

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

KETLIN PATRINI ROITHER

**PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS
MEMÓRIAS**

**Rio do Sul
2021**

KETLIN PATRINI ROITHER

**PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS
MEMÓRIAS**

Monografia apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Bacharel em Direito,
pelo Centro Universitário para o
Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí -
UNIDAVI

Orientador: Prof. Me. Leonardo Marcondes
Machado

Rio do Sul

2021

**CENTRO UNIVERSITÁRIO PARA O DESENVOLVIMENTO DO ALTO VALE DO
ITAJAÍ – UNIDAVI**

A monografia intitulada **“PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS”**, elaborada pela acadêmica KETLIN PATRINI ROITHER, foi considerada

☐ APROVADA

☐ REPROVADA

por todos os membros da banca examinadora para a obtenção do título de BACHAREL EM DIREITO, merecendo nota_____.

_____, _____ de _____ de _____.

Prof. Mickhael Erik Alexander Bachmann
Coordenador do Curso de Direito

Apresentação realizada na presença dos seguintes membros da banca:

Presidente: _____

Membro: _____

Membro: _____

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando o Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Rio do Sul, 21 de maio de 2021.

Ketlin Patrini Roither
Acadêmica

AGRADECIMENTOS

Primeiramente gostaria de agradecer a Deus, pela oportunidade da VIDA e a força para chegar até aqui.

Agradeço também a todos os professores do Curso de Direito da Unidavi, por me proporcionar todo o conhecimento adquirido. Em especial ao meu orientador Me. Leonardo Marcondes Machado, pela confiança em me orientar nesse trabalho e pelo apoio prestado.

Sou grata ao meu noivo Ramon, que esteve presente em todos os momentos durante essa longa jornada, me incentivando e me ajudando a superar todas as dificuldades e desafios, sempre acreditando em mim.

Aos meus pais, que desde o início me deram o suporte necessário, e me ensinaram a correr atrás dos meus sonhos, além de todo o amor e carinho.

Por fim, agradeço aos meus amigos que a formação me proporcionou, em especial as minhas amigas Daiane e Maiara, que sempre me incentivaram e me ajudaram nos momentos mais complicados dessa jornada acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho de curso tem como objetivo de estudo as provas no processo penal, em especial a prova testemunhal e a influência das falsas memórias, tendo como objetivo geral analisar a influência das falsas memórias na prova testemunhal para o processo penal. Com o decorrer da pesquisa, serão apresentados subsídios através da doutrina sobre o funcionamento do processo penal um apanhado geral sobre a prova na esfera processual penal. No segundo capítulo adentraremos a esfera da prova testemunhal, o depoimento das testemunhas onde possuem o papel de esclarecer ao julgador, fatos que aconteceram e não foram comprovados por outro tipo de prova. No entanto, bem se sabe que a prova testemunhal, utiliza-se da memória, que não é totalmente confiável e fidedigna, na qual está suscetível a interferências externas e internas que acabam por alterar os fatos, de forma não intencional, mais que influência ativamente o processo. Essa alteração da nossa mente é chamada pela doutrina majoritária de Falsas memórias, fenômeno que consiste em falsificar a recordação de um fato, declarando na mente da testemunha uma falsa realidade. As Falsas memórias não são comparadas ao erro, ao falso testemunho e a mentira. De fato, a prova testemunhal é o meio mais utilizado sendo o mais importante e imprescindível para a esfera processual penal, por esse motivo e de extrema importância o estudo acerca desse fenômeno, bem como a análise de técnicas de reduzir os danos causados por esse. O método de abordagem utilizado na elaboração deste trabalho de curso foi o indutivo e o método de procedimento foi o monográfico. O levantamento de dados foi através da técnica da pesquisa bibliográfica. O ramo de estudo é na área do Direito Processual Penal, nos casos em que utiliza-se da prova testemunhal e observa-se a presença das falsas memórias. Nas considerações finais, constata-se a hipótese levantada no início se comprova mostrando que a memória influencia a palavra da testemunha, e que a prova testemunhal inúmeras vezes é falha, na qual acarreta inúmeros problemas para o processo penal.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova Testemunhal. Memória. Falsas Memórias.

ABSTRACT

This course work aims to study the evidence in the criminal process, especially the testimonial evidence and the influence of false memories, with the general objective of analyzing the influence of false memories on testimonial evidence in the criminal process. As the research progresses, the doctrine on the functioning of the criminal process will provide a general overview of evidence in criminal procedure. In the second chapter, we will go into the sphere of testimonial evidence, the testimony of the witnesses, whose role is to enlighten the judge on facts that have happened and that have not been proven by other types of evidence. However, it is well known that testimonial evidence uses memory, which is not completely reliable and trustworthy, and is susceptible to external and internal interferences that end up altering the facts, in an unintentional way, but that actively influences the process. This alteration of our mind is called by the majority doctrine of false memories, a phenomenon that consists in falsifying the memory of a fact, declaring in the mind of the witness a false reality. False memories are not compared to errors, false testimony and lies. In fact, the testimonial evidence is the most used means of evidence and is the most important and indispensable for the sphere of criminal procedure. For this reason, it is extremely important to study this phenomenon, as well as to analyze the techniques to reduce the data caused by it. The approach method used in the elaboration of this course work was inductive and the procedure method was monographic. The data survey was through the bibliographical research technique. The branch of study is in the area of Criminal Procedural Law, in cases in which the testimonial evidence is used and the presence of false memories is observed. In the final considerations, the hypothesis raised at the beginning is proven to be true, showing that memory influences the word of the witness, and that the testimonial evidence is often faulty, which causes countless problems for the criminal process.

Keywords: Criminal Process. Witness Evidence. Memory. False Memories

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL	13
2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA.....	13
2.1.1 ASPECTOS SOBRE A LEI Nº 11.690/2008.....	15
2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS	17
2.3 MEIOS DE PROVA.....	19
2.3.1 PROVA EMPRESTADA	21
2.3.2 PROVAS ILÍCITAS	21
2.4 NOÇÃO DE “VERDADE REAL” NO PROCESSO PENAL	21
2.5 ÔNUS DA PROVA	25
3 PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL	27
3.1 NOÇÕES GERAIS.....	28
3.2 CARACTERÍSTICAS DA PROVA TESTEMUNHAL	30
3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS TESTEMUNHAS	36
3.4 FASES E CONDIÇÕES DE FORMAÇÃO DO TESTEMUNHO	38
3.5 FALSO TESTEMUNHO	43
4 FALSAS MEMÓRIAS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO	45
4.1 BREVES CONCEITOS SOBRE A MEMÓRIA.....	46
4.1.1 CLASSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA	48
4.2 FALSAS MEMÓRIAS.....	50
4.3 PROVA TESTEMUNHAL COMO MEIO ISOLADO DE PROVA SOB A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS	53
4.4 FALSAS MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE SUSPEITOS	54
4.5 FATORES DE CONTAMINAÇÃO DA PROVA ORAL/ TESTEMUNHAL	56
4.6 REDUÇÃO DE DANOS	59

4.6.1 COLHEITA DE PROVA EM PRAZO RAZOÁVEL	60
4.6.2 ENTREVISTA COGNITIVA	60
4.6.3 GRAVAÇÃO DAS ENTREVISTAS REALIZADAS.....	63
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	64
REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho de curso tem como objeto de estudo influência das falsas memórias na prova testemunhal.

O objetivo institucional é a produção do Trabalho de Curso como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharela em Direito pelo Centro Universitário para o Desenvolvimento do Alto Vale do Itajaí- UNIDAVI.

O objetivo geral deste trabalho de curso é analisar a influência das falsas memórias na prova testemunhal.

Os objetivos específicos são: a) analisar as noções fundamentais do processo penal e da prova testemunhal; b) verificar a problemática das falsas memórias na prova testemunhal; c) demonstrar argumentos que comprovem a influência desastrosa das falsas memórias para o processo penal.

Na delimitação do tema, levanta-se o seguinte problema: Há influência das falsas memórias na prova testemunhal para o processo penal?

Para avaliar o problema, levanta-se a seguinte hipótese: supõe-se que as falsas memórias influenciem a prova testemunhal.

O método de abordagem a ser utilizado na elaboração do presente trabalho de curso será o indutivo e o procedimento será o monográfico. O levantamento de dados será através da técnica de pesquisa bibliográfica. Será usado como ramo de estudo a área de Direito Penal, Direito Processual Penal.

O presente trabalho apresenta um grande impacto jurídico na área do Direito Penal, pois é preciso compreender esse instituto, sendo que a produção de uma falsa memória pode implicar negativamente o processo, muitas vezes influenciando na decisão do magistrado, de um fato que na verdade nunca ocorreu.

A relevância para a área acadêmica é apresentar a importância da utilização de técnicas para a redução dos danos causados por esse instituto que é tão presente na esfera penal.

Inicia-se o trabalho com breves considerações sobre a esfera processual penal, abordando o sistema de provas utilizado e quais os seus meios, bem como o mito da verdade real.

Em seguida, será abordado um breve apanhado sobre a prova testemunhal, quais suas características e em que casos a utilizamos, avaliando seus pressupostos fundamentais e sua importância para o processo, bem como a fase de criação do testemunho. Finaliza-se abordando a temática do falso testemunho, tipificado no Código de Processo Penal como crime, na qual está muito presente na formação da prova testemunhal.

Apresenta-se, então, o posicionamento de doutrinadores e juristas acerca do instituto das falsas memórias, como esse fenômeno é formado, a forma que é prejudicial ao processo e qual a sua influência diante do processo penal. Não obstante, é debatido pelos doutrinadores e operadores do direito as formas de redução de danos para esse fenômeno.

2 PRODUÇÃO DA PROVA NO PROCESSO PENAL

A prova é destinada ao juiz na intenção de que ele faça a reconstrução do fato. Portanto, “provar significa induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico correu de um determinado modo”.¹

O presente estudo tem como foco a prova oral, devido à importância tida no processo penal como um dos principais elementos probatórios, bem como pela possibilidade de formação de falsas memórias, sem desmerecer os demais meios, pois contribuem para a convicção do julgador.²

2.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

No conceito de Fabio Motta Lopes, “prova é o conjunto de elementos produzidos pelas partes ou determinados pelo juiz visando à formação do convencimento quanto a atos, fatos e circunstâncias”.³

Nas palavras de Oscar Joseph de Plácido e Silva:

Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado.⁴

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci acrescenta:

Prova origina-se do latim probatio que, significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo provar probare, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar.⁵

¹ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014. p.70.

² Ibid., p. 81.

³ LOPES, Fabio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 19.

⁴ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014. p. 1125.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 8. ed. São Paulo, 2009. p. 338.

Desta forma, para o processo penal, “a produção da prova objetiva auxiliar na formação do convencimento do juiz quanto à veracidade das afirmações das partes em juízo”⁶. Portanto, ela se destina tão somente ao magistrado que, a partir delas, julga procedente ou não um pedido condenatório.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior: “o processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença”.⁷

O Código de Processo Penal regulamenta a prova a partir do artigo 155, o qual dispõe:

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.⁸

Portanto, “a atividade do juiz é sempre recognitiva”⁹, ou seja, o juiz não sabe, mas precisa saber, haja vista que ele tem a missão de dizer o direito em cada caso. No lugar de julgar, o juiz se dá por ignorante, ele desconhece o fato e só saberá conhecer e julgar a partir da prova.

O termo prova nas palavras de Antônio Magalhães Gomes Filho:

[...] é empregado com variadas significações: indica, de forma mais ampla, o conjunto de atividades realizadas pelo juiz e pelas partes na reconstrução dos fatos que constituem o suporte das pretensões deduzidas e da própria decisão; também pode aludir aos instrumentos pelos quais as informações sobre os fatos são introduzidos no processo (meios de prova) [...].¹⁰

Em suma, “sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual”¹¹.

⁶ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Grupo GEN, 2020. Livro digital. p. 492.

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital, p. 414.

⁸ BRASIL. **Código de Processo penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital, p. 414.

¹⁰ GOMES Filho, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p. 40.

¹¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 398.

Para Fernando Capez: “sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto”¹². Pode-se dizer então que nada adianta a discussão acerca das provas, se elas não forem provas lícitas, pois somente as provas derivadas lícitamente serão aceitas e farão parte da investigação e da formação do convencimento do magistrado.

No que se refere à finalidade da prova, seu objetivo é “a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo”¹³.

No que concerne à prova em relação à reconstituição dos fatos, “longe de constituir atividade técnica e neutra, a reconstituição dos fatos realizada no processo está visivelmente impregnada por fatores sociais, políticos, culturais, etc., variáveis no tempo e no espaço, cujo exame seria praticamente inesgotável”¹⁴.

2.1.1 Aspectos sobre a Lei nº 11.690/2008

A Lei nº 11.690/2008 introduziu alterações no Código de Processo Penal, em destaque a alteração à disciplina da prova.

Em suma, referente à matéria da prova “era sem dúvida, aquela em que se fazia sentir - de forma mais direta e urgente - a atualização dos mecanismos processuais, estabelecidos sob a égide do regime autoritário de 1937, em face de uma ordem democrática e fundada na tutela dos direitos individuais”¹⁵.

No entanto “é bem verdade que em muitos pontos essa tarefa já vinha sendo realizada pela jurisprudência, o que não afasta a exigência do estabelecimento de regras mais precisas, [...] em que deve prevalecer o respeito ao princípio da legalidade estrita”¹⁶.

São características salientes no novo texto:

¹² Ibid., p. 398.

¹³ AVENA, Norberto. **Processo penal**. 12. ed. Grupo GEN, 2020. Livro digital. p. 492.

¹⁴ GOMES Filho, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. p.19.

¹⁵ ASSIS, Maria Thereza Rocha de. **As reformas no processo penal**: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 247.

¹⁶ Ibid., p. 247.

A delimitação do alcance do princípio do livre convencimento do juiz; a consagração do contraditório como elemento essencial do próprio conceito de prova; a regulamentação legal da proibição das provas ilícitas, e ainda, uma nova disciplina dos meios de prova pericial e testemunhal, mais adequada ao contraditório como método de formação das provas. Ao lado disso, mesmo fora da matéria probatória, foram introduzidas importantes garantias processuais para a vítima.¹⁷

O artigo 157 do Código de Processo Penal aduz que “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”¹⁸. Ou seja, o magistrado só formará sua opinião acerca do delito, após verificar toda a prova produzida.

No entanto, “ao dizer que o juiz formará o seu convencimento pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial”¹⁹, [...] o legislador com a referida lei, “consagrou e sublinhou a nítida e apropriada distinção entre o que é prova e aquilo que constitui elemento informativo na investigação”²⁰. Observa-se que “a verdadeira pedra angular da nova disciplina da prova penal trazida pela Lei 11.690/2008, é a vinculação do próprio conceito de prova à observância do contraditório.”²¹

A Lei nº 11.690/2008, ao tornar explícita essa diferença essencial entre prova e elemento informativo trazido pela investigação, ressalta que a observância do contraditório é a verdadeira condição de existência da prova²². Logo, só podem ser consideradas provas, os dados introduzidos no processo com a presença do juiz, bem como com a participação das partes, em destarte o contraditório.

