



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PAULA DIAS SALINAS DE OLIVEIRA

**FALSAS MEMÓRIAS: REFLEXÕES ACERCA DO
TRATAMENTO JURÍDICO DA PROVA TESTEMUNHAL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Salvador

2021

PAULA DIAS SALINAS DE OLIVEIRA

**FALSAS MEMÓRIAS: REFLEXÕES ACERCA DO
TRATAMENTO JURÍDICO DA PROVA TESTEMUNHAL NO
PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

Monografia apresentada ao curso Bacharelado de Graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof.º Roberto Gomes

Salvador

2021

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULA DIAS SALINAS DE OLIVEIRA

FALSAS MEMÓRIAS: REFLEXÕES ACERCA DO TRATAMENTO JURÍDICO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador/BA, ____/____/2021

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, sou grata a Deus acima de tudo, por sempre me mostrar o caminho certo, sua luz iluminou a minha trajetória até aqui. Sem ele nada seria possível.

Aos meus pais, Paulo e Claudia, que sempre estiveram ao meu lado me apoiando incondicionalmente ao longo dos obstáculos da vida, sendo meu porto seguro, me incentivando e vibrando em todas as minhas realizações. Ao meu pai pelo exemplo jurídico, de profissionalismo, de vida e caráter, por nunca medir esforços pelos meus sonhos e pela minha felicidade. À minha mãe pela atenção e dedicação a mim em todos os momentos, por sempre me colocar como prioridade em sua vida. Eu não poderia ter sido mais abençoada.

Aos meus avós, Edilio, Nilda, Iraci (in memoriam) e Nilton (in memoriam), que sempre incentivaram meus estudos e minha carreira, apoiando e celebrando todas as minhas vitórias.

Ao meu namorado, Gustavo, por proporcionar mais felicidade aos meus dias, estando ao meu lado nos momentos de estresse, transformou essa caminhada em algo mais leve, sou melhor com você. Muito obrigada pela presença em minha vida, pela parceria e dedicação. Aproveito também para agradecer aos meus sogros, Antonio e Josefa, pelo incentivo e carinho.

Às minhas amigas e amigos, tanto as amizades surgidas na graduação como as de fora dela, vocês tornam a minha vida mais divertida e fizeram essa trajetória parecer mais fácil. Agradeço a leveza que trazem ao dia a dia, por todo o acolhimento e o apoio de sempre.

À Defensoria Pública do Estado da Bahia, onde estagiei, em especial a Dra. Diana Furtado e Thais Senna, que com toda a paciência, carinho, amizade e dedicação, abrilhantaram a minha formação profissional e pessoal, proporcionando ensinamentos que levarei para a vida. Obrigada por tanto.

Ao meu orientador, Roberto Gomes, por aceitar conduzir o meu trabalho, com toda paciência e dedicação, dispondo do seu tempo para sanar minhas dúvidas e me colocar na direção correta. Seus conhecimentos e indicações fizeram toda a diferença no resultado deste trabalho. Não poderia ser mais agradecida.

Por fim, à Faculdade Baiana de Direito e todos os professores e verdadeiros mestres na graduação, que sempre transmitiram seu saber com muito profissionalismo, e os demais funcionários, auxiliares e coordenadores, pela solicitude, contribuindo para a conclusão deste trabalho.

“Que nada nos limite, que nada nos defina, que nada no sujeite. Que a liberdade seja nossa própria substancia, já que viver é ser livre. Porque alguém disse e eu concordo que o tempo cura, que a mágoa passa, que decepção não mata. E que a vida sempre, sempre continua”.

Simone de Beauvoir.

RESUMO

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado para fundamentar as condenações penais atualmente, aplicando alto grau de credibilidade e confiabilidade a esse meio probatório. Contudo, impende salientar que a prova testemunhal se baseia nas recordações da testemunha sobre um determinado fato, logo, confere confiança ao pleno funcionamento dos processos mnemônicos, bem como ao fato de que haverá a exata reprodução dos fatos históricos. No entanto, a memória humana é passível de falhas e contaminações, as quais demonstram o perigo que envolve o testemunho e a produção da prova testemunhal, em especial no aparecimento das falsas memórias, tendo em vista que o tratamento conferido à prova testemunhal e a forma com que essa prova é produzida e conduzida, podem vir a facilitar o desencadeamento de falsas memórias no relato testemunhal, alterando as memórias originais ou até criando memórias que antes não eram existentes. Portanto, provoca-se uma reflexão em relação à necessidade de preparação por parte do judiciário para lidar com a ocorrência das falsas memórias, fenômeno existentes no processo penal brasileiro e causador de risco e grave consequência ao processo, visto que o seu aparecimento é silencioso e de difícil identificação. Ademais, sustenta a existência de uma análise mais aprofundada em relação as limitações cognitivas da testemunha, da epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho em relação a prova testemunhal, os processos mnemônicos e as suas falhas cognitivas.

Palavras-chaves: processo penal; prova testemunhal; valoração probatória; confiabilidade; credibilidade; memória; falsas memórias.

LISTA DE ABREVIATURAS

CF – Constituição Federal

CPP – Código de Processo Penal

MP – Ministério Público

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	10
2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO.....	13
2.1 O MODELO INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO.....	14
2.2 O MODELO BRASILEIRO ATUAL.....	18
2.2.1 O modelo proposto pela Constituição Federal de 1988 e as inconsistências das normas infraconstitucionais.....	24
2.2.2 A reforma da lei 13.964/2019 e o estabelecimento das alterações propostas com o art. 3º-A no Código de Processo Penal.....	27
3 A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	31
3.1 CONCEITO, OBJETIVO E MEIOS DE PROVA.....	32
3.2 A PROVA E A NOÇÃO DE VERDADE.....	34
3.3 OS TIPOS DE PROVAS.....	39
3.3.1 A prova testemunhal.....	41
3.3.1.1 A questão da declaração da testemunha e as formas de questionamento.....	45
3.3.1.2 A fragilidade e a valoração da prova testemunhal no processo penal.....	47
3.3.1.3 Questões de credibilidade, confiabilidade e qualidade da prova testemunhal.....	50
4 AS FALSAS MEMÓRIAS.....	55
4.1 A MEMÓRIA E O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS.....	56
4.2 A OCORRÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS.....	59
4.2.1 A emoção e as falsas memórias.....	63
4.2.2 As falsas memórias e a diferença da mentira.....	66
4.3 A APLICABILIDADE DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL.....	69
5 FALSAS MEMÓRIAS E A RELAÇÃO COM O TRATAMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL.....	73
5.1 O RISCO DO APARECIMENTO DE FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL E A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL.....	74
5.2 AS FALSAS MEMÓRIAS COMO UMA CONSEQUÊNCIA DO TRATAMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL.....	77

5.2.1 As limitações cognitivas e a subjetividade perceptiva da testemunha.....	80
5.2.2 A sugestionabilidade da inquirição e as perguntas dirigidas à testemunha como fator precipitante para o falseamento da memória.....	84
5.3 FORMAS DE ATENUAR O FALSEAMENTO DA MEMÓRIA NO MOMENTO DA OITIVA DA TESTEMUNHA.....	87
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	93
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

A prova testemunhal é o meio probatório mais utilizado para embasar as condenações no processo penal brasileiro. Nesse axioma, a valoração da prova testemunhal encontra seu fundamento na confiança do pleno funcionamento dos processos mnemônicos, haja vista que esse meio de prova se baseia na reconstrução dos fatos pela lembrança da testemunha, conferindo confiança e credibilidade ao relatado. No entanto, deve-se considerar a falibilidade e a fragilidade da memória humana, no tocante à possibilidade de contaminações do testemunho, as quais desencadeiam o aparecimento de falsas memórias.

Desta forma, o cerne do presente trabalho visa propor uma reflexão ao tratamento da prova testemunhal, no âmbito do processo penal brasileiro, sendo este um dos fatores precipitantes de falsas memórias. Assim, deve-se ponderar os aspectos da memória humana e o tratamento oferecido à prova testemunhal, abordando as limitações cognitivas da testemunha, a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho, em uma análise mais profunda da prova testemunhal e dos processos mnemônicos, suas eventuais falhas e consequências para o acusado e todo o processo.

Nesse sentido, ainda que o processo penal preveja a objetividade das provas, a prova testemunhal é completamente subjetiva, pois estudos da epistemologia jurídica versam no sentido de que a testemunha não é capaz de reproduzir a situação fática da forma como aconteceu na realidade, pois a memória não armazena a situação vivida por completo, somente partes de um todo. Portanto, em que pese não haja o falseamento da memória na inquirição da testemunha, não é possível a extração de uma verdade real dos fatos no âmbito da prova testemunhal.

No mais, a presente pesquisa propõe a relação do tratamento da prova testemunhal com a ocorrência de falsas memórias, momento em que haverá uma reflexão sobre a forma com que é realizada a condução da oitiva da testemunha, bem como será analisado se existe uma conexão com o falseamento da memória, ou seja, se os procedimentos realizados podem vir a facilitar o aparecimento de defraudações da memória. Isto posto, há a possibilidade de contaminação da prova, de modo que não

seja perceptível ao entrevistador e nem ao entrevistado, visto que a identificação das falsas memórias é de extrema dificuldade e o seu aparecimento não é consciente para o agente que as tem. Além disso, deve-se tratar de formas de redução de danos para as falsas memórias, visando evitar a contaminação e o comprometimento das falsas memórias.

