penal está encontrando gargalos ao aplicar a prova testemunhal, visto suas duas maiores características - frágil e baixa credibilidade – assim, a efetivação da garantia constitucional da liberdade está sendo suprimida.

⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 745.

⁷⁷ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996, p. 352.

⁷⁸ NORES E HAIRABEDÍAN APUD NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. - Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 299.

⁷⁹ TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 60.

No artigo 202 do Código de Processo Penal, destacam-se os requisitos necessários para que um indivíduo possa ser uma testemunha. A priori, qualquer pessoa pode ser e os requisitos são pautados na capacidade física, independente da incapacidade jurídica, logo, admite-se o relato de menores de 18 (dezoito) anos, deficientes mentais e doentes. Nesse dispositivo, o código pretendeu a rejeição a discriminação, pois historicamente a capacidade probatória era dotada de preconceito, por vezes em relação a mulheres, escravos, crianças e, ainda, sobre pessoas condenadas socialmente, como por exemplo, drogados, travestis, prostitutas, condenados etc⁸⁰. Acerca da valoração do depoimento testemunhal, esta é de competência do juiz ao compor o seu livre convencimento.

Noutro dispositivo do Código de Processo Penal, mais precisamente, no artigo 203, é explicitado que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, (...) explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade”.⁸¹ De maneira concisa, o indivíduo, no papel de testemunha, tem o encargo de dispor, verdadeiramente, sua compreensão acerca dos fatos levantados pelo magistrado.

Explorando detalhadamente este assunto, Guilherme Nucci expõe:

Trata-se do compromisso de dizer a verdade ou do juramento. É exatamente a fórmula encontrada pela lei para estabelecer a diferença entre a testemunha (pessoa obrigada a narrar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho) e outros declarantes, que podem prestar informações ao juiz, embora sem o dever de narrar fielmente a verdade.

O magistrado, antes do depoimento, deve compromissar a testemunha, tornando claro o seu dever de dizer somente a verdade, sob pena de ser processada por falso testemunho (art. 203 c/c art. 210, parte final, CPP). Trata-se de formalidade legal, demonstrando à pessoa a ser ouvida o dever jurídico que lhe é imposto: dizer a verdade a qualquer custo. Eventual esquecimento do juiz em relação ao compromisso constitui mera irregularidade e não elimina o dever de narrar a verdade, pois este dever advém da lei.⁸²

Por fim, conclui-se que a testemunha tem o compromisso de dizer a verdade, visto que o Código de Processo Penal leciona acerca deste tema, conforme disposto no artigo supracitado. Segundo Renato Brasileiro: “Significa dizer, portanto, que a testemunha deve dizer o que sabe,

⁸⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 748.

⁸¹ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 de novembro 2023.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 301.

não pode se calar sobre o que sabe, nem pode negar a verdade ou declarar fato inverídico⁸³.”. Todavia, o dever jurídico de dizer a verdade decorre do artigo 206, em sua primeira parte⁸⁴, pois o dever de depor ocasiona, conseqüentemente, o dever de ser leal para com a verdade.

A fim de concluir o tema supra, delimitando a hermenêutica de tais artigos, Eugênio Pacelli leciona que:

Parece-nos, contudo, que a exortação prevista no citado art. 203, em que se alude à promessa e à palavra de honra, cumpre função unicamente no campo do convencimento da existência de um dever moral de dizer a verdade, dever, aliás, devido aos membros da comunidade e aos sentidos éticos por esta professado.

(...)

Todavia, a imposição normativa do dever de dizer a verdade, como regra de direito e não como regra moral, decorre do previsto no art. 206, primeira parte.⁸⁵

Assim, nas palavras de Renato Brasileiro:

é bom que se diga que o compromisso legal de dizer a verdade não decorre do ato de a testemunha prestar compromisso legal, previsto no art. 203 do CPP, cuja natureza é meramente processual e o valor jurídico é o de mera exortação.⁸⁶

Ainda, caso incorra na conduta contrária à disposta no código de processo penal, a testemunha cometerá o crime de falso testemunho, visto que se trata de um ato solene, conforme disposto no art. 342, do CPP:

“Art. 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”.⁸⁷

É notório que a testemunha é um indivíduo que goza do conhecimento fático da realidade ali observada. Por este singelo motivo, cabe ressaltar que qualquer sujeito está alheio a diversas vulnerabilidades da vida, ainda mais no que se diz respeito a um momento específico na existência do indivíduo. Logo, apesar de a prova testemunhal possuir como objeto a noção da verdade no contexto fático, constata-se que a veracidade dos acontecimentos, por muitas vezes,

⁸³ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 768.

⁸⁴ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2023. Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor.

⁸⁵ PACELLI, Eugênio. op. cit., p. 529

⁸⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. op. cit., p. 768.

⁸⁷ BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 03 de novembro de 2023

está fadada a ter diversos defeitos, mostrando-se suscetível a defeitos, ocasionadas, frequentemente, pelas falsas memórias.

Sobre este tema, Eugênio Pacelli aduz que:

“Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado.”⁸⁸

Portanto, observa-se a extrema utilização desta prova no direito processual penal brasileiro, pois exige menor instrução e capacidade de sintetização do que as demais provas em espécie e, também, possui grande acessibilidade para funcionamento no processo. Todavia, considerando a crença de que não há necessidade da disponibilidade de maiores conhecimentos e tecnologia, observa-se que com os resultados reais e a falha de tal prova, faz-se imprescindível a necessidade de um maior aprofundamento nas características dessa modalidade probatória.

A questão é suscitada pelo artigo 213 do Código de Processo Penal, onde dispõe que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”⁸⁹, isto é, a objetividade do testemunho. Todavia, acredita-se que tal temática esteja sob a mera ótica do dever ser, visto que os seres humanos são constituídos por suas individualidades neuropsíquicas e experienciais de sua sobrevivência na sociedade.

Assim, Aury Lopes Jr. *apud* Cordero, pontua de forma categorizada os aspectos desse processo individual:

aponta que a objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória). E essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo, fortissimamente marcado pelo ritual judiciário e sua simbologia. As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras vezes, estão em absoluta dissonância com o fato histórico.⁹⁰

⁸⁸ PACELLI, Eugênio. op. cit., p. 526.

⁸⁹ BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 03 de novembro 2023.

⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. op. cit., p. 759.

Por fim, quanto a natureza jurídica da prova testemunhal, o ordenamento jurídico a concebeu como meio de prova, isto é, quando ocorre a inserção processual dos elementos de prova por meio de instrumentos ou atividades.

3.2 Classificação das testemunhas

A testemunha é o indivíduo alheio ao processo penal que expõe seus conhecimentos fáticos dos acontecimentos pretéritos interessantes ao caso. A partir desse conceito, a doutrina majoritária demonstra que as testemunhas podem ser classificadas em diversos tipos, sendo eles: numerárias, extranumerárias, diretas, indiretas, informantes e referidas.

As testemunhas numerárias, são aquelas que devem depor sob compromisso de dizer a verdade, assim que arroladas pelas partes no processo, com base no art. 203 do CPP. No caso das extranumerárias, o juiz, de ofício, prossegue com a audiência com as testemunhas e, também, prestam compromisso com a veracidade dos fatos expostos, com previsão expressa no art. 209, *caput*, do CPP.

Nas testemunhas diretas/presenciais, compreende-se o grupo dos indivíduos que presenciaram visualmente o fato. Todavia, no caso das indiretas, apresenta-se as testemunhas que obtiveram informação, ou seja, souberam dos fatos com base no que foi dito por outros indivíduos.

Já na informante, são aquelas que são ouvidas, mas sem prestar o compromisso de dizer a verdade, logo, não há o que se falar no crime de falso testemunho, visto que são simples informantes⁹¹. Por fim, as testemunhas referidas são indicadas por outras testemunhas, isto é, a indicação de uma testemunha já arrolada no processo, caracteriza a nova como uma testemunha referida.