Diante disso, em relação ao tema da prova, “no contraditório também pode ser entrevisto um fundamento técnico, pois o melhor método para descoberta da verdade dos fatos é aquele em que se levam em conta as atribuições trazidas pelas partes.”²³

De forma geral, “somente quando tiver sido imprevisível a impossibilidade de renovação da prova será viável utilizar os elementos anteriormente obtidos sem o contraditório.”²⁴

¹⁷ Ibid., p. 247.

¹⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

¹⁹ ASSIS, Maria Thereza Rocha de. **As reformas no processo penal**: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 247.

²⁰ ASSIS, Maria Thereza Rocha de. **As reformas no processo penal**: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 249.

²¹ Ibid., p. 249.

²² Ibid., p. 250.

²³ Ibid., p. 255.

²⁴ Ibid., p. 255.

2.2 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

No tocante a classificação das provas, é possível diferenciar entre fonte de prova (os fatos percebidos pelo juiz), meio de prova (instrumento pelos quais os mesmos se fixam em juízo), e objeto da prova (o fato a ser provado, que se deduz da fonte e se introduz no processo pelo meio de prova).²⁵

Com relação à prova direta e indireta, Fernando Capes ensina:

- direta: quando, por si, demonstra um fato, ou seja, refere-se diretamente ao fato probando;
- indireta: quando alcança o fato principal por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, levando-se em consideração outros fatos de natureza secundária, porém relacionados com o primeiro, como, por exemplo, no caso de um álibi.²⁶

Além disso, a prova pode ser plena (ou evidente) e semiplena (ou incompleta), segundo o grau de certeza que causar no juiz, conforme explicitado por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho:²⁷

Para a prova de certos fatos, o legislador exige apenas um juízo de verossimilhança e, para outros, que a prova seja convincente “prima facie”: para a condenação penal, por exemplo, é necessário um elevado grau de certeza sobre a prova do fato e da autoria; havendo dúvidas, o juiz deverá absolver por insuficiência de provas (art. 386, VI CPP). Já para a decretação da prisão preventiva, deverá haver prova (plena) da existência do fato e “indícios suficientes” (“rectius”, prova semiplena) de autoria (art. 312 CPP). Indicam a necessidade de prova plena expressões legais como “fundadas razões”, “manifestamente infundada”, etc.²⁸

A decisão se determinada prova é ou não relevante para o processo se dá, portanto, no momento da aferição de admissibilidade da prova, quando se observará se a prova é pertinente à busca da verdade dos fatos analisados.²⁹

Quanto à forma, a prova pode ser testemunhal, documental, pericial e material.

²⁵ PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo. Atlas. 2017. p. 340.

²⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 432.

²⁷ TURIBIO JUNIOR, Anilton Roberto. **A possibilidade de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro quando produzidas pela vítima**. Uberlândia. 2019.

²⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992. p. 98.

²⁹ TURIBIO JUNIOR, Anilton Roberto. **A possibilidade de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro quando produzidas pela vítima**. Uberlândia. 2019.

A prova testemunhal corresponde à oitiva de uma pessoa, que contém um dado novo, ou que pode acrescer oralmente afirmando ou negando algo que foi trazido no processo. Pode ser a própria pessoa ofendida, a pessoa que está no lugar de réu ou outra pessoa dita como terceiro. Adentrarem mais no assunto desse tipo de prova no decorrer no trabalho.

Já a prova pericial é aquela prova feita exclusivamente por profissional capacitado, que auxilia nas funções técnicas, ou seja, que é especializado em tal assunto, que não são abrangidas pelo magistrado (juiz). Ela está regulada nos artigos 464/480 do Código de Processo Penal.³⁰

Para Nelson Nery Junior o objeto da prova pericial é o fato ou os fatos que foram alegados na inicial ou na contestação que necessitam de perícia para sua integral demonstração.³¹

Prova documental disposto nos artigos 231 a 238 do Código de Processo Penal,³² é a afirmação pessoal de forma escrita, com o intuito de alegar a verdade, é todo documento trazido ao processo como meio de provar a verdade dos fatos, depende de forma que esteja prevista em lei.

De acordo com o que dispõe o artigo 479 do Código de Processo Penal,³³, não será aceito em julgamento, documento prova que não esteve apresentado nos autos até 3 dias antes da sessão de julgamento.

Estão dispostos no parágrafo único os documentos que se afirma no texto desse artigo: a leitura de jornais ou qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e julgamento dos jurados.³⁴

E, por último, Fernando Capez³⁵ classifica também as provas com relação ao sujeito ou causa, na qual podem ser:

³⁰ BRASIL. **Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 maio 2021

³¹ NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 675.

³² BRASIL. **Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 mai. 2021

³³ Ibid.

³⁴ BRASIL. **Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13 maio 2021

³⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 433.

a) real: são as provas consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação (ex.: o lugar, o cadáver, a arma etc.);
 b) pessoal: são aquelas que encontram a sua origem na pessoa humana, consistente em afirmações pessoais e conscientes, como as realizadas por declaração ou narração do que se sabe (o interrogatório, os depoimentos, as conclusões periciais).³⁶

Essas são algumas das classificações mais pertinentes entre doutrinadores, no entanto há varias formas de classificar a prova, mas para fins de entendimento, essas são as classificações mais utilizadas pela doutrina.

2.3 MEIOS DE PROVA

Para Guilherme de Souza Nucci, meios de prova são todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo.³⁷

Os meios de prova podem ser lícitos (que são admitidos pelo ordenamento jurídico) ou ilícitos (contrários ao ordenamento)³⁸. É sabido que somente os meios lícitos são aceitos no ordenamento jurídico brasileiro e levados em conta pelo juiz.

No mesmo sentido, Guilherme de Souza Nucci traz que:

Todas as provas, que não contrariem o ordenamento jurídico, podem ser produzidas no processo penal, salvo as que disseram respeito, por expressa vedação do art. 155, parágrafo único, do Código de Processo Penal, ao estado das pessoas (casamento, menoridade, filiação, cidadania, entre outros). Nesta hipótese, deve se acatar o disposto na lei civil. Exemplo disso é a prova do estado de casado, que, como regra, se faz pela apresentação da certidão do registro civil, de nada valendo outro meio probatório.³⁹

É possível realizar uma comparação do processo penal ao processo civil o artigo 369 do Código de Processo Civil dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o

³⁶ Ibid., p. 433.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro. 2017. p. 348.

³⁸ Ibid., p. 348.

³⁹ Ibid., p. 349.

pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”⁴⁰. Isso de fato, não se confunde no processo penal, destacado aqui somente como fonte de comparação.

No tocante a isso, algumas restrições fixadas na lei civil não valem no processo penal:

Ilustrando, pode-se lembrar que a lei processual civil autoriza o juiz a indeferir a produção de prova testemunhal, quando versas sobre fatos “já provados por documento ou confissão da parte” ou quando “só por documento ou por exame pericial puderem ser provados” (arts. 442 e 443, I e II, CPC/2015). Tal restrição não vige em processo penal, pois, não dizendo respeito ao estado das pessoas- única limitação admitida- pode a parte pretender ouvir testemunhas, ainda que seja para contrariar algo constante em qualquer tipo de documento ou mesmo para confirmar ou afastar a credibilidade da confissão, cujo valor é relativo na esfera criminal. De outra parte, como o magistrado não está atrelado ao laudo pericial (art. 182, CPP), também podem ser ouvidas testemunhas para derrubar a conclusão do perito.⁴¹

Para Aury Lopes Júnior:

Além de exalar um ranço autoritário, os princípios constitucionais são imprescindíveis para, através de uma (re)leitura pelo foco constitucional, tentar compatibilizá-la com as exigências atuais. Trata-se de uma complexa alquimia para que o CPP tente sobreviver a uma filtragem constitucional, e isso somente é possível com a estrita observância dos seguintes princípios e garantias.⁴²

Em destarte o autor destaca que:

O juiz assume uma nova posição, no Estado Democrático de Direito, e a legitimidade de sua atuação não é política, mas constitucional, consubstanciada na função de proteção dos direitos fundamentais de todos e de cada um, ainda que para isso tenha de adotar uma posição contrária à opinião da maioria. Deve tutelar o indivíduo e reparar as injustiças cometidas e absolver, quando não existirem provas lícitas e suficientes.⁴³

Portanto, via de regra, os meios de prova aceitos no ordenamento jurídico brasileiro são os que seguem o que a lei penal diz, no entanto, existem casos em que para proteger o direito do indivíduo, ele precisará apreciar as provas ilícitas.

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

⁴¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro. 2017. p. 349.

⁴² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital. p. 424.

⁴³ Ibid., p. 1076.

2.3.1 Prova emprestada

A prova emprestada é aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão⁴⁴. Quando a prova produzida em outro processo pode produzir efeitos no processo em questão será reconhecida como meio de prova, após reconhecimento por trânsito em julgado.

2.3.2 Provas ilícitas

A Lei nº 11.690/2008, modificando o conteúdo do artigo 157 do Código de Processo Penal, fixou aspectos para o sistema avaliativo das provas ilícitas.

Em primeiro lugar, tomou-se como gênero a expressão *provas ilícitas*, do qual surgem as espécies: as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais. Naturalmente, constituem provas ilegais as que afrontam qualquer norma da legislação ordinária, por isso, envolvem tanto as penais quanto as processuais penais. Uma prova conseguida por infração à norma penal (ex.: confissão obtida por tortura) ou alcançada violando-se norma processual penal (ex.: laudo produzido por um só perito não oficial) constitui prova ilícita e deve ser desentranhada dos autos.⁴⁵

Ou seja, toda prova que infrinja alguma lei, ou que se derive de alguma disposição prevista e proibida em lei, será considerada ilícita e, como regra geral, não poderá ser aceita como fins de contribuição para a investigação.

2.4 NOÇÃO DE “VERDADE REAL” NO PROCESSO PENAL

No processo penal, diferente do que ocorre no processo civil, existe o chamado princípio da verdade real, o que significa dizer que o juiz tem o dever de investigar como os fatos se passaram na realidade, não se conformando com a

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro. 2017. p. 349.

⁴⁵ Ibid., p. 349.

verdade formal constante dos autos⁴⁶. No entanto, na atualidade doutrinadores entendem por um mito do processo penal, pelo fato de que não se existe uma verdade real, pois ela quase nunca será alcançada.

Por tanto, esse princípio não se encontra mais amparo no campo científico, de acordo com Aury Lopes Júnior, embora a prova judiciária tenha escopo à busca pela reconstrução de um evento de maneira mais fidedigna possível, a reconstrução de um fato já passado, será sempre imperfeita e minimalista⁴⁷.

Em suma, o artigo 156, inciso II, faculta ao juiz, determinar ou, no curso da instrução ou, antes de proferir sentença, de ofício, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante⁴⁸.

Nas palavras de Aury Lopes Júnior:

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).⁴⁹

Portanto, a prova do processo penal justamente se difere do processo civil, pois ao contrário do que acontece no processo penal, o juiz cível deve se contentar ao julgar somente o que lhe é trazido aos autos do processo, ou seja, deve observar somente a verdade trazida pelas partes, “embora não seja um mero espectador inerte da produção de provas”⁵⁰. Apesar disso, esse princípio encontra-se em discrepância do que é a realidade.

No entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

A verdade do processo penal nunca é a Verdade; e nem a verdade, se vista como uma parte; uma parcialidade. E sobre ela todos se debatem todos os dias vendo as pessoas serem julgadas, condenadas e morrerem... sempre em nome da tal Verdade/verdade. E mais: os que condenam — é bom não esquecer — fazem isso em nome dela, ainda que a não tenham, algo que, de certa forma, absolve-os, dado que julgam em cima do que dispõem: a

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 108.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal** (fundamentos da instrumentalidade garantista). 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. p. 202.

⁴⁸ Ibid., p.108.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital. p. 448.

⁵⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 108.

parcialidade. De qualquer forma, ao discurso da Verdade/verdade dessa gente, em definitivo, não é possível dar guarida. E ainda que se não “ciência” que dê conta deles.⁵¹

No entanto para o autor esse discurso da verdade real é por outro lado eficaz, porque faz as pessoas olharem o processo com segurança, no entendimento que a verdade do fato vai ser resolvida, pelo o que realmente ocorreu⁵². Mas podemos perceber que na opinião dos doutrinadores, não é o que se acontece na prática.

O estudo da prova e a busca pela verdade, nas palavras de Fabiana Alves Mascarenhas e Marcella Alves Mascarenhas Nardelli:

[...] como condições para se atingir os mais importantes objetivos da atividade processual, assim como a responsabilidade social impregnada no processo, nunca tiveram tanta relevância como nos dias atuais, com a natural evolução das sociedades, e, portanto, do próprio direito. Nesse sentido, “a progressiva humanização do processo acarretou, em primeiro lugar, a destruição do primado simbólico e religioso da forma e depois obrou com que se atribuísse maior importância aos seus fins sociais e políticos”.⁵³

Fernando Capez cita algumas exceções do princípio da verdade real:

[...] a impossibilidade de leitura de documento ou a exibição de objeto que não tiver sido juntado aos autos com a antecedência mínima de três dias úteis, dando-se ciência à outra parte (CPP, art. 479, caput); compreende-se nessa proibição a leitura de jornais ou de qualquer outro escrito, bem como a exibição de vídeos, gravações, fotografias, laudos, quadros, croqui ou qualquer outro meio assemelhado, cujo conteúdo versar sobre a matéria de fato submetida à apreciação e ao julgamento dos jurados (CPP, art. 479, parágrafo único); (b) a inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LVI, e CPP, art. 157); (c) os limites para depor de pessoas que, em razão de função, ofício ou profissão, devam guardar segredo (CPP, art. 207); (d) a recusa de depor de parentes do acusado (CPP, art. 206); (e) as restrições à prova, existentes no juízo cível, aplicáveis ao penal, quanto ao estado das pessoas (CPP, art. 155, parágrafo único).

Portanto, a doutrina majoritária rejeita a expressão verdade real e defende a expressão verdade processual, não apenas pelo fato de ser produzida no curso do

⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? In: **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em: 12 maio 2021.

⁵² Ibid.