A presente temática é de profunda importância social, pois visa abordar as questões psicológicas e científicas em relação ao funcionamento da memória humana, as limitações cognitivas, e de que forma esse questionamento poderia influenciar e até prejudicar o acusado durante a ação penal. Deste modo, sendo a prova testemunhal o meio de prova mais usado no processo penal brasileiro, o interesse da sociedade estaria em evitar condenações injustas, procurando melhores formas de suprir as falhas da prova testemunhal, evitar o aparecimento de falsas memórias na inquirição, para que se possa valorar essa prova com maior confiabilidade e credibilidade.

Destarte, através de procedimento, dos recursos de pesquisa bibliográfica, legislação, teses de mestrado e doutorado, dados de pesquisa e revistas jurídicas, a pesquisa busca o reconhecimento da problemática proposta. Ademais, por se tratar de análise de hipótese, será utilizado o método dedutivo para a fundamentação teórica e jurídica, em que a hipótese será submetida ao processo de falseamento, visto que o presente trabalho trata de matéria com posições e discussões doutrinárias relevantes. Já no que concerne o tipo de pesquisa, será qualitativa, por ser a que mais se adequa ao tema tratado, que é meramente doutrinário, contudo, tendo seus aspectos em consonância com a legislação existente sobre direito penal, processual penal e as garantias e direitos fundamentais, previstos na Constituição Federal.

Seguindo a subdivisão dessa obra, no segundo capítulo será abordado o sistema processual penal brasileiro e as suas peculiaridades, partindo do pressuposto dos conceitos dos modelos de sistema existentes, o modelo brasileiro atual, o proposto pela Constituição Federal de 1988, as eventuais inconformidades das leis infraconstitucionais e as mais recentes alterações legislativas sobre a matéria. Superada essa etapa, o terceiro capítulo versará sobre a prova no processo penal, a relação entre prova e a noção de verdade, com enfoque na prova testemunhal, a

valoração desse meio probatório e a confiabilidade e credibilidade impostas, sem observância aos critérios subjetivos da testemunha.

Após esse debate, o quarto capítulo tratará especificamente das falsas memórias, realizando a conceituação e explicação sobre os processos mnemônicos, demonstrando a falibilidade existente na aquisição, armazenamento e evocação das lembranças, discorrendo sobre a ocorrência das falsas memórias e sua aplicabilidade no processo penal. Por fim, no quinto e último capítulo será trabalhado o tratamento da prova testemunhal como fator desencadeante de falsas memórias, os riscos e consequências da falsificação da memória na produção da prova testemunhal, as limitações cognitivas e a subjetividade da testemunha, como também a sugestionabilidade e a indução das perguntas realizadas, que propiciam a contaminação.

Ademais, serão abordadas técnicas para atenuar o aparecimento de falsas memórias no momento da oitiva da testemunha, sem a pretensão de exaurir o tema, em observância à complexidade existente, sem a prevalência de extinção desse meio probatório, pois entende-se a sua importância no âmbito processual, como também não se busca uma solução total para a problemática das falsas memórias, mas sim uma atenuação de ocorrência no âmbito jurídico, para uma valoração mais confiável da prova testemunhal. Além disso, serão abordadas observações pessoais desta autora.

2 O SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Primordialmente, para melhor entendimento do presente trabalho, se faz necessário um estudo em relação ao sistema processual penal brasileiro, abordando as três formas de modelos existentes (inquisitório, acusatório e misto). Assim, levando em consideração e perpassando sobre o modelo anterior e o modelo posterior ao advento da Constituição Federal de 1988 e eventuais inconformidades. Ademais, será abordado o sistema processual penal vigente em relação ao cenário em que este se encontra inserido.

O sistema processual penal pode ser conceituado, nas palavras de Paulo Rangel (2019, p. 121), como “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”. Assim, o sistema processual penal de um país será resultado de sua sociedade e do comando exercido nessa sociedade, sendo papel do Estado a aplicação desse sistema da forma devida, em conformidade com a legislação pátria, no caso em tela a Constituição Federal de 1988.

É notório que o sistema processual penal muda com o passar dos anos e funciona como um reflexo da sociedade e da Constituição em que esse sistema está incorporado. Conforme entende do que se encontra disposto na Constituição Federal de 1988 e no Código de Processo Penal de 1941, o sistema processual penal é dividido em dois, acusatório e inquisitório, contudo, a doutrina trata de um terceiro tipo de sistema, chamado de misto, o qual contempla duas fases processuais, sendo a primeira fase judicial inquisitória e a segunda fase judicial, a do julgamento propriamente dito, acusatória (LOPES JR., 2019, p. 43).

Aury Lopes Jr. (2019, p. 43), defende no sentido de que não existe nenhum sistema puro atualmente. Desta forma, para o autor, não haveria necessidade de uma nova nomenclatura (sistema processual atualmente chamado de misto), pois todas as formas de sistemas comportam características de um e de outro. Sendo assim, ambos os sistemas poderiam ser considerados mistos, entretanto, existindo alguma característica mais marcante fazendo com que um tipo de modelo de sistema processual penal prevaleça sobre o outro.

Nesse interim, existem posicionamentos robustos contrários ao de Aury Lopes Jr., conforme trata Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 27), no contexto de que a divisão pode ser realizada em três sistemas, quais sejam o acusatório, o inquisitório e o misto, também chamado de eclético ou híbrido. Assim, o modelo misto poderá se classificar quando se estiver diante de:

Modelos cujo processo se estrutura basicamente em duas etapas: (1) uma inquisitorial, sem contraditório, com rito instrutório secreto e com prevalência da palavra escrita; e (2) outra acusatória, com imputação certa, garantia do contraditório e procedimento regido pela publicidade e pela prevalência do princípio da oralidade.

Portanto, entende-se como salutar o melhor entendimento sobre os possíveis sistemas processuais penais, suas características, especificidades, diferenças, contexto e relação histórica de surgimento e permanência. Como também a aplicação no ordenamento jurídico atual, aceitação e eventuais inconstitucionalidades, haja vista que existe divergência doutrinária sobre o tema.

2.1 O MODELO INQUISITÓRIO, ACUSATÓRIO E MISTO

Em primeiro plano, no tocante ao sistema inquisitorial, ainda que o seu surgimento tenha sido antecedente à monarquia, pode-se dizer que o marco ocorreu nesse período, após a ineficácia do chamado acusatório privado, sistema em que a persecução criminal (acusação, defesa e julgamento) era realizada pelos particulares conforme o seu interesse. Desta forma, como o processo penal dependia da vontade dos particulares, o que não era interessante para o Estado, pois este queria o controle para diminuir a prática de delitos e a impunidade, a solução era retirar essa persecução penal do domínio dos agentes particulares, o que ocorreu com a unificação das funções do processo penal em um único agente, perdendo, portanto, a imparcialidade que se espera de um magistrado (RANGEL, 2019, p. 122).

Destarte que a base fundamental do sistema inquisitório é a concentração de todas as funções processuais em um único agente, ou seja, funções de acusar, defender e julgar são de competência de uma mesma pessoa, o qual é chamado de juiz inquisidor. Assim, resta claro que essa forma de sistema processual ofende diversos

dos direitos fundamentais extraídos na Constituição Federal de 1988, qual seja contraditório, ampla defesa, imparcialidade do julgador e separação de funções de acusar e julgar. Outrossim, o juiz acusador acabaria por ficar contaminado com as provas produzidas, haja vista que o olhar de quem produz a prova não pode ser o mesmo de quem a julgará (LIMA, 2019, p. 40).

Não obstante, resta claro que no sistema inquisitorial o acusado não é sujeito de direitos, configurando como um objeto dentro do processo penal e em regra seu procedimento é escrito e sigiloso, com todas as fases processuais realizadas pelo magistrado. Assim, observa-se nesse sistema uma mitigação de direitos e garantias individuais, com a prevalência do interesse coletivo de punir em detrimento das garantias fundamentais. Desta forma, mostra-se contrário aos ditames constitucionais, por isso sua aplicação, a qual ainda rege alguns atos do Código de Processo Penal, deve ser reavaliada, com intuito de adaptação aos direitos postos na Constituição Federal (TÁVORA, ALENCAR, 2016, p. 24).

No que concerne ao sistema acusatório, o qual teve o seu surgimento no direito grego e romano, durante quase toda a Antiguidade, e tinha como pressuposto básico a participação do povo na acusação e no julgamento dos delitos cometidos. Contudo, a insuficiência dessa forma de sistema, tanto na repressão de delitos como na busca de acusações verdadeiras e justas, começou a causar insatisfação e o sistema acusatório acabou por ser substituído pelo sistema inquisitorial, em meados do século XII, com a reunião das funções de acusação e julgamento na competência do magistrado. Não obstante, o ideal da Revolução Francesa, no século XVIII, retirou as características marcantes do sistema inquisitório, permitindo uma retomada do sistema acusatório (LOPES JR, 2019, p. 179).

Ademais disso, comportando-se como o oposto do sistema inquisitorial, uma das características do sistema acusatório é a separação das funções no processo penal, de modo que a defesa e a acusação sejam equiparadas (paridade de armas) e o julgador seja a figura imparcial. A função das partes é a de produção do material probatório ao passo que a do juiz é de julgar e garantir os direitos e as liberdades fundamentais (LIMA, 2019, p. 42).

