

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

A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

IGOR MARTIM DE ALBUQUERQUE

Rio de Janeiro
2018/1

IGOR MARTIM DE ALBUQUERQUE

A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de 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 Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Rio de Janeiro
2018/1

CIP - Catalogação na Publicação

A345i Albuquerque, Igor Martim de
A influência das Falsas Memórias no Processo Penal / Igor Martim de Albuquerque. -- Rio de Janeiro, 2018.
127 f.

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. Falsas Memórias. 2. Prova testemunhal . 3. Reconhecimento de pessoas. I. Gonçalves, Rodrigo Machado, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

IGOR MARTIM DE ALBUQUERQUE

A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito de 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 Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Data da Aprovação: __/__/____

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018/1

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do conceito de falsas memórias e sua influência no Processo Penal brasileiro. Será feita uma análise da teoria da prova penal, com foco no reconhecimento de pessoas e na prova oral, meios de provas que, por suas naturezas, são dependentes da memória. Pelo caminho da interdisciplinaridade, será estudado o processo de formação das memórias, com foco no fenômeno das falsas memórias. O estudo do fenômeno é de extrema importância, em virtude dos riscos de contaminações da memória, em razão da suscetibilidade das lembranças a interferências internas e externas nos momentos de sua formação e de sua evocação. O fenômeno das falsas memórias pode incidir tanto na fase pré-processual, quanto na fase processual, dando margem à contaminação das provas orais e dos reconhecimentos de pessoas. Objetiva-se, portanto, apontar métodos para relativizar sua influência no âmbito do Direito Processual Penal.

PALAVRAS-CHAVE

Processo Penal; Prova Penal; Prova Testemunhal; reconhecimento de pessoas; processo mnemônico; Falsas Memórias;

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the concept of false memories and its influence on Brazilian Criminal Law. A study will be conducted about the Brazilian Theory of Evidence, focusing on the defendant's identification and oral evidence presented in court, both of which heavily depend on memory. In the manners of interdisciplinary methods, the memory formation process will be examined, emphasizing the false memories phenomenon. This specific approach is highly important, since there are risks due to memory susceptibility to interferences in its own remembering process. The false memories phenomenon may equally compromise the police investigative work as well as the lawsuit, by causing evidence contamination, specially of the types above referred. Therefore, the goal of this paper is to point methods to diminish its influence over criminal procedure law.

KEYWORDS

Criminal Law; Evidence; Defendant's Identification; Oral Evidence; mnemonic process; False memories

DADOS PESSOAIS

Igor Martin de Albuquerque

DRE: 112093379

Telefone: (21) 2260-4542

Celular: (21) 99221-7342

E-mail: igormartin@gmail.com

Ed: Rua Miraluz, 26, Higienópolis – RJ

CEP: 21061-040

Turno: Integral

Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO 1 – A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 E O SISTEMA PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO	
1.1 A opção política de 1988.....	15
1.2 Os elementos jurídicos de sustentabilidade democrática: sistemas e princípios.....	28
1.3 Características do sistema processual Acusatório.....	33
1.4 A compreensão do “Devido Processo Legal Democrático”.....	41
1.4.2 Metajuridicidade aplicável – O estudo da memória humana para a reconstrução histórica dos fatos.....	50
CAPÍTULO 2 – TEORIA DA PROVA	
2.1 Conceito e função da prova.....	55
2.2 Sistemas Processuais Penais.....	57
2.3 Principiologia da prova.....	59
2.3.1 Estado de inocência.....	59
2.3.2 Contraditório e ampla defesa.....	61
2.3.3 Livre convencimento motivado.....	63
2.3.4 Publicidade.....	64
2.3.5 Princípio da vedação à prova ilícita.....	66
2.3.5.1 Prova ilícita por derivação e as teorias da fonte independente e descoberta inevitável.....	70
2.3.6 Princípio da “verdade real”	73
2.3.7 Princípio da “verdade processual”	75
2.3.7.1 Desconstruindo o mito da verdade.....	77
2.4 Prova em espécie: A prova oral e o reconhecimento de pessoas.....	80
2.4.1 Prova testemunhal.....	81
2.4.2 Reconhecimento de pessoas.....	87

CAPÍTULO 3 – AS FALSAS MEMÓRIAS COMO CONSEQUÊNCIA DA PERCEPÇÃO HUMANA E SUA NECESSÁRIA CARACTERIZAÇÃO COMO PREMISSA EPISTÊMICA DA TEORIA DA PROVA

3.1 O estudo da memória humana.....	90
3.2 Compreendendo o fenômeno das falsas memórias.....	93
3.2.1 Histórico dos estudos das falsas memórias.....	96
3.3 Teorias explicativas das falsas memórias.....	98
3.3.1 Paradigma construtivista	99
3.3.2 Teoria do monitoramento da fonte	101
3.3.3 Teoria do traço difuso	102
3.4 Processo Penal e falsas memórias: os riscos da contaminação da prova oral.....	104
3.4.1 O reconhecimento de pessoas sob a ótica das falsas memórias.....	108
3.4.1.2 Reconhecimento por fotografias e a teoria do efeito compromisso.....	112
3.5 Métodos de prevenção das falsas memórias.....	115
3.5.1 Métodos de redução de danos na prova oral e a técnica da entrevista cognitiva.....	117
3.5.2 O reconhecimento sequencial de pessoas.....	122
CONCLUSÃO	126
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	129

INTRODUÇÃO

O processo penal funciona como um ritual destinado a formar o convencimento do julgador por meio da reconstrução aproximativa de um fato histórico. Essa tentativa de reconstrução do passado é feita através das provas. Nesta conjuntura, utilizando-se das provas, o processo traz condições para que o juiz faça uma análise da narrativa contida na peça acusatória e, por meio de sua atividade intelectual, possa formar sua convicção para proferir uma sentença condenatória ou absolutória. De acordo com as lições do professor Tourinho Filho:

“o objetivo ou finalidade da prova é formar a convicção do Juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o litígio, precisa o Juiz ficar conhecendo a existência do fato sobre o qual versa a lide. Pois bem: a finalidade da prova é tornar aquele fato conhecido do Juiz, convencendo-o da sua existência. As partes, com as provas produzidas, procuram convencer o Juiz de que os fatos existiram, ou não, ou, então, de que ocorreram desta ou daquela forma.”¹

Neste sentido, em razão da atual conjectura do sistema judiciário, importa evidenciar que a prova testemunhal figura como o principal meio de prova no processo criminal, em virtude da ausência de estrutura técnica e pelas restrições da nossa polícia judiciária na produção de outros meios de prova, como, a título exemplificativo, as provas periciais. Por consequência, a prova testemunhal ganha notoriedade por ser utilizada como sustentáculo para os argumentos da maioria das sentenças proferidas no País.

Por ser o meio de prova mais utilizado no Processo Penal Brasileiro, em consequência da sua acessibilidade, a prova testemunhal necessita de precauções e cautelas, tanto na sua colheita, quanto na sua valoração. Tal cuidado se faz necessário em razão da própria natureza da prova oral, a qual se atrela necessariamente à memória humana.

Sob esta ótica, as testemunhas, bem como as vítimas, utilizam-se das suas recordações para contribuírem na reconstrução do fato histórico. Essa função de retrospecto traz um papel

¹ FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999. 3º Vol., pág. 220.

fundamental para memória no processo. É inegável, porém, que a confiabilidade da memória vem sendo contestada em diversos estudos da psicologia cognitiva. Pesquisas recentes apontam que o processo de formação da memória, chamado de processo mnemônico, é naturalmente vulnerável à falha, o que pode comprometer a obtenção, o armazenamento e a recuperação das lembranças.

A memória pode ser conceituada como o conjunto de artifícios psíquicos encarregados pelo armazenamento das experiências vividas pelo indivíduo, possibilitando sua fixação, conservação e posterior recordação. São, portanto, um complexo mecanismo de arquivo e recuperação de informações.

O processo de construção das memórias é chamado de processo mnemônico. A princípio, diferentemente do que o senso comum pode imaginar, a memória não é fixa e imutável. Sua aquisição e fixação não ocorrem por meio de filmes, áudios ou imagens.² De acordo com António Damásio:

“O cérebro não arquiva fotografias *Polaroid* de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas da nossa vida; nem retém cartões com ‘deixas’ ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida.”³

A memória é bastante maleável, podendo ser modificada por fatores internos ou externos. A propósito destas afirmações, podemos compreender o processo mnemônico como dividido em três partes: aquisição, retenção e recordação. A aquisição refere-se ao momento da percepção do fato e do aprendizado da informação nova. A retenção, por sua vez, envolve o armazenamento das informações. Aqui, os dados adquiridos são codificados para uma linguagem mais acessível e mais fácil de consolidar na memória. Por último, temos a recordação, que se expressa na evocação da memória do local onde está armazenada.

2 QUECUTY, Maria Luiza Alonso. *Psicologia y Testimonio. In: Fundamentos de La Psicología Jurídica*. Madrid: Psicología Piramide, 1998, p. 172.

3 DAMÁSIO. Antonio R. *O erro de Descartes emoção, razão e cérebro humano*. Ed. Companhia das letras. 1996. Pág. 118. Disponível em <http://anakarkow.pbworks.com/w/file/etch/113230870/O%20erro%20de%20Descartes%20emocao%2C%20ra%20-%20Antonio%20R.%20Damasio.pdf> acesso em 29/05/2018.

Com efeito, o processo de cognição e de formação das memórias é suscetível a diversas falhas, podendo dar azo à criação de falsas memórias através de erros em determinada parte do processo.

“portanto, a mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida, uma vez que é a partir dela que nós construímos como indivíduos, sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, apresenta erros e distorções que podem mudar o curso de nossas ações e reações, e até mesmo ter implicações sobre a vida de outras pessoas”.⁴

As falsas memórias são frutos do funcionamento normal da nossa memória e estão frequentemente no nosso cotidiano. Não são consideradas como patologia, como mau funcionamento da mente humana. Pelo contrário, as falsas memórias possuem as mesmas bases cognitivas e neurofisiológicas das memórias verdadeiras. A diferença entre elas é que as falsas memórias consistem na lembrança de fatos e informações que não ocorreram na realidade.

Não obstante o fato das falsas memórias transparecerem inofensividade no cotidiano, no cenário jurídico elas trazem uma periculosidade profunda. Seja na seara do direito penal, como na do direito civil, a prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas podem ter como base uma memória falsa, trazendo insegurança processual e o risco de sentenças injustas.

Sob tal enfoque, em razão da complexidade do tema e da ausência de conhecimento sobre o funcionamento da memória pela grande maioria dos juristas do país, torna-se imprescindível o debate e estudo sobre o processo cognitivo, com o fito de buscarmos soluções e métodos que afastem a incidência de erros mnemônicos, trazendo maior confiabilidade para o processo.

Desta feita, aborda-se no primeiro capítulo a transição do período ditatorial, onde o processo penal possuía um viés completamente autoritário e inquisitório, para a democracia. Com isso, o enfoque do estudo é a escolha do Estado Democrático de Direito como modelo político, com a valorização dos direitos e garantias fundamentais como elementos chaves do sistema político.

4 STEIN, Lilian Milnistky Stein; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica. Capítulo 1: Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. Ed. Artmed. 2010. Pág. 22.

Ainda no capítulo primeiro, traça-se um estudo dos sistemas processuais penais, explicitando as diferenças práticas entre o sistema informado pelo princípio inquisitivo e àquele informado pelo princípio acusatório, para entendermos a escolha, mesmo que implícita, do princípio acusatório como princípio regente do sistema processual penal brasileiro. Serão apontadas, aqui, as discussões sobre a consideração dos sistemas processuais como modelos históricos, sem correspondentes na atualidade, seguindo a concepção que defende a existência de sistemas processuais mistos, ou seja, informados por um princípio, mas com resquícios do outro.

Abordar-se-á a compreensão do princípio do Devido Processo Legal, como princípio regente de todo o processo, alertando para sua importância como ferramenta de limite da atuação estatal e de garantia dos direitos individuais. Nessa linha de raciocínio, a discussão acerca da problemática da cultura emergencial será apontada, com sua característica de produção legislativa, no sentido do aumento da política punitivista, com o recrudescimento do direito penal e mitigação dos direitos e garantias individuais.

Após essa abordagem introdutória, com objetivo de delimitar o tema a ser discutido, será posto em pauta a importância de um processo penal material, que cumpra seu objetivo de garantir o respeito aos valores consagrados no rol de direitos fundamentais da Constituição, além de assegurar a prestação jurisdicional democrática do Estado.

A ideia principal do presente trabalho é apontar que o estudo das memórias humanas é de extrema importância para que os princípios bases do sistema processual acusatório sejam respeitados. Neste diapasão, será apontada a necessidade de transformar o estudo em um dos requisitos do Devido Processo Legal Democrático, para que haja a caracterização da pesquisa das falsas memórias como premissa epistêmica da teoria da prova. Para tal, torna-se necessária uma análise, pelo viés interdisciplinar, utilizando-se de teorias e conceitos da psicologia cognitiva para que possamos superar toda a complexidade do tema.

No segundo capítulo, faz-se necessário um estudo aprofundado da teoria da prova, trazendo questões históricas, conceituações, funções e sua principiologia. Em seguida, entrar-se-á no estudo das provas em espécie, com foco na análise da prova testemunhal e no reconhecimento de pessoas. Essa abordagem da teoria da prova é de suma importância,

mormente por trazer a compreensão do protagonismo da prova testemunhal e do reconhecimento de pessoas no processo penal.

No terceiro capítulo, por sua vez, a pretensão é de realizar um exame minucioso do processo mnemônico e os seus possíveis reflexos no âmbito do Direito Processual Penal, com foco, especialmente, na prova testemunhal e no reconhecimento de pessoas. Será elucidado o estudo da memória examinando as origens históricas dos estudos, suas conceituações, classificações e compreensão do seu processo cognitivo, com o fito de desvendarmos sua falibilidade. O estudo seguirá apontando a conceituação das falsas memórias, bem como suas principais teorias explicativas.

Decerto que o tema ganha profunda relevância em tempos de crise do constitucionalismo. A discussão, de fato, merece um estudo aprofundado que destrinche o conceito de falsas memórias e aponte sua influência no meio jurídico. Os estudos sobre o tema são recentes, complexos e de suma importância para o Processo Penal, haja vista o protagonismo da memória no que tange à prova testemunhal e no reconhecimento de pessoas.

Neste sentido, é preciso que seus operadores possuam conhecimento e preparo, para que possam se valer de mecanismos paliativos para afrontar a problemática e entender que o estudo da memória é fundamental para que os princípios acusatoriais sejam observados.

1.1 – A opção política de 1988

Analisando a história político-constitucional brasileira, é possível auferir que as Assembleias Nacionais Constituintes surgiram como reflexos de momentos de grandes crises e de tensões políticas. As constituintes são convocadas, geralmente, para que a conjuntura política em descrédito seja alterada ou abolida, visando corresponder às aspirações de estabilidade política e institucional.

Para que se possa compreender a opção política de 1988, faz-se necessário, primeiramente, um estudo do cenário político que culminou com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1987, bem como todo um exame do processo de deliberação e de tomadas de decisões da constituinte.

Em março de 1964 foi estabelecida no Brasil, por meio de um golpe, uma ditadura militar que governou até o final da década de 1980. A decisão dos militares de intervir no governo ocorreu em razão de diversas determinações históricas acumuladas no período que sucedeu o mandato presidencial de Getúlio Vargas.

O período posterior ao suicídio do Presidente Getúlio Vargas foi marcado por sucessões presidenciais e grande instabilidade econômica e política. Como heranças do governo de Juscelino Kubitschek, o presidente Jânio Quadros enfrentou uma forte crise econômica, caracterizada pelo aumento da dívida externa do país e da inflação. Em razão da crise e da ausência de um plano sólido para superá-la, Jânio Quadros perdeu sua popularidade e, após um governo de sete meses, resolveu renunciar seu mandato de presidente da república, temendo um golpe.

Com a renúncia e a consequente vacância do cargo de presidente, assumiu o vice-presidente João Goulart, o qual tinha explicitamente ideologia política voltada às massas, pretendendo instaurar reformas de base, com destaque para a reforma agrária, o que na época era visto como uma ameaça pelos partidos mais conservadores e pelos militares.

Ilustrando com maestria o período sob análise, a historiadora Aline Presot, em seu artigo publicado no livro “A Construção Social dos regimes autoritário” assentou:

Nos primeiros anos da década de 1960, o país viveu um momento de efervescência política e cultural dos mais marcantes. As aspirações por mudança social e a ideia de “revolução”, não apenas na política e nas instituições como na cultura, nos costumes e nas expressões artísticas, ganhavam novos sentidos e tonalidades mais fortes. Mas eram também tempos de guerra fria, em que imagens valorizadas do ideário “ocidental e cristão” foram se reconstruindo e se difundindo, especialmente por meio de certos grupos ou instituições que se mostravam, em diferentes graus e segundo interesses também diversos, cada vez mais preocupados com o “Perigo Comunista”, que se lhes afigurava mais próximo desde a Revolução Cubana, em 1959, e a opção por um governo socialista naquele país, em 1961. Nesse mesmo ano, após a renúncia de Jânio Quadros, a posse do nacionalista João Goulart na presidência foi recebida com grande alarmismo. Sua herança política e suas ligações com os sindicatos faziam com que fosse tido, por determinados estratos do conservadorismo político, por “esquerdista”. A partir daquele momento, o país atravessaria uma das fases de mais agudo anticomunismo na história do século XX.⁵

Diante da forte instabilidade política e do receio à “ameaça” representada pelo governo de João Goulart, os militares intervieram no poder em abril de 1964. O período marcado pelo regime militar foi caracterizado por um estado autoritário que utilizava de práticas como a censura às grandes mídias e às artes, fechamento e limitações de atuação dos partidos políticos, tortura, perseguições políticas e execuções para controlar a oposição. Foi um regime totalitário onde as garantias individuais foram ignoradas e desrespeitadas.

Em que pese o forte autoritarismo, o regime militar brasileiro possuía uma peculiaridade que o diferenciava das demais ditaduras latino-americanas. Apesar de o país ser governado e dirigido pelas forças armadas, os mecanismos institucionais de uma democracia representativa foram mantidos. O Congresso Nacional e o Poder Judiciário permaneceram operantes, mas com grandes restrições de suas prerrogativas. Foram mantidas as eleições periódicas, com diversos artifícios de controle e a alternância de Presidentes da República.

Em apertada síntese, foi um modelo ditatorial que possuía, majoritariamente, características de um governo militar autoritário, não obstante a existência de sinais próprios de uma democracia representativa. Essa particularidade do modelo, aliada ao fracasso de algumas

5 PRESOT, Aline. Celebrando a "Revolução": as marchas da família com Deus pela liberdade e o golpe de 64. In **A construção social dos regimes autoritários**. Editora Civilização Brasileira, 2011. Pág. 72.

políticas econômicas, trouxe forte instabilidade política e diversas disputas pelo poder. Em razão dessas disputas, a repressão era constante. O cúmulo da repressão se deu com a instauração do ato institucional nº 5, em 1968.

O ato institucional nº 5 durou aproximadamente dez anos e trouxe previsões extremamente autoritárias. Com a instauração do ato, o poder executivo passou a possuir a prerrogativa de supressão dos Poderes Legislativo e Judiciário. Durante o período de vigência do ato institucional era permitido ao Poder Executivo decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras dos Vereadores, passando a exercer as atribuições constitucionais do legislativo.⁶ O presidente da república passou a ter a possibilidade de decretar a intervenção dos Estados e dos Municípios sem as limitações constitucionais⁷, passou a ter o poder de cassar os direitos políticos de quaisquer cidadãos e parlamentares.⁸ Foi suspensa, outrossim, a garantia do Habeas Corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional e a ordem econômica.⁹

Não obstante o período de intensa repressão à oposição, o governo militar adotou uma política de transição democrática. Essa política teve início no governo do presidente Ernesto Geisel, em 1974, e durou aproximadamente onze anos para que a presidência da república retornasse para as mãos da sociedade civil. Apesar dos movimentos de oposição, que se

6 Art. 2º - O Presidente da República poderá decretar o recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores, por Ato Complementar, em estado de sítio ou fora dele, só voltando os mesmos a funcionar quando convocados pelo Presidente da República. § 1º - Decretado o recesso parlamentar, o Poder Executivo correspondente fica autorizado a legislar em todas as matérias e exercer as atribuições previstas nas Constituições ou na Lei Orgânica dos Municípios. § 2º - Durante o período de recesso, os Senadores, os Deputados federais, estaduais e os Vereadores só perceberão a parte fixa de seus subsídios. § 3º - Em caso de recesso da Câmara Municipal, a fiscalização financeira e orçamentária dos Municípios que não possuam Tribunal de Contas, será exercida pelo do respectivo Estado, estendendo sua ação às funções de auditoria, julgamento das contas dos administradores e demais responsáveis por bens e valores públicos. **Ato Institucional nº 5, de 1968.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 19/06/2018.

7 Art. 3º - O Presidente da República, no interesse nacional, poderá decretar a intervenção nos Estados e Municípios, sem as limitações previstas na Constituição. Parágrafo único - Os interventores nos Estados e Municípios serão nomeados pelo Presidente da República e exercerão todas as funções e atribuições que caibam, respectivamente, aos Governadores ou Prefeitos, e gozarão das prerrogativas, vencimentos e vantagens fixados em lei. **Ato Institucional nº 5, de 1968.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 19/06/2018.

8 Art. 4º - No interesse de preservar a revolução, o Presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, e sem as limitações previstas na constituição, poderá suspender os direitos políticos de quaisquer cidadãos pelo prazo de 10 anos e cassar mandatos eletivos federais, estaduais e municipais. **Ato Institucional nº 5, de 1968.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 19/06/2018.

9 Art. 10º - Fica suspensa a garantia de habeas corpus, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, a ordem econômica e social e a economia popular. **Ato Institucional nº 5, de 1968.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ait/ait-05-68.htm>. Acesso em 19/06/2018.

mobilizavam em diversas manifestações, inclusive, por meio de grupos armados, o movimento foi orquestrado e gerido pelos militares.

Meses após assumir a Presidência da República, Geisel apresentou um plano de distensão “lenta, gradual e segura” do regime militar, o que significava maior diálogo com a sociedade civil e com as forças opositoras. Esse plano é fruto do objetivo do grupo político representado por Geisel de garantir maior estabilidade político-institucional para o regime e de restabelecer a ordem interna nas forças armadas.

A ideia era, inicialmente, trazer respaldo legal ao governo militar para superar as diversas crises políticas enfrentadas pelo regime e, por consequência, trazer maior segurança institucional. D’araujo, Castro e Soares ilustram bem o tema na seguinte passagem de sua obra:

“Por sua vez, a institucionalização – a elaboração e implementação de processos e instituições coerentes que permitam ao regime autoritário funcionar sem crises contínuas – não é condição necessária para que um regime autoritário dure. No Brasil, o regime não estava institucionalizado e, não obstante, foi “durando”. No início da década de 70, após vários anos de poder militar, começou-se a falar seriamente em institucionalizar o regime. Em verdade, algumas destas iniciativas partiram de políticos interessados em diminuir a arbitrariedade do sistema. No pensamento deles, um regime com regras autoritárias seria preferível a um completamente arbitrário”¹⁰

Além da busca pela institucionalização, era preciso resgatar o sentimento de unidade militar e reestruturar a organização hierárquica nas forças armadas. Com o golpe militar de 1964 e o protagonismo dos militares na cúpula do governo federal, diversas disputas de poder surgiram nas forças armadas. As linhas ideológicas conflitantes dentro dos quartéis levaram à quebra da unidade militar, originando facções que buscavam o controle do poder político.

A solução encontrada por Geisel para restabelecer a organização e a hierarquia nas instituições militares, foi afastar as forças armadas do comando político, paulatinamente, centralizando o poder político na cúpula do poder executivo. Sendo assim, Geisel concentrou

10 D’araujo, Maria Celina. Castro, Celso. Soares, Gláucio Ary Dillon. **A volta aos quartéis: a memória militar sobre abertura**. Editora Relume Dumará, 1995. Pág. 25

na figura do presidente as decisões sobre cassações, prisões e eleições, com o fito diminuir a força política do grupo militar opositor, conhecido como Linha Dura.

Como dito alhures, o objetivo de Geisel não era a redemocratização. A ideia era tornar o regime menos conservador e legitimar um modelo mais liberal. Nesse sentido, através da emenda constitucional número 11 de 1978, a censura foi parcialmente abolida e todos os atos institucionais foram revogados, inclusive o AI-5, ressuscitando diversas garantias individuais antes assassinadas, como, por exemplo, o direito à impetração de habeas corpus.

Decerto que as medidas liberalizantes adotadas, em comunhão com os resultados das eleições legislativas de 1974, 1976 e de 1978, onde o partido de oposição garantiu uma significativa vitória, fortaleceram os movimentos oposicionistas. O regime militar adotou no Brasil o bipartidarismo. Os dois partidos que protagonizavam a cena política no Brasil eram o Movimento Democrático Brasileiro, com sigla MDB e a Aliança Renovadora Nacional, conhecida como ARENA. Em apertada síntese, o MDB era o partido de oposição criado pelos militares para figurar como oposição de “fachada” e a ARENA, que era o partido de apoiadores do governo.

A partir de 1974, onde as eleições legislativas foram valorizadas por Geisel, em sinal do cumprimento do seu projeto de “distensão lenta, gradual e segura”, podemos perceber um grande desenvolvimento do partido MDB, em virtude da diminuição dos votos nulos e brancos. As vitórias nas eleições e o crescimento do apoio popular transformaram o MDB em uma verdadeira oposição.

“(…) não há dúvidas de que houve um crescimento desse partido, mas a questão é saber por que razões isso ocorreu, uma vez que os dados indicam um crescimento do MDB muito superior ao decréscimo da Arena. Um estudo sugere que o decréscimo da Arena nestas eleições se ajusta bem ao decréscimo histórico dos partidos conservadores, baseado na mudança na composição sócio-econômica do eleitorado. O segredo desta superficial impossibilidade aritmética, na qual o MDB ganhou mais do que a Arena perdeu, se encontra no decréscimo dos votos nulos e brancos, que

assinalariam a maior aceitação do MDB, um partido que foi criado *manu militari* e que se transformou em um verdadeiro partido de oposição.¹¹

O crescimento das forças opositoras, em comunhão com as ações políticas liberais adotadas pelo regime, naturalmente, gerou reações dos grupos militares mais radicais. Durante os governos de Geisel e de Figueiredo, o principal desafio enfrentado pelo regime foi controlar as forças opositoras e as diversas facções da extrema-direita-militar.

O presidente Ernesto Geisel conseguiu impor sua força política por meio de autoritarismo. O xeque-mate do presidente nas forças militares opositoras foi no momento da demissão do Ministro do exército, Sylvio Frota, em 1977. Sylvio Frota buscava suceder a Geisel na Presidência da República e era abertamente contrário ao projeto de distensão. Com a demissão do seu adversário político, Geisel conseguiu que seu candidato escolhido, João Figueiredo, assumisse a presidência, para dar continuidade ao processo de abertura política.

É importante destacar, ao mais, que as eleições legislativas influenciaram bastante no curso dos acontecimentos, levando a uma diferenciação no processo de transição para o projeto militar inicial, bem como uma aceleração no progresso do plano de abertura. Com o objetivo de frear a oposição civil, já no governo Figueiredo, em 1979, foi aprovada pelo congresso uma emenda para abolir o bipartidarismo. O plano da elite militar era fragmentar a oposição democrática e manter as bases do governo unidas para que o controle da transição fosse mantido.

Seguindo a estratégia de avanço no sentido da liberalização e de recuo dos militares do protagonismo no cenário político, foi aprovada pelo congresso a lei 6.683/79. A Lei de Anistia concedeu o perdão a todos que cometeram crimes eleitorais ou políticos e àqueles que tiveram seus direitos políticos cassados ou restritos durante o regime militar. Nesse sentido, a lei permitiu o retorno de importantes figuras políticas que estavam exiladas, possibilitando o regresso para atividade político-partidária.

11 D'araujo, Maria Celina. Castro, Celso. Soares, Gláucio Ary Dillon. **A volta aos quartéis: a memória militar sobre abertura**, Editora Relume Dumará, 1995. Pág. 27.

Destarte, com o retorno de lideranças políticas antes exiladas e com o pluripartidarismo, as eleições de 1982, marcante pelo retorno do voto direto para os cargos de governadores, e pela eleição dos políticos que votariam na sucessão presidencial de 1985, ganharam um destaque especial. Apesar do governo garantir a maioria no colégio eleitoral nas eleições de 1982, a oposição obteve um significativo avanço.