Nas testemunhas referidas, Aury Lopes Jr. expõe da seguinte maneira:

Logo, elas não constavam no rol de testemunhas originariamente elencado. Por terem sido citadas como sabedoras do ocorrido, poderá (melhor, deverá) o juiz ouvi-las, para

⁹¹ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 756.

melhor esclarecimento do fato. Estabelece o art. 209, § 1º, que “se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem”.⁹²

3.3 Características do Testemunho

A prova testemunhal tem diversas características elencadas pela sistemática do Código de Processo Penal, conforme dispõe a maioria dos doutrinadores de processo penal brasileiros, de exemplo Renato Brasileiro e Aury Lopes Jr, são elas: (i) objetividade; (ii) oralidade; e (iii) retrospectividade.

A objetividade do testemunho está prevista no artigo 213 do Código de Processo Penal, onde dispõe que as testemunhas deverão depor o seu conhecimento quanto ao fato presenciado, todavia, sem a inclusão de possíveis juízos de valor ou apreciações pessoais, esta última é aceita quando há uma relação com a narrativa do fato. Contudo, tal característica detêm um entendimento contraditório nos seus conceitos. A ideia da objetividade decorre do dever de desconsideração acerca da sua percepção da realidade e da complexidade fática, a fim de que não realize juízo de valor sobre o que foi apresentado, entretanto, tal conceito não leva em consideração a particularidade de cada indivíduo acerca das variações mentais e contextuais.

Ora, destaca-se nesta característica o mito da neutralidade, explicitada por Aury Lopes Jr.:

E, 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.⁹³

É possível pontuar que a faceta da falibilidade do testemunho aparece mais frequentemente quando exploramos a fundo esta modalidade probatória. A prova testemunhal lida com a rememoração dos acontecimentos passados e, tal utilização da capacidade neuropsíquica é passível de falhas.

⁹² Ibid., p. 757

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 627.

Com base nisso, Di Gesu preleciona que:

A memória é social e não individual, ou seja, nunca se recorda de nada sozinha, diferentemente do que se podia pensar a memória opera a partir do presente, estando longe de derivar do passado, ou seja, a memória opera a partir de estímulos, a partir de uma provocação a que obriga o cérebro a buscar tal recordação no subconsciente.⁹⁴

Em paralelo, com base no artigo 204 do CPP, determina-se que os depoimentos deverão ser prestados oralmente perante ao magistrado, não sendo permitido à testemunha fazê-lo de forma escrita. Todavia, permite-se a consulta a notas (denominações de locais, nome e/ou sobrenome de pessoas etc.) quando se trata de um caso complexo, tal entendimento está disposto no parágrafo único do dispositivo supra. Outrossim, para as testemunhas que possuem problemas de audição ou de fala, aplica-se o art. 223, parágrafo único, do Código de Processo Penal, em conjunto com o art. 192 do mesmo Código, modificando a modalidade oral, permitindo que tais atos possam ser feitos por escrito.

Por fim, a retrospectividade, no entendimento literal do conceito, entende-se que tem relação com fatos passados, logo, a testemunha deverá prestar depoimento sobre os fatos ocorridos preteritamente. Ainda que seja de difícil compreensão o testemunho de fatos futuros, como por exemplo, videntes, cartomantes, futurologia etc., o delito é sempre um fato passado, é história.

No entanto, Norberto Avena nos traz uma importante reflexão:

Exceção a essa regra entendem alguns doutrinadores que ocorre em relação aos depoimentos que tenham por objetivo fornecer ao magistrado informações técnicas. Exemplo: acusado de lesão corporal grave, buscando a desclassificação de seu delito, arrola, como testemunha especialista em ortopedia, o qual, exibidas radiografias do corpo da vítima, afirma, perante o juiz, que, com tratamento adequado, poderá ela recuperar a plenitude do movimento de membro em determinado período.⁹⁵

Nesse contexto, Aury Lopes Jr. traz à baila:

A testemunha narra hoje um fato presenciado no passado, a partir da memória (com todo peso de contaminação e fantasia que isso acarreta), numa narrativa retrospectiva.

⁹⁴ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 47.

⁹⁵ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023, p. 1105.

A atividade do juiz é recognitiva (conhece através do conhecimento de outro) e o papel da testemunha é o de narrador da historicidade do crime.⁹⁶

4 ASPECTOS COGNITIVOS DA MEMÓRIA: A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA

Com base no que foi apresentado nos capítulos anteriores, a memória humana é um elemento fundamental para a prova testemunhal, pois tal modalidade probatória possui base vital na memória. O relato da testemunha é resgatado do que foi presenciado e/ou ouvido por intermédio de outros, logo, o indivíduo incumbe-se da capacidade de resgatar o fato presenciado ou a informação retida.

Nesse contexto, é imprescindível salientar a falibilidade da memória humana que é uma condição natural do ser humano, ou seja, a criação de falsas memórias é algo frequente e, por isso, ressalta-se que a narrativa testemunhal detém baixa credibilidade e é frágil. Como principal elemento da prova testemunhal, sendo esta considerada a prova mais utilizada no processo penal brasileiro, é de suma importância o estudo desta área interdisciplinar que é a memória.

A memória humana não é uma máquina fotográfica com imagens guardadas como em um álbum de fotos, nem tampouco uma filmadora que registra os eventos de forma que possam ser exibidos como um filme⁹⁷. A complexidade que circunda as capacidades do cérebro – no tocante às memórias – são significantes até para a ciência que trata deste tema. Nesse diapasão, as lembranças “sobrevivem em meio a um tecido que muda constantemente, no qual os neurônios morrem e as conexões enfraquecem ou são modificadas”⁹⁸.

A fim de compreender a memória e seus processos, torna-se necessária a exposição mais aprofundada deste tema, com ênfase na falibilidade que as lembranças estão sujeitas, produzindo efeitos no processo penal.

⁹⁶ LOPES JUNIOR, op. cit. 2022, p. 625.

⁹⁷ BRASIL. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. 104p. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 de novembro de 2023.

⁹⁸ BADDELEY, Alan et al. **Memória**. São Paulo: Artmed, 2010, p. 214.

4.1 As memórias

As memórias são compreendidas, em diversas ciências, tais como Psicologia e Neurociência, assim, é necessário esclarecer melhor o conceito de memória, o renomado neurocientista Ivan Izquierdo sintetiza que:

Memória é a aquisição (recordação, lembrança, recuperação), a formação, a conservação e a evocação de informações. O acervo das memórias de cada um é o que nos converte em indivíduos, é o que constitui nossa identidade e possibilita nossa comunicação. A memória está na origem de todo o ato cognitivo.⁹⁹

A memória é, além de um elemento essencial para a formação e individualização de cada ser humano, um resultado da nossa experiência sensorial e, principalmente, do que nossos sentidos captaram durante a nossa vida. Logo, com base na audição, visão, tato, olfato e paladar, o ser humano torna-se único.

Observando a complexidade elencada, o processo de armazenamento de informações na memória oferece estímulos, mais do que necessários, para manter a curiosidade humana em busca da compreensão deste processo. Por isso, ao longo de décadas de pesquisa, com diversas correntes e teorias, Lerner expõe que a memória é fundamentada em um conjunto de sistemas e subsistemas estruturados com o objetivo de armazenar, de forma temporária ou permanente, informações que o cérebro entende que, posteriormente, servirão para alguma finalidade¹⁰⁰.