No mais, o sistema acusatório tem como uma das suas premissas básicas a oralidade e a publicidade, com aplicação direta da presunção de inocência, a qual

versa no sentido de que todos são inocentes até que se prove o contrário. Além da previsão dos princípios do contraditório e da ampla defesa, o livre convencimento motivado, a necessidade de fundamentação das decisões judiciais, a igualdade entre as partes dentro do processo e a liberdade do acusado como regra primordial (LIMA, 2019, p. 42).

Nesse sentido, ainda delineando sobre a diferença do sistema acusatório para o sistema inquisitório, Renato Brasileiro Lima (2019, p. 42) disserta que:

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

No que se refere a essência do sistema acusatório, nota-se que não há pacificidade sobre o tema. Enquanto uma parcela da doutrina, como em exemplo dos autores Eugênio Pacelli e Paulo Rangel, entendem que estaria caracterizado o sistema acusatório simplesmente pela presença da separação das funções de acusar, defender e julgar, ou seja, a tripartição de funções. Há entendimento de outra parcela da doutrina, como os autores Jacinto Coutinho e Aury Lopes Jr., que versa no sentido de que estaria fundamentado o sistema acusatório não só pela existência da separação de funções, mas também quando a gestão da prova estiver exclusivamente no poder das partes (RODRIGUES, 2013, p. 3).

Não obstante, o sistema acusatório prevê a aplicação do contraditório e da ampla defesa, quando há a separação de funções e quando é cabível às partes a gestão da prova, momento em que o juiz decidirá com base nos autos, em consonância com o caso concreto. Em suma, o processo penal baseado no sistema acusatório demonstra maior aproximação com a modernidade e a estrutura democrática atual, pois agrupa os preceitos constitucionais, garantidores, fundamentais e humanos, enxergando o acusado como cidadão possuidor de direitos. Sendo assim, o sistema acusatório não deve ser mantido somente no texto da lei, devendo ser aplicado efetivamente nos casos concretos (RODRIGUES, 2013, p. 3).

Ademais, o sistema acusatório prevê a questão do livre convencimento motivado do órgão jurisdicional. Nessa senda, insta salientar que o juiz deve fundamentar todas

as suas decisões de forma clara e precisa, com limites no ordenamento jurídico, com base nas provas apresentadas pela acusação e levando em consideração os argumentos e contraprovas trazidas pela defesa, permitindo sempre o contraditório e a ampla defesa. Deste modo, fica claro que no sistema acusatório o acusado não é tratado como mero objeto do processo e sim como possuidor de direitos e garantias. Para além disso, percebe-se que esse modelo de sistema somente é possível com a garantia do juiz natural e não contaminado (TÁVORA, ALENCAR, 2016, p. 24).

Em relação ao sistema misto, este não é previsto nem pela Constituição Federal de 1988 e nem pelo Código de Processo Penal, sendo, portanto, um sistema criado e batizado pela doutrina como misto, caracterizando-se como uma fusão dos sistemas acusatório e inquisitório. Com raízes na Revolução Francesa, tendo como base o sistema acusatório privado de Roma e o sistema inquisitivo tratado na monarquia, o sistema misto surgiu como uma maneira de limitar os poderes dos cidadãos na persecução penal, com intuito de diminuir a impunidade que o sistema acusatório acabava por permitir (RANGEL, 2019, p. 128).

No entanto, ainda que no sistema misto a persecução penal volte para o controle do Estado, não mais será de forma unificada, ou seja, o juiz não será detentor de todas as funções dentro do processo, quais sejam a de investigar, acusar e julgar, havendo, portanto, a separação das fases. Por conseguinte, o sistema batizado de misto, prevê uma fase preliminar investigativa, sendo comandada pelo órgão administrativo, e duas fases judiciais, sendo uma primeira fase judicial inquisitiva e uma segunda fase judicial acusatória (ARÁUJO, COSTA, 2020, p. 24).

A fase judicial inquisitiva se inicia através de um processo penal a partir da deflagração do titular da ação, sendo este o Ministério Público, em que se observa uma etapa judicial preliminar de instrução inquisitiva perante o magistrado, o qual será responsável pela gestão e coleta de provas. Por outro lado, a fase judicial acusatória é a fase de julgamento, que será realizada perante um outro juiz, ou seja, um magistrado diferente do que analisou a fase judicial preliminar de instrução (ARÁUJO, COSTA, 2020, p. 24).

Portanto, no chamado sistema misto, a fase judicial preliminar de instrução demonstra conceitos ligados diretamente ao sistema inquisitorial, como procedimento secreto, escrito, sem contraditório e ampla defesa, “a cargo de um juiz

com poder inquisitivo, com o objetivo de averiguar a autoria e a materialidade do delito imputado”. Outrossim, a segunda etapa da fase judicial acaba por ser mais direcionada ao sistema acusatório, com procedimento oral, público e com a presença do contraditório e da ampla defesa, prevalecendo a igualdade entre as partes (ARAÚJO, COSTA, 2020, p. 24).

Após uma melhor compreensão e conhecimento em relação aos três sistemas processuais penais existentes, em que foram explicitadas características e prerrogativas, foram analisados contextos históricos de criação, principais diferenciações e formas de aplicação, entende-se por necessário abordar qual desses modelos o Brasil adota em seu sistema processual penal atual, como ocorre essa aplicação, de que forma isso implica na prática forense e como esses sistemas estão normatizados no ordenamento jurídico.

2.2 O MODELO BRASILEIRO ATUAL

A Constituição Federal de 1988 entra em vigor trazendo inúmeras alterações, como as garantias constitucionais e de direitos fundamentais em relação ao acusado, o não tratamento do investigado como mero objeto do processo, mas sim como parte detentora de direitos. Assim, aborda que o sistema processual penal brasileiro é baseado em princípios constitucionais, quais sejam a ampla defesa, o contraditório, a presunção de inocência (não culpabilidade), e principalmente, deixando claramente expressa a separação das funções de acusar, defender e julgar. Portanto, entende-se que a CF/88 prevê que o sistema processual penal brasileiro é o acusatório (LIMA, 2019, p. 43).

Noutro giro, em relação ao sistema processual penal, a CF/88 versa em um sentido que poderá ser distorcido na análise do proposto pelo Código de Processo Penal de 1941. Com efeito, em que pese com o passar do tempo tenham sido realizadas alterações e ocorridas inclusões de dispositivos que abordam e preveem um sistema processual penal acusatório, não há como negar que o CPP entrou em vigor com a existência de influências fascistas, contando, portanto, com a prevalência de princípios relacionados com um sistema processual penal inquisitivo. Deste modo, a

interpretação do dispositivo deve ser realizada em observância ao disposto na Constituição Federal de 1988, se adequando ao modelo de sistema acusatório e respeitando os direitos e garantias constitucionais (TÁVORA, ALENCAR, 2016, p. 26).

Destarte, conforme trata o art. 129, I, da CF/88 “art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”, portanto, a função de promover a ação penal é de competência de um órgão específico, qual seja o Ministério Público. Desta forma, o texto constitucional deixa claro que além de existir a separação de funções, o juiz não mais é instrutor dentro do processo penal, pois agora existe um órgão exclusivo para essa medida, o MP e em determinados casos, o próprio particular (RANGEL, 2019, p. 127).

Além disso, percebe-se que não há mais a presença do juiz instrutor, pois em nenhuma das fases processuais existe a influência e a realização da instrução pelo magistrado, haja vista que a fase preliminar investigativa, qual seja o inquérito policial, é presidido pela autoridade policial, o Delegado de Polícia. Ao passo em que a fase da ação penal é comandada pelo representante do Ministério Público, o qual realiza a propositura da ação penal. Desta maneira, a clara função do magistrado dentro do atual processo penal brasileiro é a de análise das provas produzidas tanto pela polícia judiciária como pelo Ministério Público, mediante uma imparcialidade prevista em lei, e o julgamento do acusado, com a garantia de todos os seus direitos constitucionais e processuais (RANGEL, 2019, p. 127).

Nesse mesmo sentido, Renato Brasileiro Lima (2019, p. 42) arguiu que:

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tomou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne procedat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na fase investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público.

Por conseguinte, inequívoco entender que o processo penal atual trata a separação de funções, a posição e os limites impostos ao magistrado de maneira rígida, visto que ao juiz foi estabelecido um limite em que poderá realizar determinados atos de ofício, mas não poderá se portar como gestor da prova. Para tanto, entende-se que

o magistrado será mero observador dos procedimentos realizados pelas partes, podendo até ordenar a produção de provas, mas não poderá produzi-las, protegendo assim a imparcialidade. Ademais, o juiz será garantidor dos direitos constitucionais e processuais do investigado durante todo o processo.

Nesse mesmo sentido, Tourinho Filho (2012, p. 24) alega que são três os sujeitos da relação processual no âmbito do processo penal atual, sendo eles, o Estado-Juiz, o autor (em regra sendo representado pelo Ministério Público) e o réu (com a representação de sua defesa), portanto, trata expressamente da separação das funções de julgar, acusar e defender.

Insta salientar que para que um sistema processual penal seja considerado acusatório não é suficiente que haja somente a separação de funções, ainda que esta seja uma das mais marcantes e decisórias características desse sistema. Nesse contexto, para que um processo possa seguir de acordo com os ditames do sistema acusatório, há a necessidade do seguimento e execução de outras propriedades, como o real emprego do princípio do contraditório e da ampla defesa, a iniciativa probatória, a publicidade dos atos, a oralidade durante o processo, a igualdade de oportunidades das partes, dentre outros (LOPES JR., 2019, p. 197).