O professor e cientista político brasileiro, Basílio Sallum Jr, em seu artigo “Federação, autoritarismo e democratização”, ilustra bem o resultado das eleições de 1982, demonstrando o grande progresso da oposição, *in verbis*:

“Nas eleições de 1982, o regime militar colheu parte dos resultados do fracassado projeto de institucionalização. O governo, mesmo conservando-se majoritário no Senado, perdeu a maioria absoluta na Câmara dos Deputados, pois o PDS elegeu 235 representantes ao passo que os quatro partidos de oposição (PMDB, PDT, PTB E PT) obtiveram 244 cadeiras. Nas eleições para chefia dos governos dos 23 estados, os partidos de oposição elegeram 10 governadores (o PMDB elegeu nove e o PDT um), passando a dirigir os maiores estados, São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.¹²

Em que pese o forte avanço oposicionista, o governo militar assegurou pequena maioria no Congresso e continuou segurando as rédeas do processo de abertura política, principalmente no que tange a sucessão presidencial, conforme o esclarecimento do professor, na seguinte passagem:

É bem verdade que, mesmo assim, os responsáveis de turno pelo regime militar ainda pareciam, para grande parte dos analistas, ter o controle do sistema político e das transformações que aí ocorriam. O partido oficial podia dominar as votações conjuntas do Congresso porque sua maioria no Senado o permitia. Além disso, mesmo nas decisões em que a Câmara dos Deputados decidia isoladamente, o governo podia contar, é o que se imaginava, com o auxílio dos representantes do PTB para dar a vitória ao PDS. Por último, e isso valia mais do que tudo, o regime militar-autoritário conseguira assegurar, em princípio, sua continuidade, porque as regras eleitorais vigentes lhe davam uma maioria de 38 votos no Colégio Eleitoral responsável pela escolha do próximo presidente da República, a se realizar em janeiro de 1985. É certo que, naquele momento, contando com pequena maioria no Congresso Nacional e já

12 SALLUM JR., Basílio. Federação, autoritarismo e democratização. Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 8(2): 27-52, outubro de 1996. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/ts/v8n2/0103-2070-ts-08-02-0027.pdf>> Acesso em 10/05/2018

sem dispor dos atos institucionais, o governo militar dependia, em grande medida, para ter maioria no Colégio Eleitoral, dos representantes das assembleias legislativas dos estados que faziam parte do colegiado. Mas isso, na época, não parecia constituir problema para o comando do regime militar-autoritário, que parecia ainda ter o controle sobre o processo político e, portanto, dava por suposto o assentimento das elites regionais e dos governadores favoráveis ao regime que, em última instância, escolheriam aqueles representantes. ¹³

Neste particular, torna-se importante salientar que no início do governo Figueiredo o país enfrentava uma grave crise econômica. Serão abordados um pouco dos problemas econômicos enfrentados por Figueiredo, herança do governo de Geisel, para apontarmos a dramaticidade das eleições presidenciais de 1985.

Ainda no mandato de Geisel, mais especificamente em 1975, o governo lançou o segundo Plano Nacional de Desenvolvimento (II PND). O ambicioso projeto pretendia dar continuidade ao chamado “milagre econômico”¹⁴, preservando o crescimento anual de 10% do Produto interno bruto, além de conter os reflexos da primeira crise do petróleo, ocorrida em 1973.¹⁵

Para isso, o governo adotou uma política de estímulo à produção de insumos básicos, bens de capital e de energia, com objetivo de diminuir a dependência do Brasil do petróleo e de produtos importados. Para cumprir com o objetivo, o governo recorreu a volumosos empréstimos externos. Assim sendo, enquanto a economia do país expandia, a dívida externa alcançava patamares incalculáveis. Ao mesmo tempo, a inflação cresceu a números exponenciais.¹⁶

Muito em razão do grave problema econômico, o regime militar perdeu apoio popular, vindo a ser questionado por diversos seguimentos sociais e entrou em uma verdadeira crise

13 Idem

14 Período entre 1969 e 1973 em que o Brasil aumentou seu Produto Interno Bruto em 10% ao ano. Fonte: Fundação Getúlio Vargas - Centro de Contas Nacionais -; IBGE. Diretoria de Pesquisas. Coordenação de Contas Nacionais. Disponível em < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/.../7531a821326941965f1483c85caca11f.xls>> Acesso em 11/05/2018.

15 Os países membros da Organização dos Países Exportadores de Petróleo (OPEP) supervalorizaram o preço do petróleo, como forma de protesto ao apoio prestado pelos Estados Unidos à Israel durante a guerra do Yom Kipur.

16 De acordo com números apresentados no Jornal O GLOBO, a inflação foi de 15.57% em 1973 à 110.24% em 1980. Fonte: <<https://infograficos.oglobo.globo.com/economia/entenda-os-numeros-da-economia-no-regime-militar.html>>

política. Para elucidar o aludido, trouxemos as sábias palavras do professor do Instituto de Economia da Universidade de Campinas, José Pedro Macarini, *in verbis*:

“As frustrações nascidas do processo de implementação do II PND, somadas aos efeitos da “ciranda financeira” (denominação dada à desenfreada atividade especulativa com títulos públicos e privados) num ambiente de taxas de juros sempre em alta (no mínimo, em um patamar incompatível com a rentabilidade das aplicações produtivas), tiveram um importante desdobramento político: o empresariado passou à contestação da racionalidade e eficácia da política econômica (algo que não se observava há anos) – e, por fim, do próprio regime, com a defesa da democracia em manifestações de importantes lideranças empresariais. Configurando uma fissura na base de sustentação da ditadura, esboçava-se assim uma crise política latente de desdobramentos absolutamente incertos.¹⁷

Nesse diapasão, em razão do crescimento da força opositora após as eleições de 1982, aliada ao agravamento da crise econômica no país, os partidos políticos de oposição buscaram a votação de uma emenda, para que as eleições fossem diretas. Para que a emenda fosse aprovada, a oposição trabalhou em uma grande mobilização da população. Assim sendo, surgiu o movimento conhecido como “Diretas, Já!”, que instigou milhões de pessoas a se manifestarem em prol do fim do regime militar, em comícios por todo território nacional.

Entretanto, em virtude da maioria militar no Congresso Nacional, a emenda constitucional foi recusada. Tal fato comprova que os militares não estavam dispostos a perder o controle sobre o processo de abertura e, para que esse controle fosse mantido, era fundamental assegurar o resultado da sucessão presidencial de 1985.

Com a derrota da proposta de emenda constitucional, sobraram à oposição duas alternativas: se render às regras estabelecidas e buscar métodos para vencer as eleições indiretas ou organizar uma verdadeira revolução que proporcionasse uma ruptura geral com o regime. O

17 MACARINI, José Pedro. Crise e Política econômica: o Governo Figueiredo (1974-1984). Texto para discussão. IE/UNICAMP n.144, Junho 2008 Pág. 2-3. Disponível em <www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1774&tp=a> Acesso em 11/05/2018

Partido dos Trabalhadores foi favorável à revolução, enquanto o PMDB, que possuía lideranças mais moderadas, lançou a candidatura de Tancredo Neves para as eleições.

É importante destacar, ao mais, que muito em razão da grande mobilização pública no movimento pelas “Diretas, Já”, que reuniu milhões de pessoas nas ruas, o PDS, partido político apoiador do governo e herdeiro da antiga Arena, sofreu uma dissidência. A facção dissidente considerou que o regime estava carente de apoio popular e esgotado, resolvendo, em acordo com o PMDB, apoiar a candidatura de Tancredo, com a condição de que José Sarney fosse seu vice-presidente.

Deste modo, em 15 de janeiro de 1985, Tancredo Neves, candidato da Aliança Democrática¹⁸, obteve 480 votos contra 180 de Paulo Maluf, candidato do PDS, vencendo as eleições via indireta no colégio eleitoral à presidência da república. O resultado apontava uma grande vitória para a abertura política, tendo em vista que traria o primeiro governo civil após os vinte anos do período do regime militar. Entretanto, merece a ressalva de que a transição para o regime liberal-democrático necessitou de aprovação dos militares.

Após apresentação de seu programa para construção da “Nova República, Tancredo Neves conseguiu forte apoio popular, passando a ser visto como uma esperança para superação do caótico período de gestão governamental militar. O professor José Afonso da Silva, em sua obra “Curso de Direito Constitucional Positivo” nos traz uma passagem de um famoso discurso de Tancredo, proferido em Maceió, onde são apontadas as bases para a “Nova República”:

“A nova república pressupõe uma fase de transição, com início a 15 de março de 1985, na qual serão feitas, ‘com prudência e moderação’, as mudanças necessárias: na legislação opressiva, nas formas falsas de representação e na estrutura federal, fase que ‘se definirá pela eliminação dos resíduos autoritários’, e o que é mais importante ‘pelo início, decidido e corajoso, das transformações de cunho social, administrativo, econômico e político que requer a sociedade brasileira’. E, assim, finalmente, a Nova República ‘será iluminada pelo futuro poder constituinte, que, eleito em 1986, substituirá as malogradas instituições atuais por uma Constituição que situe o Brasil no seu tempo, prepare o Estado e a Nação para os dias de amanhã”.¹⁹

18 Coligação formada por políticos de diversos partidos, inclusive a facção dissidente do PDS, buscando a vitória nas eleições presidenciais indiretas de 1985.

19 SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. 36ª Edição, São Paulo, 2012. Pág.90

Nesse ínterim, poucos meses após as eleições presidenciais, mais especificamente na véspera de assumir o mandato presidencial, Tancredo Neves veio a sofrer de diverticulite²⁰. Devido à inflamação, o presidente ficou hospitalizado por cerca de 40 dias, passando por diversas intervenções cirúrgicas, vindo a falecer por infecção generalizada, em 21 de abril de 1985.

Com a morte de Tancredo, assumiu o vice-presidente José Sarney, nome conhecido por ser apoiador das forças autoritárias e por ser uma das principais figuras do PDS, ou seja, assumia um presidente eleito por via indireta, com fortes vínculos com os militares, representante dos dissidentes do partido do governo. É notório que o mandato presidencial já começou com fortes pressões sociais, em face da sua ausência de apoio popular.

Entretanto, apesar das fortes ligações com os setores conservadores, Sarney deu seguimento ao projeto político de Tancredo Neves, nomeando em 1985, a Comissão Especial de Estudos Constitucionais, com o fito de elaborar um anteprojeto de Constituição. Após a nomeação da comissão, enviou ao Congresso proposta de emenda constitucional, a fim de convocar a Assembleia Nacional Constituinte.

O processo de elaboração da Constituição Brasileira de 1988 foi bastante complexo. O Presidente Sarney convocou os membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal para se reunirem, em Assembleia Constituinte, estabelecendo que a promulgação da Constituição decorreria da aprovação de seu texto, após a votação, pela maioria absoluta dos membros do Congresso Constituinte, em dois turnos.

Desde o início dos debates na assembleia, as discussões foram marcadas por grande descentralização e divisão de tarefas entre os diversos grupos de parlamentares. Sendo assim, é notório observar que houve uma grande pressão, advinda da pluralidade dos congressistas, com o fito de restringir ou expandir o caráter de democratização, de acordo com seus respectivos interesses.

20 Inflamação dos divertículos, que são pequenas bolsas presentes no intestino grosso.

Assim sendo, como forma de democratizar e assegurar a participação da integralidade dos membros do congresso, a assembleia adotou como modelo de elaboração e discussão o seguinte método:

“Diante desta contingência, prevaleceu uma exploração inventiva na perspectiva de montagem de um modelo decisório, a qual deveria levar em conta, dadas as exigências evocadas em nome da paridade decisória, apenas um pressuposto, o de que todos os constituintes deveriam participar do processo em curso. Identificados como obra condominial dos líderes dos partidos com representação congressual, os 86 artigos do regimento interno da ANC aliados aos regulamentos das comissões bem como a utilização dos regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado, como linhas auxiliares, demonstram uma dimensão das dificuldades de obtenção das regras claras inequívocas que estabelecessem a forma do jogo no processo constituinte. O formato afinal acordado foi o da distribuição proporcional dos 503 constituintes em oito comissões temáticas, por sua vez divididas em três subcomissões compostas por 21 membros que discutiam temas conexos. O início dos trabalhos nas comissões contou com audiências públicas, nas quais personalidades políticas e acadêmicas eram convidadas para uma exposição de tema correspondente a cada um destes colegiados. Os três relatórios aí originados deveriam, em seguida, ser rediscutidos pelas respectivas comissões temáticas, cuja função era a de produzir um texto novo a partir das proposições recebidas”.²¹

Muito em razão da efetiva participação de todos os membros do Congresso, temos que a Constituição de 1988, resultado das deliberações da Assembleia, obteve traços democráticos muito mais fortes do que o previsto pelos setores mais conservadores da sociedade. A nova Constituição resgatou as garantias às liberdades e direitos básicos, que foram preteridas durante o antigo regime. Além disso, a Constituição instituiu a igualdade entre gêneros, vedação à tortura, criminalização do racismo e estabeleceu como metas do estado a garantia dos direitos sociais básicos, ideias distantes daquelas pensadas pelos militares no início do projeto de distensão de Geisel.

21 SOUZA, Márcia Teixeira de. O processo decisório na Constituição de 1988: Práticas Institucionais. Lua Nova.2003. n.58, pág. 42. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a04n58.pdf>> Acesso em 13/05/2018

Nesse sentido, citaremos a obra do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco para elucidar o progresso trazido pela Constituição de 1988, também conhecida como Constituição Cidadã:

“(…) A constituição promulgada em 5 de outubro de 1988 restaurou a preeminência do respeito aos direitos individuais, proclamados juntamente com significativa série de direitos sociais. O estado se comprometia a não interferir no que fosse próprio da autonomia das pessoas e a intervir na sociedade civil, no que fosse relevante para construção de meios materiais à afirmação da dignidade de todos. (...) A Constituição, que, significativamente, pela primeira vez na história do nosso constitucionalismo, apresentava o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana e o Título dos direitos fundamentais logo no início das suas disposições, antes das normas de organização do Estado, estava mesmo disposta a acolher o adjetivo *cidadã*, que lhe fora predicado pelo Presidente da Assembleia Constituinte no discurso da promulgação”.²²

Em que pese a Constituição elaborada pela Assembleia Nacional Constituinte ser considerada como um texto “razoavelmente avançado, moderno e com inovações de relevante importância para o constitucionalismo brasileiro”²³, trazendo diversas garantias individuais e cláusulas que deveriam sustentar um pleno Estado Democrático de Direito, tivemos, na prática, uma democratização relativa, haja vista que fora resultado de um pacto entre as elites dominantes, não uma conquista da soberania popular.

Temos que considerar que a liberalização do regime, ou seja, o fim do autoritarismo, não quer dizer o estabelecimento de uma democracia absoluta. Vivemos em uma sociedade em que seus cidadãos, em sua grande maioria, não conhecem seus direitos e garantias fundamentais. Em um país onde há preponderância de políticos eleitos pela democracia representativa, que agem para tutelar interesses próprios e obscuros, geralmente contrários aos do povo. Onde os direitos sociais almejados pela Constituição não foram plenamente alcançados, mesmo após trinta anos da promulgação da Carta Magna.

22 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª Edição, 2012. Ed. Saraiva. Pág. 155

23 SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros Editores. 36ª Edição, 2012. Pág. 91.

1.2 – Os elementos jurídicos de sustentabilidade democrática: Sistemas e princípios

Conforme se extrai do preâmbulo da Constituição da República de 1988, a opção política da Assembleia Nacional Constituinte, após deliberações demarcadas por pressões empreendidas por parlamentares com as mais variadas ideologias, foi pela institucionalização de um Estado Democrático de Direito.

A Constituição Federal, em seu preâmbulo, aduz que: “foi instituído um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos.”²⁴

Invoca-se, aqui, a necessidade de explicarmos e caracterizarmos o termo Estado Democrático de Direito. O termo surgiu na Constituição Portuguesa de 1976²⁵, promulgada dentro de um cenário revolucionário complexo e turbulento, como Estado de Direito Democrático, ante a necessidade da criação de um conceito que superasse os tradicionais “Estado liberal de Direito” e “Estado social de Direito”, que nem sempre caracterizavam um Estado Democrático, incorporando elementos positivos destas conceituações.

Neste particular, temos que um Estado Democrático de Direito possui como corolário máximo o princípio da soberania popular, fundando-se na institucionalização de elementos jurídicos e políticos que assegurem a justiça social, pautada no respeito e na garantia dos direitos e liberdades individuais, bem como na efetiva participação popular na formação das instituições representativas e no controle das decisões políticas.

O objetivo central de um Estado Democrático de Direito consiste na superação das diferenças de caráter social e regional, tal como a garantia da dignidade da pessoa humana.

24 Trecho do preâmbulo da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 13/05/2018

25 Existe uma diferenciação de caráter formal nos termos empregados nas duas constituições. Nas sábias palavras de José Afonso da Silva, “a Constituição Portuguesa instaura o *Estado de Direito Democrático*, com o “democrático” qualificando o Direito e não o Estado. (...) A nossa emprega a expressão mais adequada, cunhada pela doutrina, em que o “democrático” qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do estado e, pois, também sobre a ordem jurídica.” SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros Editores. 36ª Edição, 2012. Pág. 121.

Assim, temos que os direitos e garantias fundamentais são os sustentáculos do ordenamento jurídico de um Estado Democrático de Direito. São os valores mais estimados de uma sociedade democrática, que limitam as ações do Estado, que deve sempre respeitá-los e assegurar seu acesso a todos os cidadãos.

Desse modo, em razão da sua importância para o sistema democrático, os direitos e garantias fundamentais adquiriram status de cláusula pétrea, não podendo ser suprimidos em hipótese alguma. Nas palavras do Professor Paulo Gonet Branco as cláusulas pétreas *perfazem um núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, que ele intenta de preservar de quais quer mudanças institucionalizadas.*²⁶ Nesse sentido, convém apontar que as cláusulas pétreas impõem limitações materiais, que buscam preservar princípios basilares do modelo político adotado pelo Poder Constituinte Originário, garantindo um caráter de intangibilidade frente a quaisquer alterações do Poder Constituinte Derivado.

O artigo 60 da Constituição Federativa da República do Brasil traz, em seu parágrafo 4º, as cláusulas petrificadas determinadas pelo poder Constituinte Originário. São elas: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; o princípio da separação dos poderes judiciário, legislativo e executivo; e os direitos e garantias individuais. Compreende-se, assim, que a Constituição Federal nos traz princípios implícitos e explícitos que buscam tutelar a preservação do Estado Democrático de Direito. Sob esta ótica, explicitaremos, aqui, os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito.

Em primeiro lugar, o princípio da constitucionalidade retrata que o Estado Democrático de Direito é baseado e subordinado à Constituição. Como o próprio nome já diz, por ser um Estado de Direito, ele é subordinado às leis. Entretanto, por se tratar de um Estado Democrático de Direito, as leis devem ser elaboradas seguindo as diretrizes impostas pelo princípio democrático, objetivando assegurar a soberania popular, a dignidade da pessoa humana e a justiça social.

Nas lições do brilhante Professor Geraldo Prado, *“tal é a importância da Constituição nessa ótica, porque fixa com clareza as regras do jogo político e de circulação do poder e*

26 BRANCO, Paulo Gonet; MENDES, Gilmar.Ferreira **Curso de Direito Constitucional**, 7ª Edição, 2012. Ed. Saraiva. Pág. 182.

assinala, indelevelmente, o pacto que é a representação da soberania popular, e, portanto, de cada um dos cidadãos.”²⁷ Desta feita, extrai-se, também, a importância do princípio da legalidade, o qual impõe que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei, conforme expresso no inciso II da Carta Magna.

O princípio democrático, por sua vez, está implícito no artigo 1º da Constituição Federal, trazendo a determinação de que todo o poder emana do povo, que o exerce diretamente ou por meio de representantes eleitos, constituindo uma democracia representativa e participativa, onde é preservando o pluralismo político e a dignidade da pessoa humana, com o fito de garantir a efetivação dos direitos individuais e sociais.

Essa previsão constitucional aponta que a democracia há de ser o princípio reitor da organização das tomadas de decisões políticas e fonte primária de todo o ordenamento jurídico. Assim, de acordo com as lições de Gomes Canotilho, o princípio democrático é posto como forma de racionalização do processo político e como forma de legitimação do poder, sugerindo a existência de um objetivo a ser realizado através da democracia²⁸.

No caso da Constituição Brasileira, de acordo com o artigo 3º, pretende-se construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos, com a extinção dos diversos tipos de discriminação e preconceito.

Merece destaque, outrossim, um princípio eivado de notável importância para sustentação do Estado Democrático de Direito. O princípio da divisão dos poderes promove uma divisão entre os poderes executivo, legislativo e judiciário, cada um com suas tarefas constitucionais, e independentes e harmônicos entre si. De acordo com o professor José Afonso da Silva, a divisão de poderes fundamenta-se em dois elementos, quais sejam a especialização funcional e a independência orgânica.

27 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Juris, 3ª Edição. 2015. Pág. 45

28 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina 1998. Pág. 278

No tocante a especialização funcional, o princípio aponta que cada órgão deve ser especializado em uma determinada função. Destarte, *às assembleias (Congresso, Câmaras, parlamento) se atribui a função legislativa; ao executivo, a função executiva; ao judiciário, a função jurisdicional.*²⁹ No que concerne a independência orgânica, o princípio defende a necessária independência frente aos outros, afastando quaisquer tipos de subordinação.

Outro sustentáculo de fundamental relevância para que um Estado Democrático seja legítimo e prospere, como já dito alhures, é o respeito ao sistema de garantias individuais, previsto na Constituição, principalmente, no artigo 5º, *caput* e seus incisos. Destacam-se, dentro desse sistema: O princípio da igualdade, que determina que todos são iguais perante a lei, em termos de direitos e obrigações, sem quaisquer discriminações; o princípio da dignidade da pessoa humana, que garante que ninguém será submetido a tratamentos degradantes e cruéis, além de assegurar a tutela estatal para que a dignidade seja alcançada; e os princípios que objetivam proteger a segurança jurídica do Sistema.

Parece oportuno, portanto, reproduzir a seguinte passagem do Professor Paulo Gustavo Gonet Branco, em sua parceria com Gilmar Mendes, na obra *Curso de Direito Constitucional*, onde esclarece com maestria a importância do Sistema de Garantias Fundamentais no Estado Democrático de Direito, *in verbis*:

“(...) Os Direitos Fundamentais participam da essência do Estado de Direito Democrático, operando como limite do poder e como diretriz para sua ação. As constituições democráticas assumem um sistema de valores que os direitos fundamentais revelam e positivam. Esse fenômeno faz com que os Direitos fundamentais influam sobre todo o ordenamento jurídico, servindo de norte para a ação de todos. Os poderes constituídos. Os Direitos fundamentais, assim, transcendem a perspectiva da garantia de posições individuais, para alcançar a estatura de normas que filtram os valores básicos da sociedade política, expandindo-os para todo o direito positivo. Formam, pois, a base do ordenamento jurídico de um Estado democrático.”.

30

29 SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros Editores. 36ª Edição, 2012. Pág. 111.

30 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª Edição, 2012. Ed. Saraiva. Pág. 243.

Em razão da elevação dos direitos fundamentais como valores máximos do Estado na Constituição de 1988, e da evidente influência que estes passaram a exercer em todas as esferas do ordenamento jurídico, importa destacar que o Processo Penal ganhou importante papel como instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais.

O processo nada mais é do que a ferramenta institucionalizada para solução de conflitos de interesses. O Processo Penal, por sua vez, como um ramo do direito processual, consiste em uma relação jurídica consubstanciada por um procedimento em contraditório para o julgamento de um fato histórico, considerado típico. Assim sendo, o Processo Penal visa legitimar eventuais reprimendas estatais, em face dos réus, caracterizadas nas figuras das penas privativas de liberdade e restritiva de direitos.

Pode-se concluir, portanto, que em um Estado Democrático de Direito, o Processo Penal, por legitimar a repressão estatal contra indivíduos desviantes, esbarra nas limitações estabelecidas pelo princípio democrático. Assim, temos que o Processo Penal deve fundar-se nas garantias e direitos individuais, intrínsecos ao Estado Democrático, figurando como uma espécie de microcosmo democrático.

Neste cenário, convém apontar que a Assembleia Nacional Constituinte, nas deliberações acerca do sistema processual adotado, em razão da valoração dos direitos fundamentais como objetivo maior do Estado, optou pelo princípio informador dispositivo ou acusatório, correlato aos princípios regentes de um Estado Democrático de Direito. Bem situando a questão, o mestre Geraldo Prado, ao tratar das relações entre democracia, processo e direito, assevera, nestes termos:

“Deve-se, pois, à concepção ideológica de um processo penal democrático, a assertiva comum de que a sua estrutura há de respeitar, sempre, o modelo dialético, reservando ao juiz a função de julgar, mas com a colaboração das partes, despindo-se, contudo, da iniciativa da persecução penal. A estrutura sincrônica dialética do processo penal democrático considera, pois, metaforicamente, o conceito de relação angular ou triangular e nunca de relação linear, sacramentando as linhas mestras do sistema acusatório. (...) Acreditamos sinceramente que a eleição ideológica do sistema acusatório é uma natural consequência das influências do princípio democrático em relação ao direito, uma vez que a separação dos poderes, projetando-se como mecanismo de viabilização da soberania popular, identifica nas atuações legislativa e judicial esferas distintas quanto à origem das respectivas investiduras, de sorte a

conceber também modos diferentes de captação e orientação epistemológica e normativa de ações desenvolvidas em ambos os campos”.³¹

1.3 – Características do Sistema Processual Acusatório.

Caracterizar o sistema processual acusatório não é uma tarefa fácil. A título de didática, faz-se necessário, em um primeiro plano, apontar as diferenças entre os princípios informadores e o sistema, haja vista ser objeto de confusão dentre parte dos estudiosos do tema. É imprescindível, de igual sorte, contrapormos o sistema acusatório ao sistema inquisitório, por serem sistemas antagônicos entre si.

Tendo em mente a literatura jurídica, entendemos por sistema o conjunto de normas e princípios, interdependentes entre si, que são dispostos de forma ordenada, traçando as diretrizes para aplicação do direito, com base em um princípio informador. Compreende-se, assim, o sistema processual como um subsistema do sistema jurídico, que contém normas e princípios, regulados por um princípio fundante.

Os princípios informadores dos sistemas processuais penais são o acusatório, também chamado de princípio dispositivo, e princípio o inquisitório. O fato do princípio informador do sistema acusatório possuir a mesma nomenclatura do sistema, ou seja, ser também chamado de acusatório, confunde a mente dos mais desatentos. Nesse sentido, tem-se que os termos não devam ser objeto de dúvida, haja vista ser o sistema acusatório um sistema processual penal predominantemente orientado pelo princípio acusatório. Aponta-se, mais uma vez, a obra de Geraldo Prado, que assevera:

“É certo, conforme o nosso juízo, que se pretendemos a definição de um sistema acusatório como categoria jurídica composta por normas e princípios, não há como, pura e simplesmente, justapô-lo com exclusividade a um preciso princípio acusatório, pois a identidade entre um e outro resultaria, por exigência lógica, na exclusão de uma das duas categorias, pela impossibilidade de um princípio ser, ao mesmo tempo, um conjunto de princípios e normas do qual ele faça parte, numa relação de continente e

31 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Juris, 3ª Edição. 2015. Pág. 71

conteúdo. (...) Assim, sustenta-se neste trabalho a premissa de que, por sistema acusatório, compreendem-se normas e princípios fundamentais, ordenadamente dispostos e orientados a partir do principal princípio, tal seja, aquele do qual herda o nome: acusatório.”³²

Superado esse primeiro passo didático, tratar-se-á das diferenciações entre os dois modelos de sistemas processuais, com o fito de caracterização do sistema acusatório. Antes de começar, parece oportuno apontar que ambos os sistemas processuais, em sua pureza, são modelos históricos sem equivalência com os atuais. Hodiernamente, o que prevalece são as estruturas chamadas pela doutrina de “mistas”³³, no qual um princípio informador prepondera, seja ele o princípio inquisitivo ou o acusatório, trazendo ao sistema suas principais diretrizes estruturais, todavia, com resquícios do modelo antagônico.

Como explicado alhures, o que diferenciam os sistemas são as regras estruturais estabelecidas pelo princípio informador, que trazem os objetivos políticos de cada sistema e delimitam as funções atribuídas aos “sujeitos processuais”³⁴. O objetivo político do sistema inquisitivo clássico, em razão da sua origem no *Tribunal da Inquisição*³⁵, era materializar o direito penal para os indivíduos desviantes, como forma de repressão para aqueles que praticassem atos contrários às crenças da igreja católica.

O atual princípio inquisitivo, por sua vez, possui como herança o objetivo político de garantir o poder de punir do Estado, sem observância dos direitos fundamentais do indivíduo. De acordo com os ensinamentos de Geraldo Prado:

“a função predominante do processo inquisitório consiste na realização do Direito Penal Material. O poder de punir do Estado (ou de quem exerça o poder concretamente) é o dado central, o objetivo primordial. No Sistema Inquisitório, portanto, os atos atribuídos ao juiz devem ser compatíveis com o citado objetivo. Em

32 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Juris, 3ª Edição. 2015. Pág. 172

33 Em que pese a doutrina processual penal majoritária defender a utilização da terminologia “mista” como caracterizadora do sistema processual penal brasileiro, tal modelo não se adequa ao sistema adotado na Constituição da República Federativa do Brasil, expressamente acusatório.

34 Com “sujeitos Processuais” estamos nos referindo ao Juiz, à acusação e à defesa.

35 Tribunal religioso do século XIII, que visava combater manifestações contrárias aos ditames católicos através de sanções penais, como por exemplo prisões, torturas e execuções.

linguagem contemporânea equivale a dizer que o juiz cumpre função de segurança pública no exercício do magistério penal”.³⁶

Nesse sentido, o princípio informador inquisitivo, que traz a essência do sistema inquisitório, possui como particularidade dominante a gestão e iniciativa probatória nas mãos do julgador, transformando a figura do juiz em juiz-ator ou, como era chamado no modelo estrutural histórico, juiz inquisidor.