⁵³ OLIVEIRA, 2003, p. 217-218 apud MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. In: **Revista Interdisciplinar de Direito**. Faculdade de Direito de Valença. v. 16, n. 2, pp.147-166, jul./dez. 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/611/477>. Acesso em: 12 maio. 2021.

processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.⁵⁴

Com a reforma processual penal passou também a ser possível ao juiz, de ofício, “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” (artigo 156, I).⁵⁵

Essa previsão é assunto bastante discutido em torno do processo penal, porque faz do juiz um juiz investigador, sendo assim, chamado de processo inquisitivo, porque ele “é realizado sem as garantias do devido processo legal (contraditório, publicidade, ampla defesa, juiz natural etc.), no qual não existe imparcialidade do julgador, nem separação das funções de acusador e juiz, nem vedação das provas ilícitas”.⁵⁶

Já o processo acusatório é o que assegura todas as garantias do devido processo legal. Ele “pressupõe a existência de garantias constitucionais decorrentes do respeito à dignidade humana e ajustadas ao perfil de um processo penal democrático, caracterizado pela constante mediação do juiz”.⁵⁷

Por tanto, para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, os sistemas processuais penais, inclusive destacando-se o sistema processual penal brasileiro, é um sistema misto, pois se utiliza de elementos do sistema inquisitivo e também do sistema acusatório, nas palavras dele: “o certo, não obstante, é que o CPP configura um Sistema Misto e, deste modo, mantém na base o Sistema Inquisitorial e a ele agrega elementos típicos da estrutura do Sistema Acusatório”⁵⁸ e, o autor continua:

Desde uma visão mais adequada, os sistemas são mistos não por força da simples somatória dos elementos que os integram, mas, fundamentalmente, porque em sendo sistemas regidos pelo princípio inquisitivo, têm agregados a si elementos provenientes do sistema acusatório, como vai suceder com o sistema processual penal brasileiro em vigor e que tem por base o CPP de 1941; ou, em sendo regidos pelo princípio dispositivo, têm agregados a si

⁵⁴ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 346.

⁵⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 109.

⁵⁶ Ibid., p. 109.

⁵⁷ Ibid., p.109.

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. In: **Revista de Informação Legislativa**, p.111. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y>. Acesso em: 11 maio 2021.

elementos provenientes do sistema inquisitório, como vai suceder com o sistema processual penal norte-americano.⁵⁹

No Brasil é adotado o processo acusatório, onde a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vedou ao magistrado a prática de atos que violem a imparcialidade e necessária equidistância, distinguindo o juiz julgador e acusador, do juiz investigador.⁶⁰

Ainda é importante ressaltar que o devido processo legal é aquele que traz as garantias constitucionais do processo, que são: o contraditório; a ampla defesa; a publicidade; o juiz natural; a imparcialidade e; a inércia jurisdicional.⁶¹

Para Aury Lopes Júnior:

Se por um lado o sistema inquisitório admite um substancialismo e uma relativização da garantia da forma em nome da “verdade real” (inalcançável), de outro, o modelo acusatório pauta-se por um formalismo protetor, respeitando a forma enquanto valor. O grande valor do processo acusatório está no seu conteúdo ético, externado no estrito respeito às regras do jogo (forma) e, principalmente, no fato de que condenação ou absolvição são equivalentes axiológicos para o resultado, abandonando o ranço inquisitório de buscar a condenação.⁶²

Em suma, percebe-se que não se utiliza mais do princípio da verdade real, pois este é quase sempre impossível de se chegar. O que muitos doutrinadores sustentam é a expressão da verdade processual.

2.5 ÔNUS DA PROVA

A palavra ônus na etimologia latim chamada de *onus*, significa: carga, encargo, gravame, peso, etc.⁶³

Nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró⁶⁴, o ônus da prova é:

⁵⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 109.

⁶⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁶¹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital. p. 109.

⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital. p. 423.

⁶³ SCOTTINI, Alfredo. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. Compilado por Alfredo Scottini. Blumenau: Edições Todo Livro, 1998. p. 325.

[...] uma posição jurídica na qual o ordenamento jurídico estabelece determinada conduta para que o sujeito possa obter um resultado favorável. Em outros termos, para que o sujeito onerado obtenha resultado favorável, deverá praticar o ato previsto no ordenamento jurídico, sendo que a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem contudo, configurar um ato ilícito.

Conforme os ensinamentos de Fernando Capez, a prova constitui um ônus e não uma obrigação processual, ou seja, a posição jurídica cujo exercício conduz seu titular a uma condição mais favorável. Desta forma, pode-se conceituar ônus da prova como sendo o encargo que têm os litigantes de provar a verdade dos fatos.⁶⁵

Portanto, o ônus da prova cabe a quem alegou o fato. No processo penal quem normalmente alegou o fato é Ministério Público (ele representa o Estado como o autor da ação), portanto quando a denúncia é feita, nada mais é de que o Estado deve incumbir o ônus da prova.

Para Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “o ônus da prova é um estímulo às partes”. O autor entende que o risco de uma decisão desfavorável, não observando o ônus da prova, “exerce uma pressão psicológica”, que instiga as partes a provar os fatos necessários para obtenção de uma decisão favorável⁶⁶. Ou seja, correndo o risco de um processo ser em seu desfavor, a sentença ser contrária a pessoa, é de suma importância observar o ônus da prova.

No tocante a importância desse instituto ao processo penal, ganha grande relevância também:

[...] quando o juiz se encontra em uma situação de dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, e sendo-lhe vedado pronunciar o *nom liquet* (grifo do autor), será necessário que haja uma regra estabelecendo como deverá ser julgado o processo. Sob esse aspecto, a função do ônus da prova é servir como regra de julgamento para o juiz, indicando como julgar e, conseqüentemente, qual das partes sofrerá as conseqüências negativas da ausência de prova sobre o fato relevante. É o chamado ônus subjetivo ou material da prova.⁶⁷

Em suma, cabe sempre ao Ministério Público o ônus da prova, ele deverá provar a participação do agente no crime em questão, provando a autoria e a

⁶⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p.173.

⁶⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 311.

⁶⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 194.

⁶⁷ Ibid., p. 194.

participação, ou a ligação dele naquele delito. O Ministério Público é quem representa o Estado.

3 PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

Como visto anteriormente, as provas são elementos produzidos pelas partes e são utilizadas como forma de reconstrução de um fato, com a finalidade de formar o convencimento do magistrado. Trata-se de um instituto essencial para a reconstrução dos fatos e a aproximação da cena do delito, tanto para a fase pré-processual, quanto para a processual.⁶⁸

Existem diversos meios de produção de provas, e a prova testemunhal é considerada uma das mais frágeis para utilizar no processo penal, em razão da volatilidade da mente humana, em relação às memórias as quais podem confundir a noção do tempo e as características das pessoas.⁶⁹

A razão por ser considerada a mais inapropriada decorre da instabilidade da consciência humana, uma vez que a depender da gravidade e das circunstâncias dos fatos, os fatores ligados ao acusado e a vítima e a formação moral, cultural ou intelectual da testemunha podem influenciar no discernimento do depoimento prestado.⁷⁰

No entanto, em decorrência das restrições técnicas em que atua a polícia judiciária no Brasil, a prova testemunhal é considerada o principal meio de prova no processo penal, sendo a base da maioria das sentenças, tanto condenatórias, quanto absolutórias.⁷¹

Além da carência técnica, há crimes que carecem de provas materiais, restando ao magistrado analisar somente as provas testemunhais apresentadas pelas partes⁷², o que vai ao encontro do que Fernando da Costa Tourinho Filho

⁶⁸ SANTOS, Haridyane Oliveira dos. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: problematização na valoração e as falsas memórias**. PUCRS, p. 03. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/haridyane_santos.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁶⁹ BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 212.

⁷⁰ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018. p. 334.

⁷¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 550.

⁷² OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Prova testemunhal e a aplicação da linguagem corporal para detectar as falsas memórias**. Dissertação de mestrado em ciência jurídica. Jacarézinho/PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, 2017. p. 21.

dispõe: “ela é uma necessidade, pois na maioria dos casos as infrações penais só conseguem ser provadas em juízo por indivíduos que presenciaram o evento ou que tiveram conhecimento dele”.⁷³

3.1 NOÇÕES GERAIS

Conceitualmente, para Paulo Rangel: “No sentido genérico do termo, podemos dizer que são provas testemunhas as produzidas por testemunhas, pelo ofendido e a confissão do acusado”.⁷⁴

Fernando Capez descreve a prova testemunhal da seguinte forma:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.⁷⁵

O objetivo da prova testemunhal é trazer ao processo dados de conhecimento derivados da percepção da testemunha, que é chamada ao processo para falar sobre os fatos passados.⁷⁶

Quanto ao conceito de testemunha, tem-se que: “[...] é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca dos fatos sobre os quais se litiga no processo penal, ou as que são chamadas para depor, perante o juiz, sobre as suas percepções sensoriais a respeito dos fatos imputados ao acusado”.⁷⁷

Para Guilherme de Souza Nucci: “é a pessoa que toma conhecimento de algo juridicamente relevante, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de estar sendo imparcial e dizendo a verdade”.⁷⁸

⁷³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 335.

⁷⁴ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 425.

⁷⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 471.

⁷⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 644.

⁷⁷ MIRABETE *apud* AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 395.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 404.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima: “é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária, declara o que sabe acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa”⁷⁹. Trata-se de uma: “reconhecimento/reconstrução do fato produzido oralmente por um terceiro, perante a autoridade judiciária”.⁸⁰

A observância das provas testemunhas permite diversas considerações a serem feitas, principalmente em relação as características das testemunhas, uma vez que há determinados grupos que são desobrigados a prestarem compromisso, em razão de laços pessoais, afetivos ou questões profissionais, além daquelas que são impedidas ou proibidas de depor.⁸¹

Quanto as características das testemunhas, Fernando Capez descreve:

- a) somente a pessoa humana pode servir como testemunha, já que testemunhar é narrar fatos conhecidos através dos sentidos;
- b) pode ser testemunha somente a pessoa estranha ao processo e equidistante às partes, para não se tornar impedida ou suspeita;
- c) a pessoa deve ter capacidade jurídica e mental para depor;
- d) a pessoa deve ter sido convocada pelo juiz ou partes;
- e) a testemunha não emite opinião, mas apenas relata objetivamente fatos apreendidos pelos sentidos;
- f) a testemunha só fala sobre fatos no processo, não se manifestando sobre ocorrências inúteis para a solução do litígio.⁸²

Via de regra, a aptidão para ser testemunha esta ligada a percepção sensorial, ligada direta ou indiretamente ao fato, onde a testemunha sente o acontecido, pois como descreve Alexis Couto de Brito: “[...] a testemunha pode ter ouvido um grito ou disparo de arma, pode ter inalado algum gás, pode ter sentido o calor com as suas mãos, pode ter visto o momento de uma explosão, e assim por diante [...]”.⁸³

Tais percepções sensoriais são concebidas de forma elástica, podendo compreender os visuais, auditivas, gustativas e olfativas, observando as mais variadas formas de se concretizarem os delitos.⁸⁴

⁷⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 644.

⁸⁰ PRUDENTE, Maria Cândida Costa. **Prova testemunhal**: efetividade e eficiência no processo penal. Universidade Federal de Uberlândia. p. 03. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/25951/1/ProvaTestemunhalEfetividade.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

⁸¹ BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 213.

⁸² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

⁸³ BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 214.

⁸⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal**: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada. 3. ed. São Paulo: Manole, 2013. p. 498.

Cabe ao magistrado fazer uma avaliação dos elementos colhidos ao formar sua persuasão racional, observando a busca da verdade na instrução processual e os depoimentos prestados por cada pessoa arrolada pelas partes⁸⁵. Nesse sentido, quanto ao valor probatório: “é relativo, devendo ser analisada em cotejo com todo o conjunto probatório. Uma só testemunha faz prova bastante para decisão quando seu depoimento se harmoniza com os demais elementos probatórios colhidos no processo”.⁸⁶

3.2 CARACTERÍSTICAS DA PROVA TESTEMUNHAL

Inicialmente, destaca-se que a prova testemunhal possui seis grandes características, quais sejam: judicialidade, oralidade, objetividade, retrospectividade, imediação e individualidade.

A judicialidade se refere à necessidade de a prova testemunhal ser produzida em juízo⁸⁷. Nas palavras de Edilson Mougenot Bonfim: “somente constitui prova testemunhal aquele depoimento prestado perante o juízo”⁸⁸. Os depoimentos prestados em outra ação e transportados para o processo, como é o caso da prova emprestada, possui natureza meramente documental.⁸⁹

No que tange a oralidade, trata-se do dever de o depoimento ser colhido oralmente em frente às partes e ao magistrado⁹⁰. Assim, em regra, o depoimento não poderá ser prestado de forma escrita, exceto para o Presidente e o Vice-Presidente da República, os Presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, que poderão optar por apresentar em escrito. Assim como, os mudos ou surdos-mudos, que podem apresentar as respostas por escrito.⁹¹

⁸⁵ Ibid., p. 499.

⁸⁶ MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 617.

⁸⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

⁸⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 583.

⁸⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 406.

⁹⁰ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

⁹¹ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 583.

A objetividade se refere a vedação de expressar opiniões ou juízo de valor acerca dos fatos pelas testemunhas, cabendo a estas somente prestarem informações sobre os fatos⁹², busca-se com isso o “máximo de neutralidade de valores”⁹³.

Nesse sentido:

A testemunha deve depor sobre os fatos por ela percebidos por meio de seus sentidos, aduzindo o que sabe a respeito deles. O ponto de partida de seu depoimento sempre será a imputação contida na denúncia ou na queixa, razão pela qual o magistrado, antes de colher os dados probatórios advindos do testemunho, deve ler ao depoente o conteúdo da peça acusatória para, em seguida, indagar-lhe o que sabe a respeito dos fatos ali noticiados (imputação). Para o processo, indubitavelmente, não interessa a apreciação subjetiva da testemunha, uma vez que seu papel é precipuamente informativo e jamais opinativo.⁹⁴

Aury Lopes Júnior descreve a objetividade como uma ilusão processual, uma vez que ao considerar a interioridade neuropsíquica, os estímulos sensoriais e emocionais, são relativizados em cada indivíduo, causando variações em determinados casos, seja em razão da complexidade fática ou do fato de testemunhar em juízo, que traz consigo uma simbologia marcante para as pessoas.⁹⁵

Já a retrospectividade determina que os fatos narrados sejam sobre fatos passados. A imediação, devendo a testemunha depor sobre o que captou imediatamente⁹⁶, nesse sentido leciona Aury Lopes Júnior:

O delito é sempre um fato passado, é história. A testemunha narra hoje um fato presenciado no passado, a partir da memória (com todo peso de contaminação e fantasia que isso acarreta), numa narrativa retrospectiva. A atividade do juiz é recognitiva (conhece através do conhecimento de outro) e o papel da testemunha é o de narrador da historicidade do crime. Não existe função prospectiva legítima no testemunho, pois seu olhar só está autorizado quando voltado ao passado. Daí por que não cabe à testemunha um papel de vidente, nem exercícios de futurologia.⁹⁷

⁹² CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

⁹³ PRUDENTE, Maria Cândida Costa. **Prova testemunhal: efetividade e eficiência no processo penal**. Universidade Federal de Uberlândia. p. 08. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/25951/1/ProvaTestemunhalEfetividade.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2020.