Pietro Jr. (2019), fundamenta a hipótese do *adversarial system* e do *inquisitorial system*, em que o primeiro modelo versa que o juiz seria passivo em relação a iniciativa probatória durante o processo penal; por outro lado, o segundo modelo disserta que a iniciativa probatória seria competência do juiz, pois pode o magistrado ordenar, de ofício, a produção de prova na fase processual. Nesse trilhar, Pietro Jr. entende que o sistema processual penal brasileiro é acusatório, todavia com poderes instrutórios do juiz, ou seja, compatível com o *inquisitorial system*, que seria o modelo em que a atividade probatória do processo seria competência do juiz.

Ainda nesse sentido, Pietro Jr. (2019) entende que essa gestão da prova pelo juiz, ou seja, ordenar de ofício a produção de provas, seja subsidiária à atividade probatória das partes, visto que toda a persecução penal e gestão das provas deve ser função das partes e não do magistrado, pois deve prevalecer e tentar proteger a imparcialidade, e para que não haja confusão de funções (acusar, defender e julgar) no âmbito do processo penal. Desta maneira, a ordem de produção de provas de

ofício somente deverá ser usada com intuito de garantir os direitos fundamentais, constitucionais e processuais do acusado.

Alexandre Morais da Rosa (2020, p. 321) versa que os modelos de sistemas são históricos, logo, existem diversas alterações ao longo do tempo. Desta maneira, é inevitável que propriedades e características desses modelos se misturem em um mesmo sistema processual penal. Portanto, entende que inexistiria um sistema puro na realidade fática, por isso, a nomenclatura de “sistemas mistos” seria um equívoco, pois todos os sistemas podem ser considerados mistos, inclusive salienta que de alguma forma haverá a presença de características de um ou outro modelo em um mesmo sistema.

Morais da Rosa (2020, p. 320) continua ainda abordando que:

No Sistema Inquisitório o Princípio Inquisitivo marca a cadeia de significantes, enquanto no Sistema Acusatório é o Princípio Dispositivo que lhe informa. E o critério identificador é, por sua vez, o da gestão da prova (iniciativa probatória). Sendo o processo penal atividade marcadamente de acerto de significantes no presente em face de conduta pretérita, com todos os riscos daí advindos, a fixação de quem exercerá a gestão da prova, e com quais poderes, mostra-se indispensável.

Aury Lopes Jr. (2019, p. 47) aborda essa mesma problemática e versa no mesmo sentido, trazendo que o modelo de sistema puro seria somente uma referência histórica, pois todos os sistemas na prática seriam mistos. Além disso, diz que “é crucial analisar qual o núcleo fundante para definir o predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória, ou seja, se o princípio informador é o inquisitivo (gestão da prova nas mãos do juiz) ou acusatório (gestão da prova nas mãos das partes)”. Assim, Lopes Jr. deixa claro que o sistema processual penal brasileiro contará com características de ambos os sistemas puros, mas haverá uma característica mais marcante que vai definir o modelo prevalecente.

A despeito disso, Aury Lopes Jr. (2019, p. 49), chama o processo penal brasileiro de “essencialmente inquisitório” ou “neoinquisitório”, tendo em vista que a fase processual não pode ser chamada de acusatória, já que a gestão das provas fica sob o controle do magistrado, tendo, portanto, princípio informador o inquisitório. Um adendo feito por Aury Lopes Jr. é em relação a existência de separação das funções no processo, ponto que versa sobre grande importância, mas não classifica o modelo por si só, visto que a separação seria inicial, com a realização da acusação

pelo membro do Ministério Público, porém “o juiz assume papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos tipicamente da parte acusadora”.

Em relação ao tema, Eugênio Pacelli (2020, p. 39) alude que parte da doutrina brasileira expõe que o modelo de sistema processual brasileiro atual é o do sistema misto, no que concerne à atuação do magistrado. Assim, em outras palavras, discorre que no sistema processual penal brasileiro existem características marcantes do sistema acusatório e do sistema inquisitório, tanto pela existência do inquérito policial como por determinadas funções permitidas ao juiz.

No entanto, Pacelli (2020, p. 39) ainda aduz no sentido de que o inquérito policial não é processo, portanto, não seria fundamento suficiente para classificar um modelo de sistema processual penal, uma vez que a definição de sistema deve versar em torno da função do magistrado. E levando em conta essa temática proposta, em que a classificação de um sistema processual deve ser relativa à atuação do juiz no âmbito processual, pode-se dizer que o sistema processual penal brasileiro seria considerado acusatório, considerando-se que a fase de instrução conta com a presença dos princípios e garantias previstas na CF/88.

Na proposta, tanto Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar (2016, p. 25), como Paulo Rangel (2019, p. 130), aludem no sentido de que o Brasil adota um sistema processual penal acusatório, porém não sendo considerado puro em sua essência, pois o magistrado possui iniciativa probatória, não sendo somente um espectador na persecução penal. Inclusive, eventualmente utilizando o inquérito policial nos autos do processo, sendo este um procedimento em que não consta o contraditório e a ampla defesa, sendo “regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto da investigação”. Portanto, entendem que o sistema processual atual é o acusatório não puro ou ortodoxo.

Por outro lado, Guilherme Nucci (2014, p. 96), versa no sentido de que o sistema processual penal brasileiro é o misto, ainda que não oficialmente. O autor realiza uma reflexão no sentido de que embora a Constituição Federal de 1988 trata em seu texto normativo que o modelo de sistema é o acusatório, o Código de Processo Penal, datado de 1941, tem resquícios de um sistema inquisitivo. Desta forma, aduz que “essa junção do ideal (CF) com o real (CPP) evidencia o sistema misto”, ou seja, a aplicação desses dois dispositivos caracteriza a existência e prevalência do

modelo de sistema misto, pois ainda que a Constituição Federal aborde princípios democráticos de um sistema acusatório, o Código de Processo Penal é aplicado no cotidiano forense, mesmo que com resquícios já ultrapassados.

Ademais, uma breve reflexão no que diz respeito a presunção de inocência em relação ao sistema acusatório, sendo este o atual, conforme versa a Constituição Federal de 1988. Em relação a essa presunção, são claros os resquícios do sistema inquisitório, e ainda que a própria CF/88 tenha um caráter mais garantista e voltado aos direitos do acusado, não se pode falar que o processo penal segue nos mesmos termos, pois existe a necessidade de uma interpretação, baseada no modelo acusatório, da aplicação dessas garantias e prerrogativas fundamentais. No entanto, não é o que acontece na maioria dos processos, dado que a presunção de inocência é deixada em segundo plano, e em regra, há privação de liberdade antes do trânsito em julgado e condenações com provas contaminadas ou não corroboradas. Em vista disso, há que se evidenciar que existe a continuação de uma realidade processual não mais aceita (ROSA, 2020, p. 46).

Ainda que a Constituição Federal de 1988 não trate de forma expressa em seu texto constitucional que o modelo de sistema processual penal brasileiro atual é o do modelo acusatório, se depreende disso pelas garantias dispostas, como o contraditório, a ampla defesa, juiz natural, separação de funções dentro do processo, o devido processo legal, paridade de armas, direitos fundamentais e garantias do acusado. Sendo assim, não há como negar que o disposto no texto da norma constitucional possui um sentido que versa para uma formulação e aplicação de existência de um modelo de sistema processual penal acusatório.

No entanto, também não há como negar que na realidade fática existem fases dentro desse sistema processual penal e que muitas vezes nessas fases não são respeitadas as prerrogativas, garantias e direitos fundamentais previstos constitucionalmente, as quais são relativas à aplicação de um sistema processual penal acusatório. Em relação a fase preliminar de investigação, as propriedades relacionadas ao sistema acusatório não são observadas, ao contrário, a forma com que os procedimentos são realizados e as características marcantes se relacionam com o proposto pelo sistema inquisitorial, indo de encontro ao disposto no

ordenamento maior, devendo ser então reavaliado e analisado à luz do tratado pela CF/88.

2.2.1 O modelo proposto pela Constituição Federal de 1988 e as inconsistências das normas infraconstitucionais

A Constituição Federal de 1988, também conhecida como “Constituição Cidadã”, desde a sua vigência tutela direitos e garantias fundamentais, inclusive a essencialidade da prevalência de um processo democrático. Relativamente ao processo penal brasileiro, a CF/88 deixa implícito em seu texto que o modelo seguido pelo Brasil é o acusatório, contando com a devida separação das funções de acusar, defender e julgar, concedendo às partes a gestão da prova, além das garantias fundamentais e de direito humanos concedidas ao acusado.

Para mais, o art. 5º, da CF/88 trata dos direitos fundamentais, abordando que ninguém será privado de liberdade sem o devido processo legal, ou seja, a privação de liberdade é considerada *ultima ratio*; da garantia do contraditório e da ampla defesa durante o processo penal; da publicidade dos atos; da razoável duração do processo e a sua celeridade; da igualdade processual.