Assim, em face desse objetivo de assegurar a punição estatal, com pouca fidelidade às garantias individuais, é costumeiro nos processos inquisitórios o magistrado criar uma versão baseada em sua interpretação do fato histórico, agindo de ofício para a produção de provas que sustentem sua versão. Ao tratar do sistema inquisitório, o professor Aury Lopes Jr. sustenta que:

“é da essência do Sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.”³⁷

A principal característica do sistema inquisitório é, portanto, o ativismo judicial, ou seja, a iniciativa e a gestão da prova concentradas na mão do juiz. Assim, inexiste a divisão das funções de acusar e julgar, sendo ambas atribuídas à figura do juiz inquisidor. Compreende-se, assim, que no sistema inquisitório o juiz é completamente parcial, podendo, inclusive, atuar de ofício a qualquer tempo no processo, prejudicando o direito à ampla defesa, em face da ausência de contraditório.

O sistema acusatório, ao seu turno, por ser completamente adverso ao Inquisitório, possui como alma de sua estrutura o afastamento da figura do juiz da iniciativa e da gestão probatória. Nessa linha, o sistema acusatório traz uma distinção das funções de investigar, acusar e julgar, que no sistema inquisitório eram aglutinadas na figura do juiz inquisidor. Sendo assim, no sistema acusatório a iniciativa probatória é atribuída às partes, funcionando o juiz, apenas, como

36 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Juris, 3ª Edição. 2015. Pág. 173

37 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 43

um espectador imparcial, completamente isento das atribuições investigativas e de iniciativa probatória.

De forma distinta do modelo processual inquisitório, o sistema acusatório não possui como objetivo assegurar a repressão estatal. Muito pelo contrário, o objetivo central do Sistema processual acusatório é a limitação do poder de punir do Estado, materializado na elevação dos direitos e garantias fundamentais individuais, como valores máximos a serem observados no curso do Processo Penal.

Destarte, o princípio orientador do sistema acusatório, nos traz as diretrizes a serem seguidas, conforme a previsão constitucional. Nesse sentido, é de crucial importância apontarmos as atribuições constitucionais estabelecidas aos sujeitos processuais, para que seja esclarecido, por meio de uma perspectiva estática, os poderes e limitações de cada parte no processo.

Com efeito, o processo penal democrático é um instrumento constitucional para solução de conflitos penais. Nesse sentido, o processo funciona como um sistema de redução de danos, utilizado para que haja a absoluta eficácia das garantias individuais. A função do juiz, aqui, é a de atuar como parte garantidora dos direitos da parte passiva do Processo Penal.

A garantia da jurisdicionalidade, ou seja, da intervenção estatal na solução de conflitos de interesses, com a aplicação do direito como solução ao caso penal em concreto, é trazida pela Constituição no seu artigo 5º, inciso XXXV³⁸. A garantia da jurisdição democrática exige um juízo imparcial, natural, e comprometido com a observação das garantias fundamentais individuais previstas na Constituição.

Compreende-se, assim, por delimitação constitucional, que ninguém será processado, nem sentenciado por autoridade distinta daquela constitucionalmente competente. Isso implica dizer que todo cidadão possui o direito constitucional de saber, antecipadamente, qual órgão irá

38 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: XXXV. A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito; Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 16/05/2018.

julgá-lo. Ademais, temos que o juiz deverá atuar limitado pelas previsões constitucionais e infraconstitucionais, sob pena de nulidade de seus atos.

São, portanto, limitados pelo princípio da legalidade e do devido processo legal democrático, devendo respeitar as regras formais pré-estabelecidas na condução do processo. Assim sendo, a figura do juiz no processo penal acusatório deve ser vista como imparcial, natural e garantidora dos direitos e individuais do réu.

Desta feita, o juiz funciona apenas como destinatário da prova, que poderá ser convencido, pela acusação ou pela defesa, a eleger a sentença mais justa para a solução do conflito penal, sendo vedado o ativismo judicial. Isso quer dizer que o magistrado somente deverá agir quando acionado pelas partes, sendo certo que o isolamento do magistrado da iniciativa e na gestão probatória deve ser assegurado.

Para que o princípio constitucional acusatório seja eficaz, faz-se necessária, além da distinção das funções de investigar, acusar e julgar, a assunção de uma posição de equilíbrio no processo penal pelo juiz, devendo informar às partes todos os atos processuais, objetivando a garantia do contraditório e do direito de defesa.

É importante destacar, ao mais, que caso o juízo não seja digno de ter credibilidade para um dos sujeitos processuais, a Constituição possibilita a utilização de mecanismos para afastar o juiz impugnado, substituindo-o, por outro magistrado. São os casos de impedimento³⁹ e suspeição⁴⁰, previstos no Código de Processo Penal.

39 Art. 252. O juiz não poderá exercer a jurisdição no processo em que: I- tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar de justiça ou perito; II – ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha; III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão; IV – ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consanguíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 19/06/2018.

40 Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por quaisquer das partes: I – se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles; II – se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia; III – se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo de tenha que ser julgado por qualquer das partes; IV – se tiver aconselhado qualquer das partes; V- se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes; VI – se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. **Código de Processo Penal**. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm> Acesso em 19/06/2018.

No que concerne a acusação, temos que ela é pautada por uma pretensão acusatória, que nada mais é do que o direito de ação, com a invocação do poder jurisdicional estatal para processar alguém quando é detectado o *fumus commisi delicti*⁴¹. Nesse sentido, não basta apenas existir o indício da existência de um fato delituoso, a pretensão acusatória é materializada através de uma petição (denúncia ou queixa-crime), solicitando a prestação jurisdicional do Estado, que será exercida por meio da ação penal e do processo.

É o princípio da necessidade, que rege o processo penal, na medida em que o processo é um caminho necessário para a legitimidade do poder punitivo estatal. Partindo desse pressuposto, temos que a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 129, estabelece como função institucional do Ministério Público a promoção da ação penal pública. O fato de a Constituição estabelecer um órgão estatal para exercer a função de acusar, demonstra, mesmo que implicitamente, a escolha do princípio informador acusatório para organização do sistema processual brasileiro.

Compreende-se, assim, que a iniciativa probatória e a gestão das provas são funções atribuídas aos acusadores. Isso implica dizer que para o exercício da ação penal, não basta apenas apresentar a denúncia ou queixa-crime, que devem cumprir com determinados requisitos estabelecidos por lei, como, por exemplo, a justa causa (indícios de ocorrência do delito e de autoria), é necessária, portanto, a produção de provas para corroborar com a versão apresentada na inicial e buscar o convencimento do magistrado, exercedor do poder de punir.

É importante destacar, ao mais, que o Ministério Público está subjogado ao princípio da obrigatoriedade. Por força do princípio, o Ministério Público possui o dever legal de denunciar, quando verificado os indícios de autoria e da existência do fato delituoso. Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

“significa não ter o órgão acusador, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente a denúncia.”⁴²

41 Fumaça da prática de um crime, ou seja, a suspeita da existência de um fato criminoso.

42 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. Pág.47-48

Corroborando com os ensinamentos de Nucci, Geraldo Prado, ao se referir ao princípio sob análise, atenta para o fato de que o princípio da obrigatoriedade não se confunde com o princípio da acusatoriedade. Nesse sentido, assevera:

“ao ensejo de se conceber um princípio de obrigatoriedade, que não exclui a acusatoriedade nem com ela se confunde, mas se contrapõe tão-somente aos princípios de conveniência e oportunidade, que tal obrigatoriedade impelirá o órgão de acusação a se interessar pelo desenvolvimento das investigações criminais necessárias à colheita de material que sirva ao propósito de demonstrar a viabilidade da pretensão que se deseja deduzir.”⁴³

Ademais, a função de acusar não se encontra limitada à fase inicial do processo. Em nome do contraditório, a acusação deverá debater com a defesa do acusado todos os atos processuais, fornecendo argumentos de fato e de direito, bem como provas, que serão impugnados pela defesa para que ocorra o livre convencimento do juízo.

É de suma importância ressaltar que existem limites expressos para a produção de provas. Assim, a acusação deverá apresentar provas que estejam de acordo com o ordenamento jurídico e que não violem nenhum direito ou garantia fundamental na sua produção. No direito brasileiro, no rol de direitos e garantias individuais, há a previsão legal da vedação às provas ilícitas. Destaque-se, outrossim, que as provas produzidas pela acusação na fase pré-processual, onde impera a ausência de contraditório, deverão ser reproduzidas na fase de instrução probatória, para que possam passar pelo crivo do contraditório e adquirir validade.

Com relação as funções da defesa, temos que é uma categoria em aberto, haja vista a necessidade de serem garantidos todos os direitos que a parte passiva no processo penal possui. Cabe a defesa, portanto, buscar o cumprimento dos direitos e garantias individuais e, com isso, assegurar uma sentença democraticamente justa para o caso.

Para que a defesa possa cumprir com suas funções, faz-se necessária uma atuação do órgão jurisdicional estatal, no sentido de que o representante e o imputado tenham acesso a todos os atos processuais e informações relevantes do processo para que possam traçar sua

43 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Juris, 3ª Edição. 2015. Pág. 194

estratégia de defesa e para que o contraditório e a ampla defesa sejam garantidos. Faz-se necessário, também, que o princípio da inocência seja observado, não devendo existir a inversão do ônus da prova, que é integralmente da acusação.

Diferentemente do sistema inquisitório, no processo penal acusatório o réu deixa de ser objeto do processo e passa a figurar como sujeito de direitos. Isso significa que, em nome do princípio da dignidade da pessoa humana, o réu possui diversas garantias que deverão ser asseguradas pelo juiz, como, por exemplo, o direito ao silêncio, a preservação do sigilo profissional, a não obrigação de produzir provas contra si mesmo, o estado formal e materialmente considerado.

Nesse particular, temos que o estado de inocência nos traz três significados: Estado de inocência como dever de tratamento, como garantia político-jurídica e como regra probatória. O estado de inocência como dever de tratamento consiste na obrigação do magistrado e da acusação de tratarem o acusado como inocente durante todo o curso do processo. A regra probatória traduz-se na atribuição do ônus da prova integralmente ao acusador e, por último, o estado de inocência como garantia político-jurídica representa a condição do princípio como fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. Abordar-se-á de forma aprofundada, no tópico “2.3.1 – Estado de inocência”, as três faces do princípio.

Em síntese, vale-se, aqui, dos ensinamentos do Professor Aury Lopes Jr, que consolida a importância da imparcialidade do julgador, o respeito ao contraditório, às regras do devido processo legal democrático, e aos princípios processuais estabelecidos na Constituição, como se extrai da seguinte passagem:

“É importante destacar que a posição do “juiz” é fundante da estrutura processual. Quando o sistema aplicado mantém o juiz afastado da iniciativa probatória (da busca de ofício da prova), fortalece-se a estrutura dialética e, acima de tudo, assegura-se a imparcialidade do julgador. (...) Significa dizer que a configuração do “sistema processual” deve atentar para a garantia da “imparcialidade do julgador”, a eficácia do contraditório e das demais regras do devido processo penal, tudo isso à luz da Constituição Assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá

sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.⁴⁴

O sistema processual brasileiro é orientado pelo princípio acusatório, como se extrai da Constituição de 1988, que define um processo penal que possui como corolário máximo os princípios da presunção de inocência, imparcialidade do julgador, ampla defesa, contraditório e do devido processo legal.

Em que pese essa eleição constitucional do sistema processual acusatório, ao qual apresentamos uma visão estática do dever ser das funções atribuídas às três partes processuais, consistentes nas figuras do juiz, da acusação e da defesa, onde apontamos características de atuação das partes, para que o princípio acusatório seja observado e eficaz, temos que, na prática, existem inúmeras heranças do sistema inquisitório no nosso ordenamento jurídico.

Desta feita, alguns dispositivos legais são totalmente contraditórios ao sistema acusatório. Por ser mais antigo do que a Constituição da República Federativa, nosso Código de Processo Penal traz previsões que atribuem aos juízes poderes instrutórios e que permitem o chamado ativismo judicial, violando a estrutura assecuratória ou garante do processo e o próprio princípio acusatório. Seguir-se-á, aqui, a linha que considera esses dispositivos inconstitucionais, por serem absolutamente contrários ao princípio acusatório. Assim como o Estado Democrático de Direito ainda é um objetivo a ser alcançado, logo o sistema processual acusatório, também se afigura como tal.

1.4 A compreensão do Devido Processo Legal Democrático

O princípio do Devido Processo Legal é um princípio de cogência continental orientador da teoria geral do processo, que consiste na garantia contra o exercício abusivo do poder estatal. Isto implica dizer que o princípio limita o Estado a seguir a forma e os critérios previamente estabelecidos pela lei maior para que seus atos sejam legítimos e válidos. Assim, a produção de normas jurídicas deverá seguir uma forma previamente estabelecida para que não haja

44 PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Juris, 3ª Edição. 2015. Pág. 172

discricionariedade do legislador e para que não haja violação aos valores políticos constituídos. Conforme assevera Fredie Didier Jr.:

“as normas jurídicas são produzidas após um processo (conjunto de atos organizados para a produção de um ato final). As leis, após o processo legislativo; as normas administrativas, após um processo administrativo; as normas individualizadas jurisdicionais, enfim, após um processo jurisdicional.”⁴⁵

O devido processo legal possui natureza continental, regendo todo o ordenamento jurídico. Desse modo, não há produção de normas jurídicas sem a observância do princípio do devido processo legal. De igual sorte, todos os atos processuais provenientes das autoridades estatais, para serem considerados válidos, devem cumprir com as exigências das “regras do jogo” pré-estabelecidas pela lei. Seu conteúdo é jurídico e metajurídico afim, o que significa que o estudo de elementos alheios ao direito se faz de fundamental importância para que o princípio seja observado.

Nesse particular, o princípio do Devido Processo Legal é considerado por muitos teóricos da teoria geral do processo como um superprincípio, por harmonizar a aplicação de todos os demais princípios processuais, bem como elementos externos ao direito. Dessa feita, o devido processo legal democrático não se exaure apenas no cumprimento das formalidades impostas por lei, conforme leciona Humberto Theodoro Jr:

“compreende algumas categorias fundamentais como a garantia do juiz natural (CF, art.5º, inc. XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, inc. LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, inc. XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5, inc. LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais. (Art. 93, inc. IX)”⁴⁶

O princípio está previsto na Constituição, no seu artigo 5º, inciso LIV, que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.”. Nos dizeres de José Afonso, ao citar as lições de Frederico Marques:

“garante-se o processo, e quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do Contraditório,

45 DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 16ª Edição. Editora JusPODIVM. 2014. Pág. 45.

46 THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.Volume I. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 54ª Edição. Editora Forense. 2013. Pág. 27.

a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais.”⁴⁷

Em que pese o empréstimo dos conceitos elaborados pelos nobres Civilistas e pelo renomado Constitucionalista, que abordam o princípio sob uma ótica generalista, em função da sua incontestada influência em todas as esferas processuais, importante centralizarmos nosso estudo na influência do princípio no Processo Penal.

No Processo Penal, onde vigora o princípio da necessidade, o processo é o caminho necessário a ser cumprido para que o Estado possa exercer seu poder de punir. Assim, haja vista o exercício punitivo estatal envolver o direito à liberdade individual, no processo penal, a forma ganha considerado destaque, funcionando como garantia e limite de poder.

Da mesma forma, o princípio do devido processo legal, em um estado democrático de direito, deverá transformar o processo penal em uma ferramenta que assegure a eficácia e plenitude dos direitos e garantias individuais, para que a prestação jurisdicional do Estado seja a mais justa possível.

Assim sendo, temos que sob a égide do devido processo legal democrático, no que concerne ao direito processual penal, faz-se de contumaz importância a observação dos princípios característicos do sistema processual penal acusatório. Concordamos com a prudente observação do mestre Afrânio Silva Jardim, quando assevera que:

“o devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do art. 129, I, do novo texto constitucional, bem como com as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do poder judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público.”⁴⁸

47 SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. 36ª Edição, São Paulo, 2012. Pág. 434.

48 JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, Editora Forense; 10ª Edição. 2001. Pág. 318.

Destarte, no curso do processo penal, o princípio do devido processo legal por ser um princípio regente, terá seu cumprimento observado, desde que haja a submissão do processo a todos os demais princípios processuais penais. Em outras palavras, por ser um norte na aplicação do direito penal, significa dizer que o processo penal, para respeitar o princípio do devido processo legal, deverá garantir ao acusado a observância dos princípios da legalidade, da ampla defesa, do contraditório, da proibição da prova ilícita, da imparcialidade, do juiz natural, da publicidade, do duplo grau de jurisdição, dentre outros.

Não obstante a presença de diversos princípios limitadores e garantidores de direitos no nosso ordenamento jurídico, hodiernamente, em face de uma mentalidade fortemente punitivista, constatamos uma crise na cultura da normalidade, colocando em xeque os padrões normais de comportamentos, sobretudo diante do falacioso combate à “criminalidade”, através da mitigação ou aniquilação de direitos e garantias fundamentais individuais.

A solução muitas vezes apontada para sanar a doença social da elevada taxa de criminalidade tem sido o recrudescimento do sistema penal, por meio da edição de normas mais severas para a contenção da criminalidade. Essa situação de crise é chamada pela grande doutrina de “Direito Penal Emergencial”. Nas palavras do professor Fauzi Hassan Choukr, emergência consiste:

“A ideia de emergência (do latim *emergentia*), é corriqueiramente atrelada a de urgência e, num certo sentido, à de crise. Chama atenção para algo que, de forma repentina, surge de modo a desestabilizar o “*Status quo ante*”, colocando em cheque os padrões normais de comportamento e a conseqüente possibilidade de manutenção das estruturas. Nesse sentido, a ela se une a necessidade de uma resposta pronta, imediata e que, substancialmente, deve durar enquanto o estado emergencial perdura. Vale notar que, no campo jurídico penal, como afirma Ferrajoli, emergência pode ser apresentada de duas formas distintas e simultâneas: a legislação de exceção no que diz respeito à constituição e as mudanças legais das leis do jogo; a jurisdição de exceção, por sua vez degradada em relação à mesma legalidade alterada. Em ambas percebe-se a derrogação dos valores dominantes em face da suposta necessidade de resposta ao fenômeno emergente, com a implícita insinuação da fraqueza da cultura da normalidade perante a crise a legitimar a adoção de medidas excepcionais.”⁴⁹

49 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Bases para a compreensão e crítica do direito emergencial**, 2016. Disponível em <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/320410486/bases-para-compreensao-e-critica-do-direito-emergencial>> Acesso em 07/05/2018

Nesse particular, o surgimento da cultura emergencialista se deve à espetacularização midiática da ocorrência verdadeira ou supostamente de fatos delituosos, o que gera nas grandes massas um sentimento de impunidade global, fortalecendo, por consequência, o clamor público por métodos que solucionem a problemática. Assim, a questão da “criminalidade” adquire caráter político, haja vista que os legisladores, eleitos pelo povo, buscando corresponder às expectativas populares, promulgam leis mais rigorosas, que muitas vezes acabam mitigando os direitos e garantias individuais.

Dessa maneira, temos que o Direito Penal passa a ser encarado como ferramenta instrumentalizada para solucionar tais problemas. Como cediço, tal problemática deve ser combatida com políticas de cunho criminal, não através da utilização do direito penal como salvo-conduto. Essa ideologia punitivista se demonstra falha, haja vista não ser suficiente o fortalecimento penal para a solução de um problema que é de base sistêmica. Não é objetivo apontar soluções para a questão, portanto, somente será traçado o caminho para um processo penal democraticamente justo.

Seguindo no raciocínio emergencialista que toma conta da nossa cultura processual, torna-se importante diferenciarmos tal cultura das exceções constitucionais previstas. Nas palavras de Canotilho:

“o direito de necessidade do estado só é compatível com um estado democrático, constitucionalmente conformado, quando na própria lei fundamental se fixarem os pressupostos, as competências, os instrumentos, os procedimentos e as consequências jurídicas da “constituição de exceção”.⁵⁰

Na previsão constitucional dos estados de exceção, que são opostos ao Estado de Direito, há clara mitigação de valores fundamentais por um prazo determinado. São os casos de estado de defesa e de sítio presentes na nossa Constituição, que são decretados pelas autoridades em situações de grande crise. Em razão da previsão constitucional, o processo de estabelecimento

50 CANOTILHO, J. J. Gomes. “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, Coimbra, Almedina, 2ª Edição. 1998. Pág.973.

do estado de exceção deverá obedecer aos comandos da lei, limitando a arbitrariedade estatal na utilização dos mecanismos.

Dessa forma, o estado de exceção constitucionalmente previsto possui limitações temporais e geográficas impostas por lei. Diferentemente do que ocorre com a exceção emergencial na seara penal, onde os direitos e garantias são suprimidos sem a existência de critérios pré-estabelecidos. Em razão da inflação legislativa no sentido de responder aos anseios populares, com as mutações legais, as medidas excepcionais acabam por adentrar na cultura da normalidade. É o que assevera o professor Fauzi Hassan, ao dizer que:

“diversamente do que ocorre no âmbito constitucional, por não ter limites temporais e geográficos, a emergência repressiva acaba se protraindo sem fronteiras e infiltra-se no seio cultural da normalidade com evidente prejuízo desta”. O autor segue sua linha de raciocínio citando Luigi Ferrajoli, “para quem a cultura de emergência e a prática da exceção, antes de transformações legislativas, são, de fato, responsáveis por uma involução do ordenamento punitivo. Mais do que tudo, pois a emergência penal é um estado de fato, cujo reconhecimento se dá apenas em nível retórico e político.”⁵¹

O fenômeno do subsistema cultural emergencial também é estudado na criminologia. Nesse campo de estudos, o subsistema emergencial é conhecido como movimento da lei e da ordem (*Law and Order*). O movimento possui forte teor político, apontando as situações de maneiras extremamente caóticas, a ponto de justificar a adoção de medidas excepcionais. Desse modo, a emergência se verificará em todos os métodos dissonantes daqueles aplicados normalmente pelo sistema punitivo na solução dos conflitos, configurando a supressão da “cultura da normalidade”.

Imperioso destacar que, conforme acentua Choukr, não basta apenas a promulgação de mais leis para que se possa constatar a presença do subsistema emergencial. Seguir esse raciocínio implicaria dizer que todas as leis extravagantes são leis de exceção, o que não é razoável afirmar. Nas palavras do professor:

“Tal declinação da cultura da normal não se dá pela inserção tópica das regras fora da estratificação codificada pois, se assim fosse, toda lei extravagante deveria ser rigorosamente considerada como emergencial ou de exceção. A caracterização da presença do subsistema se dá com a mitigação (rectius: afastamento), direta ou indireta, de garantias fundamentais estabelecidas no pacto de civilidade, este devendo ser identificado não apenas o texto interno constitucional, mas, igualmente, com os textos supranacionais que versem sobre essa matéria, pois fornecerão a base daquilo que vai se denominar sistema, regulando sua legitimidade operacional ao nível normativo e interpretativo. (...)”⁵²

O professor Cesar de Faria Júnior, em sua tese de doutorado, baseado nos ensinamentos de Luiz Flávio Gomes, demonstra a influência midiática e do clamor popular na produção legislativa. Assim sendo, traduz a fenomenologia emergencial, ilustrando na prática a influência da cultura emergencial no poder legislativo, conforme ilustrado abaixo:

- “1) Lei nº 8072/1990 (Lei de Crimes Hediondos)”: promulgada no contexto do final dos anos 1980 e início dos anos 1990, em virtude da onda de sequestros que ocorreram e tiveram grande repercussão (do empresário Abílio Diniz; de Roberto Medina – irmão de um parlamentar, na época; etc.) social e midiática, esta lei criou novos tipos penais, recrudescu as penas e afetou direitos e garantias fundamentais.
- 2) Lei nº 8.930/1994, que incluiu o homicídio qualificado como crime hediondo; esta lei sobreveio no contexto do atroz assassinato da atriz Daniela Perez, pelo casal Guilherme de Pádua e Paula Thomaz, em dezembro de 1992, como fruto da comoção nacional em prol do recrudescimento da lei de crimes hediondos, iniciada pela escritora de teledramaturgia, Glória Perez, mãe de Daniela e, endossada pela Rede Globo de Televisão.
- 3) Lei nº 9.455/1997 (Lei de Tortura): Surgiu após a divulgação de imagens estupefacentes de policiais torturando pessoas na Favela Naval (Diadema-SP), em 1997.
- 4) Lei 9.677/98 e Lei 9.695/98: Em 1998, o “escândalo dos remédios falsos”, iniciado com o tão famoso caso da “pílula de farinha” – suposto anticoncepcional que, em verdade, continha farinha ao invés da composição química devida e terminou por ocasionar a gravidez inesperada de inúmeras mulheres – constitui, conforme analisa

Luiz Flávio Gomes, um insofismável exemplo não só de instrumentalização midiática do Direito Penal, como também de instrumentalização política, com evidentes propósitos eleitoreiros. O legislador penal brasileiro, diante da mencionada situação, reagiu de imediato: editou a lei 9.877/98 – que alterou o marco penal de diversas condutas relacionadas ao tema (repressão penal não só da conduta de falsificação de medicamentos – dez anos de reclusão – mas também de falsificação de creme para alisar cabelo, por exemplo); em seguida, promulgou a lei 9.695/98, com escopo de corrigir falha técnica da lei anterior, cuja ementa rotulava os crimes nela mencionados, como hediondos, mas seu texto omitia essa etiqueta. Em momento inédito, a lei foi aprovada em 48 horas.

5) Projetos de lei para recrudescimento da responsabilização de menores infratores: após o bárbaro assassinato do casal de namorados e estudantes Liana Friedenbach e Felipe Caffé, em novembro de 2003, praticado por um grupo de criminosos cujo o líder era menor (“Champinha”), o Congresso Nacional mostrou-se fortemente mobilizado quanto à rápida elaboração de diversos projetos, os quais objetivavam ampliar ou tornar mais rígida a internação de menores infratores. Outro caso que chocou o país e teve intensa e maçante repercussão na mídia, foi a morte do garoto João Hélio Fernandes, de apenas 06 (seis) anos, em fevereiro de 2007. Em decorrência de um roubo ocorrido no Rio de Janeiro contra a família do garoto, que estava no carro e conseguiu sair deste, ficando o menino preso pelo cinto de segurança e tendo sido arrastado por alguns quilômetros, até vir a óbito. O que motivou propostas de redução da maioria penal, em virtude de um dos autores do roubo ter sido um menor.

6) Lei nº 10.792/03 (que institui o Regime Disciplinar Diferenciado Máximo – RDD): logo em seguida a série de ataques promovidos pela organização criminosa PCC (Primeiro Comando da Capital), na capital paulista, o Senado Federal aprovou nove projetos de lei, dentre eles o que instituiu o RDD, elevando ao máximo a resposta penal e colocando em cheque, de forma extremamente audaciosa e punitivista, garantias fundamentais do cidadão.

7) Em 2008, em tempo recorde e por votação simbólica, segundo informa o jornal “O Globo”, foi aprovado na Câmara dos Deputados, projeto que tipifica como crime a formação de milícias e grupos de extermínios, o qual demonstrava o evidente propósito de tentar, simbolicamente, coibir a expansão de milícias no Rio de Janeiro. O texto representa a fusão de dois projetos: um apresentado pelo deputado Luiz Couto (PT-PB), que presidiu a CPI dos grupos de extermínio, e outro de autoria do deputado Raul Jungman (PPS-PE), presidente da comissão de segurança. Além de criar novos tipos penais, o projeto transformou esses delitos em crimes federais. Mais uma vez, o Estado procurou acalmar os ânimos populares mediante recurso à “legislação de emergência”.

8) Lei nº 11.689/2008: a absolvição do fazendeiro Vitalmiro Bastos de Moura, acusado de ser o mandante do assassinato da missionária Dorothy Stang, constituiu o

norte suficiente e necessário para a aprovação pelo Congresso Nacional, do fim do protesto por novo júri. Tal se deveu, sobretudo, à repercussão internacional e imenso clamor que a questão suscitou à época.⁵³

Decerto que a cultura emergencialista influi, tanto direta quanto indiretamente, na “cultura da normalidade”, gerando a promulgação de medidas excepcionais que acabam, por sua vez, por derrogar direitos e garantias fundamentais individuais. Como dito algures, por força do princípio da intervenção mínima, o direito penal deverá ser a *ultima ratio* na busca pela solução de conflitos, devendo ser acionado, somente, quando falharem todas as demais formas de controle social.

Desse modo, com o recrudescimento das leis repressivas, e a conseqüente mitigação dos valores fundamentais, em determinados casos, temos uma dirimição da cultura imposta pelo conjunto de princípios processuais previstos na nossa Constituição.

Acredita-se na necessidade de um sistema penal que cumpra com seus objetivos, mormente quando se trata da garantia dos direitos fundamentais. Destarte, a Constituição deve ser o referencial nos critérios de validade e interpretação das normas penais e processuais penais, bem como na produção legislativa de leis extravagantes. No que concerne à produção legislativa, ganham destaque os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, a fim de evitar discricionariedade do legislador e a promulgação de leis contrárias aos valores culturais do Estado Democrático de Direito.

Defende-se, portanto, uma materialização do princípio do Devido Processo Legal Democrático, que não poderá ser deixado de ser observado em razão do clamor social. Seu conteúdo é tanto jurídico quanto metajurídico afim. Isso implica dizer que o Estudo de elementos externos ao direito se faz necessário para que o princípio seja observado e cumpra sua função de garantidor dos direitos fundamentais previstos no artigo 5º da Constituição Republicana.