Ademais, é primordial afirmar que as memórias não são constituídas somente por elementos biológicos. Ora, tal afirmação é elementar quando o fator humanidade é trazido à tona, visto que estamos vulneráveis a quaisquer influências, sejam internas ou externas em nossos comportamentos e pensamentos. Dessa forma, Iván Izquierdo aduz que:

As memórias são feitas por células nervosas (neurônios), armazenam-se em redes de neurônios e são evocadas pelas mesmas redes neuronais ou por outras. São moduladas pelas emoções, pelo nível de consciência e pelos estados de ânimo. Todos sabem como é fácil aprender ou evocar algo quando estamos alertas e de bom ânimo; e como fica difícil aprender qualquer coisa, ou até lembrar o nome de uma pessoa ou de uma canção, quando estamos cansados, deprimidos ou muito estressados.¹⁰¹

⁹⁹ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 136.

¹⁰⁰ LARNER, A. J. **Neuropsychological neurology: the neurocognitive impairments of neurological disorders**. Cambridge: University Press, 2013.

¹⁰¹ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. – Porto Alegre: Artmed, 2018, p. 26.

As memórias possuem diversos sistemas que são dotados de classificações, caracterizando-se de forma totalmente controversa, visto que ao mesmo tempo em que armazena informações complexas e detalhadas, tem falhas simples em pequenos dados armazenados, fazendo com que ao ocorrer o resgate de certas lembranças, de forma compensatória, o cérebro preenche tais lacunas geradas pelas falhas, criando assim uma história que tem bases verídicas, porém, com detalhes imaginários. Dessa forma, Damásio *apud* Kagueiama leciona que “sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas antes uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original”.¹⁰²

Segundo Iván Izquierdo, existe um processo de tradução entre a realidade das experiências e a formação da memória respectiva¹⁰³. No processo de armazenamento das memórias, existem três subdivisões acerca do processamento, sendo eles; (i) aquisição; (ii) consolidação; e (iii) evocação. A aquisição ocorre a partir de processos informacionais e sensoriais, em que ocorre o recebimento da informação no sistema nervoso onde residem as estruturas sensoriais e, após isso, acontece o transporte de tais informações para o receptor – o cérebro. Após este fenômeno inicial, o armazenamento se dá por meio da consolidação destas informações, e esta decorre de um conjunto nas estruturas cerebrais, onde materializa-se a fixação definitiva de uma memória. No processo final, a evocação das memórias é traduzida na convocação das memórias já armazenadas e consolidadas para o contexto fático, ou seja, é o retorno espontâneo ou voluntário das informações armazenadas.¹⁰⁴

4.2 Tipos de memórias

A fim de ressaltar a profundidade da matéria, cabe salientar o entendimento de Baddeley, Anderson e Eysenck:

A memória é considerada um sistema complexo e múltiplo combinado por arranjos de codificações ou subsistemas que permitem a armazenagem e a recuperação de informações no cérebro.¹⁰⁵

¹⁰² KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 94.

¹⁰³ IZQUIERDO, Ivan. *op.cit.*, p. 38.

¹⁰⁴ MOURÃO JÚNIOR, C.A. and Faria, N.C. (2015). **Memória, Psicologia: Reflexão e Crítica**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/kpHrP364B3x94KcHpCkVkQM/?lang=pt>. Acesso em: 05 de novembro de 2023.

¹⁰⁵ BADDELEY, A. D.; Anderson, M. C.; EYSENCK, M. W. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 472.

Nesse sentido, salienta-se que as classificações das memórias possuem diversas categorias que são delimitadas de acordo com a sua função, conteúdo e período de duração. As memórias categorizadas de acordo com a sua função são as memórias de trabalho. Já no caso das memórias etiquetadas conforme o seu conteúdo, são conhecidas como: memórias declarativas ou procedurais. Por fim, em sua última categoria, o período de duração de uma memória equivale à uma categoria, isto é, são classificadas pelo tempo que duram.

Logo, tais classificações possuem a finalidade de compreender a estrutura complexa que atua nos mecanismos cerebrais que dão origem ao fenômeno das memórias.

4.2.1 As memórias de curta duração

As memórias de curta duração estão associadas ao tempo, pois estas permanecem em nosso cérebro somente durante um curto período de tempo, de forma passiva. Tais memórias são responsáveis por formar arquivos, para então iniciarem os processos bioquímicos para construir a memória de longa duração, portanto, essas memórias são vinculadas à dados de cunho declarativo.

Sobre a memória de curta duração, Ivan Izquierdo aduz que:

(...) várias observações clínicas feitas entre 1970 e 2000 evidenciaram que, de fato, há síndromes neurológicas e situações de interesse médico nas quais ocorrem falhas seletivas da memória de curta duração, sem comprometimento algum da memória de longa duração. A situação mais corriqueira é a da velhice normal: os idosos muitas vezes apresentam falhas claras na memória recente, sem alterações importantes das memórias mais antigas. Outra, clássica, é a da depressão: o paciente tem dificuldade de lembrar aquilo que aconteceu há poucos minutos ou poucas horas, mas é capaz de lembrar memórias de dias ou anos atrás muito bem, principalmente se essas memórias mais velhas são de conteúdo triste ou negativo. Muitas vezes, observa-se um quadro semelhante na confusão mental resultante de algum acontecimento estressante.¹⁰⁶

4.2.2 As memórias de longo prazo

Ainda na função temporal, as memórias de longo prazo, são as que permitem o armazenamento das informações por um maior período de tempo, podendo ser guardadas por

¹⁰⁶ IZQUIERDO, Ivan. op. cit., p. 53

horas, meses, anos ou durante toda a vida do indivíduo. Nesse sentido, a formação de tais memórias ocorre a partir da consolidação, isto é, as memórias de curta duração são conservadas durante o tempo necessário para que a memória de longo prazo seja constituída e guardada, visto que tal memória possui a maior capacidade de armazenamento, ainda que seja limitada.

4.2.3 Memórias declarativas e procedurais

Analisando o conteúdo das memórias, temos as declarativas e procedurais. De forma inicial, existem as memórias procedurais ou de procedimentos, intuitivamente, estas objetivam as habilidades sensoriais e/ou motoras e o que comumente chamamos de “hábitos”¹⁰⁷, como por exemplo, tocar violão, realizar algum esporte, etc, ou seja, caracteriza-se em coisas que sabemos executar, porém, não conseguimos explicar como ocorre a execução. Já no caso das memórias declarativas é a que interessa para o presente estudo, pois se refere à recordação de fatos, eventos, pessoas, faces, conceitos e ideias¹⁰⁸, logo, entende-se que esta memória pode ser evocada intencionalmente, porque nós, os humanos, podemos “declarar” que existem e descrever como adquirimos.¹⁰⁹

Dentro desse espectro das memórias declarativas, são subdivididas em: (i) episódicas ou autobiográficas, e possuem a característica de recordar situações fáticas específicas que ocorreram no passado, podendo assim realizar uma “viagem no tempo”, relembrando episódios de sua vida até o presente momento¹¹⁰; e (ii) memória semântica são aquelas que armazenam conhecimentos gerais, como por exemplo: conhecimentos de direito ou o aroma de um perfume.

Assim, como forma de delimitar a diferenciação entre memória semântica e memória episódica, elenca-se as individualidades:

A memória episódica depende de um tipo especial de consciência que todos os humanos adultos saudáveis podem identificar. É o tipo de consciência experimentada quando se pensa retrospectivamente sobre um momento específico do nosso passado, conscientemente relembrando algum episódio ou estado anterior como foi experienciado. [...] Em contrapartida, a evocação de informações a partir da memória semântica carece deste senso de evocação consciente do passado. A memória semântica também difere da episódica na medida em que é um tesouro mental,

¹⁰⁷ Ibid., p. 51.

¹⁰⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. Ed. Ampl. E ver. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 107.

¹⁰⁹ IZQUIERDO, Ivan. op. cit., p. 50.