Em relação à constitucionalização do processo penal e a aplicação direta da Constituição Federal de 1988 no atual sistema processual penal brasileiro, Araújo Cintra, Grinover e Dinamarco (2010, p. 82) defendem que:

A condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo toma o nome de direito processual constitucional. Não se trata de um ramo autônomo do direito processual, mas de uma colocação científica, de um ponto-de-vista metodológico e sistemático, do qual se pode examinar o processo em suas relações com a Constituição. O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

Assim, observa-se que o processo deve ser analisado por um contexto constitucional. Desta forma, o texto constitucional deve ser cada vez mais introduzido ao processo penal, tanto os seus princípios como as suas regras, e os seus direitos fundamentais elencados. Nesses termos, Ada Pellegrini Grinover, apud Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 22), defende que é indispensável “ler as

normas processuais à luz dos princípios e das regras constitucionais” e “verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição”, logo, destaca a importância de um processo penal constitucional.

Vale dizer que o processo penal brasileiro deve ser utilizado como um instrumento de efetivação das garantias constitucionais, haja vista que os ditames propostos pela CF/88 em relação aos direitos humanos, à garantia dos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana, precisam ser respeitados. Portanto, o CPP deveria tratar dessas temáticas da mesma maneira e com a mesma preocupação com que a CF/88 trata, abordando a liberdade individual como premissa básica e aplicando a sua restrição quando cabível, ou seja, como uma exceção e não como a regra. No mais, salienta-se que respeitar as garantias constitucionais não é uma forma de impunidade, pois o processo penal ocorrerá respeitando o devido processo legal, podendo ou não haver a condenação com aplicação de pena privativa de liberdade (LOPES JR, 2019, p. 33).

Nessa acepção, a crítica a se fazer é em relação a carência de seguimento e aplicação dos direitos fundamentais apresentados pela CF/88, visto que de nada adianta o texto constitucional prever determinado procedimento ou garantir direitos assegurados a todos e não existir a aplicação na prática forense. Portanto, torna-se imperioso que para existir o ideal de justiça, no mais simples significado da palavra, deve haver a extração do texto proposto pela lei maior do ordenamento jurídico e a imediata aplicabilidade no plano fático, além do seguimento das normas infraconstitucionais ao indicado pela norma constitucional.

Tendo em vista que não há mais a possibilidade de existência de um modelo de sistema puro, verifica-se a necessidade de que a legislação infraconstitucional tenha concordância com os parâmetros tratados no ordenamento constitucional e que, por consequência, a sua aplicabilidade não entre em conflito com o texto constitucional. A importância dessa similitude se mostra interessante, porque ainda que o modelo de sistema brasileiro seja o acusatório, como alude a CF/88, o sistema processual penal ainda permanece com algumas características do modelo inquisitorial, quando da análise e interpretação do Código de Processo Penal brasileiro (LIMA, 2019, p. 43).

O Código de Processo Penal, datado de 1941, composto por forte influência e inspiração no modelo fascista italiano, por consequência, apresenta dispositivos e características de posição claramente inquisitorial. Isto posto, em que pese o CPP apresente a separação de funções de acusar, defender e julgar, e tenham sido realizadas reformas e alterações ao longo do tempo, visando uma maior adaptação e aproximação com a norma constitucional, insta salientar que ainda consta com diversas passagens em que se entende nítida a existência de um modelo de sistema processual mais voltado para o inquisitivo.

Assim, pode-se exemplificar pela leitura do art. 26, que embora não seja recepcionado pela CF/88, permite que o juiz dê início ao processo, ou seja, concede ao juiz uma atuação *ex officio*; como também do art. 156, que inclusive teve a sua redação dada em 2008 e não em 1941, o qual dispõe amplos poderes probatórios ao juiz, até em relação a investigação; ou do art. 5º, em que dispõe para o juiz um poder requisitório de instauração do inquérito policial.

Posto isto, o modelo de sistema processual penal brasileiro não pode ser demarcado levando como base o disposto no Código de Processo Penal, devendo então ser realizado de maneira oposta. Nesse sentido, a aplicação do disposto no ordenamento infraconstitucional deverá seguir e ser interpretado conforme o arguido pelo ordenamento constitucional, “à luz dos direitos, garantias e princípios introduzidos pela Carta Constitucional de 1988” (LIMA, 2019, p. 43).

Destaca que esse entendimento de que o sistema processual penal brasileiro, por intermédio do Código de Processo Penal, deve ser analisado à luz da Constituição Federal de 1988 leva em consideração as alterações e as inserções de novos dispositivos ocorridos com o decurso do tempo, reformas essas com intuito de conduzir o sistema atual para um modelo cada vez mais acusatório. No entanto, ainda existem excessos inquisitivos no texto do CPP e por isso a interpretação dos dispositivos deverá ser feita com base no disposto pela CF/88.

Deste modo, resta claro e evidente a importância sobre o estudo e um melhor entendimento em relação à mais atual reforma legislativa disposta sobre o Código de Processo Penal brasileiro, a Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”. Oportunidade em que foram estabelecidas alterações em determinados dispositivos do CPP e em outras legislações infraconstitucionais, com

intuito de compatibilizar o processo penal brasileiro infraconstitucional com a Constituição Federal de 1988.

2.2.2 A reforma da lei 13.964/2019 e o estabelecimento das alterações propostas com o art. 3º-A no Código de Processo Penal

A Lei nº 13.964/2019, também conhecida como “Pacote Anticrime”, promulgada em 24 de dezembro de 2019, com início da vigência em 23 de janeiro de 2020, oportunizou uma reforma legislativa em determinados dispositivos do Código de Processo Penal, no Código Penal e na Lei de Execuções Penais. De mais a mais, é imprescindível esclarecer que o Ministro Luiz Fux entendeu por suspender, por tempo indeterminado, alguns pontos da referida lei, sendo um deles o estabelecimento do juiz das garantias (redação a partir do art. 3-A, da Lei nº 13.964/2019, que estabelece o sistema acusatório no processo penal, e do art. 3-B até o art. 3-F, os quais tratam especificamente do juiz das garantias).

O chamado juiz das garantias é o magistrado que ficará responsável pelo controle do devido processo legal na fase investigativa. Portanto, poderá atuar *ex officio*, ou seja, sem necessidade de iniciativa, ou através de provocação, nos casos em que houver pedido no tocante à retirada de garantias, a liberdade do indivíduo. Desta forma, entende-se que o juiz das garantias se relacionará com a persecução penal, garantindo os preceitos constitucionais, e por consequência, não será o magistrado que atuará na fase de ação penal, com intuito de evitar a contaminação do julgador com o disposto na investigação e preservar a imparcialidade do juiz natural (ROSA, 2020, p. 346).

Nesse interim, dentre as competências do juiz das garantias, encontra-se o controle da legalidade do flagrante e da prisão cautelar, em conformidade com o art. 310, do CPP, em que o juiz deverá, de forma fundamentada, realizar o relaxamento da prisão nos casos em que a prisão seja ilegal ou converter o flagrante em preventiva ou conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança. No mais, deve realizar o controle das investigações e eventual violação da duração razoável, analisar as cautelares probatórias, como a quebra de sigilo, busca e apreensão, interceptação

telefônica, além de diretrizes relacionadas a produção e obtenção antecipada de provas (ROSA, 2020, p. 346).

Ademais, diante de uma informação sobre existência de ilegalidade, poderá o juiz das garantias deferir um habeas corpus *ex officio* e requisitar a presença do ofendido, a qualquer tempo, para analisar possível violação à dignidade humana e aos direitos fundamentais estabelecidos constitucionalmente. E por fim, o juiz das garantias receberá a denúncia, e antes de encaminhar o sumário do caso para o juiz do julgamento realizar a instrução e julgamento, determinará a citação do acusado e analisará o cabimento de uma absolvição sumária (ROSA, 2020, p. 346).

Estabelecer o juiz das garantias no processo penal brasileiro seria uma forma de estabelecer um maior controle da atuação dos órgãos persecutórios em relação a legalidade da investigação, da eficácia do seguimento processual e a proteção dos direitos e prerrogativas do investigado. O juiz na função de juiz das garantias poderá adotar “medidas cautelares pessoais, reais ou probatórias” na fase de investigação, desde que haja requerimento ou representação dos órgãos competentes para a realização da persecução penal, quais sejam o Ministério Público e a Polícia Judiciária (PACELLI, 2020, p. 1290).

Nesse interim, resta claro que o “Pacote Anticrime” estabeleceu alterações no Código de Processo Penal, com objetivo de constitucionalizar a legislação e alterar eventuais seguimentos inquisitoriais, transformando-os em acusatórios. Sendo assim, o acréscimo dos arts. 3º-A ao 3º-F, da Lei nº 13.964/2019 em relação ao CPP, será entendido como a imposição de uma estrutura acusatória, conforme se observa no texto do art. 3º-A. “O processo terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase da investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação”.

A despeito disso, vale dizer que essa imposição do juiz das garantias, do art. 3º-A, da Lei nº 13.964/2019, impacta e traz consequências para todo o Código de Processo Penal, visto que diz com todas as letras que a estrutura do processo penal será acusatória, além de deixar claro que o juiz não poderá mais gerir a prova, nem produzir prova de ofício, perpassando essa competência como exclusiva das partes, defesa e acusação. Nesse trilhar, a função do magistrado seria a de gerir o processo

penal, garantindo os direitos fundamentais e processuais do acusado (ROSA, 2020, p. 322).