53 JÚNIOR, César de Faria. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Programa de Pós- graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. 2010. Pág.41-42. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10711/1/Faria%20J%C3%BAnior.pdf> Acesso em 20/05/2018

1.4.2 – Metajuridicidade aplicável – O estudo da memória humana para a reconstrução histórica dos fatos

Passa-se, então, a analisar mecanismos que possam proporcionar a máxima efetividade da cultura dominante, a fim de garantir a obediência máxima aos valores estabelecidos. Para tanto, a título de didática, far-se-á uma análise do sistema político-jurídico e de sua racionalização sistêmica, para desvendar a necessidade do estudo de elementos estrangeiros ao direito para que o sistema tenha coerência.

Quando tratamos do estudo do sistema acusatório, definimos o sistema processual como o conjunto de normas e princípios interdependentes entre si, dispostos de forma ordenada, que traçam as diretrizes para aplicação do Direito, com base em um princípio informador. Apontamos, também, que o sistema processual é um subsistema do sistema Jurídico. Assim, podemos compreender o sistema jurídico, seguindo as lições da Canaris, como “ordem axiológica ou teleológica de princípios jurídicos gerais.”⁵⁴

Assim compreendido, temos que o sistema nos traz uma exposição dos preceitos sociais fundamentais. São, portanto, o conjunto de elementos dispostos à efetivação dos valores culturais dominantes. Para definição precisa do termo cultura, Fauzi Hassan Chourk, em sua obra, cita as lições de Alfredo Bosi, e segue demonstrando a influência da cultura no sistema, *in verbis*:

“Neste sentido é de ser usada a conceituação de Bosi para o termo cultura, assinalando-a como o conjunto de práticas, das técnicas, dos símbolos e dos valores que se devem garantir às novas gerações para garantir a reprodução de um estado de coexistência social. Muito embora trabalhado dentro de um contexto próprio à teoria literária, a definição de cultura, apresentada nesse momento em seu aspecto unitário – e cujo fragmentarismo será posteriormente analisado – pode ser invocado no campo jurídico sem muitas dificuldades. Àquilo que o autor supramencionado denomina de conjunto de práticas pode ser assimilado à jurisprudência; das técnicas e símbolos à linguagem própria da dogmática jurídica; e dos valores àquilo que até o momento de apresentou como fundamento da razão.”⁵⁵

54 CANARIS, Claus-Wilhem. Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito. Pág.280. *Apud* CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Editora Lumen Juris, 2002. Pág. 23

55 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Editora Lumen Juris, 2002. Pág. 23

Neste particular, o sistema, como modelo organizacional dos valores culturais, devido à fatores históricos, como, por exemplo, o advento do positivismo jurídico, passou a ser codificado. A ideia da codificação consiste na reunião de regras e normas jurídicas organizadas sistematicamente. Com efeito, temos que a dogmática jurídica traz atrelada a ideia de codificação a ideia de racionalidade, que, de igual sorte, também vem interligada ao ideal sistemático.

Compreende-se, assim, que para que um sistema seja coerente, há de andar de mãos dadas com a racionalidade. Fauzi Hassan aponta para um caráter bifronte no estudo da racionalidade, asseverando que ela deverá incidir tanto como limitação do poder de criar normas, quanto no momento de interpretação e aplicação normativa. Para o autor, a primeira abordagem possui um caráter instrumental, *“cuja essência é dada pelo conteúdo ético da sociedade.”*⁵⁶

Choukr defende, portanto, a existência de valores que pairam acima da ideia de razão, asseverando que esses valores dão as diretrizes necessárias de comportamento para a racionalidade e, por consequência, para organização do poder do Estatal. Com fins elucidativos, cabe transcrever a seguinte passagem da obra, onde o autor aponta a importância do ato de fundação na limitação do poder estatal:

“Desta forma, o primeiro ato de manifestação da razão no plano formal-material e que serve como obstáculo ao exercício irrestrito de poder, é o ato de fundação de sociedade a ser regida, que ocupará espaço central na legitimação e na legalidade do exercício de poder.”⁵⁷

O ato de fundação traduz-se na ideia de promulgação ou outorga de uma Constituição. O Constitucionalista José Afonso da Silva conceitua a Constituição de um Estado como:

“conjunto de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de seu governo, o modo de aquisição e o exercício de poder, o estabelecimento de seus órgãos, os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as

56 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Editora Lumen Juris, 2002. Pág. 16
57 IDEM. Pág. 16

respectivas garantias. Em síntese, a constituição é o conjunto de normas que organiza os elementos constitutivos do Estado.”⁵⁸

A segunda abordagem da racionalidade sistêmica, ao seu turno, consiste na função da racionalidade como controle das normas jurídicas em vigor. Isso implica dizer que, por critérios de racionalidade, tanto as normas jurídicas criadas anteriormente do ato de fundação do sistema, quanto àquelas criadas com observância das formas previamente estabelecidas, se estiverem em desacordo com os valores fundamentais da cultura dominante deverão ser consideradas inválidas para que haja coerência sistêmica.

Conclui-se, portanto, que a racional sistematização é de suma importância na propagação dos valores culturais e na garantia de segurança jurídica. Faremos uso, mais uma vez, das lições de Chourk, que traduz com maestria a importância da dogmática jurídica na promoção da cultura e na segurança da administração da justiça, conforme se verifica abaixo:

“Assim, somente um sistema construído dentro dessas premissas é possível de ser interpretado de forma a sustentar e reproduzir sua legitimidade, sendo que à dogmática (e no caso presente a dogmática penal em particular), cumpre umas das mais importantes funções que se encomenda à atividade jurídica em geral em um Estado de Direito: a de garantir os direitos fundamentais do indivíduo frente ao poder arbitrário do Estado, que, não obstante apresente alguns limites, necessita de controle e segurança quanto a estes. A dogmática jurídico-penal se apresenta assim como uma consequência do princípio da intervenção legalizada do poder punitivo estatal e, igualmente, como uma “conquista irreversível do pensamento democrático”, sendo que apenas ela torna possível, por conseguinte, ao assimilar limites e definir conceitos, uma aplicação segura calculável do Direito Penal, subtraindo-lhe a irracionalidade, arbitrariedade e a improvisação. Quanto menos desenvolvida esteja a dogmática, mais imprevisíveis serão as decisões dos tribunais, mais dependerão do azar e de fatores incontroláveis a condenação e absolvição, sendo que quanto mais se abandonem à casuística a legislação e a ciência, tanto mais insegura será a administração da justiça.”

59

58 SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros Editores. 36ª Edição, 2012. Pág. 39-40.

59 CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Editora Lumen Juris, 2002. Pág. 24

Desta feita, tendo como parâmetro a incontestável importância da racionalidade na garantia de coerência no sistema, para que a cultura seja observada no cenário jurídico penal, tanto nas jurisprudências, quanto no desenvolvimento da dogmática, ousamos acrescentar uma valiosa abordagem da racionalidade sistêmica.

Com efeito, levando em consideração as questões da racionalidade para coerência do sistema e a complexidade da sociedade hodierna, advogamos pela importância da superação do monólogo jurídico, com estudos de elementos alheios ao direito.

Assim, para que as garantias individuais sejam respeitadas, faz-se necessário o estudo de diversos ramos de conhecimento (como, por exemplo: das ciências sociais, com a filosofia, sociologia e economia; das ciências naturais e médicas, com a química, biologia, física, medicina, engenharia, tecnologia) para que não haja o risco de decisões judiciais baseadas somente no monismo jurídico, que não sejam condizentes com as epistemologias das áreas científicas.

Sob tal enfoque, a dogmática jurídico-penal não pode se quedar a outras formas de conhecimentos. Assim, é notório e que os interpretes do direito necessitam acompanhar a evolução dos demais âmbitos do saber para que o Direito se adéque às novas necessidades da complexa sociedade que vivemos e, com isso, haja maior segurança jurídica.

A sociedade se desenvolve e com ela novas tecnologias e conhecimentos das diversas áreas surgem. O Direito não pode ser estático. Um Direito estático é um direito irracional, haja vista que estaria imerso no ostracismo temporal, podendo vir a causar prejuízo à observância dos valores consagrados na lei maior. Portanto, necessário que o interprete compreenda os princípios fundadores do sistema e os adéque ao desenvolvimento social.

O objetivo do presente estudo é chamar atenção para a implicância da memória na reconstrução histórica dos fatos. O foco será em um fenômeno da psicologia cognitiva, ainda pouco estudado, que vem chamando atenção de inúmeros psicólogos e pesquisadores. Nesse sentido, através da interdisciplinaridade, apontar-se-ão os possíveis prejuízos do fenômeno das falsas memórias no processo penal e sua relevância para o estudo e para a concessão de maior segurança jurídico-sistêmica.

Através do estudo do processo de construção das memórias, será constatado que as memórias não são fidedignas à realidade. Elas representam uma reconstrução aproximativa do que ocorreu no plano da realidade. A memória humana é construída através da percepção do indivíduo acerca do fato ocorrido no plano real. As recordações, ao seu turno, são fortemente influenciadas pela emoção, tanto no primeiro momento de sua formação, quanto no momento de evocação.

Inegável, portanto, que a forte emoção nos momentos de construção e evocação da memória prejudica na percepção de detalhes, o que, por consequência, prejudica a formação da memória. Importa destacar, ao mais, que as lembranças podem ser vítimas de contaminações de diversas ordens, como o lapso temporal, a influência do entrevistador, de informações supervenientes, por processos endógenos ou exógenos, dentre outras. Tal fenômeno, que é natural da condição humana e pouco conhecido na sociedade, traz prejuízos de grandes escalas na formação das memórias, implicando no surgimento do que a doutrina da psicologia cognitiva denomina de falsas memórias.

Neste cenário, temos que as vítimas e testemunhas de crimes se valem da memória quando tecem declarações sobre o fato para as autoridades policiais e para o juízo competente. Como cediço e já abordado no capítulo introdutório, a prova testemunhal é muito utilizada no processo penal, sendo, portanto, imperioso que os juristas conheçam o fenômeno, o identifiquem como subjacentes às percepções subjetivas, logo, como elementar categórica inerente à prova testemunhal e busquem métodos para minimizá-lo.

Para compreensão exata do fenômeno supracitado o estudo do processo de formação da memória é inevitável. O objetivo é o alcance do entendimento de como as falsas memórias são formadas e de todos os inconvenientes que ela pode causar. De igual sorte, o Estudo da teoria da prova se faz necessário para o conhecimento da gravidade no fenômeno, que é de difícil percepção prática e pouco estudado pelos interpretes do direito.

CAPÍTULO 2 – TEORIA DA PROVA

2.1 – Conceito e função da prova

O objetivo do capítulo é traçar um entendimento acerca da teoria da prova, contudo, sem a pretensão de esgotar o assunto. Abordaremos o conceito, a principiologia, o estudo das provas testemunhais e do reconhecimento de pessoas, com objetivo de ambientar o leitor a respeito da problemática envolvendo a prova penal e as falsas memórias.

A palavra prova possui sua origem no latim *probatio*, que possui como significado experiência, exame, confirmação, etc. Assim, a prova nada mais é do que o instrumento através do qual as partes processuais buscam reconstruir historicamente o fato concreto em um determinado processo, podendo formar a “certeza” do magistrado acerca dos acontecimentos. O Processo Penal, portanto, é utilizado como ferramenta para reconstrução aproximativa de um fato histórico, através da atividade probatória, com o intuito de alcançar a solução democraticamente mais justa para o caso concreto.

O crime é um fato passado, portanto histórico. As provas são, portanto, o meio utilizado para realização dessa retrospectiva, com o intuito de convencer o julgador acerca da possibilidade dos fatos terem acontecido de acordo com as provas produzidas pelas partes. Nesse sentido, o julgador realiza uma atividade cognitiva, analisando todo conjunto probatório para poder julgar.

De acordo com Gustavo Badaró, a palavra prova possui três significados: atividade probatória; meio de prova e resultado probatório.⁶⁰ A prova como atividade probatória consiste no conjunto de atos praticados pelas partes, para atingir a reconstrução histórica dos fatos. A prova considerada como meio de prova significa o meio pelo qual as fontes das provas são inseridas no processo penal. Por último, prova como resultado probatório possui o significado de convencimento que os meios de prova geram nas partes e no magistrado. Badaró defende, outrossim, a importância de distinções dos termos “fonte de prova”; “meio de prova”; “elemento de prova”; e “resultado probatório.” De acordo com o autor:

60 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 269

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

Os meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são conduzidas ao processo: o depoimento da testemunha, a perícia do instrumento do crime etc. (...)

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

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

Realizadas as devidas distinções, cumpre chamar atenção para a questão do ônus da prova no processo penal. De acordo com Nicollitt, o ônus da prova está ligado à faculdade que tem um sujeito de agir no sentido de alcançar uma situação favorável no processo.⁶¹ Partindo de uma análise do ônus da prova bipartida entre ônus formal e material, Nicolitt defende que o ônus formal está ligado à onerosidade de provar certos fatos entre as partes, enquanto o segundo refere-se a quem sofre prejuízo em função da ausência de prova ou da dúvida de um fato no momento da sentença.⁶²

Consoante os ensinamentos de Nicolitt, o ônus da prova sob o viés material, possui maior importância, em razão dos princípios constitucionais da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*. Isto ocorre em face de uma eventual omissão da parte autora na atividade probatória ter como consequência a ausência de provas ou dúvidas acerca dos fatos, o que favorecerá o réu. Assim sendo, o ônus da prova é incumbido à parte autora. Nesse sentido, o autor assevera:

61 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 352

62 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág 353

“Quando o Ministério Público, ou o querelante na ação penal privada, imputam ao réu um crime, devem provar todos os seus elementos – tipicidade, ilicitude e culpabilidade – com escopo de afastar a presunção de inocência. Em havendo dúvida sobre qualquer elemento, está dúvida favorece ao réu, pois não se pode mitigar o princípio *in dubio pro reo*, aplicando-o parcialmente. (...) Com efeito, na ação penal condenatória, o ônus da prova em sentido formal perde importância, na medida em que a iniciativa da produção da prova é das partes – que tem interesses no processo. Em sentido material, a discussão é essencial e, neste aspecto, como ensina Afrânio Silva Jardim, o ônus da prova é todo da acusação que deverá provar o fato típico, ilícito e culpável, com todas suas circunstâncias, pois do contrário, sofrerá o prejuízo, não obtendo, assim, a posição de “vantagem” almejado no processo, ou seja, a condenação nos termos pretendidos, pois para absolvição do réu, ou qualquer favorecimento em sua situação jurídico-processual, basta a dúvida (*in dubio pro reo*)”⁶³

Importa destacar, ao mais, que a iniciativa probatória é exclusiva das partes e vedada ao magistrado, conforme preconizado pelo princípio acusatório, ainda que existam resquícios infraconstitucionais. Entretanto, cabe ressaltar que a atividade probatória possui limites impostos pelos princípios constitucionais. Isto significa dizer que as provas, para serem válidas no âmbito processual, deverão respeitar o princípio do devido processo legal democrático no momento de sua produção.

2.2 – Sistemas Processuais Penais

Conforme estudado no Capítulo 1, mais especificamente no tópico “1.3 – Características do Sistema Processual Acusatório”, onde foi realizado um estudo aprofundando sobre o tema, existem dois modelos gnosiológicos de sistemas processuais: O acusatório e o inquisitivo.

O que distingue os sistemas são as regras estruturais definidas pelo princípio informador. Os princípios informadores trazem os objetivos políticos de cada sistema e impõem limites às funções atribuídas aos “sujeitos processuais”. Nesse sentido, o princípio informador inquisitivo traz a essência do sistema inquisitório e possui como particularidade dominante a gestão e iniciativa probatória nas mãos do julgador, transformando a figura do juiz em juiz-ator ou, como era chamado no modelo estrutural histórico, juiz inquisidor.

⁶³ NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág 355.

Assim, o sistema inquisitório é um sistema em que há pouca ou nenhuma fidelidade às garantias individuais, sendo comum nos processos penais inquisitórios o órgão julgador criar uma versão baseada em sua interpretação do fato histórico e perseguir provas, agindo de ofício, para sustentar sua versão.

A característica mais marcante do sistema inquisitório é, portanto, o ativismo judicial em face da condição de parte formal e/ou materialmente considerada. Isto implica dizer que a iniciativa e a gestão da prova estão concentradas na mão do juiz-ator. Desse modo, as funções de acusar e julgar são atribuídas à figura do juiz inquisidor. Destarte, no sistema inquisitório o juiz é completamente parcial, podendo atuar de ofício a qualquer tempo no processo, o que prejudica o direito à ampla defesa e ao contraditório.

O sistema processual acusatório, por ser completamente contrário ao modelo inquisitório, possui como fundamento maior o afastamento da figura do juiz da iniciativa e da gestão probatória. Nessa senda, as funções de investigar, acusar e julgar, que no sistema inquisitório eram investidas, via de regra, a um órgão ou sujeito, são afastadas e atribuídas a diferentes órgãos processuais. No sistema acusatório, portanto, a iniciativa probatória é atribuída às partes, devendo ser o juiz destinatário imparcial.

A alma do sistema processual acusatório é a delimitação dos poderes de punição estatal, através da exaltação dos direitos e garantias fundamentais individuais como valores absolutos a serem observados no curso do Processo Penal. Assim sendo, para que as garantias sejam respeitadas, o juiz deve funcionar apenas como terceiro destinatário, que através da sua atividade recognitiva, deverá decidir entre as proposições ofertadas pela acusação ou pela defesa, visando a sentença mais democraticamente justa para o caso concreto.

É oportuno salientar, ao mais, que os sistemas processuais correspondem a opções político-jurídicas com peculiaridades estruturais. A doutrina majoritária defende a prevalência de estruturas caracterizadas como “mistas”, em que há preponderância de um princípio informador, trazendo ao sistema suas principais diretrizes estruturais, contudo, com diversas influências do modelo antagônico. Entretanto, tal classificação não prospera no sistema processual brasileiro que é expressamente acusatório, de acordo com a previsão constitucional.

Assim sendo, a preservação dos direitos e garantias individuais é erigida à categoria de objetivos fundamentais do estado. Nesse sentido, temos que a figura do réu é considerada como sujeito de direitos, repleto de garantias individuais perante o poder de punir estatal. Entretanto, na prática, existem diversos resquícios do sistema inquisitório no nosso ordenamento jurídico.

2.3 – Princiologia da Prova

O Código de Processo Penal brasileiro foi criado em 1940 e, conforme se extrai de sua Exposição de Motivos, possui grande influência autoritária, o que é totalmente incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Sendo assim, os princípios constitucionais são de extrema importância para uma interpretação das normas processuais penais para que ocorra uma filtragem baseada nos princípios, compatibilizando as normas processuais penais com as garantias estabelecidas na Constituição.

2.3.1 – Estado de inocência

A Constituição da República estabelece no seu artigo 5º, inciso LVII⁶⁴, que nenhum indivíduo será considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Dessa forma, a constituição consagra o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, também chamado de princípio da inocência, nomenclatura já utilizada. Pode ser atribuído a tal princípio três significados distintos: garantia político-jurídico; regra de tratamento do acusado; e regra probatória.

O princípio da inocência como garantia político-jurídica consiste na condição do princípio como corolário do Estado Democrático de Direito. O processo penal, por ser um microcosmo do sistema político, deverá ser adequado a este, respeitando os princípios e

64 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: LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; . **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19/06/2018.

garantias individuais na busca pela efetiva, justa e democrática prestação jurisdicional. Desse modo, Gustavo Badaró afirma:

“A presunção de não culpabilidade é um fundamento sistemático e estrutural do processo acusatório. O princípio da presunção de inocência é reconhecido, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana. Há um valor eminentemente ideológico na presunção de inocência. Liga-se, pois, à própria finalidade do processo penal: um processo necessário para verificação jurisdicional da ocorrência de um delito e de sua autoria. A presunção de inocência assegura a todo e qualquer indivíduo um prévio estado de inocência, que somente pode ser afastado se houver prova plena do cometimento de um delito. A presunção de inocência, segundo Pisani, uma presunção política que garante a liberdade do acusado diante do interesse coletivo à repressão penal.”⁶⁵

O estado de presunção de inocência como regra de tratamento funciona como obrigação ao magistrado e parte autora no processo penal, a tratar o réu como inocente durante todo o curso do processo. Para Lopes Júnior, o dever de tratamento atua em duas dimensões, uma interna e outra externa ao processo.

O autor defende que dentro do processo, o princípio implica no dever de tratamento do réu como não culpado, não podendo existir abusos de medidas cautelares e com atribuição do ônus da prova integralmente ao acusador.⁶⁶ Com relação à dimensão externa, “a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente.)”⁶⁷

Por último, o princípio da inocência como regra de julgamento consiste na atribuição do ônus da prova integralmente ao acusador. Dessa forma, a omissão da parte autora na instrução probatória e, por consequência, a ausência de provas ou eventual dúvida acerca de determinados fatos ou da autoria delitiva, favorecem o réu, que deverá ser tratado como inocente durante todo o curso do processo e que somente poderá ser condenado quando os elementos de prova forem

65 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 24.

66 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 364.

67 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 364

substanciais e indubtáveis. Para corroborar com o aludido, cumpre transcrever a lição de Aury Lopes Jr., *in verbis*:

“Ao lado da presunção de inocência, como critério pragmático de solução da incerteza (dúvida) judicial, o princípio do *in dubio pro reo* corrobora a atribuição da carga probatória ao acusador e reforça a regra de julgamento (não condenar o réu sem que sua culpabilidade tenha sido suficientemente demonstrada). A única certeza exigida pelo processo penal refere-se à prova da autoria e da materialidade, necessárias para que se prolata uma sentença condenatória. Do contrário, em não sendo alcançado esse grau de convencimento (e liberação de cargas), a absolvição é imperativa.”⁶⁸

2.3.2 – Contraditório e ampla defesa

Os princípios do contraditório e da ampla defesa possuem relevante importância para o Processo Penal. O artigo 5º da Constituição, mais especificamente no seu inciso LV, aduz que é assegurada aos acusados, em geral, nos processos judiciais e administrativos, a garantia do contraditório e da ampla defesa. Tal garantia pressupõe três direitos do acusado no processo para que possa responder à acusação com igualdade.

O direito de informação obriga o órgão julgador a prestar informações às partes sobre todos os atos praticados no processo. O direito de manifestação garante a possibilidade de pronunciamento, por via oral ou por escrito, acerca dos elementos fáticos ou jurídicos do processo. Por último, o direito de ver seus argumentos contemplados impõe ao julgador o dever de atenção às razões apresentadas pelas partes, para formação de sua convicção.

Apesar de correlatos, temos que os princípios não se confundem. O princípio da ampla defesa consiste na garantia estatal de proporcionar ao acusado todos os meios disponíveis na lei para provar suas proposições fáticas e jurídicas. O contraditório, por sua vez, garante o direito de contestação das partes aos argumentos oferecidos pela parte oposta ou pelo magistrado em suas decisões. Em síntese, é o direito de debater perante o juiz, na busca de seu convencimento.

Nesse sentido, no que concerne o princípio da ampla defesa, convém apontar que os acusados possuem direito de defesa técnica e pessoal. A defesa técnica traz a garantia da presença do defensor em todos os atos do processo e é indisponível. Nas palavras de Aury Lopes Jr., a defesa é indisponível “pois, além de ser uma garantia do sujeito passivo, existe um interesse coletivo na correta apuração do fato.”⁶⁹ Assim, a obrigatoriedade da defesa técnica, por presunção de hipossuficiência do sujeito passivo perante o aparato estatal, garante uma condição de paridade de armas.

O direito de autodefesa consiste na atividade ou na inatividade do sujeito passivo de participar na produção probatória. Assim, a atividade consiste em direito subjetivo do sujeito de prestar informações no interrogatório, participar do reconhecimento de pessoas, concordar com a submissão à exames periciais, levar aos autos provas documentais, dentre outros. A inatividade, por sua vez, consiste no direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo.

O princípio do contraditório, ao seu turno, garante às partes o direito de debater perante o juiz. É um ritual de confrontação entre acusação e defesa, na busca pela captura psíquica do magistrado. Com relação a produção probatória, temos que só são válidas no processo as provas produzidas sob o crivo do contraditório. Nesse sentido, Nicolitt traz o seguinte ensinamento:

“O contraditório é da essência do processo (art. 5º, LV, da CRF/1988). Não poderia ser diferente em relação às provas, que também devem submeter-se à dialética de tese e antítese. As partes devem ter ciência das provas produzidas e oportunidade para manifestação e até produção de contraprovas. Qualquer informação não submetida ao contraditório não pode ser considerada pelo juízo, e a decisão que negligenciar esta lógica é nula por violação de princípio constitucional.”⁷⁰

Aury Lopes Júnior atesta a importância da observação do contraditório nos quatro momentos da prova, afirmando que contraditório deverá permear todos os atos e momentos das provas.

69 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 375

70 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. 357

“Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova:

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.”⁷¹

2.3.3 – “Livre convencimento motivado”

O princípio do “livre convencimento motivado” estabelece que as provas produzidas sob o crivo do contraditório serão analisadas livremente pelo magistrado e valoradas de acordo com suas convicções, desde que motivadamente. Isto implica dizer que não há critérios estabelecidos na lei processual penal quanto a valoração das provas. O juiz analisará o conjunto probatório e decidirá com base no seu convencimento. É o que dispõe o artigo 155 do Código de Processo Penal, que aduz: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial (...).”⁷²

O Princípio do “livre convencimento motivado” é contraposto ao modelo de provas tarifárias, no qual existiam critérios fixados na lei para auferir valor a cada meio de prova, e o modelo da íntima convicção, no qual o magistrado não possui o dever de motivar suas decisões. Apesar de extremamente arbitrário, o princípio da íntima convicção, também chamado de livre convencimento imotivado, é adotado, ainda hoje, no tribunal do júri. Aury Lopes Júnior atenta para a questão, conforme se extrai da seguinte passagem de sua obra:

“A ‘íntima convicção’, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a

71 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 373

72 Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela ‘cara’, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação.”⁷³

Nesse sentido, o princípio do livre convencimento motivado surge como meio termo entre os dois modelos, estabelecendo a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, conforme artigo 93, inciso IX da Constituição da República de 1988 ⁷⁴, trazendo, portando, a submissão do magistrado à lei e a não submissão aos interesses políticos, econômicos ou da maioria.

2.3.4 – Publicidade

O princípio estabelece que todos os atos processuais serão públicos. Tal previsão garante a ampla defesa, o contraditório e o devido processo legal, em razão da publicidade dos atos processuais fornecerem conhecimento e controle para as partes no processo e para a sociedade, que possui interesse na efetiva prestação jurisdicional. O texto constitucional traz a previsão do princípio no inciso LX do artigo 5º ⁷⁵, de acordo com texto, a publicidade é regra, enquanto o sigilo é exceção.

73 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 377

74 Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19/06/2018.

75 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: LX. a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem. **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19/06/2018.

Neste particular, a lei só poderá restringi-la quando a defesa da intimidade das partes ou o interesse social exigirem. Esse sigilo figura somente perante a sociedade, que são terceiros completamente alheios ao processo. O conteúdo do processo continua sendo aberto às partes processuais. No que tange a produção probatória, tal princípio veda as provas produzidas em segredo, o que traria grave violação, igualmente, ao princípio do contraditório. Entretanto, Nicolitt nos chama atenção ao fato das medidas cautelares para produção de prova, que relativizam a publicidade para assegurar a eficaz coleta da prova. O autor assim dispõe:

“A toda evidência, há que se ressaltar as medidas cautelares como escutas telefônicas e buscas domiciliares, que se submetem ao contraditório diferido sem o que a prova poderia perecer, e, sendo assim, a publicidade é suprimida, mantendo-se sigilo durante a colheita da prova.⁷⁶”

Com relação aos inquéritos policiais, a publicidade é restrita somente aos atos já documentados. Os atos investigativos são sigilosos e só terão publicidade quando acostado aos autos do inquérito policial. Cumpre a transcrição dos ensinamentos de Gustavo Badaró acerca do tema, *in verbis*:

“No tocante ao inquérito policial, o artigo 20 do CPP permite que tal procedimento administrativo seja sigiloso. Por não se tratar de processo judicial, o inquérito policial não se encontra sob a regência do art. 93, IX, da CR. Todavia, como condição necessária para o exercício da ampla defesa, na sua vertente da defesa técnica (CR art. 5º, LV), e por expressa previsão legal do art. 7º, XIV, do EAOAB, o advogado tem o direito de consultar os autos do inquérito policial, não sendo possível aplicar ao defensor o regime do sigilo do inquérito. O direito à vista dos autos do inquérito policial e de outros procedimentos investigatórios, que vinha sendo objeto de grande divergência jurisprudencial, foi sufragado pela Súmula Vinculante nº 14 do STF: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

”⁷⁷

76 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 360

77 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 31

2.3.5 – Princípio da vedação à prova ilícita

O artigo 5º, inciso LVI da constituição traz a previsão de que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos.⁷⁸ No mesmo sentido, o artigo 157 do código de processo penal dispõe que as provas ilícitas são inadmissíveis e que devem ser desentranhadas do processo. De acordo com o mencionado artigo do código de processo penal, as provas ilícitas são aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

Conforme assevera Aury Lopes Jr., a prova ilegal é o gênero do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita.⁷⁹ O autor afirma ser importante a distinção dos termos, em razão da confusa redação do artigo 157 do código processual penal. O autor entende que o termo “legais” se refere apenas às normas materiais, e não às normas processuais. Nesse sentido, o autor diferencia a prova ilegítima da prova ilícita, nos seguintes termos:

“Prova ilegítima: Quando ocorre a violação de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo. Exemplo: juntada fora do prazo, prova unilateralmente produzida (como o são as declarações escritas e sem contraditório) etc.;

Prova ilícita: é aquela que viola regra de direito material ou a constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo). Nesse caso, explica MARIA THEREZA, embora servindo, de forma imediata, também a interesses processuais, é vista, de maneira fundamental, em função dos direitos que o ordenamento reconhece aos indivíduos, independentemente do processo. Em geral, ocorre uma violação da intimidade, privacidade ou dignidade (exemplos: interceptação telefônica ilegal, quebra ilegal de sigilo bancário, fiscal, etc.)”