⁹⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2013. p. 523.

⁹⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 563.

⁹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

⁹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 563.

E a individualidade garante que cada testemunha seja ouvida de forma isolada.⁹⁸ O objetivo é que uma testemunha não ouça o depoimento da outra e que isso possa influenciar no seu depoimento, garantindo assim a incomunicabilidade dos depoentes no decorrer da audiência.⁹⁹

Em relação a quem pode testemunhar, o artigo 202 do Código de Processo Penal descreve expressamente que: “Toda pessoa poderá ser testemunha”¹⁰⁰, o que corrobora com a recusa a discriminação que existia anteriormente, onde escravos, mulheres, crianças e pessoas consideradas com má-reputação, como prostitutas, drogados, travestis ou condenados não serviam como testemunha.¹⁰¹

Dessa forma, qualquer indivíduo poderá testemunhar em juízo, desde que tenha condições de perceber os acontecimentos em sua volta e narrar resultado de suas percepções, independente de sua integridade mental, idade ou condição física¹⁰². Em razão disso, não se admite que qualquer pessoa seja impossibilitada de testemunhar em razão da condição ou qualidade pessoal, profissão, função, grau de escolaridade, capacidade intelectual e condição social.¹⁰³

Além disso, quando se fala em pessoa, refere-se a pessoa natural, ao ser humano, ainda que na qualidade de diretor, sócio ou administrador de uma pessoa jurídica, sendo inviável a pessoa jurídica, em si, ser arrolada como testemunha.¹⁰⁴

No que se refere ao depoimentos dos policiais, estes podem depor sobre os fatos que presenciaram ou dos que possuem conhecimento, de forma que o juiz deverá ter certa cautela quando valorar tais depoimentos, uma vez que os policiais são contaminados pela sua atuação, no que tange a repressão e apuração dos fatos, o que envolve pré-julgamentos e fatos psicológicos.¹⁰⁵

Dessa forma, descreve Fernando Capez:

⁹⁸ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 472.

⁹⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 407.

¹⁰⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁰¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 555.

¹⁰² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 397.

¹⁰³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 398.

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 556.

¹⁰⁵ Ibid., p. 555.

- a) são suspeitos, porque participaram da investigação; logo, não tem validade alguma;
- b) não é possível a afirmação de suspeita, pela mera condição funcional; ademais, os policiais, por serem agentes públicos, também gozam da presunção de legitimidade, atributo dos atos praticados pela Administração Pública;
- c) o depoimento tem valor relativo, dado o interesse quanto à diligência que realizou.¹⁰⁶

É importante que o magistrado faça uma verificação de credibilidade dos depoimentos prestados, de modo que, cada pessoa compreende um determinado fato de forma diferente, bem como, armazena a memória e a reproduz de determinada maneira.¹⁰⁷

Via de regra, ninguém poderá recusar-se a depor. No entanto, nos termos do artigo 206 do Código de Processo Penal, poderão recusar de depor os ascendentes ou descendentes, o afim em linha reta, o cônjuge, irmão, pai, mãe ou filho adotivo do acusado, conforme descreve:

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.¹⁰⁸

Trata-se de uma proteção para as pessoas que possuem parentesco ou proximidade presumida, o qual é relativizado caso não seja possível outro modo para obter-se provas do fato¹⁰⁹. O objetivo é manter a harmonia familiar e evitar que laços de parentescos ou conjugais sejam estremecidos em razão de depoimentos realizados sobre seus entes.¹¹⁰

Exemplificando, Aury Lopes Junior descreve o delito cometido no âmbito doméstico: “como no caso da mãe que assiste a um filicídio, onde o pai mata o próprio filho. Obrigar essa mãe a depor é inútil”, e ainda acrescenta: “um depoimento

¹⁰⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 479.

¹⁰⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 646.

¹⁰⁸ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

¹⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 556.

¹¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 647.

voluntário é de grande valia, mas de nada serve retirar-lhe o direito de recusar-se a depor”.¹¹¹

Além disso, há pessoas que são proibidas de depor, conforme dispõe o artigo 207 do Código de Processo Penal: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.¹¹²

Quando se fala em função, trata-se do exercício de atividades públicas ou semelhantes, como nos casos de juízes, delegados, membros do Ministério Público, jurados, etc. O ministério refere-se ao encargo de natureza religiosa ou social, como os sacerdotes e assistentes sociais. Em razão do ofício, são os casos de atividades manuais e profissão, são as atividades intelectuais, principalmente, médicos, advogados e profissionais liberais.¹¹³

Nestes casos, é tutelado o sigilo profissional, onde há a proibição de que os profissionais ali descritos, deponham sobre fatos que envolvam seus clientes, o que é relativizado caso sejam desobrigados pelo interessado, onde passarão a serem obrigados a depor, caso sejam arrolados.¹¹⁴

Assim, não se trata de mera relativização, mas sim de uma proibição de tais pessoas deporem sobre os fatos que possuem conhecimento sempre que houver dever jurídico de preservar o sigilo das informações recebidas.¹¹⁵

Isso ocorre, pois, grande parte dos Códigos de Ética relativos às profissões, vedam a revelação de sigilos profissionais. Quanto ao advogado, este mesmo com o consentimento do cliente, é impedido de depor sobre fatos que envolvem seu cliente, sob argumento de que o cliente não possui conhecimento técnico capaz de avaliar as consequências de desobrigar o profissional e quebrar o sigilo.¹¹⁶

Como visto, a prova testemunhal será realizada observando a oralidade e a imediatidade, ou seja, produzida oralmente e em audiência com a presença do juiz, de forma que a ratificação das declarações produzidas no inquérito não é válida.

¹¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 557.

¹¹² BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

¹¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 473.

¹¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 557.

¹¹⁵ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 403.

¹¹⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 474.

Além disso, deve-se observar a formalidade prevista nos artigos 203 e 204 do Código de Processo Penal os quais determinam:

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.

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.¹¹⁷

A formalidade prevista no artigo 203 é necessária, apesar de não garantir a veracidade do depoimento, por se tratar de um ritual psíquico, feito de forma simbólica¹¹⁸. Trata-se de uma forma que permite tratar a pessoa como testemunha, considerando-a nesta investidura após ser compromissada perante a autoridade judicial, advertindo-a sobre seu dever de informar a verdade.¹¹⁹

Nas palavras de Guilherme de Souza Nucci:

A norma processual penal menciona que a testemunha fará a promessa de dizer a verdade, sob palavra de honra, isto é, comprometer-se-á a narrar, sinceramente, o que sabe sobre os fatos relevantes indagados pelo juiz. Trata-se do compromisso de dizer a verdade ou do juramento. O magistrado, antes do depoimento, deve compromissar a testemunha, tornando claro o seu dever de dizer somente a verdade, sob pena de ser processada por falso testemunho. Trata-se de formalidade legal, demonstrando à pessoa a ser ouvida o dever jurídico imposto: dizer a verdade a qualquer custo. A importância do compromisso é vital para o depoente responder, eventualmente, pelo crime previsto no art. 342 do Código Penal.¹²⁰

Trata-se do compromisso, que é visto como: “um ato solene por meio do qual a testemunha, sob palavra de honra, faz a promessa de dizer a verdade sobre o que souber e lhe for perguntado”.¹²¹

Apesar disso, nos termos do artigo 208 do Código de Processo Penal: “Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais

¹¹⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹¹⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 560.

¹¹⁹ BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 214.

¹²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 409.

¹²¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 400.

e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”.¹²² Nestes casos, a desobrigação de prestarem compromissos recai sobre a incapacidade para compreender o alcance de tal promessa.¹²³

Desse modo, tais pessoas não estão proibidas ou impedidas de depor, no entanto, suas declarações serão vistas com reservas e menor credibilidade, por não serem compromissadas¹²⁴. O fato de que em alguns casos não seja firmado o compromisso, não quer dizer que o depoimento prestado terá menor valor que os outros, todos deverão ser conjuntamente valorados com as demais provas apresentadas nos autos.¹²⁵

Nos termos do artigo 210: “As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho”¹²⁶, trata-se da incomunicabilidade das testemunhas, as quais devem ser ouvidas de forma que uma não saiba do depoimento da outra. Portanto, são reservados espaços separados para garantir tal incomunicabilidade¹²⁷. A incomunicabilidade serve, principalmente, para que um depoimento não interfira, direta ou indiretamente, no outro.¹²⁸

3.3 CLASSIFICAÇÃO DAS TESTEMUNHAS

Doutrinariamente, há diversas classificações em relação a prova testemunhal, de modo que serão destacadas cinco, quais sejam: as testemunhas presenciais, as testemunhas indiretas, as informantes, as abonatórias e as testemunhas referidas.

A primeira delas, testemunhas presenciais, são aquelas que presenciaram os acontecimentos e, assim, tiveram contato direto com o fato¹²⁹. Norberto Cláudio

¹²² BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹²³ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2013. p. 515.

¹²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 560.

¹²⁵ BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 218.

¹²⁶ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹²⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 474.

¹²⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 400.

¹²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 561.

Pâncaro Avena classifica esta modalidade como testemunhas próprias, descrevendo-as como as que são chamadas para serem ouvidas sobre determinado fato, em razão de terem presenciado ou ouvido dizer.¹³⁰

As testemunhas indiretas são aquelas que não presenciaram o fato, mas ouviram falar ou ainda, aquelas que depõem sobre fatos considerados acessórios¹³¹. Também conhecidas como testemunhas impróprias ou instrumentais, as quais testemunham sobre algo que ouviram ou que presenciaram durante a persecução criminal, como por exemplo, a prisão em flagrante.¹³²

Já as informantes, são as que não prestam compromisso de dizer a verdade, uma vez que não são consideradas testemunhas, mas sim, meros informantes, de forma que seus depoimentos sejam valorados com reservas pelo magistrado¹³³. Trata-se das pessoas previstas no artigo 206 do Código de Processo Penal, incluindo também os menores de 14 anos, os doentes e deficientes mentais, descritos no artigo 208 do mesmo diploma legal.¹³⁴

As testemunhas abonatórias são aquelas que não presenciaram o fato e dele não sabem nada por contato direto, mas servem para abonar a conduta social do réu, o que influencia na aplicação da pena¹³⁵. Tais testemunhas não depõem sobre o mérito do processo, mas somente quanto à vida do acusado, abonando sua conduta social e falando sobre seus antecedentes criminais.¹³⁶

E as testemunhas referidas são as mencionadas por outras testemunhas em seus depoimentos e que não estavam no rol de testemunhas inicialmente elencados. Ou seja, são as mencionadas como conhecedoras do fato, podendo o magistrado ouvi-las para melhores esclarecimentos¹³⁷. Tais testemunhas, embora não tenham sido arroladas pela acusação ou pela defesa, poderão ser inqueridas pelo juiz de ofício ou a requerimento das partes, além disso, não consideradas para efeito de

¹³⁰ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 395.

¹³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 561.

¹³² AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 395.

¹³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 561.

¹³⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017. p. 644-645.

¹³⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 562.

¹³⁶ MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 568.

¹³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 562.

contagem em relação ao número máximo de testemunhas admitidas para cada parte.¹³⁸

Guilherme de Souza Nucci leciona no sentido de não ser possível classificar as testemunhas, conforme acima classificadas, uma vez que, as testemunhas são pessoas que depõem a respeito dos fatos, independente de quais forem, se foram vistos ou ouvidos. Além disso, destaca que informantes não são considerados testemunhas.¹³⁹

Para ele, os informantes são pessoas que informam ou fornecem um parecer sobre o fato, sem possuírem qualquer vínculo com a imparcialidade e o dever de dizer a verdade, razão pela qual não presta compromisso e não deve ser considerado como testemunha.¹⁴⁰

3.4 FASES E CONDIÇÕES DE FORMAÇÃO DO TESTEMUNHO

A inquirição no rito comum ordinário se inicia com as declarações do ofendido e em seguida, com a inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa e após, os esclarecimentos dos peritos, às acareações, o reconhecimento e, por fim, o interrogatório do acusado.¹⁴¹

O arrolamento das testemunhas deverá ser feito no momento do procedimento previsto, sob pena de preclusão e recusa da prova. Dessa forma, as testemunhas de acusação, devem ser arroladas na denúncia, nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal, o qual determina: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.¹⁴²

Já as testemunhas de defesa devem ser arroladas na resposta escrita, nos termos do artigo 396-A do Código de Processo Penal, que destaca:

¹³⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. p. 395.

¹³⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 405.

¹⁴⁰ Ibid., p. 405.

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 550.

¹⁴² BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

Art. 396-A. Na resposta, o acusado poderá argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário.¹⁴³

Tal regra se aplica também a Lei nº 11.343/06, Lei de Tóxicos. Já no Juizado Especial Criminal, as testemunhas de defesa devem ser levadas diretamente para a audiência de instrução e julgamento, sem a necessidade de prévia indicação.¹⁴⁴

Quanto ao número de testemunhas, Aury Lopes Junior leciona:

a) crime cuja sanção máxima cominada for igual ou superior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade seguirá o rito comum ordinário, podendo ser arroladas até oito testemunhas para cada parte, não se computando as que não prestam compromisso e as referidas (art. 401, § 1º, do CPP); b) crime cuja sanção máxima cominada for inferior a 4 (quatro) anos de pena privativa de liberdade seguirá o rito comum sumário, podendo ser arroladas até cinco testemunhas para cada parte, com as mesmas ressalvas do item anterior (art. 532). Há, contudo, exceções expressamente previstas em leis especiais, como ocorre com a Lei n. 11.343 (Lei de Tóxicos), em que, independente da pena, o número de testemunhas é de apenas 5 (cinco) para cada parte. No Tribunal do Júri, na instrução (primeira fase), poderão ser ouvidas até 8 testemunhas para cada parte (art. 406, §§ 2º e 3º). Contudo, em plenário, esse número é reduzido para 5 (cinco), nos termos dos art. 422, do CPP.¹⁴⁵

Ressalta-se que não serão computados, para definição do limite de testemunhas, o ofendido, as testemunhas que não prestarem compromisso e as testemunhas referidas, bem como os assistentes técnicos, pois estes não são considerados testemunhas.¹⁴⁶

Em relação aos deveres das testemunhas, Fernando Capez elenca:

a) Comparecer ao local determinado, no dia e hora designados. A violação a este dever importa em condução coercitiva, nos termos do art. 218 do CPP; além disso, o juiz poderá aplicar a multa de 1 a 10 salários mínimos, prevista no art. 458 c/c o art. 436, § 2º, do CPP. A previsão legal dessa multa encontrava-se no antigo art. 453 do CPP, daí o porquê de o art. 219 fazer a ele remissão. A testemunha faltosa também deverá ser responsabilizada por crime de desobediência, além do pagamento das custas da diligência por força de sua condução coercitiva (CPP, art. 219). b) Identificar-se: a testemunha tem a obrigação de, ao início de seu depoimento, qualificar-se, indicando seu nome, idade, estado civil,

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 551.