¹¹⁰ TULVING, E. **Episodic Memory: From Mind to Brain**. Annual review of psychology, v. 53, n. 1, p. 1–25, 2002, p. 5.

conhecimento organizado que uma pessoa possui sobre as palavras e outros símbolos verbais, seus significados e referentes, sobre as relações entre eles, regras, fórmulas e algoritmos para a manipulação desses símbolos conceitos e relações. Nos termos de Wheeler, a memória semântica envolve a ‘consciência do saber’ em vez do ‘autossaber’ associado à memória episódica.¹¹¹

Observando o explicitado acima, as duas memórias classificadas de acordo com o seu conteúdo podem ser divididas em dois tipos de memória: (i) explícitas; e (ii) implícitas. A memória implícita ou não declarativa é baseada na invocação da informação de uma memória de longa duração, sendo uma memória inconsciente que não é prejudicada ao longo do tempo. Na cultura brasileira utiliza-se o seguinte ditado popular: “É como andar de bicicleta, a gente nunca esquece!”, para quando as pessoas querem afirmar que sabem executar uma determinada tarefa mesmo que passado um grande período de tempo desde a última vez em que praticou tal ato.

Já no caso da memória explícita ou declarativa, é uma evocação da memória feita conscientemente pelo indivíduo, ou seja, o ato de tentar lembrar determinada informação consolidada pela memória de longo prazo caracteriza a memória explícita, portanto, é uma recordação consciente de informações. Como exemplo, é possível citar a rememoração do nome do seu primeiro animal de estimação.

4.2.4 A memória de trabalho

A memória de trabalho é caracterizada pela sua função, pois ela detém a capacidade de dar continuidade aos hábitos cotidianos, ou seja, armazena as informações por um breve período, com o intuito de nos orientar durante a realização de atos e tarefas complexas. Cabe ressaltar que essa memória não é armazenada, pois nela ocorre o processamento temporário, isto é, um gerenciamento de informação, atuando como um filtro utilizando as seguintes avaliações: conservação, novidade da informação e relevância para a conservação ou modificação da mesma.

Nesse sentido, a partir de uma minuciosa análise, Ivan Izquierdo conceitua a memória de trabalho como:

É a memória de trabalho, também chamada memória operacional. Basicamente, é uma memória ‘on-line’. Mantém, durante a aquisição e durante mais alguns segundos, no

¹¹¹ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. op. cit., p. 129.

máximo poucos minutos, a informação que está sendo processada no momento. Ajuda a saber onde estamos ou o que estamos fazendo a cada momento, e o que fizemos ou onde estávamos no momento anterior. Dá continuidade, assim, a nossos atos.¹¹²

Ainda, Izquierdo descreve que: “a memória de trabalho é quando alguém pergunta o número de um telefone e só se recorda desse número o tempo suficiente para discá-lo e realizar a chamada. Depois desse momento, já foi esquecido. É uma memória que não deixa registros”¹¹³. A função elementar da memória de trabalho é relacionada à análise e comparação, ressaltando o seu papel gerencial:

Mas o principal é que seu papel não é o de formar arquivos, mas sim o de analisar as informações que chegam constantemente ao cérebro e compará-las às existentes nas demais memórias, declarativas e procedurais, de curta ou longa duração.¹¹⁴

Noutro giro, Baddeley traz sua ótica sobre este tema:

O conceito de memória de trabalho fundamenta-se na suposição de que existe um sistema para a manutenção e manipulação temporárias de informação e de que isso é útil na realização de muitas tarefas. A maioria supõe que a memória de trabalho funciona como forma de espaço operacional mental, oferecendo uma base para ponderações.¹¹⁵

Outrossim, a memória de trabalho é essencial no que concerne à tomada de decisão, visto que utiliza informações já armazenadas e as conecta com a realidade e ambiente em que o indivíduo está situado, sendo assim, um importante fator na tomada de decisão, pois reúne as principais premissas para tal.

Com o intuito de simplificar o entendimento deste tipo de memória, Iván Izquierdo leciona que:

A memória de trabalho se define melhor mediante exemplos. É a que usamos, por exemplo, quando “conservamos” na lembrança por alguns segundos a terceira palavra da frase anterior (que, a esta altura, já esquecemos). A retenção dessa palavra só serviu para conseguir entender essa frase, seu contexto e o significado do que veio a seguir.¹¹⁶

¹¹² IZQUIERDO, Ivan. op. cit., p. 18.

¹¹³ Ibid., p. 13.

¹¹⁴ IZQUIERDO, Ivan. op. cit., p. 115.

¹¹⁵ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. op. cit., p. 21.

¹¹⁶ IZQUIERDO, Ivan. op. cit., p. 43.

Para conceituar melhor este fenômeno, Iván Izquierdo aduz que: “A memória de trabalho é o instrumento que possuímos para analisar a realidade, e seu funcionamento é constante. Tem uma capacidade de processamento enorme, mas não infinita.”¹¹⁷

4.3 A formação das falsas memórias

A memória humana é subjetiva, conforme visto anteriormente, o cérebro é capaz de gerar memórias falsas ao preencher falhas no processo de armazenamento das memórias. Por isso, entende-se que as falsas memórias não são necessariamente uma mentira, pois o indivíduo acredita no que o seu cérebro produziu, em contrapartida, a mentira é uma escolha da pessoa, uma narrativa criada com o intuito de enganar e manipular.

Nesse contexto, Aury Lopes Jr. leciona que:

Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.¹¹⁸

Ainda, conforme o entendimento do Dr. Gustavo Gauer *apud* Oliveira, as falsas memórias são deformações na lembrança e “não estão relacionadas a esquecer ou a deixar de lembrar, e sim a lembrar erroneamente de eventos que não existiram, ou recordá-los de forma diferente de como eles originalmente aconteceram”¹¹⁹. Dessa forma, o entendimento anterior é corroborado, visto que na diferenciação da mentira para as falsas memórias, ocorre o evento de gargalo na lembrança.

Conforme já demonstrado, a exposição das memórias pode ocorrer de duas maneiras: semântica e episódica. Dessa forma, a memória episódica decorre da rememoração das informações sobre acontecimentos verídicos, recordando assim experiências adquiridas pelo indivíduo durante sua vida.

¹¹⁷ IZQUIERDO, Ivan. **A arte de esquecer: cérebro e memória / Iván Izquierdo**. 2.ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010, p. 28.

¹¹⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>. Acesso em 06 de novembro.

¹¹⁹ OLIVEIRA, Alcyr Alves et al. **Memória: cognição e comportamento**. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007, p. 165.

Por seu turno, as memórias semânticas conservam somente a informação do conhecimento em si, como conceitos e noções específicas do assunto, contrapondo assim as memórias episódicas. Assim, faz-se imprescindível salientar o entendimento de Izquierdo neste tema:

Quase sempre, as memórias semânticas (por exemplo, o inglês) são adquiridas por meio de memórias episódicas (por exemplo, as aulas de inglês). Podemos, é claro, lembrar os episódios por meio dos quais adquirimos memórias semânticas: cada aula de inglês, a última vez que cheiramos uma rosa, o dia em que memorizamos um poema.¹²⁰

Isto posto, destaca-se que a memória episódica remete mais especificamente ao tempo e ao ambiente em que ocorreu a informação, em contrapartida, a memória semântica tem seu foco no conhecimento decorrente daquele evento, como muito bem retratado pelo exemplo supracitado. Neste sentido, correlacionando essa questão com as falsas memórias:

As lacunas de informação quando recuperadas pela memória semântica podem ser supridas por conhecimentos prévios. Por exemplo, pensemos na hipótese de ter havido um furto em um supermercado que tenha sido visto por alguém; caso falte algum detalhe da roupa do autor do crime, os conhecimentos prévios de como se vestiria normalmente um ladrão podem ser acionados para completar a informação (ex.: ladrão é malvestido, descuidado etc.¹²¹).