78 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: LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos; **Constituição da República Federativa do Brasil/1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 19/06/2018.

79 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 402

Aury Lopes Jr. defende que, assim como na prova ilícita, caso a prova ilegítima venha a ser admitida erroneamente em um processo, ela deverá ser desentranhada dos autos. O autor aponta que a prova ilegítima, por ser um vício processual, poderá, através da repetição do ato, ter seu vício sanado e ser validada no processo. O mesmo não ocorre com a prova ilícita, pelo fato do vício ser material, ou seja, no momento da produção probatória. Ousamos discordar das lições do nobre professor e seguir as concepções de Nicolitt, que assevera:

“Não concordamos com tal distinção, uma vez que os limites entre a norma material e processual são muito tênues em matéria probatória. Uma escuta não autorizada tanto viola o direito à intimidade como a regra procedimental da lei n° 9296/1996. A prova, uma vez admitida, será declarada nula e sua renovação será impossível. A busca e apreensão determinada por autoridade incompetente também será declarada por violação de regra processual e eventual material apreendido não poderá ser reintroduzido no processo simplesmente renovando-se a diligência com ordem da autoridade competente, que na altura já terá conhecimento dos elementos colhidos na apreensão ilegítima. Para nós, portanto, a proibição das provas ilícitas refere-se à violação do ordenamento como um todo (norma constitucional, infraconstitucional, material ou processual).⁸⁰

Assim como as normas de direito material, as normas processuais também possuem uma carga de garantias individuais em seu conteúdo. De acordo com nossa concepção, forma é garantia e a sua não observação pode vir a trazer prejuízos para as partes processuais. Portanto, a linha entre direito material e direito processual, conforme bem atestou Nicolitt, é bastante tênue em matéria probatória.

No que concerne à possibilidade de repetição das provas ilegítimas, Gustavo Badaró traz entendimento de que a regra da repetição de atos processuais ilícitos nem sempre será eficaz para validação da prova.

“Mesmo a alegada impossibilidade de renovação da prova ilícita (sancionada com a inadmissibilidade) e a necessidade de renovação da prova ilegítima (sancionada com

80 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 373

a nulidade) não é uma regra absoluta. (...) Mesmo no campo probatório, não é desarrazoado considerar que, em relação a determinados meios de prova, a violação de uma regra processual poderá comprometer definitivamente a capacidade epistêmica de tal meio.⁸¹

De igual sorte, corroborando com o ensinamento de Nicolitt, o autor defende que, na prática, não há tanta distinção entre os conceitos de provas ilegítimas e provas ilícitas. Nesse sentido:

“Por fim, e mais relevante, é de se considerar que as linhas que demarcam a distinção entre prova ilícita e prova ilegítima, se abstratamente consideradas bem demarcadas, na prática, muitas vezes se mostram apagadas ou inseguras. Isso porque, em muitos casos, há violações de dispositivos constitucionais ou legais que teriam um aspecto bifronte, podendo ser lidos, de um lado, como uma garantia constitucional de proteção das liberdades públicas, e, de outro, como um regramento processual delimitando os mecanismos para realização de um meio de prova ou de obtenção de prova. (...) Em suma, podem ser definidas como provas ilícitas as provas obtidas, admitidas ou produzidas com violação das garantias constitucionais, sejam as que assegurem liberdades públicas, sejam as que estabelecem garantias processuais.⁸²

Não é outro o entendimento de Nucci, acerca da distinção entre provas ilícitas e ilegítimas. Na concepção do autor o ilícito envolve o ilegalmente colhido (captação da prova ofendendo o direito material) e o ilegalmente produzido (fornecimento indevido de prova no processo)⁸³, não existindo eficácia na distinção, conforme se extrai da seguinte passagem de sua obra:

“A reforma introduzida pela Lei 11.690/2008 optou pela ampliação do conceito de ilícito: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação as normas constitucionais ou legais “(art. 157, *caput*, CPP). Vê-se, pois, que ilícito é gênero. Violações de normas

81 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 286-287

82 Idem. Pág. 286-287

83 NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 12ª Edição, Rio de Janeiro. Editora Forense. 2015 Pág. 44

constitucionais ou de legislação ordinária fazem nascer suas espécies. Em suma, são ilícitas as provas obtidas em afronta a normas penais ou processuais.⁸⁴

Diversas teorias foram criadas acerca da possibilidade de admissão da prova ilícita no processo penal. A teoria da inadmissibilidade absoluta, como o próprio nome diz, prega uma interpretação literal da norma constitucional, onde há a previsão de que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos. Dessa forma, de acordo com o entendimento da corrente, a Constituição não comporta relativizações ou exceções. A crítica realizada pela doutrina é em relação ao caráter absoluto da norma e do direito em si.

Ao contrário dos teóricos que defendem a teoria da inadmissibilidade absoluta, a corrente da admissibilidade da prova ilícita em nome do princípio da proporcionalidade preconiza a possibilidade da aceitação da prova ilícita, em casos considerados como graves, com observação da relevância do interesse público, quando for considerada a única forma para proteção de outros valores fundamentais.

Com relação à admissão da prova ilícita *pro societate*, Lopes Júnior defende ser um imenso perigo utilizar de um conceito jurídico indeterminado (proporcionalidade) e manipulável, para impor restrições de direitos fundamentais. Corroborando com o entendimento, Nicolitt aponta os diversos riscos da teoria para ordem jurídica, conforme se verifica abaixo:

“Por tais razões, percebemos que o discurso da prova ilícita *pro societate* não é sólido e pode trazer consequências nefastas para ordem jurídica e para a própria segurança, uma vez que se estaria concedendo ao judiciário o poder de suprimir, em um caso concreto, e com base no princípio de razoabilidade, uma garantia que nem mesmo o legislador constituinte derivado poderia suprimir, já que estamos tratando de cláusula pétrea.⁸⁵”

No que concerne a utilização do princípio da proporcionalidade para mitigar a previsão constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita, merece destaque a corrente que preconiza

84 Idem, Pág. 44

85 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 369

a possibilidade da aplicação do princípio da proporcionalidade *pro reo*. A ideologia da corrente aponta que a prova ilícita poderia ser admitida e valorada no processo, quando favorável ao réu. A ideia é que o direito à liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificado na obtenção da prova.⁸⁶ De acordo com Aury Lopes Jr, a conduta ilícita de um réu, com o fito de provar sua inocência estaria coberta pelas excludentes de ilicitude e de culpabilidade, conforme a seguinte passagem:

“Desnecessário argumentar que a condenação de um inocente fere de morte o valor de justiça, pois o princípio supremo é o da proteção dos inocentes no processo penal. Ademais, deve-se recordar que o réu estaria, quando da obtenção (ilícita) da prova, acobertado pelas excludentes da legítima defesa ou do estado de necessidade, conforme o caso. Também é perfeitamente sustentável a tese da inexigibilidade de conduta diversa (excluindo agora a culpabilidade). Tais excludentes afastariam a ilicitude da conduta e da própria prova, legitimando seu uso no processo.”⁸⁷

Com relação às demais teorias expostas, a proporcionalidade *pro reo* ganha destaque por ser a mais adequada ao processo penal. O direito de perseguir prova de sua inocência é convalidado pelo princípio da dignidade da pessoa humana, corolário do estado democrático de direito.

2.3.5.1 – Prova ilícita por derivação e as teorias da fonte independente e descoberta inevitável.

O princípio da proporcionalidade relativiza a incidência do princípio da vedação à prova ilícita, admitindo-as em determinados casos concreto. As teorias da prova ilícita por derivação, da fonte independente e da descoberta inevitável, advindas da jurisprudência norte-americana, são derivadas do princípio da proporcionalidade *pro societate*. Com a reforma do Código de Processo Penal, em 2008, o código passou a disciplina-las. O artigo 157 do código de Processo Penal dispõe:

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

86 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 406

87 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 369

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.⁸⁸

A teoria da prova ilícita por derivação, prevista no parágrafo primeiro do artigo 157 do código processual, consiste contaminação das provas adquiridas posteriormente, em decorrência de elementos de prova inerentes à prova ilícita. Isto implica dizer que se uma prova for produzida por meios ilícitos, todos os atos que decorrerem dessa prova estarão contaminados e, por consequência, também serão considerados ilícitos.

Essa teoria possui origem na jurisprudência da Suprema Corte Norte Americana, onde ficou conhecida pela expressão “*fruits of the poisonous tree*” (frutos da árvore envenenada). De acordo com a teoria, a árvore envenenada (prova ilícita) dará frutos igualmente envenenados (provas ilícitas por derivação).

Nesta senda, todos os elementos probatórios provenientes de atos viciados pela ilicitude deverão ser desentranhados dos autos. Admitir o contrário seria remar contra a própria lógica da vedação da prova ilícita e do sistema processual como um todo, haja vista que com a admissibilidade das provas ilícitas por derivação, diversas práticas violadoras de direitos fundamentais poderiam ser aproveitadas na produção probatória, com base na ideologia de que os fins justificam os meios.

Assim, os elementos provenientes da ilicitude do primeiro ato continuariam fazendo efeito no processo, o que, por óbvio, geraria enorme prejuízo para todo o sistema de garantias individuais. Nucci corrobora com esse entendimento. Para o autor, de nada adianta, pois, a

88 **Código de Processo Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

Constituição proibir a prova obtida por meios ilícitos, uma vez que a prova secundária serviu para condenar o réu, ignorando-se que ela teve origem em uma prova imprestável.⁸⁹

Contudo, a doutrina e jurisprudência internacional consagraram exceções à teoria da inadmissibilidade da prova ilícita por derivação. As exceções ocorrem quando a conexão entre a prova derivada e a prova ilícita é ténue, ou seja, inexistindo uma relação de causa e efeito, ou quando as provas derivadas das ilícitas poderiam ser alcançadas por outras linhas investigativas. São as teorias da *independent source* (fonte independente) e *inevitable discovery* (descoberta inevitável) De acordo com a esteira de pensamento da professora Ada Pellegrini Grinover:

“No entanto, é preciso atentar para as limitações impostas à teoria da inadmissibilidade das provas ilícitas por derivação, ou dos frutos da árvore envenenada, pelo próprio Supremo norte-americano e pela doutrina internacional: excepcionam-se da vedação probatória as provas derivadas da ilícita, quando a conexão entre umas e outra é ténue, de modo a não se colocarem a primária e as secundárias como causa e efeito; ou ainda, quando as provas derivadas da ilícita poderiam de qualquer modo ser descobertas por outra maneira. Fala-se, no primeiro caso em *Independent Source* e, no segundo caso, *Inevitable Discovery*. Isso significa que se a prova ilícita não foi absolutamente determinante para o descobrimento das derivadas, ou se estas derivam de fonte própria, não ficam contaminadas e podem ser produzidas em juízo.⁹⁰”

O artigo 157 do código de processo penal, em seus parágrafos, traz a previsão da aplicação, via institutos, da teoria da proporcionalidade. No fim do parágrafo primeiro, o código aduz que quando não evidenciado o nexos de causalidade entre as provas ilícitas e àquelas derivadas ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente, as provas poderão ser admitidas no processo. Gustavo Badaró destrincha com maestria as exceções trazidas na lei, *in verbis*:

“A primeira exceção – quando não evidenciado o nexos causal entre umas e outras – não se trata de uma ressalva à regra principal – de inadmissibilidade das provas derivadas da ilícita –, mas de sua não incidência. Se não há um nexos de causalidade entre uma prova, isto é, a prova originária ilícita, e a outra, a prova dela derivada, em

89 Nucci

90 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, A.S.; GOMES FILHO, A.M. As Nulidades no Processo Penal. 7ª Edição, São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, 2001. Pág.137-138.

si, lícita, nem mesmo se coloca o problema da prova ilícita por derivação. A hipótese, portanto, é dispensável e desnecessária. Já o § 2º do art. 157 do CPP, ao procurar definir o que se considera como fonte independente, parece ter definido outra exceção, da descoberta inevitável, fazendo-o, porém, em termos tão amplos que pode anular a própria regra geral da vedação das provas ilícitas derivadas. “Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto de prova.”⁹¹

2.3.6 – O princípio da “verdade real”

Conforme verificado anteriormente, o processo penal é um instrumento utilizado como atividade retrospectiva, onde as partes buscam provas com o intuito do convencimento do magistrado. Para diversos autores, tanto os antigos, quanto os contemporâneos, o objetivo do processo penal consiste a busca pela chamada “verdade real”, através da produção de provas na tentativa de se alcançar a verdade de como os fatos ocorreram.

O termo verdade é objeto de diversas discussões jusfilosóficas. Merece destaque o pensamento de Michel Foucault, que desconstrói a ideia de verdade única. Para o autor, a verdade é uma produção histórica e social, e varia de acordo com as relações de poder existentes na sociedade. Na sua obra “A verdade e as formas jurídicas”, Foucault, por meio de uma análise histórica, aponta que a constituição da verdade depende das relações de poder proveniente das formas jurídicas.⁹²

Nesse sentido, o autor defende a ideia de que todas as relações sociais são baseadas em relações de poder. O Direito enquanto relação social de solução de conflitos reflete uma relação de poder. Durante sua obra, Foucault demonstra que as diversas formas jurídicas históricas levaram a concepção de justiça da esfera privada à pública.

Com a publicização da justiça, a questão da verdade ganhou nova roupagem. O direito passou a tratar do embate de duas verdades, onde uma delas, não necessariamente a

91 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 290
 92 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Editora Nau. Rio de Janeiro, 2002.

“verdadeira”, era escolhida por um terceiro. Desse modo, os litígios entre indivíduos passaram a ser resolvidos pelo Poder Político, conforme a seguinte passagem:

“O soberano, o poder político vem, desta forma, dublar e, pouco a pouco, substituir a vítima. Este fenômeno, absolutamente novo, vai permitir ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciais. O procurador, portanto, se apresenta como o representante do soberano lesado pelo dano. [...] Assim, na noção de crime, a velha noção de dano será substituída pela de infração. A infração não é um dano cometido por um indivíduo contra outro; é uma ofensa ou lesão de um indivíduo a ordem, ao Estado, à lei, à sociedade, à soberania, ao soberano.”⁹³ (idem, p. 66)

O método histórico e institucional para investigar os atos infracionais, com a busca da verdade, era o inquérito. De acordo com o pensamento de Foucault:

“O inquérito é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício de poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder. É a análise dessas formas que nos deve conduzir à análise mais estrita das relações entre os conflitos de conhecimento e determinações econômico-políticas”⁹⁴

Através dos inquéritos, o poder político buscava alcançar a “verdade substancial”, agindo ativamente na produção de provas. A questão da verdade real, nos dizeres de Lopes Jr., está intimamente relacionada com a estrutura do sistema inquisitório. Nas palavras do autor:

“historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos limites na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura -, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também

93 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Editora Nau. 3ª Edição. Rio de Janeiro, 2002. Pág. 66.

94 Idem. Pág. 78

alguns impossíveis de serem realizados. O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz- ator (inquisidor).”⁹⁵

O princípio da verdade real, desse modo, impõe que o magistrado atue ativamente na busca pela verdade. O princípio, atualmente, encontra-se superado e poucos doutrinadores defendem sua atuação. No entanto, é possível verificar sua concretização, conforme atesta André Nicollit⁹⁶, no artigo 156 do Código de Processo Penal⁹⁷, que autoriza expressamente o magistrado a produzir provas de ofício para dirimir eventuais dúvidas sobre pontos relevantes.

2.3.7 – O princípio da “verdade processual”

Ao contrário da corrente que prescreve a busca pela “verdade real”, o modelo formalista preconiza o respeito aos procedimentos previstos em lei e às garantias dos direitos individuais do acusado no momento da obtenção de provas. A corrente da verdade formal não possui a pretensão de ser “verdade”. Nesse sentido, Luigi Ferrajoli assevera que a verdade processual é uma verdade aproximativa.⁹⁸

O princípio da verdade formal, portanto, defende que a verdade será aquela alcançada pelo magistrado através da produção das provas apresentadas pelas partes processuais. Nesse sentido, Ferrajoli defende que a “a verdade formal é mais controlada quanto ao método de

95 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 381

96 NICOLLIT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 360

97 Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

98 FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo, 2002. Pág. 42

aquisição e mais reduzida quanto ao conteúdo informativo de qualquer hipotética verdade substancial.”⁹⁹ O autor defende que o formalismo se manifesta em quatro sentidos, *in verbis*:

“(…) no quádruplo sentido de que se circunscreve às teses acusatórias formuladas de acordo com as leis, de que deve estar corroborada por provas recolhidas por meio de técnicas normativamente preestabelecidas, de que é sempre uma verdade apenas provável e opinativa, e de que na dúvida, ou na falta de acusação ou de provas ritualmente formadas, prevalece a presunção de não culpabilidade, ou seja, da falsidade formal ou processual das hipóteses acusatórias.”¹⁰⁰

O princípio da verdade processual rege, portanto, a atividade judicial, protegendo as liberdades e garantias dos indivíduos. A crítica realizada pela corrente formalista àquela que defende a verdade real é que os fatos pretéritos não são possíveis de serem verificados em sua totalidade. Assim, a “verdade” de como os fatos ocorreram é impossível de ser alcançada e reproduzida no processo penal. Luigi Ferrajoli defende que a verdade processual não pode ser afirmada por observações diretas.¹⁰¹ De acordo com a perspectiva de Lopes Jr.:

“os fatos passados não são passíveis de experiência direta, senão verificados 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).”¹⁰²

Nesse sentido, o Ferrajoli defende que a proposição eleita pelo magistrado na fundamentação de sua decisão, ou seja, a verdade processual alcançada pelo processo se subdivide em duas proposições, uma referente a verdade fática, outra a verdade jurídica. A verificabilidade de cada proposição se dará, portanto, de forma distinta. Assim dispõe Ferrajoli:

99 F FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo, 2002. Pág. 38

100 Idem. Pág. 38

101 Idem. Pág. 43

102 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 383

“Evidentemente, os problemas de verificação, e antes ainda da verificabilidade, se colocam de maneira bastante diferente para as proposições de fato e para as de direito. Para as proposições judiciais fáticas, são mais ou menos os mesmos que se colocam para a verificabilidade e a verificação de qualquer proposição histórica. (...) a verdade dessas proposições pode ser enunciada somente pelos “efeitos” produzidos, quer dizer, os “sinais do passado”, deixados no presente pelos eventos passados. (...) Diferentemente da investigação histórica, que costuma afetar fatos muito mais remotos e que, portanto, consiste predominantemente em encontrar fontes preexistentes (documentos, inscrições, utensílios, ruínas, narrações alheias e assim sucessivamente) e só raramente criar novas fontes (entrevistas e relatos orais, provas químicas ou radiográficas sobre fósseis ou manufaturas similares), a investigação judicial não consiste somente na coleta de dados e peças de convicção, mas sobretudo, em experimentar e produzir novas fontes de prova, como interrogatórios, testemunhos, acareações, reconhecimentos, perícias, inspeções judiciais, etc.)”¹⁰³

2.3.7.1 – Desconstruindo o mito da verdade

Conforme visto nos tópicos precedentes, os princípios da verdade real e da verdade formal diferem quanto qual tipo de verdade o processo penal busca. No princípio da verdade real, defende-se que a função do processo é buscar a reprodução da verdade em sua completude, com toda a riqueza de detalhes inerentes ao acontecimento fático. Na via oposta, o princípio da verdade formal ou processual aponta que a verdade almejada pelo processo é aquela decorrente da atividade probatória dentro dos limites legais.

O modelo substancialista, que busca alcançar a verdade real, é completamente contrário ao sistema processual acusatório. Nesse modelo, a prova é produzida fora dos procedimentos e regras estabelecidos pelas leis, o que resulta em uma concepção autoritária e irracional do processo, haja vista que resulta em uma cultura inquisitiva, na qual o interesse público prevalece com a busca da verdade a qualquer custo.

Em que pese ser mais aceitável do que a corrente que prescreve a busca da verdade real, o modelo formalista também deve ser visto sob uma ótica crítica. O problema reside na busca incessante por um tipo de verdade, que vem vinculado à função da prova no processo penal. A

prova, conforme dito anteriormente, não possui como objetivo alcançar a verdade. A função da prova é de persuasão, é de fundamentar a versão dos fatos na busca pela captura psíquica do magistrado.

Francesco Carnelutti, inspirado nos ensinamentos do filósofo Heidegger, alterou sua concepção inicial de que o Processo Penal, na busca pela verdade real, atingia a verdade processual. Em sua obra “*Verità, Dubbio e Certeza*”, o autor defende a ideia de que a verdade é inalcançável, conforme sua célebre frase: “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”,¹⁰⁴ Nas palavras do jurista italiano:

“Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a *Prova Civile*, falei de *verdade*, assinalando, como escopo do processo, a investigação da *verdade substancial* e, como resultado, a obtenção de uma *verdade formal*. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é a verdade. Nem eu sabia, naquele tempo, que coisa fosse e por que, sobretudo, nem com o processo, nem através de algum outro modo, a verdade jamais pode ser alcançada pelo homem. (...) Por isso, a verdade de uma coisa nos foge até que nós não possamos conhecer todas as outras coisas e, assim, não podemos conseguir senão um conhecimento parcial dessa coisa. E quando digo uma coisa, refiro-me, também, a um homem. Em síntese, a verdade está no *todo*, não na *parte*; e o todo é demais para nós. Mais tarde isso me serviu para compreender, ou ao menos a tentar compreender, por que Cristo disse: “Eu sou a verdade”. Portanto, a minha estrada, começada por atribuir ao processo a busca da verdade, deveria ter substituído a investigação da *verdade*, pela da *certeza*. ”¹⁰⁵

A concepção Carneluttiana preconiza um abandono da verdade. O autor defende que o processo jamais será capaz de conduzir o homem à verdade. Nesse sentido, o Carnelutti atesta que a investigação da verdade deverá ser substituída pela investigação da certeza. De acordo com seus pensamentos, a palavra certeza é proveniente do latim “*cernere*”. Para o autor italiano, o significado se trata de “escolha”. Assim sendo, a certeza seria uma escolha. No caso do

104 CARNELUTTI, Francesco. “*verità, Dubbio e Certeza*.” *Apud* MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. **Glosas ao “verdade, dúvida e certeza”, de Francesco Carnelutti para os Operadores de Direito**. 2015. Disponível em < <http://emporiododireito.com.br/leitura/glosas-ao-verdade-duvida-e-certeza-de-francesco-carnelutti>> acesso em 21/06/2018.

105 Idem.

processo penal, a certeza estaria interligada a decisão do juiz, que no julgamento de um fato, deve optar entre as versões apresentadas pelas partes.

Fazemos coro com a doutrina do Professor Aury Lopes Júnior. Segundo as lições do professor, sua concepção acompanha o pensamento de Carnelutti até o ponto do abandono da “verdade”. Para o autor, os termos “certeza” e “verdade” são igualmente exagerados.¹⁰⁶ Inspirado por Prigogine e Beck, Aury defende que, em razão do nível atual das ciências, em especial da física quântica, operou-se o “fim das certezas”. Nesse sentido, o autor propõe afastar a verdade como objeto e função do processo penal, apontando que a verdade deve ser considerada contingencial.

“A decisão judicial não é a revelação da verdade (material, processual, divina. Etc.) mas um ato de convencimento formado em contraditório e a partir do respeito às regras do devido processo. Se isso coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a sua convicção acerca do delito, elegendo os significados que lhe parecem válidos (dentro das regras do jogo, é claro). O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento – construído nos limites do contraditório e do devido processo penal.”

107

Gustavo Badaró, corroborando com o entendimento de Aury Lopes, defende que o Processo Penal possui como função, através da atividade probatória, chegar a uma decisão que corresponda com o mais elevado grau de probabilidade dos fatos históricos terem acontecido conforme as provas demonstram.¹⁰⁸ Nesse sentido, o autor leciona:

“A busca da verdade não é o fim último do processo penal, mas um meio para a correta aplicação da lei penal. O processo penal, enquanto instrumento estatal para que o exercício do poder punitivo, segundo as regras do devido processo legal, necessita verificar a veracidade ou a falsidade da imputação de um fato definido como crime atribuído a alguém. Para tanto, as provas permitirão ao julgador, segundo critérios

106 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág 384

107 Idem. Pag. 385

108 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 265

racionais de valoração, concluir se o enunciado constante da imputação tem elementos suficientes que o confirmem. O enunciado será considerado verdadeiro quando as provas fornecerem elementos que o confirmem.”¹⁰⁹

2.4 – Provas em espécie: A prova oral e o reconhecimento de pessoas

Conforme visto, a função da prova no processo penal é a de persuasão do magistrado. Por ser o processo penal uma atividade de reconstrução aproximativa de um fato histórico, a prova funciona como instrumento para reconstrução do fato pretérito, na busca pela captura da convicção do magistrado. Assim sendo, a prova deverá ser colhida sob o crivo do contraditório e com base nas normas preestabelecidas, respeitando o princípio do devido processo legal democrático.

Nosso estudo possui como foco a análise da prova testemunhal e do reconhecimento de pessoas, em razão da grande importância que estes meios de prova possuem para o processo penal, por serem os mais acessíveis. Portanto, sem lograr o esgotamento do tema, abordaremos, a seguir, as características e formas previstas no Código de Processo Penal.

2.4.1 - Declaração do ofendido e prova Testemunhal

As vítimas figuram como partes apenas nos processos de iniciativa privada, onde figuram no pólo ativo da relação processual. Nas demais ações, pelo fato do ofendido possuir interesse no resultado do processo, não podem ser considerados como testemunhas, em razão dessas serem pessoas alheias ao fato histórico sob análise.

Assim sendo, as vítimas prestam apenas “declarações” nos processos penais em que o Ministério Público é o titular da ação penal, conforme dispõe o artigo 201¹¹⁰ do Código de

109 Idem. Pág. 269.

110 Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. (...). **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

Processo Penal, enquanto o artigo 204¹¹¹ do mesmo diploma legal define que a testemunha presta depoimento.

Nessa senda, o ofendido, por prestar apenas declarações, não possui o dever legal de prestar compromisso com a verdade, não cometendo, portanto, o delito de falso testemunho, previsto no artigo 342¹¹² do Código Processual Penal. As testemunhas, por sua vez, conforme prescreve o artigo 203¹¹³ da lei processual, caso não omitam a verdade ou prestem depoimento falso, incidem na norma incriminadora.

O depoimento do ofendido é considerado, por parte da doutrina, como mero instrumento de auxílio ao juiz, não figurando como meio de prova. Entretanto, conforme assevera Badaró, diante da disciplina legal das declarações do ofendido no Código de Processo Penal, prevalece o entendimento de que se trata de um meio de prova.¹¹⁴

Imperioso destacar, ao mais, que consoante previsão do artigo 201 do Código Processual, o ofendido não necessita ser arrolado pelo Ministério Público ou pela Defesa para prestar declarações. Dessa forma, sempre que possível, a vítima deverá ser ouvida. A lei processual impõe alguns limites às declarações dos indivíduos lesados, devendo apenas relatar as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o autor da infração e as provas que possa indicar.¹¹⁵

111 Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

112 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: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 19/06/2018.

113 Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

114 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 316

115 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 317

Cumpra observar, por oportuno, que em que pese a ausência de previsão legal, prepondera o entendimento de que as partes possuem o direito de realizar perguntas após as declarações das vítimas. Tal entendimento se dá em razão do princípio do contraditório, haja vista que as vítimas geralmente são pessoas interessadas no processo e que não prestam compromisso com a verdade. Assim sendo, imperioso permitir às partes a possibilidade de contestação da proposição fática apresentada pela vítima.

Destarte, em razão da vítima possuir interesse no processo, suas versões fáticas devem ser analisadas com cautela e baseadas nos demais elementos probatórios. Consoante Gustavo Badaró,

“Todo meio de prova tem valor relativo. Com maior razão, no caso da oitiva do ofendido, suas palavras devem ser recebidas com grande reserva, pelo seu inegável interesse no resultado do processo. Quem foi vítima do crime, ao prestar suas declarações, pode ser levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento ou pela emoção e narrar os fatos como lhe pareçam convenientes, e não como eles efetivamente ocorreram. Thornaghi lembra que “o ofendido mede tudo por um padrão subjetivo distorcido”, e, “ainda que pretenda ser isento e honesto, estará sujeito a falsear a verdade, embora de boa-fé.” Embora não se possa excluir, *a priori*, o valor das declarações do ofendido, justamente por se tratar de prova precária e muito sujeita à distorções, a declaração do ofendido, quando isolada, e sem estar corroborada por outros elementos de prova, ainda que circunstanciais, não pode ser considerada fundamento suficiente para condenação.”¹¹⁶

No que concerne à prova testemunhal, conforme visto, testemunha é aquela que presenciou os fatos históricos por meio de seus sentidos e que realiza uma atividade retrospectiva ao prestar depoimento. Por não possuírem interesse no resultado do processo, as testemunhas prestam compromisso com a verdade, não podendo mentir ou omitir propositalmente informações relevantes acerca dos fatos, sob pena de responderem processualmente pelo crime de falso testemunho.