Nessa senda, Eugênio Pacelli (2020, p. 1287) também alude sobre a questão da posição do juiz como garantidor nessa fase preliminar, no sentido de que:

Embora a determinação de criação do juiz de garantias tenha ocupado a preferência nos debates, o grande passo dado pela Lei 13.964/19 foi na direção de um maior esclarecimento legislativo em torno da estrutura acusatória de processo. O novo art. 3º-A, ao estipular a vedação expressa da iniciativa judicial como substitutiva do ônus acusatório que recai no autor da ação penal, vem consagrar, em definitivo, o modelo acusatório no processo penal brasileiro, deixando claro que o juiz não é detentor de iniciativa probatória autônoma, mas apenas para fins de esclarecimento de dúvida surgida na instrução.

Assim, em outras palavras, esclarece que o grande objetivo da reforma, em relação a aplicação do juiz das garantias, foi acabar com a problemática de um sistema inquisitivo. Portanto, a redação dos dispositivos 3-A ao 3-F, que versam sobre o tema, corroboram a prevalência de um modelo de sistema acusatório no tocante ao processo penal. Delimitando o papel do juiz enquanto julgador e garantidor das prerrogativas do investigado e acusado.

A Lei 13.964/2019 envolve a proibição da atividade probatória por parte do juiz quando a produção de provas não for requerida pelas partes. Assim, o dispositivo trata da vedação, pois caso haja atividade probatória de ofício pelo magistrado, quando não requerida pelas partes, significa dizer que este irá agir na função do órgão de acusação, o substituindo nas demandas de sua competência, pois o ônus da prova é função da acusação.

Ademais, Pacelli (2020, p. 1287), entende que o dispositivo versa ainda em relação a vedação da produção de prova dita como “importante ou mesmo essencial à descoberta dos fatos”, pois da mesma forma que os elementos se encontram à disposição do juiz, encontram-se à disposição da acusação. Assim, se não produzida pelo órgão competente, não deverá o magistrado ordenar a sua produção.

Em resumo, a questão do juiz das garantias pode ser entendida como uma forma de constitucionalização e aproximação do Código de Processo Penal com o modelo acusatório, enfrentando determinadas situações que colocam em confronto os preceitos fundamentais e a atuação do processo penal e do sistema brasileiro. Contudo, somente a alteração do juiz das garantias não é suficiente para o ideal de

sistema processual penal brasileiro, havendo a necessidade de outras alterações para a melhor condução do processo e garantia dos direitos do investigado, acusado ou preso, o qual é a parte vulnerável quando da instauração do procedimento.

Nesse sentido, mostra-se imprescindível o estudo das provas dentro do processo penal, em relação a sua produção, poder de gestão, confiabilidade e valoração, haja vista que são os meios de prova e as provas processuais propriamente ditas que sustentam a base de uma ação penal, permitindo, então, fundamentos necessários para uma eventual acusação, como também embasamento para uma possível absolvição, inclusive, levando em consideração o *in dubio pro reo*, princípio constitucional da presunção de inocência, para os casos de dúvida ou insuficiência de provas.

3 A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Após breve exposição no que concerne aos sistemas processuais penais, mostra-se de extrema importância, para melhor entendimento do presente trabalho, o estudo sobre as provas e os seus tipos no processo penal brasileiro, haja vista que são essas que embasam a fundamentação, tanto para condenações como para absolvições. A prova, no âmbito do processo penal, pode ser vista como o meio de obtenção de esclarecimento e veracidade de uma determinada situação fática, sendo assim, basilar dessa estrutura, motivo pelo qual deve ser analisada com maior critério e cuidado.

Para tanto, é imperioso arguir que o processo judicial não tem como finalidade estabelecer crenças ou alcançar uma verdade real, mas sim alcançar uma verdade processual, ou seja, analisar os fatos de um caso em concordância com o acostado aos autos e o disposto no ordenamento jurídico. Desta maneira, cabe ao órgão julgador observar os ritos processuais que devem ser seguidos, levando em consideração as informações e provas apresentadas dentro daquele contexto em que está inserido, fundamentando e justificando a tomada de decisão (MATIDA, HERDY, 2019, p. 134).

Assim, não há um exercício cognitivo livre em que uma situação fática pode não ser totalmente verdadeira no mundo externo, mas em âmbito processual é válida, como por exemplo, a questão da insuficiência de provas, em que não necessariamente o acusado é inocente, mas não existem provas suficientes para provar a autoria do delito. Por isso, entende-se que o objetivo do processo não é única e exclusivamente descobrir a verdade, mas sim tratar do fato disposto no processo, em concordância com os ritos e as regras processuais (MATIDA, HERDY, 2019, p. 134).

Outrossim, a prova no processo penal brasileiro, mostra-se como sendo elemento instrumental e essencial para que as partes interfiram na decisão do magistrado, mostrando as nuances e a forma como se deu o fato, pela visão das partes integrantes do processo, permitindo assim, o pleno direito de defesa e a possibilidade de demonstração de veracidade das alegações dispostas (CAGLIARI, 2010, p. 1).

Não obstante, Cagliari (2010, p. 3) ainda aduz que os fatos devem ser pertinentes ao processo, ou seja, devem demonstrar o interesse e relevância na causa. Nessa senda, esses fatos apresentados como meio de prova devem ter o condão de influir, de alguma forma, na decisão final disposta pelo juiz de direito. Ademais, arrazoa ainda que por mais que os fatos exibidos sejam incontroversos, confusos ou até inadmitidos, desde que restem demonstradas a pertinência e a relevância, poderão ser objetos de prova.

3.1 CONCEITO, OBJETIVO E MEIOS DE PROVA

A prova, originada do termo em latim “*probatio*”, emana do verbo “*probare*”, que significa reconhecer/ demonstrar, pode ser conceituada em âmbito jurídico como “meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa”. Assim, a prova seria uma maneira de confirmar um posicionamento, algo que foi dito ou trazido, ou seja, o exercício dos direitos de ação e de defesa, com claro objetivo de convencimento do magistrado, o qual ainda não tem conhecimento do fato e suas nuances, para que possa embasar a sua decisão (RANGEL, 2019, p. 739).

Nessa senda, segundo Renato Brasileiro (2019, p. 605), a palavra prova tem três acepções. A primeira delas é prova como atividade probatória, em que as informações obtidas por meio de sua produção possam servir como base de convencimento do juiz em relação ao fato disposto, seria o conjunto de atividade de verificação e demonstração. A segunda delas é prova como resultado, momento em que será formada a convicção do magistrado em relação ao que foi coletado, analisando controvérsias e possibilidade de veracidade ou não do ocorrido. Por fim, a terceira acepção é prova como meio, ou seja, os meios e procedimentos utilizados para a formação dessa convicção em relação a situação fática.

Em primeiro plano, a prova tem como objetivo a reconstrução dos fatos os quais deram embasamento a determinada ação penal. Nesse sentido, busca-se a maior aproximação com a realidade histórica, ou seja, as provas produzidas devem coincidir com a verdade dos fatos, com o que de fato aconteceu para a realização do

suposto delito do processo. Desta forma, pode-se dizer que esse objetivo da prova é de extrema dificuldade, visto que pode vir a contar com questões externas, passíveis de subjetividade (PACELLI, 2020, p. 416).

Aury Lopes Jr (2019, p. 342) trata que a prova teria um caráter persuasivo, com intuito de criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva. Assim, em seu entendimento, o objetivo da prova seria realizar a reconstrução dos fatos passados, evidenciando uma verdade ou até uma não verdade, mas sempre criando uma narrativa para convencer o magistrado de alguma forma, e conseqüentemente, legitimando o pleiteado pela tesa de acusação ou pela tese de defesa.

Nesse mesmo sentido, para que possa haver a condenação ou não do acusado é necessário que existam provas suficientes para embasar essa decisão, não apresentando dúvidas nesse quesito. Desta forma, a prova produzida tem como objetivo demonstrar para o órgão julgador a existência ou não de determinada situação fática, por meio da cognição do magistrado, levando em consideração o que este entendeu por verdade, dentro do que lhe foi exposto (MORAIS DA ROSA, 2020, p. 653).

De mais a mais, como antes tratado, a finalidade da prova seria a formação da convicção do magistrado a partir das informações obtidas e dispostas no processo, ocorrendo a reconstrução dos fatos, buscando um esclarecimento e maior simetria. Contudo, por ser um fato passado, não há como se buscar a verdade do fato em si, desta forma, busca-se uma verdade processual, ou seja, a verdade obtida por meio da atividade probatória, verdade esta que pode ou não satisfazer o que de fato aconteceu, mas deverá ser a verdade valorada pelo magistrado (BRASILEIRO, 2019, p. 610).

Os meios de prova são todas as informações produzidas e obtidas pelas partes, as quais são entregues ao órgão julgador, que utilizará para chegar à sua convicção e fundamentar o decidido. Insta salientar que os meios de prova podem estar descritos no ordenamento jurídico, mas caso se utilize um meio de prova não previsto, sendo moralmente aceitável, pode ser utilizado, sendo chamado de prova inominada, conforme esclarece o Código de Processo Civil de 2015, em seu art. 369:

Art. 369. 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 pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz.

Desta maneira, os meios de prova são os recursos, diretos ou indiretos, que visam dar ao juiz o conhecimento sobre determinada questão fática, sendo o resultado probatório produzido pelas partes, o qual servirá como forma de convencimento do julgador, com intuito de chegar na verdade dos fatos. Alguns meios de prova estão estabelecidos no Código de Processo Penal e podem ser lícitos ou ilícitos, no entanto os ilícitos não são contemplados pelo ordenamento jurídico e por isso não devem ser levados em consideração pelo magistrado (NUCCI, 2014, p. 314).