A fim de sintetizar este complexo tema, cabe ressaltar algumas características da formação de falsas memórias. As falsas memórias podem ser formadas de duas formas, sendo uma delas a criação espontânea a partir de fatos verídicos da realidade do indivíduo, denominando-se auto-sugestão, que ocorre como no exemplo de Izquierdo:

Pessoas que compram fotografias antigas de senhores com grandes bigodes e senhoras com pomposos chapéus nas lojas de antiguidades, colocam-nas num porta-retratos e as expõem na sala de visitas, e vão aos poucos se convencendo de que aquelas figuras estranhas são na verdade parentes seus, antepassados mais ou menos distintos e ilustres¹²².

Nesse contexto, a formação de tais memórias dotadas de inveracidade ocorre, também, espontaneamente de forma sentimental. Iván Izquierdo preconiza que: “muitas das misturas que

¹²⁰ IZQUIERDO, Ivan. op. cit., p. 50.

¹²¹ SILVA; STUART, M. **Psicologia do Testemunho: dos Primórdios à Atualidade**. Revista internacional Consinter de direito, v. 13, n. 13, p. 225–246, 21 dez. 2021, p. 231-232.

¹²² IZQUIERDO, Ivan, **A arte de esquecer: cérebro e memória**. 2.ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010, p. 66.

fazemos entre memórias ocorrem pelo predomínio do afeto sobre a precisão”¹²³. Já na segunda categoria, observa-se memórias falsas que são geradas pela sugestão de informações inverídicas. Assim, Elizabeth Loftus, psicóloga com autoridade na temática de memórias, realizou diversas pesquisas sobre o tema e, conseqüentemente, tais pesquisas demonstraram que: “[...] a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos [...]”.¹²⁴

Em suma, a implantação da falsa memória decorre da sugestionabilidade, afirma assim Gauer *apud* Oliveira: “a sugestão de informações, muitas vezes implícita na formulação de perguntas para depoentes, está ligada a graves implicações para a credibilidade de testemunhos e confissões nos contextos jurídico e policial”.¹²⁵

A psicóloga norte-americana Elizabeth Loftus, na década de 1970 fez o seguinte experimento:

Mostraram a vários indivíduos fotos de um acidente automobilístico. Dias depois, fizeram a essas pessoas três perguntas: a que velocidade circulavam os veículos quando “se encontraram”, “toparam”, “bateram” e “estraçalharam”? E, a seguir: havia vidros quebrados na cena? Havia sangue na cena? Os sujeitos que, na primeira pergunta, recebiam as palavras “se encontraram” diziam que os carros iam a 35 km por hora, que não havia vidros quebrados e que não havia sangue. Os que recebiam a palavra “toparam” apontavam velocidades mais altas e vidros quebrados, mas não sangue. Os que recebiam na primeira pergunta a palavra “bateram” respondiam velocidades bastante altas (65-80 km por hora), vidros quebrados e, alguns, sangue. Os que recebiam a pergunta com a palavra “estraçalharam” indicavam velocidades altíssimas, muitos vidros quebrados, muito sangue e até pessoas mortas na rua¹²⁶.

Com base nesse experimento, conclui-se que a rearticulação ou invenção das memórias é facilmente induzida até por meras palavras. Logo, no processo penal, as indagações feitas pelas partes podem induzir a criação de falsas memórias e, conseqüentemente, a contaminação da prova testemunhal.

Corroborando com o entendimento supra, Daniel Yarmey dispõe que:

sugestionabilidade pós-acontecimento tem mais probabilidade de ocorrer quando o acontecimento crítico é muito complexo ou ambíguo e a observação ocorreu

¹²³ Ibid., p. 67.

¹²⁴ DI GESU, Cristina. *op. cit.*, p. 133.

¹²⁵ OLIVEIRA, Alcyr Alves et al. *op. cit.*, p. 176.

¹²⁶ IZQUIERDO, Ivan, **A arte de esquecer: cérebro e memória**. 2.ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010, p. 69.

apressadamente e sem atenção acurada. Além disso, as testemunhas são mais sugestionáveis se a pessoa que transmite a informação errada é percebida como sendo uma autoridade ou alguém muito bem informado¹²⁷.

Sendo assim, argumenta-se que o processo penal brasileiro, especificamente, nas provas testemunhais – a maioria – necessita de maiores estudos e técnicas, a fim de reduzir tais casos.

Com base nos argumentos suscitados, Aury Lopes Jr. demonstra que:

Não lembramos o que fizemos de manhã, mas acreditamos no depoimento de alguém, meses depois do fato.
Mas, como se não bastasse toda a complexidade que encerra a questão ‘memória’, ainda temos as manipulações (endógenas ou exógenas) e as defraudações da memória.¹²⁸

4.4 A entrevista cognitiva

Após verificada a forma como se dá a implantação e/ou formação de falsas memórias, observando sua gravidade no mundo fático e, principalmente, no direito penal e processual penal, entende-se crucial explorar esse assunto. Cabe, também, trazer as seguintes lições:

Mas é nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal (e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para implantação de uma falsa memória. Os profissionais de saúde mental (psicólogos, psiquiatras, analistas, terapeutas etc.) têm um poder imenso de influenciar e induzir as recordações e eventos traumáticos. Cita a autora que, em 1986, Nadean Cool, auxiliar de enfermagem de Wisconsin, consultou um psiquiatra porque não conseguia lidar com as consequências de um acidente sofrido pela filha. No tratamento foram utilizados pelo terapeuta técnicas de sugestão, hipnose e outras. Após algumas sessões, explica LOFTUS, 'Nadean se convenceu de que tinha sido usada na infância por uma seita satânica que a violentara, a obrigara a manter relações sexuais com animais e a forçara a assistir ao assassinato de um amigo de 8 anos. O psiquiatra acabou por fazê-la acreditar que ela tinha mais de 120 personalidades em decorrência dos abusos sexuais e da violência sofridos quando criança.

(...)

Casos assim ocorrem com regularidade, mas dificilmente são documentados e desmascarados. Diferenciar lembranças verdadeiras de falsas é sempre muito difícil, ocorrendo apenas quando se consegue demonstrar que os fatos contradizem às (falsas) lembranças. Mas, e nos demais casos? As consequências são gravíssimas"¹²⁹

¹²⁷ YARMEY, Daniel, **Depoimentos de testemunhas oculares e auriculares**. in FONSECA, António, C., SIMÕES et al., org. Psicologia forense, Coimbra, Almedina, 2006, p. 233.

¹²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>. Acesso em 06 de novembro.

¹²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur., 2022, p. 606.

Portanto, a observância de uma técnica capaz de diminuir tais influências nos fatos expostos pela testemunha, melhora a qualidade e quantidade de informações. Nesse sentido, os psicólogos Ronald P. Fisher e Edward Geiselman desenvolveram a Entrevista Cognitiva, tal método tem por base “um processo de entrevista que faz uso de um conjunto de técnicas para maximizar a quantidade e a qualidade de informações obtidas de uma testemunha¹³⁰”.

A partir disso, cabe ressaltar as etapas em que se caracterizam a entrevista cognitiva, no total são sete etapas, caracterizadas por técnicas específicas. Na primeira etapa, de forma inicial, pode ser caracterizada pela formação de um relacionamento e exaltação do papel ativo da testemunha, por estes motivos ocorre a primeira interação entre o entrevistado e o entrevistador, logo, o entrevistador deve deixar o entrevistado à vontade e individualizar a entrevista, tendo como norte a empatia do entrevistador perante o entrevistado, observando a ótica do último, com o intuito de oferecer conforto sobre a tensão gerada pelo contexto.