A prova testemunhal possui como principais características a judicialidade, oralidade, objetividade e retrospectividade. Oportuno apontar as lições de Nicolitt, que atesta:

“Sobre as características, o testemunho é sempre **judicial**, ou seja, é prestado perante o juiz. O depoimento é sempre oral (art. 204 do CPP), podendo haver, contudo, consultas a apontamentos (art. 204, parágrafo único). Não obstante a **oralidade**, o que a testemunha diz é reduzida a termo (art. 216 do CPP). No caso de surdo-mudo aplica-se a forma escrita (art. 223, parágrafo único, c/c art. 192, CPP). A testemunha deve pautar-se por **objetividade**, devendo falar sobre o que viu, ouviu ou de qualquer forma percebeu pelos sentidos, não lhe sendo emitir opiniões ou juízos de valor. Pode-se dizer ainda que o depoimento testemunhal é **retrospectivo**, por relatar um acontecimento passado, não sendo possível fazer qualquer previsão do futuro.”¹¹⁷

Com relação à classificação das testemunhas, destacam-se os conceitos de testemunha presencial, testemunha direta, informante, abonatórias e testemunhas referidas. As testemunhas presencias, como o próprio nome diz, são aquelas que tiveram contato direto com o fato narrado no processo, tendo presenciado o acontecimento.

As testemunhas indiretas são aquelas que ouviram falar do fato e que não estiveram presentes no momento do ocorrido. De acordo com Aury Lopes Jr, “tais depoimentos devem ser valorados pelo juiz atendendo às restrições de sua cognição, pois não se trata de uma testemunha presencial, daí decorrendo um maior nível de desconhecimento do fato e, portanto, de contaminação.”¹¹⁸

Os informantes, por sua vez, são aqueles indivíduos que não prestam compromisso com a verdade, não podendo, portanto, serem processados pelo crime de falso testemunho. O depoimento de um informante, portanto, deve ser valorado com ressalvas. São considerados

117 Idem. Pág. 269.

118 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 475

informantes, de acordo com a parte final do artigo 206¹¹⁹ e de acordo como artigo 208¹²⁰, ambos do Código de Processo Penal, o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado e, também, doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos

As testemunhas classificadas como abonatórias são aquelas que não presenciaram os fatos e que prestam depoimentos apenas sobre o caráter do réu. O objetivo é convencer ao magistrado de que o réu possui uma conduta social adequada, o que influi na aplicação da pena, por conta da avaliação das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal.¹²¹

Via de regra, qualquer pessoa pode prestar depoimento judicial como testemunha. Entretanto, cumpre observar, que de acordo com a lei processual, algumas pessoas estão dispensadas e outras proibidas de prestar depoimento. Nesse sentido, os parentes do réu são dispensados de prestar depoimento, desde que não seja possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se à prova do fato e de suas circunstâncias (Art. 206 do CPP).

As proibições no depoimento são destinadas àquelas testemunhas que possuíram conhecimento acerca dos fatos, por motivos de profissão, ministério, função ou ofício, e que possuam obrigação de guardar segredo, conforme dispõe o artigo 207 do Código de Processo Penal.¹²² Entretanto, a lei permite que essas pessoas prestem depoimento no caso da parte interessada no segredo autorize a prestação de informações. Nesse caso específico, cabe ao indivíduo decidir se prestará ou não o depoimento.

119 Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

120 Art. 208. Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

121 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. **Código Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> Acesso em 19/06/2018.

122 Art. 297. Para o cumprimento de mandado expedido pela autoridade judiciária, a autoridade policial poderá expedir tantos outros quantos necessários às diligências, devendo neles ser fielmente reproduzido o teor do mandado original. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

O artigo 792 do Código de Processo Penal¹²³ traz a previsão de que o depoimento será prestado, em regra, na sede do juízo. Entretanto, caso haja a necessidade da oitiva de testemunhas residentes fora da comarca, o depoimento poderá ser prestado por carta precatória ou por carta rogatória.

A carta precatória é enviada para o juízo da comarca de onde a testemunha está presente, buscando designação de uma audiência somente para oitiva. A carta rogatória, por sua vez, é utilizada para colher as informações de testemunhas que se encontram fora do país.

Realizada as classificações, conceituações e apontamentos pertinentes, imperioso tratar da formalidade do procedimento de coleta da prova testemunhal. As testemunhas de acusação são arroladas na denúncia, nos casos das ações penais públicas de iniciativa o Ministério Público, ou na queixa crime, nos casos de ações penais privadas. As testemunhas de defesa são arroladas no momento da resposta à acusação.

O juiz poderá, outrossim, ouvir as chamadas testemunhas referidas. As testemunhas referidas são aquelas citadas nos testemunhos de outras testemunhas, no interrogatório do réu ou na oitiva da vítima. Assim sendo, poderá o juiz de ofício ou a requerimento das partes, ouvi-la no processo, consoante previsão do artigo 209 do Código Processual.¹²⁴ Poderão ser arroladas até oito testemunhas por cada parte processual, conforme a previsão do artigo 400 do Código Processual Penal.¹²⁵

123 Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. § 2º As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada. **Código de Processo Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

124 Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem. § 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa. **Código de Processo Penal.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018

125 Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no [art. 222 deste Código](#), bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. § 1º As provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. § 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. **Código de**

Os depoimentos das testemunhas, tanto de acusação quanto de defesa, são prestados nas audiências de instrução e julgamento. Antes de iniciar a oitiva, as testemunhas são qualificadas, devendo declarar nome, idade, endereço, profissão e quais relações de parentesco ou afinidade possui com as partes.

Iniciado o depoimento, conforme visto, a testemunha deverá ser objetiva e falar apenas informações que sejam relevantes para apuração dos fatos. Posteriormente, após a apresentação do testemunho, o magistrado abre espaço para as perguntas realizadas pelas partes. Inicialmente, as perguntas são realizadas pela parte que a arrolou e, posteriormente, pela parte contrária. Após a realização das perguntas pelas partes, permite-se ao magistrado realizar indagações pontuais para sanar eventuais pontos obscuros. De acordo com Gustavo Badaró:

“O art. 212, caput, prevê que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas [...]”. E o parágrafo único prevê que: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”. As expressões “pontos não esclarecidos” e “complementar” deixam claríssimo que não cabe ao juiz a inquirição inicial, que é atribuída às partes, no caput do artigo. As partes perguntam diretamente e as testemunhas respondem. Se das respostas restar algum ponto não esclarecido, o juiz complementar a indagação. Ora, complementar a inquirição exige, naturalmente, que já tenha havido uma indagação inicial, no caso, das partes. Assim sendo, à luz da nova sistemática do art. 212 do CPP, é inadmissível a praxe de muitos juízes que insistem em iniciar a inquirição das testemunhas, permitindo que, depois, mediante reperguntas, as partes complementem a inquirição. O procedimento probatório é exatamente o oposto.”¹²⁶

No momento da inquirição, o magistrado deverá atuar no sentido de impedir formulação de perguntas que possam vir a induzir a testemunha, perguntas que não possuam relação com os fatos em exame, e perguntas que configurem repetição de outra já realizada. É a previsão expressa no artigo 212 do Código de Processo Penal.¹²⁷ Nicolitt aponta que não pode o juiz

Processo Penal. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 19/06/2018

126 BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal.** Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012. Pág. 323

127 Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já

indeferir a pergunta, salvo quando não tiver relação com o processo ou importarem em repetição.¹²⁸ No caso de indeferimento de uma pergunta, o juiz deverá constar em ata a pergunta e a fundamentação da recusa, com o fito de garantir às partes a interposição de um eventual recurso

O código traz a permissão, ainda, nos termos do artigo 214, de arguição das testemunhas, apontando fatos que tornem seu depoimento suspeito. Nesse sentido, Nicolitt assevera:

“Firmado o compromisso e qualificada a testemunha, as partes poderão contradita-la. (contradita – art. 214 do CPP) arguindo circunstâncias ou defeitos que a tornem suspeita de imparcialidade ou indigna. Neste caso o juiz deverá de imediato indagar a testemunha sobre o alegado, ouvir sua resposta e decidir, fazendo constar em ata a contradita, a resposta e sua decisão. Com a resposta, poderá o juiz decidir por ouvir a testemunha sob compromisso, ou, nos casos dos art. 207 e 208 do CPP, excluir a testemunha ou ouvi-la sem compromisso (art. 214, parte final)”¹²⁹

Terminada a inquirição das testemunhas, o juiz deverá reduzir a termo escrito o conteúdo apresentado, tentando reproduzir com a máxima fidedignidade as expressões utilizadas pelas testemunhas. Os termos de declaração devem ser assinados pelo juiz, pelas testemunhas e partes.

A prova oral possui relevante valor probatório para o processo, contudo, conforme será visto mais adiante, o meio de prova deverá ser analisado com cautela. Respeitar a formalidade, aqui, é garantir uma coleta de prova mais segura. Entretanto, o procedimento previsto na lei processual ainda não é o mais adequado, não obstante, quando não observado configura maiores riscos ao processo penal.

2.5.2 – Reconhecimento de pessoas

respondida. Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm> Acesso em 19/06/2018.

128 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 396

129 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 395

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova no qual um indivíduo é chamado para realizar a descrição de outra pessoa vista no passado, com o intuito de verificar e confirmar a identidade de um suspeito. Na grande maioria dos casos, a pessoa objeto do reconhecimento é o suspeito de autoria de um crime, entretanto, o procedimento poderá ser utilizado para o reconhecimento de uma vítima ou de uma testemunha, de acordo com as particularidades do caso.

O reconhecimento é um ato formal realizado tanto em fase processual, quanto em fase de inquérito policial. Previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal¹³⁰, o método formal de reconhecimento se divide em três partes: A descrição das características da pessoa a ser reconhecida; Reconhecimento no sentido próprio da palavra, se possível, com comparação entre o suspeito e indivíduos com características físicas semelhantes; A indicação da pessoa reconhecida, indicando sua identidade no termo a ser lavrado. Nesse sentido, Nicolitt assevera:

“O fornecimento de características é importante até mesmo para aferir a coerência do reconhecimento, sendo relevante, sempre que possível, o fornecimento da estatura, cor, porte físico etc. A carência ou ausência das características não inviabiliza o ato. No segundo momento, a pessoa a ser reconhecida será colocada em recinto, sempre que possível ao lado de outras semelhantes, para que aquele que fará o reconhecimento possa indicar a pessoa a ser reconhecida. Há que se destacar que para um efetivo reconhecimento é necessário criar as condições em que os fatos se deram. Para ilustrar, se a vítima diz que o acusado estava de boné e óculos, é importante que o reconhecimento se dê nessas condições. Da mesma forma, são importantes detalhes como estar de touca, com ou sem camisa, calça, bermuda etc. (...) Ao final, lavra-se o auto, que deve ser assinado pelas partes e pelo juiz, e em caso de reconhecimento em sede policial, por duas testemunhas presenciais.”¹³¹

Importa destacar, ainda, que o acusado não é obrigado a se submeter ao ato de reconhecimento, em razão da garantia constitucional que ateste que o indivíduo não está obrigado a produzir provas contra si mesmo.

130 Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias. **Código de Processo Penal**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 19/06/2018.

131 NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009. Pág. 397-398.

Aury Lopes Júnior chama atenção para a relativização do ato do reconhecimento de pessoas na prática das delegacias e do poder judiciário, com a inobservância das formalidades previstas no Código Processual Penal. Para o autor, forma é garantia e, por consequência, o reconhecimento realizado informalmente quebra diversas garantias individuais do réu. Nesse sentido, o autor atesta:

“É ato formal que visa a confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa. O problema é a forma como é feito o reconhecimento. Em audiência, o código afasta apenas o inciso III (que pode perfeitamente ser utilizado...) logo, não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado...), pois descumpra a forma e é um ato induzido. Contudo, os juízes fazem a título de “livre convencimento”, com sério risco de nulidade processual (ilicitude da prova) na medida em que viola o sistema acusatório (gestão da prova nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio de não fazer prova contra si mesmo.”¹³²

Assim como a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas, por ser uma prova que depende da evocação da memória do reconhecedor, está sujeito aos riscos de contaminação eminentes do fenômeno das *falsas memórias*. Teremos como objeto de estudo, no próximo, dentre outros, as influências das falsas memórias na qualidade do reconhecimento de pessoas, com o apontamento de métodos que tragam maior credibilidade na produção da prova.

CAPÍTULO 3 – AS FALSAS MEMÓRIAS COMO CONSEQUÊNCIA DA PERCEPÇÃO HUMANA E SUA NECESSÁRIA CARACTERIZAÇÃO COMO PREMISA EPSTÊMICA DA TEORA DA PROVA.

3.1- Breves considerações acerca do Estudo da memória humana

A memória humana consiste na capacidade de armazenamento de informações e experiências obtidas ao longo da vida. Ivan Izquierdo a define como a “*aquisição, formação e conservação de informações.*”¹³³ Ela representa toda a concepção de mundo e de existência dos seres humanos. Assim sendo, a memória funciona como uma espécie de banco de dados, armazenando todo o conhecimento do indivíduo.

A memória humana é classificada pela grande parte da doutrina em memória funcional e memória declarativa. Cristina Di Gesu, em sua obra “Prova Penal e Falsas Memórias”, possuindo como referência os ensinamentos de Izquierdo, torna cristalina a diferenciação entre os dois tipos de memórias, conforme a seguinte passagem:

“A memória funcional assemelha-se á memória de trabalho, de Izquierdo. Trata-se de lembrança breve e fugaz, a qual serve basicamente para gerenciar a realidade e determinar o contexto onde ocorrem os fatos e as informações. Diferencia-se das demais por não deixar traços e não produzir arquivos. Muitos não a consideram um tipo de memória propriamente dita, mas sim um sistema gerenciador central (*central manager*), mantendo a informação “viva” por tempo suficiente para poder ingressar ou não na memória propriamente dita. (...) O segundo grupo, - o da memória declarativa – é a que interessa para o presente estudo, pois se refere à memória de fatos, eventos, de pessoas, de faces, de conceitos e de ideias.”¹³⁴

Estudar-se-á o processo de formação das memórias declarativas. O processo mnemônico é um processo bastante complexo que envolve diversas áreas do cérebro. De acordo com o

133 IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Editora Artmed, Porto Alegre. 2002. Pág.9

134 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado.

departamento de bioquímica da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, as principais áreas envolvidas no processo mnemônico são o córtex entorrinal, a amígdala e o Hipocampo, que exercem atividades paralelas na formação da memória.¹³⁵

As estruturas cerebrais utilizadas no processo de formação da memória ainda são objeto de pesquisas e estudos pelos cientistas neurológicos. Abordar-se-á, aqui, o processo de formação das memórias pelo viés das teorias psicológicas.

Pode-se compreender o processo mnemônico como dividido em três partes: aquisição, retenção e recordação. A aquisição é condizente com o momento da percepção do fato e do aprendizado da informação nova. No processo de aquisição o cérebro codifica toda a informação, proveniente da interpretação do que foi observado e percebido do meio externo, traduzindo a experiência em uma linguagem mais acessível e simplificada, ocupando um espaço menor na memória

Esse processo inicial de “colheita de dados” é chamado de memória sensorial. A memória sensorial é um sistema que retém, por alguns segundos, a imagem detalhada recebida por um dos sentidos humanos (tato, visão, audição, paladar ou olfato). É a memória responsável pelo início do processo de formação das memórias. Por meio da percepção gerada pelos sentidos, os dados sensoriais são codificados, formando as memórias de curto prazo.

É importante destacar que a atividade sensorial, de acordo com as lições de Enrico Altavilla, é determinada pela capacidade de percepção dos sentidos no recebimento dos estímulos externos, ou seja, os fatos são percebidos pelo cérebro de acordo com a capacidade fisiológica dos órgãos sensoriais do ser humano. Isso implica dizer que a “realidade” pode ser percebida de forma distinta por diversos indivíduos, em razão de suas diferentes capacidades fisiológicas.

135 Schmitz, Paulo Sérgio Kroeff; Izquierdo, Ivan Antonio. “**Córtex Entorrinal, amígdala e hipocampo: papéis na aquisição da memória**”; Salão de iniciação científica, (05. : 1993 out. 04-08 : UFRGS, Porto Alegre, RS).nº 418. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/116665>. Acesso em 28/05/2018.

A propósito destas afirmações, é válido ressaltar que o mesmo indivíduo possui sua percepção alterada nos diversos momentos de sua existência, seja por envelhecimento, por momentos de fadiga, por condições do ambiente como, por exemplo, a luminosidade, sons altos, emoções no momento do fato, dentre outros.

As memórias de curto prazo são aquelas que envolvem o armazenamento e a recuperação das informações que serão importantes para os minutos ou horas posteriores ao momento da aquisição. Elas são trabalhadas podendo ser utilizadas, descartadas ou armazenadas.

No segundo momento do processo mnemônico, que é o momento da retenção das memórias, as informações são repassadas para o hipocampo e lá são processadas, ocorrendo a transformação dos dados recebidos em memórias de longo prazo. Essas memórias consistem no processo de arquivamento e consolidação das memórias de curto prazo mais relevantes e englobam todos os dados e conhecimentos de maneira relativamente permanente.

A descoberta do armazenamento da memória no hipocampo se deu após experimento de cientistas da universidade de Ohio, nos Estados Unidos. Buscando mapear as áreas do cérebro em que as memórias de localização e tempo são armazenadas, os cientistas penduraram um Smartphone no pescoço de mulheres durante um mês, fotografando tudo que era visto.

Após o período de fotografias, as imagens foram apresentadas às participantes durante um exame de ressonância magnética, para investigação de quais áreas do cérebro eram acionadas no processo de lembrança. Os cientistas constataram que, de acordo com a lembrança, diversas áreas do hipocampo eram ativadas¹³⁶.

A terceira fase do processo mnemônico é a de recordação das lembranças. A recordação consiste na evocação das informações e sentimentos armazenados na memória. Essa recuperação de dados funciona como um complexo processo de reconstrução, haja vista o forte caráter de suscetibilidade da memória tanto na sua formação, quanto na posterior recuperação.

136 Uol Notícias. Ciência e saúde. Cientistas descobrem local onde cérebro guarda memórias do dia-adia. São Paulo, 19/08/2015 Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/ciencia/ultimas-noticias/redacao/2015/08/19/cientistas-descobrem-local-onde-cerebro-guarda-memorias-do-dia-a-dia.htm>. Acesso em 28/05/2018

Conforme dito alhures, a memória é a tradução da percepção humana. Assim, conforme as lições de Izquierdo, a memória consiste na codificação do meio externo, não sendo fiel à realidade. O autor assevera que “*a memória do perfume da rosa não nos traz a rosa; a dos cabelos da primeira namorada não a traz de volta, a voz do amigo falecido não nos recupera o amigo.*”¹³⁷

Nesse sentido, o cérebro evoca códigos criados para representar a realidade. A recordação nada mais é do que a busca e reconstrução dos códigos memoriais, preenchendo as faltas de informações, de acordo com experiências, expectativas internas do indivíduo ou sugestionabilidade do meio ou de terceiros.

Ivan Izquierdo nos apresenta com maestria como o cérebro pode alterar recordações no momento de sua evocação, conforme a seguinte passagem de sua obra “*Memórias*”, *in verbis*:

“É possível que a evocação também altere as memórias (IZQUIERDO et al., 1986). Há muita evidência disso (NEISSER, 1982). A memória (o registro) que guardamos de determinado fato pode não ser do fato em si, senão da terceira ou vigésima vez que o evocamos. Quem é, para nós, George Washington? O libertador dos Estados Unidos, como nos ensinaram no colégio, ou a evanescente figura que ilustra essas cobiçadas notas de um dólar que vimos meia hora atrás? Em suma: os registros se formam basicamente durante e depois de cada experiência ou evento memorizados, amalgamando várias memórias consecutivas (LOFTUS e YUILLE, 1984, p. 163-83; IZQUIERDO et al., 1988; IZQUIERDO, 1989). Porém, podem ser recondicionados, alterados ou ampliados tempos depois, pela evocação ou por novas memórias interpoladas (IZQUIERDO et al., 1988). Não guardamos itens isolados como memórias, sensações ou percepções avulsas; guardamos e evocamos registros, memórias complexas”¹³⁸

3.2 – Compreendendo o fenômeno das falsas memórias

137 IZQUIERDO, Ivan. **Memórias**. 2006, pág. 17. *Apud* DI GESU, Cristina Prova Penal e Falsas Memórias. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado.

138 IZQUIERDO, Ivan. **Memórias**. *Estud. av.*, São Paulo, v. 3, n. 6, p. 89-112, Aug. 1989. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000200006&lng=en&nrm=iso. Acesso em 29/05/2018.

Conforme visto no último tópico, a memória humana é suscetível a diversas falhas no momento de sua formação e recuperação. Essas falhas na memória podem produzir o fenômeno conhecido pela doutrina como falsas memórias. As falsas memórias são vistas como o fato de existir recordações de acontecimentos que nunca ocorreram ou que aconteceram de forma divergente daquela lembrada.

O fenômeno das falsas memórias não deve ser visto como patologia. As falsas memórias são decorrentes do processo normal funcionamento das estruturas cerebrais utilizadas na formação e evocação das memórias. Assim sendo, todos os seres humanos são suscetíveis a produzirem memórias falsas e a acreditarem nelas como se fossem fidedignas à realidade. Loftus afirma que *“a ideia mais assustadora é que aquilo que nós acreditamos com todo nosso coração pode não ser necessariamente verdade”*.¹³⁹

Em que pese as falsas memórias serem resultado do comum funcionamento do cérebro humano, temos que sua produção é mais fácil em crianças e pessoas que vivenciaram experiências traumáticas. Tal fato ocorre pelo fato das crianças buscarem corresponder às expectativas dos adultos e, no que concerne a experiências traumáticas, a forte ligação entre memória e emoção.

A memória e a emoção caminham de mãos dadas. Estudos constataram que o caráter emocional da informação traz maior facilidade tanto no momento da formação da memória, quanto no momento de evocação. Cristina Di Gesu relaciona a memória humana com as emoções, asseverando que:

“Há uma estreita relação entre a memória e a emoção, na medida em que os maiores reguladores da aquisição, da formação e da evocação das memórias são justamente as emoções e os estados de animo, somados, é claro, aos níveis da consciência. Com efeito, “nas experiências que deixam memórias, aos olhos que vêem se somam o cérebro que compara e o coração que bate acelerado. No momento de evocar, muitas vezes, é o coração quem pede ao cérebro que lembre, e, muitas vezes, a lembrança

139 LOFTUS, Elizabeth F. em entrevista à revista Psychology Today, 1996. *Apud* STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 21

acelera o coração (IZQUIERDO, 2006. Pag. 12). Além disso, quando estamos alerta e com bom ânimo facilmente aprendemos ou evocamos algo; o mesmo não se pode dizer quando se está estressado, casando ou deprimido, pois nesses estados de ânimo é mais difícil a apreensão de qualquer coisa (IZQUIERDO, 2006. Pág. 12). Há uma forte relação entre memória e emoção. Segundo Spinney “emoções poderosas, ao que parece, reforçam e enfraquecem as memórias reais”.¹⁴⁰

Lilian Stein aponta que apesar de lembrarmos com facilidade os eventos emocionais, eles também nos trazem uma alta carga de falsificação das memórias. A autora assevera que:

“estudos mais recentes também vêm indicando que, especialmente em se tratando de eventos emocionais, o aumento do índice de memória verdadeiras pode vir acompanhado por um aumento do índice de falsas memórias. Em outras palavras, o fato de lembrarmos mais de eventos emocionais não significa que essas lembranças sejam imunes a distorção.”¹⁴¹

Toda vez em que uma memória é recuperada a informação buscada é interpretada de uma maneira diferente da experiência original, podendo ocorrer supressão ou adição de dados, o que pode gerar distorções significativas em razão de interferências internas ou externas. É o que a grande doutrina chama de falsas memórias espontâneas ou autossugeridas, resultado de alterações endógenas, e falsas memórias sugeridas, resultado de sugestão externa, acidental ou deliberada. Conforme assevera Lilian Stein:

“As falsas memórias espontâneas ou autossugeridas são resultantes de distorções endógenas e ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem interferência de uma fonte externa à pessoa. (...) No que tange as FM sugeridas, elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento e a subsequente incorporação na memória original. Esse fenômeno, denominado efeito

140 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado

141 STEIN, L. M.; ROHENKOHL, G.; GOMES, C. F. de A.; DA SILVEIRA R. A. T; PINTO, L. H.; DOS SANTOS, R. F.. Emoções e Falsas memórias: *In*, STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 4. Pág. 93.

da sugestão da falsa informação pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada.”¹⁴²

Importa destacar, ao mais, que as falsas memórias se diferem das mentiras pelo fato do indivíduo acreditar que sua recordação é a mais pura e cristalina verdade. Ao mentir, o indivíduo possui consciência de que sua narrativa alterou os fatos ou experiências vividas. Nas memórias falsas não há que se falar em manipulação consciente da informação.

3.2.1 – Histórico dos estudos das falsas memórias

A terminologia “falsas lembranças” surgiu após um estudo de caso que chamou a atenção dos cientistas e estudiosos da época. Em 1881, em Paris, Theodule Ribot utilizou o termo para explicar um fenômeno de um homem de 34 anos, de nome Louis, que possuía lembranças de fatos que nunca haviam ocorrido.

Posteriormente, já no início do século XX, três autores fizeram estudos e experimentos mais específicos acerca das falsificações das memórias. O pioneiro foi o psicólogo francês Alfred Binet. Em 1900, Alfred Binet realizou um experimento para verificar o grau de sugestionabilidade que uma memória pode sofrer. Em sua avaliação, Binet apresentou seis objetos, pelo tempo de 10 segundos, para um grupo de crianças, entrevistando-as, em seguida, com perguntas abertas (de livre recordação), fechadas (sim ou não) e perguntas sugestivas (com incorporação de informações falsas).

A grande contribuição de Binet no estudo das falsas memórias foi a constatação da influência da sugestionabilidade na memória e a classificação das falsas memórias em memórias autossugeridas, ou seja, resultado de processos de recordação internas do indivíduos e falsas memórias deliberadamente sugeridas, advindas do ambiente externo.

Anos mais tarde, em 1910, tendo os experimentos de Binet como base epistêmica, Wilhelm Stern, psicólogo alemão, realizou um experimento que possuía como método a

142 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B.; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 25-26

apresentação de uma figura para os participantes da experiência e, em seguida, realizando perguntas abertas e sugestivas sobre informações contidas nas imagens. Stern constatou, assim como, Binet, que as perguntas abertas apresentaram menor margem de erro, enquanto as que continham traços de sugestibilidade geraram mais erros.

Inicialmente, os experimentos relacionados a falsas memórias eram realizados com crianças e adolescentes. O primeiro a realizar experimentos com adulto foi o psicólogo britânico Frederic Bartlett, em 1932. *“Bartlett descreveu a recordação como sendo um processo reconstrutivo, baseado em esquemas mentais e no conhecimento geral prévio da pessoa, salientando o papel da compreensão e a influência da cultura nas lembranças.”*¹⁴³

Frederic Bartlett chegou a essa conclusão após apresentar para adultos uma lenda sobre índios americanos, chamada de “A Guerra dos Fantasmas”, com diversas informações e detalhes. Após determinados períodos de tempo (horas, meses e anos), foi solicitado aos participantes a reprodução por escrito da história contada na ocasião, demonstrando diversos desvios da história original.

Em que pese os estudos clássicos e pioneiros das falsas memórias na Europa, temos que a principal contribuição para o entendimento do fenômeno partiu da pesquisadora e psicóloga estadunidense Elizabeth Loftus, já na década de 1970. Loftus introduziu uma nova técnica de verificação das falsas memórias, através da sugestão de uma falsa informação. Lilian Stein, ao referir-se à contribuição de Elizabeth Loftus para a compreensão das falsas memórias, assevera:

“Retornando os estudos sobre sugestão inicialmente propostos por Binet, no final da década de 1970, um novo procedimento foi introduzido para o estudo das FM em adultos, chamado de Procedimento de Sugestão de Falsa Informação ou Sugestão (Loftus, 1979; Loftus et al 1978; Loftus e Palmer, 1974). Esse procedimento foi uma adaptação do clássico paradigma da interferência (Muller e Schumann, 1984; Underwood, 1957), em que uma informação interfere ou atrapalha a codificação e posterior recuperação de outra. O experimento constituía-se de uma cena original apresentada aos participantes, em que ocorria um acidente de carro devido ao avanço inapropriado de um dos motoristas, que não obedecia a uma placa de “parada

143 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B.; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. In STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 24

obrigatória”. Numa segunda etapa, o experimentador sugeria alterações quanto ao que havia sido visto na cena original (p. ex. dizer ao participante que havia sido apresentada uma placa de “dê a preferência”, ao invés de “parada obrigatória”). Em um terceiro momento, quando questionados quanto à cena original, os participantes respondiam de acordo com a sugestão da informação falsa, ou seja, afirmavam terem visto a placa de “dê a preferência”, apesar de terem sido instruídos a responderem com base na cena original. As autoras observaram que a memória poderia se distorcer quando uma informação semelhante à informação original era apresentada posteriormente.”¹⁴⁴

Em que pese os mais de 100 anos passados das primeiras pesquisas acerca de falsas memórias, somente no final da década de 1970 é que a pesquisa obteve significativos avanços. Hodiernamente, o tema das falsas memórias encontra-se consolidado como conhecimento científico e é objeto de diversos estudos e pesquisas na Europa e América do Norte.