¹⁴⁵ Ibid., p. 567.

¹⁴⁶ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 409.

residência, profissão, local onde exerce sua atividade e relação de parentesco com qualquer das partes.

c) Prestar o depoimento: o silêncio pode configurar uma das modalidades do crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Código Penal.

d) Dizer a verdade, sob pena de falso testemunho; a testemunha deve relatar aquilo que de fato sabe ou tomou conhecimento.¹⁴⁷

No mesmo sentido, para Alexis Couto de Brito: “a rigor, a testemunha estará submetida a três deveres: o dever de comparecer, o dever de falar e o dever de contar a verdade.”¹⁴⁸

Caso a testemunha resida em comarca diversa daquela que tramita o processo, esta será ouvida através de expedição de carta precatória, conforme menciona o artigo 222 do Código de Processo Penal: “A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes”.¹⁴⁹

Ainda, caso a testemunha esteja fora do país, será inquirida através de carta rogatória, mas somente nos casos em que a parte demonstrar a imprescindibilidade do ato e suporte às custas das despesas para envio, conforme o artigo 222-A do Código de Processo Penal, que determina: “As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio”.¹⁵⁰

Antes de iniciar a oitiva das testemunhas, o magistrado deverá verificar se a presença do réu poderá causar humilhação ou temor à testemunha, de forma que o depoimento não seja prejudicado¹⁵¹. Caso seja necessário, é possível a realização da oitiva através de videoconferência, mas somente para situações extremas, conforme descrito no artigo 217 do Código de Processo Penal, que possui a seguinte redação:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

¹⁴⁷ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 476.

¹⁴⁸ BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 215.

¹⁴⁹ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁵⁰ Ibid.

¹⁵¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 415.

Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram.¹⁵²

O ato se inicia com a verificação da identidade da testemunha, onde é solicitada a exibição de documentos de identificação e são indagadas questões referentes ao nome, profissão, local de residência, entre outras. Em seguida, indaga-se se a testemunha possui algum vínculo com o acusado ou o ofendido.¹⁵³

Posteriormente, será oportunizada a apresentação da contradita ou a arguição, para que então a testemunha seja compromissada e informada a respeito das penas cominadas para o falso testemunho e, por fim, as partes farão as perguntas diretamente às testemunhas.¹⁵⁴

Nos termos do artigo 212 do Código de Processo Penal: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”.¹⁵⁵

Assim, a parte que arrolou a testemunha iniciará formulando as perguntas, conhecido como sistema de inquirição direta, cabendo ao juiz somente fiscalizar e completar a inquirição sobre pontos não esclarecidos.¹⁵⁶ Assim, ao juiz incumbe a função de indeferir as perguntas que forem capazes de induzir a resposta ou que não guardarem relação com a causa, assim como as que já foram respondidas.¹⁵⁷

Quanto a este artigo, Aury Lopes Júnior discorre que a alteração trouxe algumas polêmicas no que tange à cultura inquisitória. Para ele, a polêmica gira em torno da relativização, por parte dos tribunais superiores, acerca da alteração que se adequou ao sistema acusatório previsto na Carta Magna, o qual retira o juiz como protagonista da parte instrutória do processo e atribui às partes a responsabilidade pela produção das provas. Assim, o juiz poderá formular perguntas para a

¹⁵² BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁵³ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 416.

¹⁵⁴ Ibid., p. 416.

¹⁵⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁵⁶ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 477.

¹⁵⁷ REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 160.

testemunha, mas não é ele o protagonista da inquirição, no entanto, caso o preceito legal seja violado, há uma relativização quanto a nulidade.¹⁵⁸

Nesse aspecto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que o magistrado não pode atuar como protagonista durante a inquirição das testemunhas, sob pena de anulação dos atos processuais praticados a partir da audiência, no entanto, é possível que o juiz atue de para sanar dúvidas e esclarecer aspectos relevantes que não foram questionados.¹⁵⁹

Para Guilherme de Souza Nucci, o momento ideal para a oitiva das testemunhas seria após o término de produção de provas requeridas pelas partes, antes do julgamento, pois é o momento adequado para avaliar a necessidade de ouvir outras pessoas, ou então, ao término da instrução, convertendo-se o julgamento em diligência e designando audiência específica para a oitiva.¹⁶⁰

Cabe a testemunha relatar os fatos dos quais tem conhecimento, explicando as razões de sua ciência ou as circunstâncias que possam avaliar sua credibilidade, nesse sentido leciona Heráclito Antônio Mossin:

Dessa forma, deve o depoente explicitar, no âmbito do possível, como o fato realmente ocorreu, seu local e hora aproximada; se dele teve conhecimento por observá-lo ou por intermédio de terceiros; quem nele encontrava-se envolvido; os instrumentos usados para perpetrá-lo, se houver; enfim, por ser a testemunha elemento de prova, cumpre a ela trazer ao magistrado, na instrução, o maior número de dados informativos sobre a ocorrência típica. Por meio do conjunto de dados fornecidos pela testemunha e da razão lógica que os prende, seu depoimento será merecedor ou não de credibilidade pelo juiz: *jon creditur testi nisi reddat rationem dicti sui* (a testemunha não merece fé se não dá as razões do que diz).¹⁶¹

Ressalta-se que a testemunha deverá prestar seu depoimento perante o juízo, narrando os fatos e respondendo as inquirições feitas, de modo que não pode somente ratificar as declarações realizadas na fase investigatória.¹⁶²

¹⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 551.

¹⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 187035/SP**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5936280>. Acesso em: 10 maio 2021.

¹⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 426.

¹⁶¹ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2013. p. 503.

¹⁶² PRUDENTE, Maria Cândida Costa. **Prova testemunhal: efetividade e eficiência no processo penal**. Universidade Federal de Uberlândia. p. 09. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/25951/1/ProvaTestemunhalEfetividade.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

O depoimento das testemunhas deverá ser reduzido a termo, ou seja, formalizados por escrito e assinado pelo depoente, pelo magistrado e pelas partes, nos termos do artigo 216 do Código de Processo Penal: “O depoimento da testemunha será reduzido a termo, assinado por ela, pelo juiz e pelas partes. Se a testemunha não souber assinar, ou não puder fazê-lo, pedirá a alguém que o faça por ela, depois de lido na presença de ambos”.¹⁶³

Atualmente, é possível que a inquirição das testemunhas seja documentada através de sistema audiovisual, bem como há a previsão da inquirição por videoconferência, conforme a Resolução nº 105/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que é adotada pelos tribunais pátrios.¹⁶⁴

3.5 FALSO TESTEMUNHO

Dispõe o artigo 211 do Código de Processo Penal: “Se o juiz, ao pronunciar sentença final, reconhecer que alguma testemunha fez afirmação falsa, calou ou negou a verdade, remeterá cópia do depoimento à autoridade policial para a instauração de inquérito”.¹⁶⁵

Trata-se de uma notícia crime indireta realizada pelo magistrado em face das testemunhas que possuem a obrigação de dizer a verdade em juízo, compromissadas ou não para a fase instrutória do processo, com o objetivo de apurar eventual crime de falso testemunho, previsto no artigo 342 do Código Penal:¹⁶⁶

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.¹⁶⁷

¹⁶³ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁶⁴ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 105 de 06/04/2010**. Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/166>. Acesso em: 10 maio 2020.

¹⁶⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁶⁶ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal**: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada. 3. ed. São Paulo: Manole, 2013. p. 519-520.

¹⁶⁷ BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

Há divergência na doutrina e na jurisprudência, em relação a necessidade da prestação do compromisso para a configuração do crime de falso testemunho.¹⁶⁸ Caso o falso testemunho seja apresentado durante plenário do júri, a testemunha é apresentada para a polícia para que seja indiciada em sede de inquérito ou é apresentada e lavrado o auto de prisão em flagrante delito.¹⁶⁹

Quanto a veracidade do testemunho, Maria Cândida Costa Prudente ressalta:

Mesmo que de boa-fé, o depoente, na ação penal, pode não retratar a verdade dos fatos de maneira fiel e “pura” tal como ela é. Em tese, a testemunha, por ser um terceiro estranho à relação processual, é considerada neutra. Não obstante, é utópico pensarmos em verdadeira imparcialidade da testemunha. [...] A fidedignidade do testemunho depende de diversos fatores, incluindo aqueles vinculados à especificidade de cada processo, entre os quais podemos elencar a forma como o testemunho é colhido e a demora processual, com consequente demora da instrução, que leva a um grande lapso temporal entre o fato e a colheita do depoimento, entre outros.¹⁷⁰

Percebe-se que a prova testemunhal é carregada de grandes fragilidades, uma vez que esta pode mentir deliberadamente ou ter uma percepção equivocada dos fatos, podendo ser considerada uma prova superficial, mas que possui grande importância no processo penal para a formação da convicção do magistrado.¹⁷¹

Uma das principais fragilidades é a memória do ser humano, a qual possui as mais variadas interferências, podendo criar até mesmo falsas memórias sobre determinados fatos, e a respeito disso, será abordado no capítulo seguinte, demonstrando principalmente quais os tratamentos do ordenamento jurídico brasileiro, quando esse evento ocorre.

¹⁶⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 560.

¹⁶⁹ CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 471.

¹⁷⁰ PRUDENTE, Maria Cândida Costa. **Prova testemunhal: efetividade e eficiência no processo penal**. Universidade Federal de Uberlândia. p. 10 e 11. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/25951/1/ProvaTestemunhalEfetividade.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

¹⁷¹ SANTOS, Haridyane Oliveira dos. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: problematização na valoração e as falsas memórias**. PUCRS. p. 15. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/haridyane_santos.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

4 FALSAS MEMÓRIAS E O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O presente capítulo tem com objeto as memórias e sua relação com a prova testemunhal. Além disso, ele ainda discorre sobre o sistema processual penal e a formação da prova, onde será possível analisar a prevalência do princípio da verdade real no processo, mais que de contra partida a prova testemunhal, é de fato uma prova instável, tendo em vista que a recordação é uma atividade mnemônica susceptível a imperfeições e contágios de informações externas¹⁷². Portanto, a prova é absolutamente controvertida no sistema processual penal.¹⁷³

Nas palavras de Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, “eis o ponto mais difícil do processo: proceder à reconstrução histórica dos fatos, de acordo com as regras legais que disciplinam a investigação, a admissão, a produção e a valoração das provas”.¹⁷⁴

Nesse sentido Leonardo Marcondes Machado e Willian Webber Cecconello afirmam:

O sistema jurídico brasileiro costuma identificar nas provas dependentes da memória (ex.: depoimentos testemunhais e reconhecimentos pessoais) um meio instrutório do caso penal passível, ou melhor, carente de (re)produção em juízo. Aliás, segundo clássico entendimento dogmático, a sua natureza probatória dependeria justamente da formação na etapa processual (e não apenas investigativa preliminar) mediante contraditório pleno. Em síntese, a repetição do ato seria para muitos indispensável à constituição regular desse meio de prova.¹⁷⁵

Em suma, a partir desses entendimentos, é possível analisar que o sistema jurídico brasileiro ainda possui arestas em relação ao testemunho, isso porque não leva em consideração o modo de funcionamento da memória humana.¹⁷⁶

¹⁷² ASSIS, Éder Artur S. A fragilidade do reconhecimento pessoal frente ao instituto das falsas memórias. In: **Jus Brasil**, 2019. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/788529376/a-fragilidade-do-reconhecimento-pessoal-frente-ao-instituto-das-falsas-memorias>. Acesso em: 28 abr. 2021.

¹⁷³ MACHADO, Leonardo Marcondes; CECCONELLO, Willian Webber. O necessário diálogo entre a psicologia e o direito processual penal. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/academia-policia-necessario-dialogo-entre-psicologia-direito-processual-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁷⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 385.

¹⁷⁵ MACHADO, Leonardo Marcondes; CECCONELLO, Willian Webber. O necessário diálogo entre a psicologia e o direito processual penal. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/academia-policia-necessario-dialogo-entre-psicologia-direito-processual-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁷⁶ Ibid.

4.1 BREVES CONCEITOS SOBRE A MEMÓRIA

Muitos dos processos são julgados exclusivamente pela prova testemunhal. Na maioria dos casos não existem provas técnicas, então, julga-se com base naquilo que foi dito pelas vítimas e testemunhas e, sendo assim, se valem do instituto da memória.

Mesmo sendo muito utilizada no processo penal, a prova mais frágil que o processo em si, pode ter, pois ela depende de muitos fatores, inclusive depende exclusivamente da memória e recordação de fatos.

Nesse sentido, Cristina Di Gesu afirma:

No processo penal, através da atividade recognitiva, faz-se uma retrospectiva do passado. E esta retrospectiva é impulsionada pelas partes- em observância ao sistema acusatório- através da prova, a qual busca reconstruir, no presente, o delito ocorrido no passado. Diante da ausência, na maioria dos casos, de provas técnicas, julga-se com fundamento naquilo que foi dito pelas vítimas e testemunhas, as quais se valem da memória. Daí a imprescindibilidade do estudo desta.¹⁷⁷

A memória consiste num conjunto de mecanismos psíquicos responsáveis pelo armazenamento de informações e experiências vividas permitindo sua fixação, retenção e posterior evocação¹⁷⁸. Pode-se dizer que a memória está presente em tudo, e que perdê-la leva à perda do próprio indivíduo, de sua identidade; destarte, “somos o que somos em grande parte porque aprendemos e lembramos.”¹⁷⁹

Nesse sentido, “A memória não retém os registros como uma máquina fotográfica ou filmadora, fazendo com que esses registros possam sofrer perdas e distorções”.¹⁸⁰

O ato de reconhecimento de uma pessoa estranha, na qual foi visto por condições ruins – pouca luz, de forma rápida ou à distância - é uma dura tarefa para

¹⁷⁷ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 81.

¹⁷⁸ FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no processo Penal**. Porto Alegre. 2012. p. 46. Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/67291>. Acesso em: 27 abr. de 2021.

¹⁷⁹ SQUIRE; KANDEL, 2003. p. 14 apud EISENKRAEMER, Raquel Eloísa. Nas cercanias das falsas memórias. In: **Ciênc. cogn.** vol.9. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-58212006000300011. Acesso em: 12 maio 2021.

¹⁸⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. p. 67. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

a memória, pois é difícil reconhecer um conhecido que por muito tempo não é visto.¹⁸¹

No entendimento de Cristina Di Gesu: “a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade; o estudo da percepção, do mesmo modo, seja pelo viés filosófico, antropológico ou psicológico [...]”.¹⁸²

Ademais, atividade sensorial é determinada pela potencialidade dos sentidos para perceber os estímulos.