Dessa forma, o entrevistador deve informar ao entrevistado sobre a sua identificação, caracterizada por seu nome e cargo e explicar brevemente como a entrevista será realizada. Ainda, o *rapport*¹³¹ deve iniciar com um agradecimento empático pelo papel ativo que a testemunha está cumprindo.

A personalização da entrevista é de extrema necessidade, pois o entrevistado deve ser singular naquele procedimento e, deve ser também, somado com a empatia que estabelecerá laços desejáveis com o entrevistado, sendo esta a única forma de conduzir a entrevista buscando o sucesso.

Neste contexto, Paula Kagueiama declara que:

Nessa medida, o juiz ou a autoridade policial deverá limitar-se a formular questões de respostas abertas, incentivar a testemunha a dizer tudo que sabe e evitar interromper sua narrativa. Tal estratégia, denominada de transferência de controle, permite que um maior número de informações seja evocado pela testemunha. Também deverá ser transmitida explicitamente à testemunha a importância de um relato completo e abundante em detalhes, ainda que tais detalhes pareçam triviais, cronologicamente

¹³⁰ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, MILNITSKY, Lilian. **Entrevista cognitiva e terapia cognitivo comportamental: do âmbito forense à clínica**. Rev.bras.ter.cogn., Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 11-20, dez. 2005, p. 02. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808_56872005000200002. Acesso em 07 de novembro 2023.

¹³¹ do francês rapporter, “trazer de volta” ou “criar uma relação”.

fora de ordem ou contrários às informações dadas anteriormente. Contudo, deve-se alertar a testemunha para não tentar adivinhar ou inferir elementos não percebidos, devendo, se for esse o caso, admitir não se lembrar ou não saber precisar a informação requerida.¹³²

Já na segunda etapa, esta caracterizada como uma explanação dos objetivos da entrevista, o entrevistador deve manter uma relação com o entrevistado de forma a deliberar sobre os frutos da primeira entrevista. Nessa parte, o entrevistador deverá deixar claro à testemunha que a entrevista tem o objetivo de produzir os relatos fáticos, contudo, este resultado não será possível com base em uma postura passiva e, por isso, é necessária uma postura ativa da testemunha, caracterizando-a como protagonista da ação.

Sobretudo, nessa etapa, o entrevistador deve expor seu desconhecimento do ocorrido e enaltecer o conhecimento da testemunha, assim, deve transferir o controle da entrevista para o entrevistado. Sendo assim, a ênfase no caráter colaborativo entre as partes remete à “transferência de controle”. Tal etapa provoca o entrevistador de maneira que o mesmo deve ter conhecimentos prévios acerca do armazenamento e evocação de memórias.

Seguindo, na terceira etapa, podendo esta ser denominada como etapa de rememoração do contexto original ou relato livre, ocorre o resgate das memórias sobre o acontecimento de fato, possibilitado pela “recriação do contexto”, conforme leciona Pergher e Stein:

Através dela, o entrevistador solicita ao entrevistado que volte mentalmente ao ambiente em que ocorreu o evento em questão, recuperando o maior número de detalhes possíveis. Estimula-se o entrevistado a recordar-se de algum som, cheiro, sentimento que tenha ocorrido no momento em que vivenciou o evento que está buscando recordar. Quando o entrevistado tiver conseguido recolocar-se no contexto original, ele é estimulado a relatar tudo o que conseguir se lembrar. Recomenda-se ao entrevistado que relate livremente absolutamente toda lembrança que lhe ocorrer, sem fazer nenhum tipo de edição baseada em julgamento da relevância do material recordado.¹³³

O entrevistador possui o papel crucial de auxiliar a recriação dos estímulos que outrora ocorreram nos fatos, estes que serão rememorados pelo entrevistado. Assim, ao incentivar a recordação de sons, temperatura e odores, o entrevistador possibilita que a testemunha consiga reconstruir os eventos fáticos tentando reviver o ocorrido.

¹³² KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021, p. 200.

¹³³ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, MILNITSKY, Lilian. op. cit., p. 04.

Faz-se imprescindível expor que a rememoração de fatos utiliza de forma demasiada da capacidade cognitiva do entrevistado, portanto, é necessário o tato do entrevistador a fim de promover o que for necessário para o conforto do entrevistado, como por exemplo, oferecendo pausas na sessão.

Com relação à quarta etapa, denominada questionamento, o entrevistador foca na análise do relato emitido pela testemunha, buscando assim, um maior detalhamento do que foi exposto e, para isso, o entrevistador irá prosseguir com um questionamento acerca de tudo o que foi exposto pela testemunha. As perguntas utilizadas deverão ser constituídas de forma ampla, ou seja, deve-se evitar o apontamento de lacunas ou contradições, em contrapartida, busca-se o preenchimento das lacunas presentes no relato. Portanto, nesta etapa é crucial que o entrevistador não intervenha e não atrapalhe na exposição realizada, visto que os questionamentos não devem influenciar ou cessar a linha de raciocínio demonstrada pela vítima.

No caso da quinta etapa, a recuperação, observa-se que o indicado é a utilização de técnicas para obter a recuperação de fatos que estão adormecidos na memória da testemunha. Assim, Pergher e Stein exemplificam do seguinte modo: “pedir para que narre o acontecimento de trás para frente ou olhando pela perspectiva de uma terceira pessoa, sempre tomando o cuidado para não sugerir o entrevistado”.¹³⁴ Por este motivo, o entrevistador deve solicitar à testemunha que relate os fatos recordados anteriormente de forma livre, ou seja, o entrevistador deve oferecer a maior liberdade possível para que a testemunha possa expor os acontecimentos à sua maneira.

A síntese, sexta etapa da entrevista cognitiva, onde o entrevistador irá organizar e resumir as informações expostas pela testemunha, abordando os principais temas abordados com base no que foi dito pelo entrevistado. Objetivando uma possível restauração da memória da testemunha, o entrevistador compartilhará o resumo para que o entrevistado possa verificar se consegue complementar com algum relato.

Por fim, a sétima e última etapa – o fechamento, o entrevistador deverá prosseguir com um relato acerca da entrevista realizada, objetivando deixar uma imagem positiva da entrevista.

¹³⁴ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, MILNITSKY, Lilian. op. cit., p. 05/06.

Ainda, ao final, o entrevistador deverá gratificar a testemunha pelo esforço despendido no processo, ressaltando a importância do papel ativo do entrevistado.¹³⁵ Por fim, o entrevistador deve esclarecer que o entrevistado tem a possibilidade de corrigir a síntese, caso ocorra qualquer tipo de diferença no que foi relatado e, também, pode abordar novas informações relevantes caso sejam rememoradas.

Assim, Paula Kagueiama dispõe que:

o entrevistador se coloque à disposição da testemunha em caso de eventuais dúvidas, bem como esclareça a importância de serem informadas quaisquer novas recuperações de memória, ainda que essas aconteçam depois de um longo espaço de tempo.¹³⁶

Após verificar todo o exposto acima, é possível destacar que a utilização da entrevista cognitiva no processo penal, essencialmente, nas provas testemunhais, garantiria ao processo penal maior precisão nos relatos testemunhais. Logo, ao dificultar a produção de falsas memórias, o magistrado observaria uma segurança superior ao proferir as sentenças, assim, efetivando as garantias constitucionais no processo penal.