3.3 – Teorias explicativas das falsas memórias

Após os primeiros estudos e investigações acerca do estudo da falsificação da memória, três modelos teóricos surgiram com o fito de explicar como o fenômeno ocorre e quais são os mecanismos responsáveis pelas memórias falsas. São elas: Teoria Construtivista, que trata a memória como um sistema unitário construído a partir da interpretação dos indivíduos sobre a experiência vivida; a Teoria do Monitoramento da Fonte, que defende que as falhas das memórias são decorrentes de um julgamento errôneo da fonte da informação; e a Teoria do Traço Difuso, que considera a memória como sendo constituída por sistemas independentes de armazenamento e recuperação de dados.

Far-se-á uma análise breve das duas primeiras, haja vista que serem modelos teóricos superados pela Teoria do Traço Difuso, que é uma teoria mais moderna e que busca responder críticas e lacunas dos modelos do construtivismo e monitoramento da fonte. A teoria do traço difuso é a teoria que melhor desenvolve a falsificação da lembrança e, por essa razão, é adotada pela doutrina majoritária na explicação do fenômeno.

144 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B.; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 24 -25.

3.3.1 – Paradigma construtivista

Para os teóricos do construtivismo, a memória funciona como um sistema singular, construído com base nas interpretações que as pessoas fazem das suas experiências vividas. A memória seria o resultado do entendimento dos indivíduos acerca dos eventos experimentados, não dos fatos como ocorreram na realidade, com sua riqueza de detalhes. *Segundo esse paradigma, a memória é construtiva: cada nova informação é compreendida e reescrita (ou reconstruída) com base em experiências prévias.*¹⁴⁵

Dentro da corrente construtivista, se destacam duas abordagens diferentes na explicação do fenômeno das falsas memórias. São elas: A Teoria Construtivista e a Teoria dos Esquemas. No entendimento da Teoria Construtivista, a informação nova é complementada por informações prévias que o indivíduo possui, podendo a nova informação, em razão dessa integração, distorcer ou sobrepor-se à memória prévia, gerando uma memória falsa.

Já para teoria dos esquemas, as falsas memórias são “*resultado do processo de compreensão de uma nova informação, conforme os esquemas mentais pré-existentes em cada indivíduo. Esses esquemas funcionam como pacotes de informação sobre temas genéricos, que podem ser generalizados buscando adaptar e compreender o significado da experiência.*”¹⁴⁶

Nesse sentido, para os defensores do paradigma construtivista, as memórias são suscetíveis tanto a interferências internas quanto a interferências externas. Os teóricos advogam no sentido de que as falsas memórias espontâneas e sugeridas ocorrem pelo fato das experiências vividas sofrerem influências das informações prévias de cada indivíduo. Cristina Di Gesu, em sua obra, ao tratar do paradigma geral construtivista, assevera:

“Nessa sistemática, a teoria construtivista tem como fundamento a construção de uma única memória, ou seja, a recordação é fruto de uma “única interpretação da

145 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica.** Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 27

146 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica.** Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 28.

experiência vivida, reunindo informações que realmente estavam presentes no evento original e interpretações feitas a partir dele. Sintetizando, para teoria Construtivista há um único sistema de memória, sendo a lembrança reconstruída com fundamento no significado. Nesse contexto, as falsas memórias decorrem do processo de interpretação da informação. A crítica feita a esta teoria reside justamente no fato de que somente uma memória é construída sobre a experiência, bem como no fato de entender por perdidas as informações literais durante o processo de interpretação da informação.”¹⁴⁷

Stein e Neufeld, no artigo publicado “Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?”, trazem de forma ímpar o entendimento acerca do paradigma construtivista, apontando os métodos preconizados para explicação da formação das falsas memórias e as diversas críticas sofridas pelo modelo, *in verbis*:

“O modelo Construtivista postula que a memória é inacurada por natureza (REYNA & LLOYD, 1997). Para esta teoria, a explicação para as falsas memórias advém do pressuposto construtivista de que a memória é construída. Portanto, os erros de memória se dão devido ao fato de eventos realmente vividos serem influenciados por nossas inferências (experiências prévias) e outras elaborações (conhecimentos sobre o assunto) que vão além da experiência, integrando-se ao evento vivido (LOFTUS, 1995). Assim, para o construtivismo, as falsas memórias são elaborações com uma base semântica, uma vez que refletem o significado que o indivíduo abstrai do evento. (PARIS & CARTER, 1973). A informação inicial é integrada a informações prévias que o sujeito possui, distorcendo ou sobrepondo a memória inicial (REYNA & LLOYD, 1997). A crítica feita a esse modelo refere-se exatamente a afirmação de que a memória original daria lugar a essa nova memória, advinda da integração da primeira com memórias prévias, pressupondo assim que a memória original já não existiria mais. Todavia, resultados de diversos estudos não têm corroborado com este pressuposto.”¹⁴⁸

147 DI GESU, Cristina Prova Penal e Falsas Memórias. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado

148 STEIN, Lilian Milnitsky. NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. Arquivos de Ciências da Saúde da Universidade Paranaense, 5 (2): 179-186., 2001. Disponível em <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>> Acesso em 14/06/2018

Em face das diversas críticas sofridas, as teorias do paradigma construtivista foram perdendo cenário no estudo das falsas memórias para duas novas teorias que buscavam esclarecer o fenômeno. As duas teorias criadas para superar o paradigma construtivista são chamadas de teoria do monitoramento da fonte e teoria do traço difuso.

3.3.2 – Teoria do monitoramento da fonte

A teoria do monitoramento da fonte aponta a necessidade de uma distinção entre a fonte verdadeira da memória evocada, ou seja, o acontecimento propriamente dito, e outras fontes de informações, através de processos de monitoramento da realidade vivenciada. A fonte nada mais é do que o evento, o local ou de onde uma informação é recuperada. Para a teoria do monitoramento da fonte, as memórias falsas são resultados de erros no monitoramento ou quando há interferências que são erroneamente atribuídas à experiência original.

Para esclarecer o elemento central da teoria, Stein e Neufeld asseveram que *“a ênfase dessa teoria centra-se no julgamento da diferenciação entre a fonte verdadeira da memória recuperada e outras fontes, que podem ser internas (isto é, pensamentos, imagens e sentimentos) ou externas (isto é, outros eventos vivenciados; Mitchell e Johnson, 2000).”*¹⁴⁹

Para os idealistas da teoria do monitoramento da fonte, as falsas memórias surgem quando imagens, pensamentos ou sentimentos provenientes de uma fonte são atribuídos a outra, por um julgamento equivocado sobre a fonte almejada. Di Gesu sustenta:

“as falhas da lembrança decorrem de um julgamento equivocado da fonte da informação lembrada Também refere que “tanto a memória para as informações originais, quanto para as advindas dos processos de integração da memória poderiam manter-se intactas e separadas e ser igualmente recuperadas”. As falsas memórias não seriam fruto de distorção da lembrança, mas sim, “atribuições errôneas da fonte da

149 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 31

informação lembrada por erro de julgamento”, ou seja, atribuímos pensamentos, imagens e sentimentos advindos de uma fonte equivocadamente a outra.”¹⁵⁰

Essas atribuições de informações de uma fonte em outra, são realizadas na memória em frações de segundos, quase que automaticamente pelo cérebro, facilitando a margem de erro quando não há uma investigação do indivíduo no sentido de monitorar a fonte da informação. Os equívocos no monitoramento da fonte podem ser consequência, por exemplo, da semelhança entre uma experiência nova e um evento ou conhecimento previamente estabelecido. Essa familiaridade entre eventos e fontes, traz dificuldades ao indivíduo para monitorar a fonte proveniente da informação desejada e acaba por induzi-lo a erro.

A principal crítica contra a teoria do monitoramento da fonte é que a teoria não discute os problemas do fenômeno das distorções da memória, limitando a origem da falsificação de memória ao cerne da teoria, que é a atribuição de erro no julgamento da fonte de uma informação.

3.3.3 – Teoria do traço difuso

A teoria do traço difuso foi criada visando solucionar as críticas recebidas pelos modelos teóricos do monitoramento da fonte e do construtivismo. De acordo com a teoria, que escapa da visão unitarista dos demais modelos, existem múltiplos traços de memória. Para os teóricos, a memória é formada por dois sistemas: um responsável pelo armazenamento das memórias e outro responsável pela recuperação.

As memórias são divididas em memória de essência e memória literal. Desta feita, compreende-se que os indivíduos armazenam separadamente e paralelamente a experiência literal e a experiência de essência de um mesmo evento de forma independente, sendo as literais responsáveis por capturar detalhes mais específicos e a de essência pela compreensão do significado do evento.

A base da teoria consiste no raciocínio intuitivo no funcionamento cognitivo. Nas palavras de Stein, Neufeld e Brust, “*como intuicionismo, os autores entendem que, ao contrário do que teorias tradicionais preconizavam, o nosso processamento cognitivo busca caminhos que facilitem e agilizem a compreensão*”.¹⁵¹ Com base nessa premissa, as sinapses cerebrais atuam no sentido de alcançar a essência da experiência, buscando memorizar o que é fundamental para a compreensão do fato, ao invés de processar inúmeras informações e detalhes.

No entendimento da teoria do traço difuso, as falsas memórias surgem através de processos endógenos ou externos. As falsas memórias espontâneas, frutos dos processos endógenos, são resultados de erro no momento da evocação da informação codificada, em razão da existência de outra memória de essência armazenada, semelhante com a essência do evento a ser lembrado.

No que concerne às falsas memórias sugeridas, os teóricos apontam que são decorrentes de sugestões de falsas informações, advindas do meio externo. Compreende-se dos ensinamentos de Stein que a sugestão interfere e enfraquece a memória verdadeira, podendo atrapalhar no momento da evocação e proporcionar a distorção da memória, com o consequente aumento do número de memórias falsas.¹⁵²

A teoria do traço difuso possui cinco princípios que buscam orientar o entendimento acerca da formação das falsas memórias. Estes princípios foram propostos por Reyna e Brainerd, precursores da teoria. Cristina Di Gesu explana com maestria os conceitos e fundamentos dos princípios bases da teoria do traço difuso, conforme a seguinte passagem:

“Segundo os autores, o primeiro princípio refere-se ao caráter paralelo do armazenamento da informação. Isso quer dizer que as memórias literal e de essência têm origem no mesmo evento, sendo processadas simultaneamente. Assim, o armazenamento separado conduz a uma recuperação independente do que foi

151 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B.; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 33

152 STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B.; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010. Pág. 34

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

153

3.4 – Processo penal e falsas memórias: os riscos de contaminação da prova oral.

O processo penal depende de forma excessiva da memória das testemunhas e vítimas para a investigação dos mais variados fatos puníveis. Em razão de o processo ser uma reconstrução histórica de fatos pretéritos, a memória adquire fundamental função na averiguação dos fatos sob análise e futuro convencimento do magistrado.

Tal fato torna a prova testemunhal o meio de prova mais utilizado na fase de instrução probatória dos processos criminais. Nas palavras de Aury Lopes Jr, ao mesmo tempo em que a

prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo, é, também, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável.¹⁵⁴

O que torna a prova testemunhal tão importante para o processo penal é o fato de ser o meio de prova mais acessível nas investigações. Os relatos das vítimas e testemunhas oculares, bem como os reconhecimentos de pessoas, podem ser fundamentais para a elucidação de um fato criminoso.

Há que se ressaltar, outrossim, que em razão da dificuldade de investigação de determinados crimes que não deixam vestígios – como por exemplo, os crimes contra a honra e contra a dignidade sexual – e pela ausência de recursos e estrutura da polícia judiciária, responsável pelas investigações criminais, a prova testemunhal adquire fundamental importância na apuração dos fatos.

Em que pese a importância do testemunho, a prova oral depende exclusivamente da evocação da memória na sua coleta. Sendo assim, conforme visto nos tópicos anteriores, o funcionamento normal da memória pode vir a produzir lembranças infieis à realidade. São os casos das falsas memórias, onde os indivíduos se recordam de situações que nunca ocorreram ou que ocorreram de forma distinta da lembrança evocada.

A memória é passível de ser alterada por fatores endógenos, ou seja, através da falha na interpretação de uma informação gerada espontaneamente por uma má compreensão do fato experienciado ou devido ao transcurso temporal entre o fato e a recordação. A memória pode ser prejudicada, do mesmo modo, por uma sugestionabilidade de informação falsa advinda do meio externo, podendo ocorrer de forma acidental ou deliberada.

Nesse sentido, quando estão sob influência de recordações falsas, os indivíduos acreditam que aquela versão apresentada ao entrevistador, corresponde com sua experiência vivenciada. Nos casos das oitivas policiais e testemunhos prestados perante juízes, não há de se falar em crime de falso testemunho, presente no artigo 342 do Código Penal¹⁵⁵.

154 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 485

155 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. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa. § 1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante

No caso do comportamento criminoso, o indivíduo pratica conduta contra a administração pública, consistente no ato de mentir ou deixar de prestar com a verdade perante o juízo, autoridade policial, autoridade administrativa ou juízo arbitral.

Com efeito, os depoimentos em sede policial, em sede judicial e os reconhecimentos de pessoas e objetos, por serem meios de provas que possuem vínculos diretos de dependência com a evocação da memória, são mais suscetíveis a erros no momento de sua coleta. Importa destacar, ao mais, que a atividade do entrevistador pode induzir, por meio de sugestionabilidade, a incidência de falsas memórias.

Cumprido transcrever a seguinte passagem de Priscila da Ponte, que aponta com propriedade os riscos inerentes de uma entrevista malconduzida, *in verbis*:

“Há relatos de que perguntas sugestivas podem acarretar até mesmo confissões falsas. E um dos fatores que contribuem para a formação das falsas memórias é justamente a sugestão realizada por autoridade (nesse caso, o juiz), considerada como fonte de informação confiável. (...) A sugestionabilidade interrogativa normalmente acontece porque há uma tendência natural por parte daquele que interroga, ou colhe declarações, de explorar unicamente a hipótese acusatória, sugerindo as respostas que favoreçam a versão (pré)escolhida. E, na maioria das vezes, diante da ausência de demais elementos probatórios, o juízo de censura é proferido com base exclusivamente na prova oral colhida de forma tendenciosa.”¹⁵⁶

Gustavo Noronha de Ávila, Bruna Furini Lazaretti e Marina Moreno de Amaral, realizaram um estudo de campo em uma delegacia da região metropolitana do Rio Grande do Sul, especializada na investigação de homicídios, com objetivo de investigar a incidência do

suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta. § 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

156 PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e a sugestionabilidade interrogativa. In LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R.R. **Temas para uma perspectiva crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2010. Pág.846.

fenômeno das falsas memórias e a qualidade dos testemunhos.¹⁵⁷ O experimento consistiu na observação de dez oitivas policiais executadas por quatro agentes diferentes.

Os autores constataram que não existia um padrão nas inquirições dos policiais, nem uma conduta previamente definida de como comportar-se no momento do interrogatório e das oitivas. Verificaram, também, a influência do tempo na qualidade das versões apresentadas, conforme se extrai da seguinte passagem da pesquisa:

“Assim, a partir desse estudo, pudemos notar que raramente há um padrão de inquirição realizado pelos policiais. Inexiste um protocolo pré-definido de como agir, havendo substancial diferença, quanto à qualidade, entre os depoimentos tomados com curta distância de tempo em relação ao fato e os que haviam decorrido anos entre os fatos e a entrevista. Tais circunstâncias constituem terreno fértil para geração de falsas memórias e, por via de consequência, privações de liberdade”¹⁵⁸

O problema fica mais grave quando tratamos do depoimento infantil. Diversos estudos e experimentos constataram ser a memória infantil mais suscetível à sugestão. As pesquisas apontam que as crianças buscam corresponder às expectativas do entrevistador. Conforme visto no tópico de abordagem do histórico dos estudos das falsas memórias, Binet realizou experimentos envolvendo crianças. Di Gesu, ao falar sobre as experiências de Binet, assevera:

“Binet averiguou numerosos erros involuntários de crianças submetidas a testes de recordação, concluindo que o “grau de sugestibilidade das crianças mais jovens é significativamente mais alto, em razão de dois fatores diferentes: (a) *cognitio* ou *autossugestão*, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer; (b) e outro social, que é o desejo de se ajustar às expectativas

157 ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; AMARAL, Marina Moreno do. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na Região Metropolitana de Porto Alegre**. 2012. Disponível em: <<http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJIRF9BUiFVSzZPIjtzOjM6IjEzNSI7fSI7czoxOjoiJjtzOjMyOiI2Y2UxODFjYTIIN2I4Y2FiNDQ5ZmQwNTFIMjZMTViNiI7fQ%3D%3D>> Acesso em 04/06/2018.

158 Idem. Pág. 13.

ou pressões de um entrevistador” Isso veio a demonstrar a fragilidade infantil, em termos de sugestibilidade.”¹⁵⁹

O Código de Processo Penal permite a audição de crianças vítimas ou testemunhas de crimes. O código estipula, por motivos lógicos, a ressalva de que as crianças menores de 14 anos não prestarão compromisso com a verdade.¹⁶⁰ O depoimento infantil é importante em razão da palavra da criança ou do adolescente, muitas vezes, figurar como único meio de prova em determinados delitos. Cabe ressaltar que as crianças que prestam depoimento, muitas das vezes, passaram por situações e eventos traumáticos, o que pode prejudicar na evocação da memória.

Desta feita, em razão da grande sugestibilidade do depoimento infantil, cuidados e cautelas devem ser tomados no momento da entrevista. Nosso objetivo, neste tópico, é apontar a problemática envolvendo a prova oral e as falsas memórias. Ao final do capítulo, serão apresentados métodos para mitigação do fenômeno, trazendo medidas que proporcionem maior credibilidade à prova testemunhal.

Portanto, fundamental que os agentes policiais e atores judiciários possuam ciência do fenômeno das falsas memórias e que atuem no sentido de redução de danos, com consequente aumento na qualidade na produção da prova oral, bem como de sua credibilidade.

3.4.1 – O reconhecimento de pessoas sob a ótica das falsas memórias

Assim como na prova oral, o reconhecimento de pessoas também depende estritamente da evocação da memória humana. Através de sua percepção e dos seus sentidos, o indivíduo compreende o evento vivenciado, não em sua completude, pelo fato das limitações do cérebro humano, que não funcionam como filmadoras. Após a fase de compreensão, o indivíduo codifica os dados e os armazena na memória.

159 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado

160 Art. 208 - Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

A memória, portanto, pode ser formada com bases em uma percepção errônea da experiência sentida. De igual sorte, uma informação falsa pode ser introduzida no momento da evocação de uma memória em razão de elementos endógenos ou exógenos, preenchendo a experiência original, resultando numa recordação infiel à experiência vivida

Desta feita, variáveis devem ser consideradas no momento da valoração do reconhecimento, por ser uma prova totalmente dependente da percepção humana. Os estudos de Real Martinez, Farias Rivera e Arce Fernandez apontam que a qualidade da identificação será auferida desde que determinados fatores sejam observados. Aury Lopes Jr., citando os autores, afirma:

“deve-se considerar a existência de diversas variáveis que modulam a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos, etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo, etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica, etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.”¹⁶¹

Destarte, a percepção humana é refém dos sentidos. Caso determinado sentido esteja prejudicado em razão de condições como visibilidade, estado de embriaguez, terror psicológico, expectativa criada pela vítima, dentre outros, a memória da cena pode ser formada de forma errônea.

Nos casos em que há o uso de instrumentos potencialmente lesivos à vida, o foco da vítima ou testemunha costuma ser direcionado ao objeto, distraindo a atenção de detalhes importantes da figura agressora, prejudicando, por consequência, a capacidade de reconhecimento pessoal posterior. De acordo com Aury Lopes Jr., “*o efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma.*”¹⁶²

161 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. Editora Saraiva. Pág. 500

162 Idem Pág. 501

Conforme visto no capítulo do estudo da teoria da prova, o reconhecimento de pessoas e objetos possui uma forma de produção estabelecida pelo Código de Processo Penal.¹⁶³ Apesar da forma prevista em lei, os reconhecimentos são realizados de maneira informal, tanto na fase de inquérito, quanto na fase processual.

Em sede policial, é comum que os inspetores apresentem álbum de fotografias com imagens de pessoas fichadas, muitas vezes com a vinculação a nome ou alcunha, antes do reconhecimento pessoal. Da mesma maneira, muitas vezes o reconhecimento se dá apenas por esse método, que será objeto de análise no próximo tópico. Ainda no que concerne o reconhecimento em delegacia, raramente é respeitada a forma imposta pelo código de processo penal. O mesmo ocorre no curso do processo penal. Nesse sentido:

“É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato” Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo legal e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do livre convencimento do julgador, a prática pode ensejar nulidade. (...) logo, não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado), pois descumpre a forma e é um ato induzido.”¹⁶⁴.

A ausência de observação da forma, e por vezes mediante indução, faz com que a credibilidade do reconhecimento seja afetada pela possível incidência de falsas memórias e que sua valoração seja feita de forma moderada.

163 Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no nº III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Para ilustrar a problemática, a National Geographic Channels, com auxílio de Elizabeth Lofuts, produziu experimento interativo, publicado em vídeo, em que obteve resultados assustadores.¹⁶⁵ O experimento consistiu na simulação um crime de furto em um parque público de Nova Iorque, onde vinte testemunhas oculares foram entrevistadas, em um primeiro momento, logo após o fato ocorrido e, posteriormente, após um longo lapso temporal.

O estudo objetivou comparar as diferentes versões dos fatos e simular o procedimento de reconhecimento para que o autor do crime simulado fosse eleito pelas testemunhas. Na primeira fase de inquirição, já é possível constatar as diferentes e conflitantes versões apresentadas pelas diversas testemunhas.

O choque maior ocorre quando é apresentado o resultado dos testemunhos após o lapso temporal. Poucos testemunhos foram fiéis à suas primeiras versões, sendo modificado no decurso do tempo, tanto por sugestões internas e externas.

Ao final, foi realizado o reconhecimento pessoal simultâneo, com elevados índices de erros. A maior parte dos participantes elegeu como autor do fato uma pessoa que estava presente no momento do crime, em meio à multidão, mas que nada tinha a ver com a empreitada delitiva.

Tal fato acontece pelo fato da memória ser composta por fragmentos, e, no momento de sua evocação, ser preenchida por elementos internos ou sugestões externas. Portanto, por um erro endógeno na evocação da lembrança, as testemunhas transferiram inconscientemente a informação do rosto do indivíduo presente na dinâmica fática à autoria do delito

De acordo com a previsão de Código de Processo Penal brasileiro, o reconhecimento de pessoas e objetos deverá ser realizado, sempre que possível de maneira simultânea. Isso implica dizer a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocada ao lado de outras que possuam semelhanças físicas, sempre que houver possibilidade. Apesar do objetivo de tal método ser minimizar eventuais erros no reconhecimento, a doutrina da psicologia forense vem produzido diversas críticas ao modelo.

165 Documentário disponível em vídeo em <<http://blog.testeqi.com.br/national-geographic-os-misterios-da-memoria/>>. Acesso em 06/06/2018

De acordo com os críticos, o método simultâneo pode acarretar em indução de falsas memórias exógenas. Ao ser apresentado à uma linha de reconhecimento simultânea, o reconhecedor faz um juízo de comparação dos indivíduos ali presentes, buscando apontar aquele que possui maior semelhança com a sua memória do autor do delito. Essa análise comparativa pode causar diversos erros, conforme verificado na experiência realizada pela National Geographic, citada acima.

Nesse sentido, incontestável que o meio de prova carece de credibilidade e que deva ser valorado com cautela. Para que o sistema judiciário possua maior credibilidade, as formalidades na produção da prova devem ser observadas. Em que pese o fato da previsão legal ainda não ser a ideal, a formalidade adotada contribui bastante para prevenir a incidência de erros no reconhecimento. O reconhecimento é uma importante fonte de prova e, pelo exposto, não deve ser utilizado como único meio de prova para a condenação.

3.4.1.2 – Reconhecimento por fotografias e a teoria do efeito compromisso.

O reconhecimento por fotografia é um método derivado da informalidade do reconhecimento de pessoas. Em que pese não existir previsão legal do reconhecimento fotográfico, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento pacífico de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção.¹⁶⁶

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal defende que o reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório.¹⁶⁷

166 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 229.908/RJ. Relatora Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04 de fevereiro de 2014. Processo Eletrônico DJe publicado em 17 de fevereiro de 2014. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=201103126547&dt_publicacao=17/02/2014>. Acessado em 20 de agosto de 2014.

167 BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 104404. Relator Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 21/09/2010. Processo Eletrônico Dje-230, publicado em 30 de novembro de 2010. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=617314>>. Acessado em 06 de junho de 2018..

Assim sendo, importa destacar que, conforme assevera Di Gesu, “o reconhecimento fotográfico constitui-se em uma diligência policial de uso frequente, diante da carência de suficientes dados identificadores, através do qual se procura orientar o início da investigação mediante a apresentação de arquivos ou álbuns de pessoas ‘fichadas’”.¹⁶⁸

Igualmente ao reconhecimento de pessoas, por ser uma subcategoria decorrente deste meio de prova, o reconhecimento fotográfico depende da percepção do fato e da memória construída pelos sentidos humanos. Assim sendo, conforme explicado no tópico anterior, diversos fatores devem ser observados com relação à dinâmica fática para a credibilidade do reconhecimento. Se no reconhecimento de pessoas a problemática já é grande, no reconhecimento de pessoas por fotografia ela se torna maior.

A fotografia, muitas vezes, não fornece o retrato da complexidade do indivíduo. Condições de resolução da imagem, nitidez, ângulo da fotografia, iluminação, bem como fatores temporais podem prejudicar no reconhecimento. A fotografia é algo imutável, os indivíduos, em contrapartida, mudam sua aparência diversas vezes, seja com cortes de cabelo, pinturas, barbas a fazer, tatuagens, dentre outros inúmeros fatores.

Nesta senda, um reconhecimento fotográfico que eleja um indivíduo de forma errônea pode acabar prejudicando um inocente. Por mais que a jurisprudência e doutrina acreditem que o reconhecimento posterior em sede judicial, sob crivo do contraditório e da ampla defesa, possa sanar eventuais erros provenientes dos reconhecimentos da fase inquisitorial. Entretanto, tal fato é de enorme risco para credibilidade do reconhecimento e, como um todo, da segurança jurídica.

O risco está no efeito indutor que o reconhecimento fotográfico pode causar no indivíduo reconhecedor no momento em que for realizar o reconhecimento pessoal. A “percepção precedente” da fotografia pode causar influências fortes no momento do reconhecimento pessoal.

Citaremos um exemplo baseado em um caso real, apresentando por Lilian Stein, em sua obra “Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica, mais especificamente no capítulo 1, escrito em conjunto com Neufeld e Brust, que demonstra de forma clara os perigos dos reconhecimentos fotográficos utilizados como atos preparatórios do reconhecimento pessoal, conforme se extrai da seguinte passagem:

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

169

O exemplo apresentado por Stein, Neufeld e Brust, ilustra que o reconhecimento fotográfico utilizado como ato preparatório para o reconhecimento pessoal pode vir a causar maiores incidências de falsificação de memórias.

Nesse caso, o taxista recordou da fotografia apresentada no hospital e, no momento da evocação da memória, incidiu em erro por meio de processos internos de transferência inconsciente da informação, atribuindo os rostos vistos nas fotografias aos indivíduos agressores da experiência real.

O principal perigo trazido pelo reconhecimento fotográfico como ato preparatório é explícito pela chamada teoria do efeito compromisso. O efeito compromisso é a teoria criada

para alertar os perigos causados pelo reconhecimento fotográfico. De acordo com a teoria, quando ocorre uma identificação fotográfica em que um sujeito é eleito como autor de um crime de forma errônea, posteriormente, quando o reconhecedor for efetuar uma identificação pessoal, tenderá a manter o compromisso com o reconhecimento anterior, persistindo no erro.

Aury Lopes Jr, em seu manual de direito processual, alerta para os perigos de se efetuar o reconhecimento fotográfico antes do reconhecimento pessoal, advogando no sentido do risco do reconhecedor venha a manter compromisso com o primeiro reconhecimento, geralmente realizado fora dos padrões estipulados por lei. Nesse sentido, Aury assevera:

“Muitas vezes, antes da realização do reconhecimento pessoal, a vítima/testemunha é convidada pela autoridade policial a examinar ‘álbuns de fotografia’, buscando já uma pré-identificação do autor do fato. O maior inconveniente está no efeito indutor disso, ou seja, estabelece-se uma ‘percepção precedente’, ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal. Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos ‘retratos falados’ do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro.”¹⁷⁰

Há que ser considerado, também, no tocante à teoria do efeito compromisso, diversos fatores que venham a influenciar o reconhecedor. De acordo com os ensinamentos de Aury Lopes Jr., as pessoas, principalmente de baixo nível sociocultural, possuem um desejo inconsciente de atender ou não frustrar o pedido da autoridade policial ou judicial.¹⁷¹

Portanto, inegável que o reconhecimento por fotografias prejudica muito o futuro reconhecimento pessoal e que, apesar de muito usado, principalmente na fase inquisitorial, provocam enormes prejuízos e trazem descréditos aos reconhecimentos posteriores.