Para Enrico Altavilla:

Isso quer dizer que a “realidade exterior” chega ao nosso “eu” tal como órgãos dos sentidos a apresenta e, o mais importante de tudo, variando não só de indivíduo para indivíduo, mas também em relação ao mesmo indivíduo nos diversos momentos de sua existência.¹⁸³

A percepção é relativa, tendo maior ou menor potencialidade conforme as razões fisiológicas ou do meio [...].¹⁸⁴

De certa forma, o esquecimento também é uma das características mais comuns em relação à memória. Enrico Altavilla afirma que: “o fenômeno do esquecimento é fisiológico, desempenhando um papel adaptativo”.¹⁸⁵

Em suma, se por um lado, o esquecimento apresenta um fator positivo, no sentido de evitar que os homens se sintam “prisioneiros” de suas próprias lembranças e rancores¹⁸⁶, por outro lado, também demonstra a necessidade da colheita da prova oral em um prazo razoável, a fim de evitar que um transcurso muito grande de tempo acabe por extinguir a lembrança ou maculá-la com algum vício.¹⁸⁷

No que refere à memória, William Weber Cecconello, Gustavo Noronha de Avila e Lilian Milnitsky Stein afirmam:

Para além da inserção de novas informações que são codificadas juntamente com a memória original, a memória humana também está sujeita ao esquecimento com o decorrer do tempo. Assim, mesmo que a

¹⁸¹ Ibid., p. 67.

¹⁸² GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 81.

¹⁸³ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Vol.1, 1945. p. 16.

¹⁸⁴ Ibid., p.16.

¹⁸⁵ Ibid., p.16.

¹⁸⁶ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 2006, p.18.

¹⁸⁷ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p. 81.

essência da informação codificada permaneça, detalhes que podem ser relevantes ao caso tendem a ser esquecidos. Frise-se: a memória de um evento não é um registro que se mantém intacto, bem como não é repetível.¹⁸⁸

Nesse sentido, Leonardo Marcondes Machado e Willian Webber Cecconello ensinam que:

A desconfiança para com a memória de vítimas e testemunhas é um assunto antigo, mas que pode ser melhor trabalhado a partir de novos pressupostos no campo do raciocínio probatório. Se, por um lado, não é possível mudar o funcionamento da memória nem desejável ignorar o reconhecimento de pessoas como meio de prova do caso penal; por outro lado, é possível investir na mudança de procedimentos informativos do sistema de justiça criminal, sempre buscando a implementação de novos protocolos técnicos que diminuam a chance de erros (ou condenações injustas)¹⁸⁹

No entanto, há uma problemática em relação à prova testemunhal e a memória, onde se cria o instituto das falsas memórias, o que será abordado no decorrer do presente capítulo.

4.1.1 Classificação da memória

O presente tópico irá analisar como a memória pode ser classificada, quais critérios para sua classificação, sejam eles: de acordo com as suas funções; com o tempo de duração da recordação e; em razão do conteúdo.

No tocante à função, é possível observar:

Divide-se a memória em dois tipos principais: a memória funcional e a memória consolidada. Trata-se a primeira de uma memória de curto prazo geralmente servindo para auxiliar em tarefas de pouca complexidade e que não precisam ser recordadas por muitos minutos, como lembrar de um número telefônico ou aonde um objeto pessoal foi guardado.¹⁹⁰

¹⁸⁸ CECCONELLO, William Weber; DE AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória**: uma discussão com base na psicologia do testemunho. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, n. 2, 2018, p. 1057-1073.

¹⁸⁹ MACHADO, Leonardo Marcondes; CECCONELLO, Willian Webber. O necessário diálogo entre a psicologia e o direito processual penal. In: **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/academia-policia-necessario-dialogo-entre-psicologia-direito-processual-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

¹⁹⁰ KAPLAN, Harold I.; BENJAMIN, J. Sadock; JACK, A. Greb. **Compêndio de psiquiatria**: ciências do comportamento e psiquiatria clínica. 7 ed. Porto Alegre: Artmed, 1997. p. 113.

No mesmo sentido, Cristina Di Gesu explica:

Esta trata-se de lembranças fugazes, que se diferenciam por não deixar traços e não produzir arquivos, podendo ser esquecidas em pouco tempo. São consideradas por muitos não como uma modalidade de memória propriamente dita, mas, apenas sistema gerenciador da realidade e das informações, afim de manter estes dados existentes e passíveis de uso pelo cérebro, por tempo suficiente para, desta vez ingressarem ou não na memória.

Já a memória consolidada essa é aquela que, fica conservada por muitos anos, é oposto da primeira.¹⁹¹

Este tipo de memória se caracteriza pela longa duração, leva mais tempo para ser consolidada, estando suscetível no processo à atuação de agentes externos e internos¹⁹². Portanto, esse lapso de tempo entre a memória de curto prazo e o tempo em que ficam por longo prazo estocadas pode chamar de memória consolidada.

As memórias declarativas de longa duração levam tempo para serem consolidadas e nas primeiras horas após sua aquisição são suscetíveis a diversas interferências¹⁹³. De acordo com Ivan Izquierdo: “as memórias de longa duração não ficam estabelecidas em sua forma estável ou permanente imediatamente depois de sua aquisição”.¹⁹⁴

Este fato é de extrema relevância para a prova testemunhal, haja vista que o intervalo de tempo entre o fato e o relato, a lembrança da vítima ou da testemunha pode ser influenciada pelos fatores já citados e, é o que torna a prova testemunhal insegura, a qual é muitas vezes utilizada como único meio de prova.¹⁹⁵

Por último, a teoria do traço difuso serve também como ponto de estudo para o tema das falsas memórias. Esse instituto subdivide em dois tipos de memórias: a de essência e a literal. Portanto, é de essência ampla, por armazenar somente as informações da experiência como um todo, ou seja, sem atentar os detalhes. O que na memória literal, a experiência é detalhada, momento em que são registrados os

¹⁹¹ Ibid., p. 113.

¹⁹² GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.111.

¹⁹³ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010. p.111.

detalhes de forma episódica. No entanto, essa última é mais suscetível de esquecimento, em comparação à primeira.¹⁹⁶

4.2 FALSAS MEMÓRIAS

A terminologia “falsas lembranças” foi usada pela primeira vez em Paris, ao se observar um cidadão que passou a ter recordações de fatos nunca ocorridos, despertando o interesse de estudiosos como Theodule Ribot, conforme citado por Schacter.¹⁹⁷

Inicialmente, cabe dizer que o estudo do instituto das falsas memórias iniciou-se ao final do século XIX e o início do século XX. Pesquisas sobre o tema foram conduzidas pelo francês Alfred Binet, em 1900 e pelo alemão Stern, em 1910. Os estudos versam sobre as características de como funciona a memória, as influências, a incorporação e a recordação de informações falsas, sejam de fatores internos ou externos, as quais o sujeito lembra como sendo verdadeiras. Mais tarde, em 1932, já na Inglaterra, Frederic Charles Bartlett descreveu a recordação como sendo um processo reconstutivo, baseado em estruturas mentais e no conhecimento geral prévio do indivíduo, destacando o papel da compreensão e a influência da cultura nas lembranças.¹⁹⁸

Na década de 70 do século passado, Elizabeth Loftus mostrou que uma falsa memória pode derivar-se de um fator externo a uma falsa afirmação e depende exclusivamente de como uma informação chegou até o indivíduo, é possível que ele acredite como verdadeiro um acontecimento falso.¹⁹⁹

Muito se ouve dizer que quando alguém vivencia eventos emocionais nunca se esquecerá do fato, mantendo uma lembrança clara do que ocorreu e dos envolvidos. Mas para Stein, lembranças emocionalmente carregadas produzem

¹⁹⁶ Ibid., p. 113.

¹⁹⁷ SCHACTER, D. L. **Os Sete Pecados da Memória**: Como a mente esquece e lembra. Tradução de GUNN, S.A. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 308.

¹⁹⁸ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 23-24.

¹⁹⁹ TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova**. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 44.

memórias emocionais que tendem a ser bastante vívidas, mas não necessariamente precisas.²⁰⁰

A falsificação de memórias pode ser algo frequente e, muitas coisas que os indivíduos pensam que recordam costumam serem verdadeiras só em parte ou ser totalmente falsas. No tempo em que ficam armazenadas no cérebro, as memórias sofrem influências, o que pode ser chamado de misturas, até o ponto em que o que é lembrado não é mais verdadeiro. Por exemplo, o que pode ser visto no caso dos idosos e das crianças, em que a imaginação, o esquecimento parcial, os sonhos e as emoções recombina fragmentos de memórias de um modo complexo.²⁰¹

Portanto, as falsas memórias são um ponto crítico da prova testemunhal e para o processo penal, pois consistem em recordações de situações que, na verdade, nunca ocorreram. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias. Embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram.²⁰²

As falsas memórias podem ser formadas de maneira natural, através da falha na interpretação de uma informação, ou ainda, por uma falsa sugestão externa, acidental ou deliberada apresentada ao indivíduo.²⁰³

Para William Weber Ceconello e Lilian Milnitsky Stein: “um evento filmado por uma câmera pode ser revisto em sua forma original várias vezes, ser editado e salvo em diferentes versões. Por outro lado, a memória de um evento é um arquivo único que não registra tudo e pode perder informações importantes”.²⁰⁴

²⁰⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. p. 21. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

²⁰¹ IZQUIERDO, Ivan. **Questões sobre a Memória**. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 57.

²⁰² BARBOSA, Cláudia. **Estudo experimental sobre emoção e falsas Memórias**. Porto Alegre: PUCRS, 2002. (Mestrado em Psicologia), Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002. p. 26.

²⁰³ Ibid., p. 27.

²⁰⁴ CECCONELLO, W. W.; STEIN, M. L. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. Avances en Psicología Latinoamericana, 38(1), p. 172-188.

Para Gustavo Noronha de Ávila, “as falsas memórias existem, possuem repercussão crucial (inclusive judicial) e são de difícil identificação, pois quem relata crê verdadeiramente em sua versão”.²⁰⁵

No entendimento de Carla Cristina Di Gesu, alguns crimes proporcionam grandes emoções nas pessoas que vivenciaram o fato, e como resultado disso, por consequência natural do processo de cognição humana, armazenam somente a emoção do caso vivenciado, não conseguindo se ater aos detalhes principais.²⁰⁶

As falsas memórias podem ser até mais detalhadas que as memórias verdadeiras. E são divididas em dois tipos: espontâneas e sugestivas. As falsas memórias espontâneas são criadas por processos internos do próprio sujeito. Já as falsas memórias sugestivas são criadas a partir de informações do ambiente externo, uma informação falsa que foi comentada em juízo ou posta em questão sendo comentada por outra testemunha.²⁰⁷

Cumprе salientar que as falsas memórias não se confundem com mentiras ou fantasias criadas pelas pessoas. As falsas memórias são extremamente semelhantes com as memórias verdadeiras, pois são formadas por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade, mas que para si servem como serem verdadeiras.²⁰⁸

Com base nisso, o “reconhecimento de um suspeito é uma prova dependente da memória humana, e, portanto, passível de falhas”²⁰⁹. Ante o exposto, a memória é formada pelas informações obtidas no exato momento do fato, ou pode ser influenciada por elementos durante determinado tempo.

²⁰⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Política não criminal e processo penal**: a intersecção a partir das Falsas Memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.14, n. 84, 2014. p. 72.

²⁰⁶ GESU, Carla Cristina Di. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal**: em busca da redução de danos. In: Revista de Estudos Criminais. Sapucaia do Sul: 2007. p. 59-69.

²⁰⁷ BRASIL. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. p. 23.

²⁰⁸ NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et. al. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 36.

²⁰⁹ CECCONELLO, W. W.; STEIN, M. L. **Prevenindo injustiças**: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. Avances en Psicología Latinoamericana, 38(1), p.172-188.

4.3 PROVA TESTEMUNHAL COMO MEIO ISOLADO DE PROVA SOB A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS

A partir desse enfoque, cumpre analisar o instituto das falsas memórias como único meio de prova, assim como destacar alguns aspectos que implicam a seara processual penal e os impactos que causa para o processo.

No âmbito da Justiça Estadual, principalmente em relação aos crimes sexuais, a prova pericial e os demais instrumentos probatórios são pobres, devido a falta de recursos, o que não lhe tornam aptos tecnicamente. Portanto, a prova testemunhal serve de auxílio principal por ser de baixo custo financeiro ao judiciário e por ser de rápido acesso e se torna a prova mais utilizada principalmente nesse tipo de crime ²¹⁰. No entanto, por diversas vezes ela não é a mais segura.

Embora no contexto do processo penal, vigore todos os princípios de prova, muitas das decisões só se tornam passíveis de serem solucionadas com a apresentação da prova oral, principalmente quando se fala da palavra da própria vítima, em casos em que não se conseguiu obter nenhum outro tipo de prova, como nos crimes de dignidade sexual. ²¹¹

A instrução tem seu auge na oitiva de partes e testemunhas, entretanto, a prova testemunhal não se consubstancia em prova autêntica direta. ²¹²

A prova oral só seria direta na hipótese de ser colhida no momento em que estivesse acontecendo o fato. Assim, o juiz somente dispõe de meios indiretos para alcançar a reconstituição dos fatos. ²¹³

A prova testemunhal está constantemente sujeita a imprecisões que podem derivar tanto da falibilidade humana quanto da conduta dolosa da testemunha que sempre pode distorcer a verdade dos fatos a fim de favorecer a uma das partes. ²¹⁴

No que tange a influência das falsas memórias à prova testemunhal para o nosso ordenamento jurídico na seara penal, é possível perceber um tratamento dissociado da legislação para com esse meio probatório que depende essencialmente da memória, a realidade de que a testemunha ou a vítima não é

²¹⁰ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre. Lúmen Júris, 2010. p.160.

²¹¹ Ibid., p.160.

²¹² FERREIRA, Pedro da Cal da Costa. **Prova Penal**: o reflexo das falsas memórias na produção das provas testemunhais no âmbito do direito processual penal. Rio de Janeiro, 2017. p. 05.

²¹³ Ibid., p. 05.

²¹⁴ FERREIRA, Pedro da Cal da Costa. **Prova Penal**: o reflexo das falsas memórias na produção das provas testemunhais no âmbito do direito processual penal. Rio de Janeiro, 2017. p. 06.

capaz de reconstruir a lembrança de um fato delituoso da mesma forma como este ocorreu é praticamente ignorada pelos processualistas.²¹⁵

Nesse sentido, Cristina Di Gesu afirma que a realidade vivenciada na atividade forense não escapa das conclusões sobre sugestionabilidade dos estudos científicos realizados. Segundo a autora, na maioria das vezes, diante da ausência de demais elementos probatórios o magistrado profere a sentença com base unicamente na palavra do(a) ofendido(a).²¹⁶

A discussão que se trata é necessariamente sobre a fragilidade de se julgar alguém com base em uma prova falha e que pode ser corrompida por diversas circunstâncias. Por muitas vezes, inocentes foram julgados condenados por crimes não cometidos, pelo simples fato da prova testemunhal ser influenciada pela falsa memória, imputando-lhe um crime.