Nesse contexto, a Entrevista Cognitiva é um método utilizado em prol da maior efetividade na coleta do relato testemunhal, buscando a evocação de memórias mais detalhadas e completas, observando em primazia as particularidades da testemunha e, principalmente, tratando-a com empatia, pois desta maneira não incentiva a revitimização da testemunha. Ainda, a Entrevista Cognitiva tem por objetivo que testemunhas e vítimas de delitos das mais diversas naturezas podem ser ouvidas por meio de técnicas que, ao mesmo tempo, estão em consonância com os direitos humanos e favorecem a efetiva aplicação da lei.¹³⁷

Ainda que tal método demonstre efetividade no combate à sugestionabilidade do depoente ante ao entrevistador tendencioso, ressalta-se que, em contrapartida, o método de entrevista cognitiva enfrenta o obstáculo da celeridade e complexidade, haja vista que se trata de um procedimento profundo, onde é testado o treinamento do entrevistador e a técnica de condução da entrevista.

¹³⁵ Ibid., p. 06/07.

¹³⁶ KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal**: um estudo sobre falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021, p. 207.

¹³⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; et.al. Falsas Memórias: **fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 223.

Como forma de demonstrar tais problemáticas, Paula Kagueiama dispõe que:

Em primeiro lugar, é fundamental, para a correta e ampla adoção da Entrevista Cognitiva, que sejam realizados treinamentos e capacitação adequada dos entrevistadores. No Reino Unido, onde a Entrevista Cognitiva é largamente adotada pelas forças policiais, desenvolveu-se um treinamento em diversos níveis: no primeiro nível, os entrevistadores aprendem a dominar as habilidades comunicacionais mais básicas (dinâmica social, estabelecimento de uma relação com a testemunha e incentivo à ampla narrativa livre pela testemunha); em seguida (nível 2), os agentes mais experientes são ensinados a trabalhar com as técnicas mnemônicas mais complexas (restabelecimento do contexto, mudança de ordem ou de perspectiva, imagem mental); finalmente, no terceiro nível, os agentes mais bem avaliados e experientes são treinados a utilizar a Entrevista Cognitiva de forma completa e aprofundada, voltada à aplicação em casos complexos, nos quais os recursos e o tempo são mais amplos.¹³⁸

A partir do exposto acima, entende-se que a Entrevista Cognitiva possui uma efetividade que diminuiria as mazelas da prova testemunhal, sendo elas: (i) a sugestionabilidade; e (ii) a contaminação da memória e, conseqüentemente, ao gerar as falsas memórias, a prova testemunhal é acometida por tal contaminação; e etc. Portanto, ainda que seja possível a implantação estrutural de tal método, será necessário observar o empecilho gerado - o dispêndio de tempo.

Por fim, ressalta-se que a Entrevista Cognitiva é uma solução extremamente eficaz para diminuir a principal característica da prova testemunhal – sua fragilidade, pois como observado anteriormente, neste método é possível evocar as informações com uma maior precisão e, também, os procedimentos listados fornecem uma maior concentração de informações extraídas da testemunha. Logo, cabe ao sistema processual penal brasileiro examinar a ótica de Estados que obtiveram sucesso na implementação de tal método, a fim de desenvolver projetos mais céleres na aplicação fática.

¹³⁸ KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. São Paulo: Almedina, 2021, p. 210.

5 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto nesta monografia, é possível alegar que o estudo da falibilidade da memória humana nas provas testemunhais no sistema processual penal brasileiro é de suma importância nos dias atuais, visto que a prova testemunhal é a mais utilizada em nosso ordenamento jurídico. Ainda que seja a modalidade probatória mais utilizada, a prova testemunhal é dotada de fragilidades visto que se baseia em um atributo humano falho, a memória.

É necessário examinar o processo penal brasileiro, onde é atestado que a busca pela verdade é um resquício do sistema inquisitorial que se caracterizava pela busca incessante pela verdade em detrimento de qualquer garantia individual. Em contrapartida, o sistema acusatório não reconhece a verdade real como um princípio do processo e, sim, a verdade formal que é aquela em que se utilizava as formalidades processuais com a finalidade de alcançar o livre convencimento do magistrado.

A prova testemunhal, como principal meio utilizado no processo penal, ganha destaque como fundamento notável do magistrado para estabelecer os fatos em questão. Contudo, esta forma de evidência é suscetível a distorções, influências externas e imprecisões inerentes à capacidade humana de recordar, pois compreende-se que a memória humana é maleável e está a todo instante suscetível a erros.

Nesse contexto, observa-se que as memórias são extremamente complexas e detém diversas características basilares para compreender o seu funcionamento. As etapas do processo de tradução entre a realidade fática do que foi vivenciado pelo indivíduo para a formação/consolidação da memória traz os processos de aquisição, consolidação e evocação. Em tais processos, ficou claro que diferentes fatores como as emoções e/ou a influência de informações inverídicas, ocasionam a falha da percepção daquela experiência que mais tarde será consolidada em memórias, podendo ser dotadas de veracidade ou fadada a lacunas conhecidas, comumente, como falhas. Por fim, introduz-se também os diversos tipos de memórias e seu funcionamento, tornando o assunto ainda mais complexo, fazendo com que seja necessária uma abordagem estritamente técnica para com as testemunhas, compreendendo todo o profundo sistema no tratamento das memórias.

Assim, a entrevista cognitiva é entendida como uma abordagem promissora para mitigar as fragilidades da memória na produção de provas testemunhais. As estratégias que respeitam os processos naturais de evocação das memórias corroboradas com as técnicas da neurociência e da psicologia, visam aprimorar a qualidade e a confiabilidade das informações fornecidas pelas testemunhas. Contudo, há de se considerar a falta de celeridade em tal modalidade, visto que no ordenamento jurídico brasileiro, a celeridade já é um empecilho para o Poder Judiciário. Ainda assim, a implementação desse método pode representar um avanço significativo na coleta de evidências, contribuindo para o melhor convencimento do juiz e, também, revigorando a busca pela verdade formal no processo penal.

Portanto, a compreensão da falibilidade da memória humana é primordial para um processo penal brasileiro mais justo e coerente com seus institutos. A valorização da verdade real não deve prevalecer no processo penal, logo, ao buscar o livre convencimento do magistrado não se deve ignorar as limitações inerentes à mente humana. A incorporação da entrevista cognitiva como ferramenta de aprimoramento da prova testemunhal é um passo fundamental na direção de um sistema mais robusto, capaz de equilibrar a busca pela verdade formal com o respeito pelos direitos e garantias individuais. Espera-se que esta pesquisa contribua para o enriquecimento do debate acadêmico e para a reflexão sobre práticas aprimoradas no cenário jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFIAS

ALTOÉ, R.; AVILA, G. N. DE. **Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 255, 12 jul. 2017.

ALTOÉ, Rafael; AVILA, G. N. DE. **Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal**. Revista Opinião Jurídica (Fortaleza), v. 15, n. 20, p. 255, 12 jul. 2017.

ANDRADE MOREIRA, Rômulo de. **O processo penal como instrumento de democracia**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/6301/o-processo-penal-como-instrumento-de-democracia>. Acesso em: 27 de outubro de 2023.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed., Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal**. 15. ed. – Rio de Janeiro: Método, 2023.

BADDELEY, A. D.; Anderson, M. C.; EYSENCK, M. W. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BADDELEY, Alan et al. **Memória**. São Paulo: Artmed, 2010.

BARABAX, A. P.; VIDAL, N. **A fiabilidade das provas dependentes da memória: uma análise no direito processual penal brasileiro**. Academia de Direito, [S. l.], v. 4, p. 1264–1286, 2022. DOI: 10.24302/acaddir.v4.3933. Disponível em: <http://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3933>. Acesso em: 05 de novembro de 2023.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1959, V.I.

BITTAR, Eduardo C. B. **História do Direito Brasileiro: Leituras da Ordem Jurídica Nacional**. São Paulo: Atlas, 2003.

BRAGA, M. S. N.; SILVA, E. Z. M. da. Psicologia do Testemunho: dos Primórdios à Atualidade. **Revista Internacional Consinter de Direito**, Paraná, Brasil, v. 7, n. 13, p. 225–246, 2021. Disponível em: <https://revistaconsinter.com/index.php/ojs/article/view/72>. Acesso em: 03 de novembro de 2023.