Nesse sentido, são os mais diversos meios de prova para que seja atingida a finalidade da prova, qual seja, convencimento do magistrado em relação ao pleiteado ou em relação ao que é visto como verdade processual, a verdade de quem alega e produz as provas. São por intermédio desses meios de prova que se espera a aproximação do que foi narrado e disposto na prova da realidade dos fatos, realidade histórica do fato. Contudo, a própria Constituição Federal impõe limites a essa produção de provas, não permitindo provas ilícitas, obtidas ilicitamente, ou que violem direitos e garantias fundamentais e individuais (PACELLI, 2020, p. 417).

Destarte que não existe meio de prova mais importante e nem a “rainha das provas”, toda a prova produzida, independente do meio de produção, desde que seja lícito e moral, deverá ser analisada pelo órgão julgador, podendo ser utilizada como prova substancial e basilar da decisão do magistrado ou não. Além disso, o Código de Processo Penal prevê que todas as provas são relativas e nenhuma delas terá *ex vi legis*, ou seja, maior reconhecimento do que as outras (LOPES JR, 2019, p. 424).

3.2 A PROVA E A NOÇÃO DE VERDADE

A cultura do processo penal traz uma ideia errônea de busca por uma “verdade real”, uma verdade histórica dos fatos, ou seja, procura-se chegar na perfeita exatidão do que ocorreu no momento do delito, pois o processo penal é o caminho de formação do convencimento do magistrado. Nesse sentido, parte da doutrina entende que a verdade real deve ser buscada pelo magistrado utilizando de todos os meios de provas possíveis e lícitos, da investigação, da oitiva das testemunhas, da atuação

das partes no processo, em suma, de tudo que circunda e está acostado nos autos para a tomada de uma decisão fundamentada.

É importante frisar que o sentido da existência de uma verdade real tem como base a extrema confiança na racionalidade humana. Nesse sentido, Lara Teles Fernandes (2020, p. 85) trata que é a confiança “na onipotência dos sujeitos de conhecimento e na precisão da ciência, típica da época moderna, o que, de certo modo, expressa ignorância às restrições de ordem epistemológica”.

Nessa mesma toada, a ideia da verdade real acaba por pressupor a “incidência do *ius puniendi* a todo custo, a qualquer preço, além da adoção de uma concepção de necessidade inafastável da condenação de alguém”, ou seja, a ambição pela verdade legítima determinadas atitudes, pois seria na justificativa da busca da verdade real, a verdade histórica dos fatos, em nome de um ideal de justiça. No entanto, essa busca desenfreada por uma verdade fora do âmbito do processo penal pode acabar por não levar em consideração as garantias fundamentais previstas na Constituição Federal de 1988 (FERNANDES, 2020, p. 85).

Nesse interim, percebe-se que não há como se chegar exatamente ao fato histórico, não há como reconstituir um fato passado exatamente como ocorreu. Nesse sentido, pode-se entender a reconstrução como apenas um indício do ocorrimto de determinado fato passado, ou seja, uma parte de um todo, sendo, portanto, passível de incerteza, contaminações, alterações relativas tanto à memória do sujeito que busca essa verdade como do sujeito que relata determinada verdade dentro do processo penal (KHALED JR, 2015, p. 176).

Além disso, embora a ideia de busca por uma verdade real tenha sido mitigada ao longo do tempo, ainda existe a noção de que a verdade real pode ser encontrada no decorrer do processo penal com intuito de satisfazer a noção de justiça. Nesse contexto, as limitações epistemológicas não são tratadas com a devida importância, pois não se questiona os limites naturais dos sujeitos processuais e dos elementos de provas produzidos a partir da memória humana, como por exemplo, o testemunho, perpassando uma ilusória garantia de que não haverá erros e contaminações em relação a essas questões durante o processo (FERNANDES, 2020, p. 92).

A despeito disso, Lara Teles Fernandes (2020, p. 95) aduz que:

Portanto, percebe-se o caráter subjetivo e complexo dessa atividade, não se podendo considerar como uma busca por um objeto determinado, estático, que está totalmente passível de ser apreendido pelo sujeito cognoscente. Admitir tal potencial de falibilidade é essencial para atender aos primados da justiça, pois há de se debater, por meio do contraditório, qual versão dos fatos possui maior fundamento nos autos.

Assim sendo, resta claro que a verdade real é uma verdade inatingível, a qual se encontra fora do controle e do acesso dos meios jurídicos, portanto, inacessível em sua totalidade ao processo penal e aos seus sujeitos. A verdade dentro do processo penal deve ser baseada nas provas requeridas e apresentadas pelas partes, com a presença do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. De mais a mais, o reconhecimento da existência de limitações epistemológicas no tocante aos sujeitos processuais permite uma análise mais cautelosa em relação as provas e, desta forma, uma decisão mais justa.

A busca inalcançável por uma verdade real, que na ambição de encontrar a verdade histórica, material, concreta e consistente, ultrapassa determinados limites impostos pela Constituição Federal de 1988, a qual versa sobre a prevalência de um sistema processual penal acusatório. Nessa senda, a CF/88 aborda direitos e garantias fundamentais em relação ao acusado e a busca pela verdade real acaba por colidir com essas garantias propostas, principalmente em relação à ampla defesa e à presunção de inocência, no tocante ao *in dubio pro reo*.

Nesse trilhar, a verdade deve ser discutida dentro do processo penal com base nas provas obtidas pelas partes e apresentadas ao julgador. O órgão de acusação tem o ônus da prova, o que significa dizer que deve sustentar o disposto na sua peça acusatória e trazer provas cabais do ocorrimto do ato criminoso, ao passo em que ao magistrado cabe a análise dessas provas e a sentença fundamentada no disposto nos autos.

Portanto, a busca por uma verdade real impede a aplicação da ampla defesa, pois o juiz busca por uma verdade que está além do demonstrado nos autos e fere o princípio da presunção de inocência, em relação ao *in dubio pro reo*, pois no caso em que hajam lacunas ou não hajam provas suficientes para a condenação do acusado, o juiz deve absolver e não continuar na procura pela verdade dos fatos, a verdade histórica do ocorrimto do delito, ou seja, a chamada verdade real, haja vista que a verdade processual já foi delimitada e não é papel do magistrado a gestão das provas.

Isto posto, a busca pela verdade real acaba compondo características de um sistema inquisitório. Nesse sentido, entende-se que o correto tratamento em relação à essa questão seria a ideia de busca por uma verdade formal/ processual, a qual respeita as garantias de defesa e as regras jurídicas. Desta forma, a busca pela verdade processual não é necessariamente a verdade do caso concreto, trata-se da verdade acostada aos autos, em que o convencimento ao qual chegou o juiz deverá ser baseado nas provas colhidas e na atuação das partes, ou seja, será baseado no exposto pelo processo (LOPES JR, 2019, p. 372).

Para Luigi Ferrajoli (2002, p. 43) a verdade processual pode ser fática ou de direito, e essas verdades não podem ser afirmadas por observações diretas. A verdade processual fática é uma verdade histórica, assim sendo, uma verdade que trata dos fatos passados que ocorreram. Por outro lado, a verdade processual jurídica pode ser vista como uma verdade dos fatos históricos, porém esses fatos precisam ser comprovados pelo crivo processual e são interpretados por meio de uma linguagem legal, logo, Ferrajoli fundamenta que é uma verdade classificatória ou qualificatória.

Por esse ângulo, na intenção de se chegar na verdade processual fática, o juiz, quando recebe a prova processual e forma sua convicção e fundamento para formulação da sentença, deve analisar a prova conforme suas impressões e relações com o fato disposto no processo. Contudo, deve respeitar determinadas limitações tanto na produção dessas provas como na análise das mesmas. Sendo assim, respeitando limites, garantias e princípios constitucionais, os quais dispõem de um sistema penal acusatório.

No tocante as limitações da busca da verdade pelo magistrado, entende-se que o juiz deverá buscar a verdade dos fatos, mas essa liberdade não é absoluta, encontrando limites na legislação. Deste modo, os limites estão na seara dos princípios constitucionais de proteção e a garantia da pessoa humana, visto que se trata de um estado democrático de direito, motivo pelo qual a busca pela verdade não pode ferir esses princípios e garantias (RANGEL, 2019, p. 748).

Janaína Matida (2020) coaduna do mesmo entendimento e alega que deve existir uma ligação e uma relação entre as garantias do acusado e a busca pela verdade, entendendo que não pode haver uma justificação de utilização de qualquer tipo de prova ou qualquer forma de produção dessa prova, acarretando na violação de

princípios constitucionais, somente pela finalidade do seguimento do processo, seja pela condenação ou pela absolvição, pois acarretaria em uma insegurança jurídica e fora do modelo de processo penal democrático.

A despeito disso, pode-se entender verdade como uma presunção da realidade, algo que de fato ocorreu daquela forma. Nesse sentido, a doutrina processual penal trata de uma verdade real que funcionaria como legitimadora e garantidora de todo o processo e procedimentos realizados, restando claro que seria incontestável aquela verdade apresentada, tendo em vista que estaria autenticada pela “verdade real”. No entanto, como o juiz é o detentor da verdade, quem avaliará todas as provas e chegará na composição dos fatos reais, presume-se que todo o procedimento ocorreu sem erros, elucidando um entendimento próximo à arbitrariedade (KHALED JR, 2009, p. 31).