Não se pode negar que os atores judiciais têm contato, constantemente, com recordações de testemunhas no intuito de obter provas acerca de um determinado delito, realizando, além de interrogatórios, sucessivos reconhecimentos fotográficos e pessoais, e, a fim de que seja ao menos mitigada o problema causado pela subjetividade e pela falsificação da nossa mente, mas é preciso ter ciência do fenômeno das falsas memórias, para, só então, preparar-se para a possibilidade de lidar com ele em causas judiciais.²¹⁷

4.4 FALSAS MEMÓRIAS NO RECONHECIMENTO DE SUSPEITOS

O reconhecimento de pessoas está disciplinado no artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal, o qual dispõe que:

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;

²¹⁵ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 104.

²¹⁶ Ibid., p.135.

²¹⁷ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 127.

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 III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.²¹⁸

O ato de reconhecimento consiste na comparação de uma percepção passada do ocorrido com a análise de uma pessoa ou coisa mostrada no presente, afim de se verificar se a imagem evocada coincide, tratando-se da mesma coisa ou pessoa.²¹⁹ Em outras palavras, o ato de reconhecimento é o meio de prova que busca a identificação de pessoas ou coisas por intermédio de um processo psicológico em comparação com elementos do passado.²²⁰

Em suma, até o momento o presente trabalho abordou os efeitos que causam as falsas memórias, envolvendo as lembranças sejam elas de vítimas como de testemunhas. A seguir, será tratado sobre a parte do processo penal, que trata do reconhecimento de pessoas e como o instituto das falsas memórias está presente. Pois a questão das falhas que a memória nos traz também são inevitáveis quando de encontro com o reconhecimento de um suspeito, por exemplo.

Estudos feitos nos Estados Unidos, de acordo com estimativas feitas na década de 1980, comprovaram que o falso reconhecimento esteve presente com alta porcentagem, nos crimes em que se embasaram da prova testemunhal. Num exemplo de que entre 40 acusados analisado, 36 deles foram julgados condenados inocentemente, presos pela identificação errada das testemunhas no ato de reconhecimento. Ou seja, estamos falando de 90% da pesquisa²²¹. O número é bastante elevado.

Para Leonardo Marcondes Machado, Fernanda Moretzsohn e Patricia Burin, no tocante ao reconhecimento de pessoas, diante do fenômeno das falsas

²¹⁸ BRASIL. **Código de Processo penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

²¹⁹ CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana da (orgs.). **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva 2017, p. 615-616.

²²⁰ LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irrepreável e urgente**. Necessidade de Realização Antecipada. Boletim IBCCRIM, v.19, n 229, p.06-07

²²¹ SCHACTER, Daniel. **Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p. 118.

memórias, uma atuação descuidada em sede policial pode corromper toda a persecução penal, até mesmo ensejando condenações injustas.²²²

No entendimento dos referidos autores, “as provas dependentes da memória humana continuam na base formativa do juízo de culpa criminal, muitas vezes estabelecido sem qualquer rigor epistêmico compatível com a garantia fundamental de presunção de inocência”²²³. Os autores citam também que os falsos reconhecimentos estão entre as principais causas de erros judiciais tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos da América.

Os autores, Nereu José Giacomolli e Cristina Di Gesu destacam que, além das falsas memórias espontâneas, há uma gama de fatores de contaminação da prova e entre os mais importantes estão: o transcurso do tempo, a mídia, o viés do entrevistador e o subjetivismo do magistrado²²⁴, o que será abordado no próximo tópico.

4.5 FATORES DE CONTAMINAÇÃO DA PROVA ORAL/ TESTEMUNHAL

As falsas memórias não se concentram apenas em torno de um processo inconsciente e involuntário “inflação da imaginação” sobre um determinado fato²²⁵, o fenômeno ocorre também devido a diversos outros fatores.

Dentre eles, é importante recordar que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 estabelece, em seu artigo 5º, inciso LXXXVIII, a garantia fundamental à razoável duração do processo, a qual alude tanto às dilações indevidas – que causam a demora excessiva na tramitação do feito – quanto à rapidez demasiada no julgamento.²²⁶

²²² MACHADO, Leonardo Marcondes; MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. **O reconhecimento de pessoas e o papel do delegado na condução das investigações**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-15/academia-policia-reconhecimento-pessoas-papel-delegado-conducao-investigacoes>. Acesso em: 30 abr. 2021

²²³ Ibid.

²²⁴ GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. **Fatores de contaminação da prova testemunhal**. In: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Org.). *Processo penal contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010. p. 21.

²²⁵ GESU, Cristina Di. **Prova penal e falsas memórias**. Porto Alegre: Lúmen Júris, 2010. p. 129.

²²⁶ GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Di. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, 2008.

Em que pese conste de forma ampla na Carta Magna, a referida garantia não tem, ainda, nenhuma norma definida, ficando os atores processuais inertes diante do exercício discricionário jurisdicional, tendo a necessidade de serem estabelecidos limites normativos à duração razoável do processo.²²⁷

Portanto, no tocante as influências existentes entre o transcurso do tempo, a memória e a possibilidade de contaminação da prova penal, chega-se a conclusão de que essa duração do intervalo de tempo entre o fato delituoso até o depoimento da testemunha é sem dúvidas, interferente à possibilidade de haver esquecimentos ou influência na hora do depoimento testemunhal.²²⁸

Já no que se refere à influência da mídia na formação das falsas memórias, deve-se destacar que o cenário veiculado pelos meios de comunicação acerca de determinado fato delituoso pode, indubitavelmente, confundir a testemunha²²⁹. Fazendo a pessoa confundir com aquilo viu no momento do delito, pelo simples fato de ouvir, ou ver outra coisa através da mídia. Nesse sentido, importa lembrar que a prova testemunhal nada tem de objetivo, vez que a mente humana – e, assim, a memória – não consegue ser desvinculada da razão, da emoção e das experiências já vividas.²³⁰

Um exemplo de caso a destacar a influência pela mídia é caso conhecido como “Bar Bodega”, classificado como um “crime de imprensa” pelo jornalista e escritor Carlos Dorneles²³¹, é um exemplo da influência direta da mídia na busca desenfreada (e inconsequente) pela verdade dos fatos e na contaminação da prova penal, em razão da veiculação maciça de notícias – tendenciosas – sobre o fato delituoso.²³²

O caso trata-se de um crime de latrocínio, ocorrido no Bar Bodega (São Paulo/SP), no qual resultou na morte de dois jovens que ali moravam. Após a

²²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: 2009. p. 160-161.

²²⁸ SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. Rio Grande do Sul, 2012. p.11.

²²⁹ GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Di. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, 2008.

²³⁰ SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. Rio Grande do Sul, 2012. p.11.

²³¹ DORNELES, Carlos. **Bar Bodega: Um crime de Imprensa**. São Paulo: Editora Globo, 2007.

²³² SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. Rio Grande do Sul, 2012. p.12.

pressão da mídia, da Prefeitura da cidade, fez com que polícia prendesse dois jovens que se dizia suspeitos, foram levados a tortura para confessar o crime, e tempo depois se descobriu que não eram os culpados²³³. A promotoria após verificar diversas irregularidades no processo, analisar indícios, insuficiência de provas e inocência, requereu o relaxamento da prisão temporária²³⁴.

Em que pese não haja, até o presente momento, estudos da área da psicologia acerca do caso em comento, é inegável que a imprensa e a repercussão da mídia, de alguma forma, influenciaram na colheita dos atos de investigação²³⁵. Em razão disso, a necessidade de a prova ser produzida em um prazo razoável pode ser justificada pelo fato de que, quanto mais tempo se passa, a contaminação seja por qualquer um dos fatores, será cada vez maior.

Por último, o entendimento de Mariana da Fonseca Seger e Aury Lopes Júnior, no que tange a influência em razão do viés do entrevistador, é o seguinte:

No momento do relato da testemunha ou da vítima, é fator muitas vezes decisivo para a coerência ou não do discurso do depoente. Isso porque não raro o entrevistador formula perguntas de maneira a buscar a resposta que deseja obter, e, principalmente nos depoimentos infantis, o testemunho pode ser seriamente maculado em virtude do modo pelo qual a criança é inquirida, haja vista que, na infância, somos mais propensos à sugestão externa, e, conseqüentemente, nesta fase da vida, somos mais suscetíveis à criação de falsas memórias.²³⁶

Nesse mesmo contexto cabe analisar o depoimento de crianças, pois, de acordo com Nereu José Giacomilli e Cristina Di Gesu: “o notável desejo da criança de corresponder às expectativas do adulto – no caso, entrevistador – [...]”²³⁷, faz com que ela confirme informações que corresponda a expectativas dadas pelo entrevistador”.

²³³ DORNELES, Carlos. Bar Bodega: **Um crime de Imprensa**. São Paulo: Editora Globo, 2007.

²³⁴ SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JÚNIOR, Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. Rio Grande do Sul, 2012. p.12.

²³⁵ Ibid., p.12.

²³⁶ Ibid., p.13.

²³⁷ GIACOMOLLI, Nereu José; GESU, Cristina Di. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, 2008.

Para Lilian Milnitsky Stein e Maria Lúcia Nygaard, “o que torna carecedor de muito cuidado o depoimento infantil, pois, caso contrário, corresse o risco de que a interpretação do interrogador se torne a própria memória da criança”.²³⁸

Por fim, Lídia Reis de Almeida Prado afirma:

Percebe-se que esses preconceitos oriundos do subjetivismo do julgador – que podem ser involuntários ou inconscientes – podem afetar a memória ou a atenção do juiz de tal maneira que, invariavelmente, influenciarão sobre a credibilidade das testemunhas ou das partes.²³⁹

Cumprido destacar que esses são alguns dos fatores que podem influenciar testemunha e provocar o surgimento das falsas memórias. No próximo tópico serão abordadas as formas de se reduzir os danos causados por esse fenômeno.

4.6 REDUÇÃO DE DANOS

Como já comentado, pesquisas acerca do funcionamento da memória revelam que ao vivenciar determinadas situações, as pessoas focam somente em alguns aspectos do evento, de forma que não armazenam na memória todas as informações da situação vivenciada. Dessa forma, ao tentarem recordar das informações, não são capazes de lembrar todos os detalhes do fato ocorrido, acrescentando novas informações a estas lembranças, o que é chamado de falsas memórias.²⁴⁰

Atualmente, a prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas ainda é o meio mais utilizado, em que pese o alto grau de subjetividade, e como visto, de fatores como a falsa memória que podem interferir negativamente no processo.²⁴¹

Para resolver tal problema, devem ser utilizados meios de redução de danos, com a finalidade de melhorar a qualidade da produção de prova oral, o que pode

²³⁸ STEIN, Lilian M.; NYGAARD, Maria Lúcia C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 160.

²³⁹ PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Editora Millennium. p. 19.

²⁴⁰ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209.

²⁴¹ MONTEIRO, Luciana Soares. **A fragilidade da prova em razão da aplicação da teoria das falsas memórias no direito processual penal brasileiro**. Rio de Janeiro: EMERJ. p. 13. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/LucianaSoaresMonteiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

ocorrer através da colheita de prova em prazo razoável, da entrevista cognitiva e da gravação das entrevistas realizadas, meios estes que serão vistos em seguida.²⁴²

4.6.1 Colheita de prova em prazo razoável

A primeira medida a ser adotada como forma de redução de danos, é diminuir o lapso temporal entre o crime e a colheita do depoimento da testemunha, uma vez que a memória humana é passível de contaminações e a colheita em tempo razoável diminuiria a influência do tempo na memória, evitando o esquecimento ou a criação involuntária de fatos nunca ocorridos.²⁴³

A suavização da influência do tempo no depoimento é de suma importância, uma vez que quanto menor for o lapso temporal entre o fato delitivo e as declarações das testemunhas, menor a possibilidade de esquecimento e influências externas às memórias das mesmas.²⁴⁴

4.6.2 Entrevista cognitiva

A entrevista cognitiva é uma técnica desenvolvida em 1984 por Ronald Fisher e Edward Geiselman, visando maximizar a quantidade e a precisão de informações obtidas das testemunhas e das vítimas de crimes.²⁴⁵ Quanto aos objetivos da entrevista, destaca Lilian Milnitsky Stein relacionando a técnica com as áreas da psicologia:

O principal objetivo da EC é obter melhores depoimentos, ou seja, ricos em detalhes e com maior quantidade e precisão de informações. A EC baseia-

²⁴² ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **“Falsas” memórias e o processo penal: (re)discutindo o papel da testemunha.** Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁴³ MONTEIRO, Luciana Soares. **A fragilidade da prova em razão da aplicação da teoria das falsas memórias no direito processual penal brasileiro.** Rio de Janeiro: EMERJ. p. 13. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/LucianaSoaresMonteiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁴⁴ CAMPOS, Larissa Costa. **A fragilidade da prova testemunhal no processo penal: falsas memórias e outras causas de deformação do testemunho.** p. 32. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RDU/article/view/20320/23530>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁴⁵ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 210.

se nos conhecimentos científicos de duas grandes áreas da Psicologia: Psicologia Social e Psicologia Cognitiva. No que concerne a Psicologia Social, integram os conhecimentos das relações humanas, particularmente o modo de se comunicar efetivamente com uma testemunha e, no campo da Psicologia Cognitiva, somam-se os saberes que os psicólogos adquiriram sobre a maneira como nos lembramos das coisas, ou seja, como a nossa memória funciona.²⁴⁶

Percebe-se que nesta fase é imprescindível a interdisciplinaridade, uma vez que o direito e os operadores jurídicos, por si só, não são capazes de analisarem e extraírem características e informações das testemunhas ou vítimas de traumas vivenciados, sendo necessário, portanto, a atuação de psicólogos, assistentes sociais, médicos e outros profissionais para obterem êxitos nas demandas judiciais mais complexas.²⁴⁷

A entrevista ocorre através da tomada de depoimento da testemunha ou da vítima, como um teste de memória acerca do evento discutido, realizado com técnicas para o uso correto da coleta de informações contidas nas memórias dos entrevistados.²⁴⁸

Para a efetiva reconstrução das memórias deve ser trabalhado os estados da consciência e das emoções, modificando e modulando a memória traumática, para que então seja possível conseguir acessar as memórias de eventos passados.²⁴⁹

O entrevistador possui um papel investigativo, de modo a obter o relato da testemunha das informações contidas na sua memória, através de estratégias que motivam e auxiliam o indivíduo a descrever o evento com detalhes e maior precisão.²⁵⁰

A entrevista cognitiva é composta por sete etapas, onde cada uma delas possui técnicas específicas e se fundamentam em diversos princípios teóricos, sendo elas: estabelecimento de rapport e personalização da entrevista, explicação

²⁴⁶ Ibid., p. 210.