BRASIL. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. 104p. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 de novembro de 2023.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 24 de setembro de 2023.

BRASIL. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 de outubro 2023.

BRASIL. **Lei Nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 25 de setembro de 2023.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 17 jan. 1973. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869.htm. Acesso em: 02 de novembro de 2023.

CAMPOS JÚNIOR, Maurício de Oliveira: **A prova testemunhal no processo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-21/campos-junior-prova-testemunhal-processo-penal/>. Acesso em: 30 de outubro de 2023.

CAPEZ, Fernando. **Sistema acusatório e garantias do processo penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-out-07/controversias-juridicas-sistema-acusatorio-garantias-processo-penal/>. Acesso em: 25 de outubro de 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Ainda sobre a prova ilícita e a responsabilidade pelo abuso de autoridade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mar-12/limite-penal-ainda-prova-ilicita-responsabilidade-abuso-autoridade/>. Acesso em: 20 de outubro de 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. **In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal/>. Acesso em: 12 de novembro de 2023.

DA MOTA, Thalís Santos. **Sistemas processuais penais**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2023-abr-25/thalis-santos-mota-sistemas-processuais-penais2/>. Acesso em: 28 de outubro de 2023.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

falsas memórias e mentiras. São Paulo: Almedina, 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S. l.], v. 4, n. 1, p. 149–182, 2018.

Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/131>. Acesso em: 31 de outubro de 2023.

FLORIAN, Eugenio. **Elementos de Derecho Procesal Penal**. Trad. Leonardo Prieto-Castro, Madrid: Bosch, 1934.

GRUBBA, Leilane Serratine. **A verdade no processo penal: (im)possibilidades**. Revista do Direito Público, Londrina, v. 12, n. 1, p.266-286, 2017.

GUARAGNI, Fábio André; TANAKA, Carolline Mayumi. **FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL: A INCIDÊNCIA DE FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL**. Revista Juridica, [S.l.], v. 2, n. 59, p. 181 - 209, abr. 2020. ISSN 2316-753X. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/4086>. Acesso em: 12 de novembro de 2023.

IZQUIERDO, Ivan. **A arte de esquecer: cérebro e memória**. 2.ed. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2010.

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

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

JUNQUEIRA, M. C.; DE MORAES, A. C. O MITO DA VERDADE REAL. **Jornal Eletrônico Faculdades Integradas Vianna Júnior**, [S. l.], v. 8, n. 1, p. 12, 2019. Disponível em: <https://www.jornaleletronicofivj.com.br/jefvj/article/view/443>. Acesso em: 27 de outubro de 2023.

KAGUEIAMA, Paula Thieme. **Prova testemunhal no processo penal: um estudo sobre falsas memórias e mentiras**. São Paulo: Almedina, 2021.

LARNER, A. J. **Neuropsychological neurology: the neurocognitive impairments of neurological disorders**. Cambridge: University Press, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. Ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. C. L. L. **A Instrumentalidade Garantista do Processo Penal**. repositorio.pucrs.br, 2001.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual e a sua Conformidade Constitucional**. v. I. 8ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

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

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

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 8. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

LOPES JUNIOR, Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depender-dela>. Acesso em 06 de novembro.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em matéria criminal**. Campinas: Bookseller, 1996.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de derecho penal**. Buenos Aires: Ed. Juridicas Europa-America, 1951.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Para você que acredita em verdade real, um abraço.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-16/limite-penal-voce-acredita-verdade-real-abraco>. Acesso em: 21 de outubro de 2023.

MOURÃO JÚNIOR, C.A. and Faria, N.C. (2015). **Memória, Psicologia: Reflexão e Crítica.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/prc/a/kpHrP364B3x94KcHpCkVkQM/?lang=pt>. Acesso em: 05 de novembro de 2023.

MOURÃO JÚNIOR, Carlos Alberto; FARIA, Nicole Costa. **Memória. Psicologia: Reflexão e Crítica**, v. 28, n. 4, p. 780–788, 1 dez. 2015.

NEUFELD, C. B.; BRUST, P. G.; STEIN, L. M. **O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?** *Psicologia em Estudo*, v. 13, p. 539–547, 1 set. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal.** 13. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

OLIVEIRA, Alcyr Alves et al. **Memória: cognição e comportamento.** São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007.

OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **A atuação do julgador no processo penal constitucional: o juiz de garantias como um redutor de danos da fase de investigação preliminar.** 2013. 25 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2013.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal.** 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

PERACIO SILVEIRA, I. A falibilidade da memória humana e as provas testemunhais: como a produção de falsas memórias pode impactar o Processo Penal. **Revista Vianna Sapiens**, [S. l.], v. 13, n. 1, p. 18, 2022. Disponível em: <https://viannasapiens.com.br/revista/article/view/847>. Acesso em: 03 de novembro de 2023.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, MILNITSKY, Lilian. **Entrevista cognitiva e terapia cognitivo comportamental: do âmbito forense à clínica**. Rev.bras.ter.cogn., Rio de Janeiro , v. 1, n. 2, p. 11-20, dez. 2005. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S180856872005000200002. Acesso em 07 de novembro 2023.

PINHO. Ana Cláudia. **Garantismo penal, Ferrajoli por Ferrajoli**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli/#_ftn1>. Acesso em: 25 de outubro de. 2023.

RAMOS, V. DE P. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. bdjur.stj.jus.br, 2022.

RITTER, Ruiz. *et al.* **Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3833, 29 dez. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 25 de outubro de 2023.

SERRETTI, André Pedrolí. **A Teoria do Garantismo Penal e a Constituição da República: Um Estudo sobre a Legitimidade da Tutela Penal Estatal**. Revista Jurídica da Presidência, v. 12, n. 97, p. 228, 30 set. 2010.

SILVA, A. P. P. D.; SANTIAGO, N. E. A. **Defesa Efetiva, Garantismo e Eficiência no Processo Penal: o Que o Supremo Tribunal Federal Tem a Ver com Isso?** Direito Público, [S. l.], v. 8, n. 40, 2013. Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1942>. Acesso em: 26 de outubro de 2023.

SILVA; STUART, M. **Psicologia do Testemunho: dos Primórdios à Atualidade**. Revista internacional Consinter de direito, v. 13, n. 13, p. 225–246, 21 dez. 2021.

STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B. **Falsas Memórias: Porque Lembramos De Coisas Que Não Aconteceram?** Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR, [S. l.], v. 5, n. 2, 2008. Disponível em: <https://ojs.revistasunipar.com.br/index.php/saude/article/view/1124>. Acesso em: 02 de novembro de 2023.

STJ, **AgRg no AREsp 1.664.028/PR**, DJ 02.06.2020. No mesmo sentido: “Não existe qualquer disposição legal no sentido de que é necessária a anuência da defesa e dos jurados quanto à desistência das testemunhas arroladas pela acusação” (STJ, HC 411.833/SP, DJ 06.06.2018).

STRECK, Lênio Luiz. **As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TARUFFO, Michele. **A prova**. Trad. João Gabriel Couto. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do Injusto Penal**. 4.ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

TULVING, E. **Episodic Memory: From Mind to Brain**. Annual review of psychology, v. 53, n. 1, p. 1–25, 2002

VIANA, Márcio Túlio. **Aspectos curiosos da prova testemunhal: sobre verdades, mentiras e enganos**. Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região, Belo Horizonte, v. 48, n. 78, p. 123-156, jul./dez. 2008.

YARMEY, Daniel, **Depoimentos de testemunhas oculares e auriculares**. in FONSECA, António, C., SIMÕES et al., org. Psicologia forense, Coimbra, Almedina, 2006.