3.5 – Métodos de prevenção das falsas memórias na colheita de provas

170 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição 2015. Editora Saraiva. Pág. 502

171 Idem pág. 502.

O fenômeno das falsas memórias é comum do funcionamento do cérebro humano. Cabe advertirmos ao leitor que, diferentemente do que se possa imaginar, não são todas as memórias que são contaminadas por informações falsas. Conforme visto, alguns fatores são determinantes para alteração da memória, como a sugestionabilidade ou fatores endógenos no momento da formação e evocação da lembrança.

Apesar de bastante comum, não é fácil identificar uma recordação falsa. Nos depoimentos prestados perante as autoridades, as informações são desconhecidas pelo entrevistador, que buscará a colher o máximo possível de informações. Desta feita, é bastante comum que o entrevistador, inicialmente, abra espaço para a vítima ou testemunha apresentar suas versões dos fatos e, em um segundo momento, realize os questionamentos para suprir a falta de informações.

Di Gesu assevera que *“o emprego de técnicas inadequadas nas entrevistas pode limitar a quantidade de informações proporcionadas pelas vítimas e testemunhas durante suas recordações dos fatos presenciados no passado.”*¹⁷² De igual sorte, essa atecnia no momento do interrogatório oferece grandes riscos à credibilidade da prova oral.

O mesmo acontece no reconhecimento de pessoas. Conforme visto no tópico próprio, a forma estabelecida em lei muitas vezes é relativizada, figurando na prática, métodos eivados de informalidade. Cristina Di Gesu, ao alertar dos perigos das falsificações das memórias e da importância do estudo do tema, declara:

“É preciso, portanto, que não só os profissionais de outras áreas – psicologia e psiquiatria –, mas também que os profissionais do direito – delegados, promotores, juízes e advogados – estejam preparados para lidar com essa situação, trabalhando para evitar problemas dessa ordem ou, então, minimizando as consequências danosas daí decorrentes. O intuito da investigação e análise acerca da possibilidade de constatação de falsas memórias nos depoimentos de vítimas e de testemunhas é justamente evitar que pessoas sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com

172 DI GESU, **Cristina Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado

base em uma prova frágil, tal como é a prova testemunhal, a qual, muitas vezes, se vale de uma memória distorcida, dissociada da realidade do fato delituoso.”¹⁷³

O objetivo do presente tópico é apresentar possíveis métodos práticos que previnam a contaminação dos depoimentos durante a colheita da prova oral e do reconhecimento de pessoas. A problemática é bastante complexa e não possui um mapa de quais caminhos seguir para sua superação. Entretanto, algumas práticas foram comprovadas por experimento serem menos suscetíveis ao fenômeno.

3.5.1 – Métodos de redução de danos na prova oral e a técnica da entrevista cognitiva

Como cediço, existe uma cultura de valoração da prova testemunhal no nosso processo penal. Entretanto, conforme visto, sua credibilidade é altamente afetada pela mentira e pelo fenômeno das falsas memórias. Devemos buscar, portanto, medidas de redução de danos.

A primeira medida que entendemos ser necessária é a colheita da prova oral em um prazo razoável, com o objetivo de mitigar a influência do decurso do tempo nas memórias. Assim, quanto menor o lapso temporal entre o fato a ser lembrado e o início do depoimento, menos contaminado o depoimento estará.

Outro método eficaz na prevenção das falsas memórias consiste na produção de materiais audiovisuais (filmagens) de todas as entrevistas fornecidas às autoridades. O objetivo é proporcionar ao juiz expectador, durante a fase processual, a visão de quais foram os métodos de inquirição utilizados na obtenção das informações na fase inquisitorial. Desse modo, seria possível a avaliação da credibilidade das versões apresentadas em juízo, averiguando se o método utilizado pelo entrevistador ofereceu riscos de contaminação da memória da testemunha ou informante.

A alteração realizada no Código de Processo Penal pela Lei 11.719/2008¹⁷⁴ trouxe a previsão, no §1º do artigo 405, da utilização de recursos tecnológicos para o registro dos depoimentos tanto em sede judicial, quanto em sede policial. O parágrafo primeiro do artigo

173 Idem. Não paginado

174 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/L11719.htm> acesso 09/06/2018

prevê: *“Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital, ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”*.

A medida é uma forma de tentar preservar a qualidade da prova oral através do uso de novas tecnologias. Em que pese à situação de desigualdade no Brasil e a ausência de recursos em diversas delegacias e comarcas das regiões mais afastadas dos centros urbanos, entendemos que a filmagem dos depoimentos é de extrema importância para a credibilidade da prova oral. Corroborando com o aludido, Aury Lopes Júnior defende que:

“A gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual (feitas por assistentes sociais e psicólogos) permite ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista. Isso possibilita ao julgador o conhecimento do modo como os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados. Assume total importância não como indício de prova propriamente dito, mas para que o magistrado aprecie como foi realizado o procedimento e que métodos foram utilizados, a fim de avaliar o possível grau de contaminação dessa prova.”¹⁷⁵

O entrevistador possui papel fundamental na colheita das informações contidas na memória do entrevistado. Dessa forma, a postura do entrevistador pode influenciar significativamente no comportamento da testemunha. Nesse sentido, fazemos coro à ideia de que a arma principal no combate e prevenção da influência das falsas memórias na colheita da prova oral é a adoção das técnicas da Entrevista Cognitiva na coleta do testemunho.

A Entrevista Cognitiva é uma técnica criada em 1984, com objetivo de maximizar a quantidade e qualidade de informações obtidas nos depoimentos de testemunhas e vítimas de delitos criminais. O método consiste em um padrão de entrevista organizada em cinco etapas, cada uma com seu objetivo específico. Feix e Pergher sintetizam:

“As duas primeiras etapas da EC (construção do rapport e recriação do contexto original) referem-se ao estabelecimento de uma condição favorável para que o

entrevistado possa acessar as informações registradas na memória. Na terceira etapa o entrevistado relata, livremente, a situação testemunhada. A fase seguinte envolve o uso de técnicas de questionamento, baseado somente nas informações trazidas no relato livre do entrevistado, visando à obtenção de maiores detalhes e esclarecimentos. A última etapa diz respeito ao fechamento da entrevista, em que o entrevistador fornece uma síntese dos dados obtidos nas etapas anteriores com o objetivo de conferir com o entrevistado a precisão dos mesmos.”¹⁷⁶

Cada etapa possui importância e deve ser estritamente observada pelo entrevistador. O objetivo da primeira etapa consiste na construção, por parte do entrevistador, de um ambiente receptivo para que a testemunha se sinta confortável a falar sobre acontecimentos que, geralmente, envolvem carga emocional elevada.

De acordo com Pegher e Feix¹⁷⁷, esse primeiro momento é importante para o entrevistador possua conhecimento acerca das limitações cognitivas dos entrevistados, ajustando sua linguagem para facilitar a comunicação. É importante, também, a explicação do entrevistador para que o entrevistado possua conhecimento de qual papel irá exercer na dinâmica da entrevista.

Essa explicação é importante para que o entrevistado possua um papel ativo na entrevista e que entenda que o entrevistador não possui qualquer expectativa de que responda todas as perguntas. Na segunda etapa, por sua vez, ocorre uma contextualização do evento original, para que o entrevistado possa maximizar a recordação de informações acerca do fato.

Na terceira etapa, por sua vez, o entrevistado possui liberdade para narrar os fatos recordados, sem interrupções do entrevistador. Após a fase de narrativa livre, o entrevistador fará questionamentos acerca das informações apresentadas, objetivando alcançar informações adicionais. Essa é a etapa mais importante da entrevista cognitiva, haja vista que os questionamentos do entrevistador possam vir a macular a versão dos fatos.

176 FEIX, L.F; PERGHER, G. K. Memória em julgamento: Técnicas de entrevista para minimizar as Falsas Memórias. *In* STEIN, L. **Falsa memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 10. Pág. 212

177 Idem. Pág; 212

Sendo assim, é importante que os questionamentos sigam o princípio do “questionamento compatível”. Feix e Pergher defendem que “*para evitar sobrecarga, o questionamento compatível com a testemunha preconiza que as perguntas por parte do entrevistador sempre devem ser relativas à representação mental que o entrevistado tem ativada no momento, ou seja, devem fazer referência aos conteúdos que o entrevistado está relatando.*”¹⁷⁸

Nessa senda, “o questionamento compatível com a testemunha” serve, de igual modo, para alertar o entrevistador que suas perguntas devem ser baseadas somente nas informações trazidas pelo entrevistado, ignorando seu achismo sobre o acontecido.

Ainda sobre os questionamentos, a forma como a pergunta é realizada é crucial para o resultado da entrevista. Os teóricos da Entrevista Cognitiva preconizam que as perguntas devem ser formuladas sempre de forma aberta, devendo ser abolidas perguntas fechadas, sugestivas, confirmatórias e identificadoras. Nesse sentido, convém trazer a lume, mais uma vez, as lições de Cristina Di Gesu, *in verbis*:

“Ao contrário das abertas, as perguntas fechadas são aquelas respondidas adequadamente em poucas palavras. Aqui se diferenciam novos tipos de questionamentos: os identificadores (requerem a descrição de pessoas, lugares, momentos, etc.) de seleção (perguntas de alternativas múltiplas, tal como: o ladrão usava revólver ou faca?) e, por fim perguntas sim-não (respondidas satisfatoriamente com qualquer um deles). Sob a ótica de Pisa e Stein, trata-se de perguntas de reconhecimento, através das quais o entrevistador fornece as escolhas, e o entrevistado seleciona a resposta correta com fundamento em suas lembranças sobre os fatos. Ademais, os detalhes são fornecidos pelo interrogador, cabendo ao questionado acolhê-los ou rejeitá-los. Quanto mais se restringe a pergunta, maior a probabilidade de indução da resposta. Assim sendo, cada categoria de perguntas fechadas apresenta seus próprios problemas”¹⁷⁹

A quinta e última etapa consiste no fechamento da entrevista. Aqui, o entrevistador fará uma síntese do relatado ao entrevistado, solicitando intervenção do entrevistado, caso surja

178 Idem. Pág. 219

179 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado

alguma informação nova, ou se alguma informação não for condizente com o relato. O entrevistador deverá deixar um canal de comunicação em aberto com o entrevistado, para o caso da lembrança de algum dado novo.

A entrevista cognitiva funciona como uma importante ferramenta para maior credibilidade das informações coletadas nos testemunhos, diminuindo a incidência das falsas memórias ou indução de respostas. Em que pese a enorme gama de benefícios trazidos na adoção da técnica de entrevista, temos que alguns inconvenientes se destacam. O aprendizado da técnica demanda um alto custo temporal, devido à sua complexidade. De igual sorte, a duração das entrevistas aumentaria exponencialmente.

Entretanto, acreditamos que os benefícios pesam mais do que os ônus. Com a entrevista cognitiva, são obtidas mais informações que são, ao mesmo tempo, mais precisas. Dessa forma, evita-se a repetição das entrevistas e, com isso, o perigo da sugestibilidade. Assim, a técnica da entrevista cognitiva traz maior segurança para o judiciário, em face da prova oral ser considerado o principal meio de prova no processo penal brasileiro.

É importante ressaltar, igualmente, que o método da entrevista cognitiva é contraindicado nas entrevistas com crianças pré-escolares e com pessoas com a capacidade cognitiva limitada. No que concerne ao depoimento infantil, conforme visto nos tópicos anteriores, a memória infantil é altamente passível de sugestibilidade. Desse modo, a forma como a criança é questionada, os métodos e técnicas utilizadas durante a entrevista (o que inclui a estrutura física do ambiente) e o número de entrevistas as quais elas são expostas podem ser fatores prejudiciais à fidedignidade das informações. Assim sendo, cautelas devem ser tomadas pelo entrevistador, que deverá ser especializado em entrevistas com esse público-alvo. Sobre o tema, Cristina Di Gesu consolida o seguinte entendimento:

“Conforme abordado, as crianças são altamente sugestionadas, tendendo a responder os questionamentos de acordo com as expectativas do adulto entrevistador. Destarte, para evitar eventuais induções, ao questionar um menor acerca de determinado acontecimento – seja este vítima ou testemunha – umas das primeiras medidas a ser tomada é justamente deixar a criança falar, questionando-a através de um número reduzidos de perguntas; em segundo lugar, evitar questionamentos sugestivos, bem como reveladores da opinião daquele que interroga; em terceiro plano, o entrevistador

não deve se contentar com respostas lacônicas, formadas pelos monossílabos “sim” e “não”; e, por fim, não forçar a criança a contar detalhes, a fim de evitar a introdução, nas recordações, de elementos irreais ou imaginários.”¹⁸⁰

3.5.2 – O reconhecimento sequencial de pessoas

O Código de Processo Penal adotou o modelo da linha de reconhecimento simultânea. Conforme visto, o método é sugestivo e perigoso, haja vista que são mais propícios à falsificação das memórias por fatores exógenos. Por meio dessa forma, o indivíduo realiza avaliação comparativa dos indivíduos expostos, com a sua recordação do autor do fato, elegendo aquele que mais se parece com sua lembrança.

Entretanto, apesar da forma expressa na lei, paira uma cultura da informalidade no procedimento do reconhecimento, sob o manto do princípio do livre convencimento motivado do magistrado. O mesmo ocorre em sede policial, onde não há previsão do contraditório e, muitas vezes, os suspeitos são expostos ao reconhecimento sem a presença do advogado.

Com o intuito de demonstrar a fragilidade do método simultâneo, oportuno trazer a lume o experimento do psicólogo estadunidense Gary L. Wells¹⁸¹, que obteve significativos resultados. O experimento consistiu na encenação de um crime, no qual as testemunhas foram convidadas a realizar o ato de reconhecimento. Foram separadas duas linhas simultâneas com fotografias dos suspeitos. Em uma das linhas o autor estava presente, enquanto na outra não. Independentemente da linha apresentada à testemunha, era realizado um alerta no sentido de que o suspeito poderia ou não estar presente naquela linha simultânea.

O resultado apontou que nas linhas onde o agressor estava presente, 54% das testemunhas o elegeram como responsável pelo ato, enquanto 21% não conseguiram realizar o reconhecimento. Em contrapartida, nas linhas em que o ofensor não estava presente, 68% das

180 DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014. Não paginado

181 WELLS, Gary L. apud LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). *The Behavioral Foundations of Public Policy*. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149; Apud IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho: Considerações sobre o reconhecimento de pessoas na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. 2014 Pág. 71.

testemunhas apontaram uma fotografia onde a pessoa possuía traços semelhantes ao ofensor, atribuindo, de forma errônea, a culpa a um inocente. O experimento revela que o modelo simultâneo pode vir a ser falho, caso o autor do fato não esteja presente entre os suspeitos.

Aury Lopes Júnior atenta para o fato de que *“muitas pessoas crêm que a polícia somente realiza um reconhecimento quando já tem um bom suspeito, contribuindo para um reconhecimento positivo. Mais grave ainda é a situação do reconhecimento feito em juízo, pois, nesse caso, há a certeza da presença do acusado entre aquelas pessoas a serem reconhecidas.*

182

Nesse sentido, um método simples, mas com capacidade de aumentar significativamente a qualidade do reconhecimento de pessoas, se expressa no simples alerta realizado pela autoridade condutora do ato, de que não necessariamente o verdadeiro autor estará exposto. Essa advertência seria eficaz para mitigar a cultura de que o reconhecimento só acontece quando existe um bom suspeito.

É sugerida, de igual forma, a realização de um reconhecimento somente com distratores, com o fito de testar a confiabilidade do reconhecedor. Nesse sentido:

“Mesmo sem qualquer alteração legislativa, o que pode sim perfeitamente ser feito no sistema brasileiro um teste de confiabilidade da testemunha ou vítima, da seguinte forma: ‘apresentar, primeiramente, um reconhecimento somente com a presença de distratores, contudo, não é dito a ela que será apresentado mais de um grupo de suspeitos. Caso a testemunha faça alguma identificação nesse reconhecimento, então ela pode ser descartada, e, caso a testemunha não faça nenhuma identificação no primeiro reconhecimento, então pode ser dada continuidade ao procedimento, apresentando o segundo reconhecimento com a presença do suspeito alvo. Dados indicam que testemunhas que não fazem identificações do primeiro reconhecimento são muito mais confiáveis.’”¹⁸³

Importa observar, ao mais, que a lei infraconstitucional prevê, no artigo 226, inciso I do Código de Processo Penal, a necessidade do reconhecedor descrever as características da pessoa a ser reconhecida. Em que pese a previsão legal, tal dispositivo, na prática, costuma ser ignorado. Sua observação garante maior fidedignidade e verossimilhança para o reconhecimento a ser realizado, haja vista que o reconhecedor busca a imagem do acusado presente na sua recordação e destrincha suas características para o entrevistador, o que diminui a incidência de contaminação da prova.

A melhor solução para a problemática, no sentido de diminuição considerável nos riscos de produção de reconhecimentos contaminados, consiste no método sugerido pela psicologia forense, chamado reconhecimento sequencial. A doutrina aponta que o método é mais seguro e confiável em relação ao modelo simultâneo. Aqui, os suspeitos são apresentados um de cada vez, sendo solicitado à testemunha ou vítima que apontem, antes de visualizar o próximo suspeito, se aquele apresentado foi ou não o autor do fato.

Nessa forma de procedimento, a qualidade do ato é aumentada consideravelmente, diminuindo a probabilidade de indução e erro. Aqui, não existe um juízo de comparação entre os suspeitos enfileirados. Existe, contudo, a comparação entre o indivíduo e a memória existente do autor do fato delituoso. Nesse sentido, assevera Márcia Irigohê:

“Dados cumulativos recentes têm revelado que, em comparação com o lineup simultâneo, o procedimento sequencial produz uma média de 8% menos identificações corretas, mas também uma percentagem de 22% menos falsos alarmes. Tais resultados têm sido atribuídos à eliminação do juízo comparativo, bem como à utilização de um maior padrão de julgamento, por parte das testemunhas, ao analisarem as faces uma a uma. Assim, a utilização de um formato sequencial pode ser interpretada através de uma análise de custo-benefício, cabendo a cada sistema criminal ponderar se lhe sai mais caro um número menor de culpados condenados ou de inocentes livres.”¹⁸⁴

184 IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho: Considerações sobre o reconhecimento de pessoas na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. 2014 Pág. 72.

Cumpra observar, outrossim, conforme apresentado no t3pico correspondente ao reconhecimento fotogr3fico, tal m3todo possui elevado teor de sugestionabilidade, podendo induzir o reconhecedor a erro. O risco est3 no efeito indutor que o reconhecimento fotogr3fico pode causar no indiv3duo reconhecedor no momento em que for realizar o reconhecimento pessoal. A “percep33o precedente” da fotografia pode causar influ3ncias fortes no momento do reconhecimento pessoal, portanto, sua utiliza33o deve ser evitada.

CONCLUSÃO:

As pesquisas sobre as falsas memórias são vastas na literatura estrangeira. Países da América do Norte e Europa possuem grande repertório de pesquisas acerca das diversas áreas de influência do fenômeno. No Brasil e na América do Sul, em que pese o desenvolvimento recente das pesquisas, o tema ainda é pouco difundido.

O grupo de pesquisa em processos cognitivos da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, sob supervisão da psicóloga Lilian Stein, foi pioneiro ao realizar estudos sobre falsificação de memórias no Brasil. Os estudos realizados pelo grupo resultaram no lançamento do livro “Falsas Memórias. Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas”, principal livro publicado pelos cientistas brasileiros sobre o tema.

Os primeiros estudos sobre as falsas memórias remontam ao início do século XX. Apesar do grande lapso temporal, de aproximadamente cem anos, a pesquisa ganhou notoriedade a partir da década de 1970, com o surgimento de diversas teorias explicativas do fenômeno. Com os significativos avanços teóricos, a teoria do traço difuso surgiu como a mais complexa e mais aceita pela doutrina da psicologia cognitiva.

A teoria defende que a memória é formada por dois sistemas responsáveis, respectivamente, pelo armazenamento e pela recuperação das lembranças. Para os teóricos, a memória se subdivide em memória de essência e memória literal. As falsas memórias seriam resultados de distorções espontâneas ou sugeridas. O fenômeno é fruto do funcionamento normal do cérebro humano e, por mais que seja inofensivo na rotina diária, oferece enormes riscos ao processo penal.

Nesse sentido, as pesquisas sobre as falsas memórias são de extrema importância pelos seus efeitos no campo jurídico. A prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas são provas que estão intimamente ligadas à memória humana.

Alguns crimes, em razão da sua natureza ou forma de execução, como, por exemplo, parte dos crimes contra a dignidade sexual, não deixam vestígios materiais, dificultando a obtenção de maior grau de certeza acerca da autoria delitiva e de sua materialidade. Em face da impossibilidade da realização de provas técnicas, as provas de caráter oral (prova testemunhal e depoimento da vítima), nesses casos, figuram como único meio probatório da acusação nos processos.

Conforme demonstrado anteriormente, a memória é carente de confiabilidade, em razão da sua vulnerabilidade. O mesmo se pode dizer da prova testemunhal, pelo fato da memória ser a essência de sua composição. Isto ocorre pelo processo natural de formação das memórias, cujos fatores externos ou internos podem alterar o conteúdo de uma lembrança.

Neste sentido, importa dizer que a narrativa de um testemunho não pode ser valorada como verdade absoluta sobre o que de fato ocorreu na cena de um delito. Emoções, interpretações, distrações, luminosidade do ambiente, tempo decorrido desde a experiência, sugestões externas, dentre outros fatores, podem influenciar no processo de memorização e fazer com que o indivíduo se lembre com pouca precisão dos fatos ou que se lembre de algo que nunca ocorreu, o que no segundo caso chamamos de falsas memórias.

Em virtude dos riscos de contaminação da prova testemunhal e do reconhecimento de pessoas pelo fenômeno das falsas memórias e a consequente possibilidade de erros materiais e processuais, a pesquisa sobre o tema se faz necessária como um importante recurso para evitar injustiças no âmbito do judiciário.

O Direito Penal busca tutelar os bens jurídicos mais valiosos e que não podem ser tutelados pelos outros ramos do direito. Nas sábias lições do professor Nilo Batista, “a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos, através da cominação, aplicação e execução da pena”.¹⁸⁵ Com efeito, podemos conceituar a pena como a resposta imposta pelo Estado aos indivíduos transgressores das normas penais. O Código Penal brasileiro aduz na parte final do artigo 59¹⁸⁶ que a pena funciona como meio de repressão e prevenção de delitos.

185 Batista, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Editora Revan. 12ª Edição, Rio de Janeiro, 2015, Pág. 113.

186 Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá,

Neste particular, importa destacar, dada a gravidade da natureza da sanção penal, que um indivíduo inocente pode acabar sendo penalizado por conta de um reconhecimento de pessoa ou uma prova testemunhal contaminada pelas falsas memórias. Tal hipótese geraria uma grave injustiça, na qual um indivíduo alheio aos fatos poderia ser castigado no lugar do verdadeiro agressor da norma jurídica.

Destarte, imperioso levantarmos os debates sobre o tema para despertar em nossos juristas a importância do estudo das memórias como pressuposto do Devido Processo Legal Democrático, para que a prova testemunhal seja analisada com maior cautela e para que haja a busca de métodos paliativos que tragam maior confiabilidade no Processo Penal.

O emprego das técnicas sugeridas no capítulo anterior, como a entrevista cognitiva, o método do reconhecimento sequencial, a observação da disposição do inciso I do artigo 226 do Código de Processo Penal – na qual há necessidade do indivíduo descrever a pessoa que deverá ser reconhecida –, o abandono da cultura de que os investigadores só realizam o ato do reconhecimento de pessoas quando possuem um bom suspeito, dentre outros, mitigam a influência das memórias falsas no cenário jurídico, trazendo maior verossimilhança e fidedignidade à prova.

conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (grifos nossos)

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; AMARAL, Marina Moreno do. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na Região Metropolitana de Porto Alegre**. 2012. Disponível em:

<<http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhemFtcyI7czoZNDoiYToxOntzOjEwOiJRF9BUiFVSzZPIjtzOjM6IjEzNSI7fSI7czoXOiJoIjtzOjMyOiI2Y2UxODFjYTIiN2I4Y2FiNDQ5ZmQwNTFIMjIzMTViNiI7fQ%3D%3D>>
Acesso em 04/06/2018.

BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. MENDES, Gilmar. **Curso de Direito Constitucional**, 7ª Edição, 2012. Ed. Saraiva

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina 1998.

CARNELUTTI, Francesco. **Verità, Dubbio e Certeza**. Rivista di Dritto Processuale, Padova; Cedam 1965, V. XX.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Bases para a compreensão e crítica do direito emergencial**, 2016. Disponível em <<https://fhchoukr.jusbrasil.com.br/artigos/320410486/bases-para-compreensao-e-critica-do-direito-emergencial>> Acesso em 07/05/2018

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Editora Lumen Juris, 2002.

D'ARAÚJO, Maria Celina. CASTRO, Celso. SOARES, Gláucio Ary Dillon. **A volta aos quartéis: a memória militar sobre abertura**. Editora Relume Dumará, 1995.

DAMÁSIO. Antonio R. **O erro de Descartes emoção, razão e cérebro humano**. Ed. Companhia das letras. 1996 Pág. 118. Disponível em <http://anakarkow.pbworks.com/w/file/attach/113230870/O%20erro%20de%20Descartes%20emocao%2C%20ra%20-%20Antonio%20R.%20Damasio.pdf> acesso em 29/05/2018.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª Edição ampliada e revisada. Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 16ª Edição. Editora JusPODIVM. 2014.

FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal**. Editora Revista dos Tribunais. 3ª Edição. São Paulo, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Editora Nau. Rio de Janeiro, 2002.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho: Considerações sobre o reconhecimento de pessoas na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. 2014

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Editora Artmed, Porto Alegre. 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**, Editora Forense; 10ª Edição. 2001.

JÚNIOR, César de Faria. **O processo penal do inimigo, os direitos e garantias fundamentais e o princípio da proporcionalidade**. Programa de Pós- graduação em direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. 2010. Pág.41-42. Disponível em: <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10711/1/Faria%20J%C3%BAnior.pdf> Acesso em 20/05/2018

LOFTUS, Elizabeth F. em entrevista à revista Psychology Today, 1996. *Apud* STEIN, L. M.; NEUFELD, C. B; BRUST, P.G. Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. *In* STEIN, L. M. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Ed. Artmed. 2010. Capítulo 1: Ed. Artmed. 2010.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 12ª Edição. 2015 Editora Saraiva. Pág. 43

MACARINI, José Pedro. Crise e Política econômica: o Governo Figueiredo (1974-1984). Texto para discussão. IE/UNICAMP n.144, Junho 2008 Pág. 2-3. Disponível em <www.eco.unicamp.br/docprod/downarq.php?id=1774&tp=a> Acesso em 11/05/2018

NICOLITT, André. **Manual de Processo Penal**. Ed. Elsevier. Campus Jurídico. Rio de Janeiro, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e a sugestionabilidade interrogativa. *In* LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R.R. **Temas para uma perspectiva crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro. Lumem Juris, 2010.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. Editora Lumen Juris, 3ª Edição. 2015.

PRESOT, Aline. Celebrando a "Revolução": as marchas da família com Deus pela liberdade e o golpe de 64. *In* **A construção social dos regimes autoritários**. Editora Civilização Brasileira, 2011.

QUECUTY, Maria Luiza Alonso. *Psicologia y Testimonio. In: Fundamentos de La Psicología Jurídica*. Madrid: Psicologia Piramide, 1998.

REAL MARTINEZ, Santiago; FARINA RIVERA, Francisca e ARCE FERNANDEZ, Ramón. **Reconocimiento de Personas Mediante Ruedas de Identificación**.

SALLUM JR., Brasílio. Federação, autoritarismo e democratização. *Tempo Social; Rev. Sociol. USP, S. Paulo, 8(2): 27-52, outubro de 1996*. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v8n2/0103-2070-ts-08-02-0027.pdf>> Acesso em 10/05/2018
Schmitz, Paulo Sérgio Kroeff; Izquierdo, Ivan Antonio. “**Córtex Entorrinal, amígdala e hipocampo: papéis na aquisição da memória**”; Salão de iniciação científica, (05. : 1993 out. 04-08 : UFRGS, Porto Alegre, RS).nº 418. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/116665>. Acesso em 28/05/2018.

SILVA, José Afonso Da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. Editora Malheiros. 36ª Edição, São Paulo, 2012.

SOUZA, Márcia Teixeira de. **O processo decisório na Constituição de 1988: Práticas Institucionais**. Lua Nova. 2003. n. 58, pág. 42. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n58/a04n58.pdf> > Acesso em 13/05/2018

STEIN, Lilian Milnistky Stein; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e sua aplicação clínica e jurídica**. Capítulo 1: Compreendendo o fenômeno das Falsas memórias. Ed. Artmed. 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.Volume I. Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento**. 54ª Edição. Editora Forense. 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 21ª ed., 1999. 3º Vol.,