²⁴⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **“Falsas” memórias e o processo penal: (re)discutindo o papel da testemunha.** Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁴⁸ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209.

²⁴⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **“Falsas” memórias e o processo penal: (re)discutindo o papel da testemunha.** Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁵⁰ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 209.

dos objetivos da entrevista, relato livre, questionamento, recuperação variada e extensiva, síntese e fechamento.²⁵¹

Na primeira etapa ocorre o primeiro contato entre o entrevistador e o entrevistado, que deve ser realizado de forma relaxante e conduzido com segurança e confiança pelo entrevistador, uma vez que costuma ser um momento de grande ansiedade por parte do entrevistado. Na segunda etapa, o entrevistador explica quais são os objetivos da interação, familiarizando o entrevistado. Já na terceira etapa, ocorre a efetiva busca pelas lembranças do entrevistado sobre os fatos, onde há um estímulo ao entrevistado buscar mentalmente o ambiente em que ocorreu o fato, recordando-se dos sons, dos cheiros e dos sentimentos vivenciados.²⁵²

A quarta etapa visa recriar o contexto fático e permitir que o entrevistado faça um relato livre, através de questionamentos e preenchimento de lacunas presentes no relato da etapa três. A quinta etapa é realizada com uma estratégia em que o entrevistado deve relatar o fato como se fosse outra pessoa que tenha passado pelo mesmo evento, e descreve-lo sob essa nova perspectiva. Já na sexta etapa, o entrevistador faz uma síntese dos principais pontos abordados durante as entrevistas, oportunizando ao entrevistado ouvir suas próprias recordações. Por fim, na sétima etapa, o entrevistador deve ressaltar a importância do trabalho realizado e agradecer o esforço do entrevistado no trabalho desenvolvido, o que é importante, caso ocorra outra entrevista futura.²⁵³

Assim como todos os procedimentos, a entrevista cognitiva possui vantagens e desvantagens. Como vantagem, destaca-se a possibilidade de conseguir uma maior riqueza de detalhes e a mínima interferência de influências externas que possam contaminar o depoimento. Como desvantagens, tem-se que por tratar-se de um procedimento demorado, uma vez que possui várias etapas a serem seguidas, acaba por trazer maior morosidade e gastos ao judiciário.²⁵⁴

²⁵¹ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Entrevista cognitiva e terapia cognitivo-comportamental: do âmbito forense à clínica.** PEPSCI. Periódicos Eletrônicos em Psicologia. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-56872005000200002. Acesso em: 10 maio 2021.

²⁵² Ibid.

²⁵³ Ibid.

²⁵⁴ MONTEIRO, Luciana Soares. **A fragilidade da prova em razão da aplicação da teoria das falsas memórias no direito processual penal brasileiro.** Artigo Científico. Rio de Janeiro: EMERJ. p. 13. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/LucianaSoaresMonteiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

4.6.3 Gravação das entrevistas realizadas

A gravação de depoimento é uma medida prevista no Código de Processo Penal em seu artigo 405, que determina:

Art. 405. Do ocorrido em audiência será lavrado termo em livro próprio, assinado pelo juiz e pelas partes, contendo breve resumo dos fatos relevantes nela ocorridos.

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações.

§ 2º No caso de registro por meio audiovisual, será encaminhado às partes cópia do registro original, sem necessidade de transcrição.²⁵⁵

Trata-se de um meio que permite ao juiz ter acesso a todos os registros eletrônicos do processo ao sentenciar, de modo que possa analisar os questionamentos realizados e os estímulos utilizados.²⁵⁶

O registro da entrevista permite exibir a linguagem polissêmica e individual sobre determinada pessoa e situação, que não se repete em outra oportunidade, assim o julgador pode analisar as palavras emitidas, observar seus gestos, olhares, expressões e fisionomias.²⁵⁷

Assim, apesar de a memória humana não ser isolada, existem meios que permitem reduzir interferências que a memória pode sofrer, promovendo a busca de memórias de fatos ocorridos, e principalmente, visando diminuir a criação de falsas memórias.²⁵⁸

²⁵⁵ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

²⁵⁶ MONTEIRO, Luciana Soares. **A fragilidade da prova em razão da aplicação da teoria das falsas memórias no direito processual penal brasileiro**. Artigo Científico. Rio de Janeiro: EMERJ. p. 13. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/LucianaSoaresMonteiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁵⁷ CAMPOS, Larissa Costa. **A fragilidade da prova testemunhal no processo penal: falsas memórias e outras causas de deformação do testemunho**. p. 32. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RDU/article/view/20320/23530>. Acesso em: 30 abr. 2021.

²⁵⁸ MONTEIRO, Luciana Soares. **A fragilidade da prova em razão da aplicação da teoria das falsas memórias no direito processual penal brasileiro**. Artigo Científico. Rio de Janeiro: EMERJ. p. 13. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/LucianaSoaresMonteiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o presente trabalho trouxe vários pontos relevantes sobre o instituto das falsas memórias na prova testemunhal, posicionamentos sobre o processo penal em si e sobre o tema em questão.

A hipótese levantada sobre a influência das falsas memórias para o processo penal foi esclarecida com os pontos relevantes e negativos na qual esse institutotraz para o processo.

Em suma, foi demonstrado que a memória é criada a partir de um procedimento complexo e, por isso, muito suscetível a falhas. No entanto, o aprendizado é um exercício de interpretação, ou seja, um mesmo evento ou experiência não é necessariamente igual para pessoas distintas.

O trabalho ainda explorou as falsas memórias, distorções inconscientes da percepção do passado e estudou as influências internas e externas pela ocorrência desse fenômeno.

A maioria das sentenças usa como base a prova testemunhal, por isso, espera-se que esse meio de prova seja utilizado com a cautela que a fragilidade da memória demanda. As falsas memórias representam um perigo real à credibilidade do processo penal e à dignidade do acusado, uma vez que uma pessoa acusada injustamente compromete integralmente a sua vida. E em muitos casos, é isso que acontece muitas pessoas são julgadas condenadas inocentemente pelo simples fato de uma falsa recordação ou um falso reconhecimento. E a partir disso pode se analisar que o sistema jurídico brasileiro ainda possui arestras em relação à prova testemunhal, isso porque não se leva em conta como é formado o testemunho na qual é imprescindível à formação da memória.

No entanto, para que seja menos gravoso, é preciso se estudar e entender como solucionar esse tipo de problema, por isso, foi abordado também às técnicas de redução de danos, em especial a entrevista cognitiva. Uma técnica de abordagem que faz reduzir muito os danos causados pela memória.

Cabe lembrar que as falsas memórias não se confundem com mentiras criadas pelas pessoas, pois são recordações criadas na sua mente de fatos que não aconteceram mais que para ela servem como verdadeiros.

Por último vale destacar que no trabalho não está sendo questionada a importância da prova testemunhal e nem a desvalorizando, o propósito do trabalho justamente, é esclarecer como funciona esse fenômeno, para assim evitar os danos causados por esse.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 1945.

ASSIS, Éder Artur S. A fragilidade do reconhecimento pessoal frente ao instituto das falsas memórias. *In: Jus Brasil*, 2019. Disponível em: <https://canalciencias.criminais.jusbrasil.com.br/artigos/788529376/a-fragilidade-do-reconhecimento-pessoal-frente-ao-instituto-das-falsas-memorias>. Acesso em: 28 abr. 2021.

ASSIS, Maria Thereza Rocha de. **As reformas no processo penal**: as novas Leis de 2008 e os projetos de reforma. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____. **Processo penal**. 12. ed. Grupo GEN, 2020. Livro digital.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Política não criminal e processo penal**: a intersecção a partir das Falsas Memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. *Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v.14, n. 84, fev./mar. 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **“Falsas” memórias e o processo penal**: (re)discutindo o papel da testemunha. Disponível em: <http://www.idb-fdul.com/>. Acesso em: 30 abr. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da Prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

_____. **Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BARBOSA, Cláudia. **Estudo experimental sobre emoção e falsas Memórias**. Porto Alegre: PUCRS, 2002. (Mestrado em Psicologia), Faculdade de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2002.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de processo penal anotado**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça,

Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015.

_____. **Código de Processo penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 abr. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 105 de 06/04/2010**. Dispõe sobre a documentação dos depoimentos por meio do sistema audiovisual e realização de interrogatório e inquirição de testemunhas por videoconferência. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/166>. Acesso em: 10 maio 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 26 abr. 2021.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **HC 187035/SP**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5936280>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRITO, Alexis Couto de. **Processo penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAMPOS, Larissa Costa. **A fragilidade da prova testemunhal no processo penal**: falsas memórias e outras causas de deformação do testemunho. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RDU/article/view/20320/23530>. Acesso em: 30 abr. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Livro digital.

CECCONELLO, W. W.; STEIN, M. L. **Prevenindo injustiças**: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38(1), 172-188.

CECCONELLO, William Weber; DE AVILA, Gustavo Noronha; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória**: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 8, n. 2, 2018, 1057-1073.

CÉSPEDES, Livia; ROCHA, Fabiana da. **Vade Mecum**. São Paulo: Saraiva 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Quando se fala de verdade no processo penal, do que se fala? *In: Revista Consultor Jurídico*, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-26/limite-penal-quando-verdade-processo-penal>. Acesso em: 12 maio 2021.

_____. Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *In: Revista de Informação Legislativa*, p.111. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?Seque nce=3&isAllowed=y>. Acesso em: 11 maio 2021.

DORNELES, Carlos. Bar Bodega: **Um crime de Imprensa**. São Paulo: Editora Globo, 2007.

EISENKRAEMER, Raquel Eloísa. Nas cercanias das falsas memórias. *In: Ciênc. cogn.* vol.9. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1806-58212006000300011. Acesso em: 12 maio. 2021.

FERREIRA, Pedro da Cal da Costa. **Prova Penal**: o reflexo das falsas memórias na produção das provas testemunhais no âmbito do direito processual penal. Rio de Janeiro, 2017.

_____. **Prova penal**: o reflexo das falsas memórias na produção das provas testemunhais no âmbito do direito processual penal. Rio de Janeiro, 2017.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no processo Penal**. Porto Alegre. 2012. Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/67291>. Acesso em: 27 abr. de 2021.

GESU, Carla Cristina Di. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal**: em busca da redução de danos. *In: Revista de Estudos Criminais*. Sapucaia do Sul: 2007.

_____. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 2014.

_____. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre. Lúmen Júris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José e GESU, Cristina Di. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF, 2008.

GOMES Filho, Antônio Magalhães. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Nulidades no Processo Penal**. 2. ed. São Paulo. Malheiros Editores. 1992.

GUNN, S.A. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

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

_____. **Questões sobre a Memória**. São Leopoldo: Unisinos, 2004.

KAPLAN, Harold I.; BENJAMIN, J.Sadock; JACK, A. Greb. **Compêndio de psiquiatria: ciências do comportamento e psiquiatria clínica**. 7 ed. Porto Alegre: Artmed, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de processo penal comentado**. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

_____. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Rio de Janeiro: 2009.

LOPES, Fabio Motta. **Os direitos de informação e de defesa na investigação criminal**. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2009.

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento de pessoas e coisas como um meio de prova irreptível e urgente**. Necessidade de Realização Antecipada. Boletim IBCCRIM, v.19, n 229.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 2006.

MACHADO, Leonardo Marcondes; CECCONELLO, Willian Webber. O necessário diálogo entre a psicologia e o direito processual penal. *In: Revista Consultor Jurídico*, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-10/academia-policia-necessario-dialogo-entre-psicologia-direito-processual-penal>. Acesso em: 29 abr. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes; MORETZSOHN, Fernanda; BURIN, Patricia. **O reconhecimento de pessoas e o papel do delegado na condução das investigações**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-15/academia-policia-reconhecimento-pessoas-papel-delegado-conducao-investigacoes>. Acesso em: 30 abr. 2021.

MARCÃO, Renato. **Código de processo penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASCARENHAS, Fabiana Alves; NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A busca da verdade e a concretização da função Epistêmica do Processo. *In: Revista Interdisciplinar de Direito*. Faculdade de Direito de Valença. v. 16, n. 2, p.147-166,

jul./dez. 2018. Disponível em: <http://revistas.faa.edu.br/index.php/FDV/article/view/611/477>. Acesso em: 12 maio. 2021.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MIRABETE *apud* AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

MONTEIRO, Luciana Soares. **A fragilidade da prova em razão da aplicação da teoria das falsas memórias no direito processual penal brasileiro**. Artigo Científico. Rio de Janeiro: EMERJ. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2017/pdf/LucianaSoaresMonteiro.pdf. Acesso em: 30 abr. 2021.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Comentários ao código de processo penal: à luz da doutrina e da jurisprudência, doutrina comparada**. 3. ed. São Paulo: Manole, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria. **Código de processo civil comentado e legislação extravagante**. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

NEUFELD, Carmen Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro. 2017.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Prova testemunhal e a aplicação da linguagem corporal para detectar as falsas memórias**. Dissertação de mestrado em ciência jurídica. Jacarézinho/PR: Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, 2017.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. São Paulo. Atlas. 2017.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Entrevista cognitiva e terapia cognitivo-comportamental: do âmbito forense à clínica**. PEPSCI. Periódicos Eletrônicos em Psicologia. Disponível em: http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-56872005000200002. Acesso em: 10 maio 2021.

PRADO, Leandro Cadenas. **Provas Ilícitas**. Teoria e interpretação dos Tribunais Superiores. 2. ed. Niterói/RJ. Impetus. 2009.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção**: aspectos da lógica da decisão judicial. Campinas: Editora Millennium.

PRUDENTE, Maria Cândida Costa. **Prova testemunhal**: efetividade e eficiência no processo penal. Universidade Federal de Uberlândia. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/25951/1/ProvaTestemunhalEfetividade.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2021.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Processo penal**: parte geral. 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SANTOS, Haridyane Oliveira dos. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**: problematização na valoração e as falsas memórias. PUCRS. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/haridyane_santos.pdf. Acesso em: 26 abr. 2021.

SCHACTER, Daniel. **Os sete pecados da memória**: como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SCOTTINI, Alfredo. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. Compilado por Alfredo Scottini. Blumenau: Edições Todo Livro, 1998.

SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JÚNIOR, Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal**: a fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias. Rio Grande do Sul, 2012.

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 24. ed. Rio de Janeiro, Forense, 2014.

STEIN, Lilian M.; NYGAARD, Maria Lúcia C. A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais** - IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. (Série Pensando Direito, No. 59). p. 21. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 29 abr. 2021.

TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova**. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TURIBIO JUNIOR, Anilton Roberto. **A possibilidade de admissão de provas ilícitas no processo penal brasileiro quando produzidas pela vítima**. Uberlândia. 2019.