Por conseguinte, Salah Khaled Jr (2009, p. 34) entende como uma solução ao disposto a noção de “*veritas*” de verdade, que seria não uma “verdade real”, mas a verdade que as provas produzidas trouxeram ao magistrado, levando em consideração o fato. Assim, defende no sentido de que:

O julgador deve formar a sua convicção pessoal em função de provas, que se originam de rastros que são pistas sobre o evento ocorrido. Seria a perspectiva de um convencimento obtido através do constrangimento probatório oferecido pelo contraditório e que não renega a problemática de uma verdade obtida por vias indiretas, através de uma reconstrução narrativa que não pode jamais equivaler plenamente ao passado.

Portanto, faz-se importante salientar que qualquer verdade judicial, ou seja, a verdade que foi encontrada durante o processo penal “é sempre uma verdade processual”, visto que é uma certeza “de natureza exclusivamente jurídica”. Assim, resta claro que a verdade judicial é uma verdade reconstruída, pois a verdade do fato tratado é histórica, uma verdade passada, ainda que se utilize de vários meios de prova para se chegar nessa noção de verdade, nesse convencimento formado pelo magistrado do que é a verdade (PACELLI, 2020, p. 423).

Para tanto, é preciso compreender a importância de relacionar prova e verdade, uma vez que são conceitos entrelaçados, em que a prova é utilizada justamente para provar uma verdade, seja ela processual ou real, portanto, a relação entre prova e verdade é direta e evidente. Em contrapartida, o disposto nas provas não necessariamente é a verdade incontestável e incontornável, pois não há como, com

toda a certeza, afirmar que o trazido pelas provas disponíveis é de fato a realidade dos fatos, visto que questões sensoriais, de ponto de vista, influências e preconceções e compreensões podem alterar uma realidade para uma pessoa (FERNANDES, 2020, p. 47).

Janaina Matida (2009, p. 16) traz outro questionamento no que diz respeito a verdade e a prova no processo penal. Destarte, argui na possibilidade de uma distinção entre a verdade de dentro do processo e a verdade de fora do processo, trazendo uma reflexão no sentido de que a prova traz uma verdade para dentro do processo que não necessariamente é a mesma verdade entendida de fora do processo, ainda que ambas as “verdades” sejam baseadas em meios cognitivos.

Significa dizer que a verdade de dentro do processo acaba por ser limitada, pois tem relação somente ao que ocorreu dentro do processo, enquanto a verdade de fora do processo se mostra algo mais amplo, pois abarca setores da vida que não são o processo. Por fim, entende que não parece sustentável essa questão de que, em suas palavras, “a verdade judicial possa ser – ou deva ser – completamente distinta e autônoma da verdade extrajudicial” (MATIDA, 2009, p. 16).

Em suma, diante de todo o exposto resta esclarecido que a busca por uma verdade real é algo insustentável no âmbito do processo penal, contudo, a busca por uma verdade processual, por um esclarecimento mais próximo dos fatos é algo pretendido. Insta salientar que deve ser levado em consideração, e com a devida importância, as questões epistemológicas de todos os sujeitos envolvidos no processo penal. Portanto, a prova no processo penal deve ser analisada com maior cautela pelo julgador, no momento da tomada de decisão, prevalecendo o disposto nos autos e o delineado pelas provas produzidas. Nessa senda, mostra-se importante o estudo relativo aos tipos de provas, e mais precisamente a prova testemunhal e as suas especificidades.

3.3 OS TIPOS DE PROVAS

O Código de Processo Penal prevê os seguintes tipos de prova: testemunhal, pericial e documental, os quais estão distribuídos do art. 155 ao art. 250, no título

VII, do dispositivo supracitado. Ademais, insta salientar que apesar do dispositivo tratar do conteúdo dessas espécies de prova, este não é um rol taxativo, mas sim exemplificativo, assim, são admitidas outras espécies de prova no processo penal brasileiro, entretanto, deve ser respeitado o devido processo legal, os princípios da prova e do direito processual.

A prova pericial é considerada uma prova técnica, pois para a sua produção é necessário existir um conhecimento científico sobre a matéria tratada, o qual é fora do alcance profissional do magistrado, então, em regra, a prova pericial é realizada por profissional com formação na área, mais precisamente por perito. Portanto, resta claro que a prova pericial é um meio de assistência ao juiz, visando o esclarecimento da existência da infração e a formação de sua convicção. Ademais, a prova pericial tem caráter subjetivo, visto que é realizada por uma pessoa, ainda que com conhecimentos técnicos sobre o tema tratado. Por fim, são exemplos de prova pericial o exame de corpo de delito e as perícias (SCARANCE FERNANDES, 2010, p. 79).

Nesses termos, Francisco Lima (2007, p. 109) também trata da prova pericial e disserta que por mais que esse tipo de prova seja considerado confiável, pelas questões técnicas que o envolvem, nenhuma prova pode ou deve possuir mais valor do que a outra, visto que não há hierarquia proposta em lei. Ademais, o Código de Processo Penal trata que nenhuma prova é absoluta, assim, ainda que a prova pericial tenha um caráter científico, ela deverá ser valorada como as demais, levando em consideração seu caráter subjetivo, servindo para o convencimento do magistrado, desde que de forma fundamentada.

No que tange a prova documental, primordialmente, deve-se conceituar documento, o qual tem duas acepções, uma restrita e uma ampla. Na forma restrita, conforme expõe o art. 232, do CPP documento é “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”. Já a forma ampla, além de abarcar o disposto na legislação, traz uma interpretação mais aberta, entendendo que documento pode ser qualquer objeto que tenha uma função probatória, assim, sendo tratados como documentos as fotografias, vídeos, áudios, entre outros. Desta forma, pode-se dizer que desde que o objeto tenha relevância jurídica para o caso tratado, podendo

provar ou não determinado ato, poderá ser visto como prova documental (BRASILEIRO, 2019, p. 743).

Ainda em relação a prova documental, entende-se pelo Código de Processo Penal que os documentos podem ser juntados a qualquer momento no processo, salvo em determinadas situações previstas no mesmo ordenamento ou em uma situação em que o juiz questione a validade do documento juntado. Outrossim, há entendimento no sentido de que essa análise dos documentos, os quais foram usados e juntados como prova no processo, com intuito de aproximação dessa prova acostada aos autos com a verdade do acontecimento disposto no devido processo, assim, entende-se que essa análise é com base no sistema vigente atual (FARHAT, 2008, p. 33).

Por fim, as provas testemunhais são as provas produzidas por testemunhas, pelo ofendido e/ou pelo acusado, por meio da confissão. Nesse sentido, a produção da prova testemunhal acontece quando um indivíduo afirma o conhecimento de algum delito, relatando a sua experiência sobre um determinado fato que está sendo abordado no processo, momento em que poderá expor a veracidade do ocorrido. Por conta disso, pode-se dizer que a prova testemunhal é realizada mediante afirmação pessoal e oral (RANGEL, 2019, p. 746).

Como o assunto principal deste trabalho envolve a prova testemunhal e suas nuances e prerrogativas, entendeu-se como importante elucidar brevemente sobre os tipos de provas abordados no Código de Processo Penal, quais sejam a prova pericial, documental e testemunhal, mas em relação ao terceiro tipo será realizada uma análise mais aprofundada.

3.3.1 A prova testemunhal

A prova testemunhal, tema central da pesquisa proposta, pode ser considerada como principal meio de prova do processo penal brasileiro atual, visto que é o meio probatório mais utilizado, o qual fundamenta inúmeras condenações, em que pese a sua confiabilidade e credibilidade não possam ser garantidas. Nesse contexto, um nítido exemplo da falibilidade da prova testemunhal é justamente uma das bases do

estudo desse trabalho: a questão da possibilidade de ocorrência e da dificuldade de identificação das falsas memórias no momento da oitiva da testemunha, com base no tratamento que essa testemunha recebe, o qual pode ser o fator desencadeante das falsas memórias, sendo essa prova, portanto, falha e contaminada.

Nesse trilhar, Alexandre Morais da Rosa (2020, p. 707) argui que por ser a mais utilizada, bem como pela ocorrência de “armadilhas da memória”, tendo em vista que a mente humana é limitada, no que diz respeito a capacidade de assimilação e percepção, esse meio de prova deve ser utilizado com cautela, cuidado e observação pelo magistrado, seguindo os procedimentos de forma rígida, a fim de evitar intercorrências. Ademais, o autor trata que existem três formas de erro em relação à prova testemunhal, sendo elas “condições de codificação, de retenção e de recuperação”, as quais podem interferir e caminhar para uma possível confusão em relação ao que de fato aconteceu, da forma que aconteceu e os detalhes ao redor.

Na mesma linha teórica, Lara Teles Fernandes (2020, p. 155) aborda que para que não existam erros irreparáveis, haja vista que o processo penal ainda não tem aparatos para lidar com a natureza maleável da memória humana, a prova testemunhal não deve ser usada como verdade real para provar o fato discutido no âmbito do processo, pois como anteriormente explicado, a memória humana está sujeita a falhas, mesmo que sem intenção. Portanto, aduz que os comportamentos e os objetivos, tanto da vítima, como do acusado e das testemunhas, devem ser levados em consideração no momento da formação da convicção do magistrado.

O Código de Processo Penal, em seu art. 210, parágrafo único, não disciplina a questão de falhas da memória dos depoentes. No entanto, versa sobre a situação dos depoimentos das testemunhas e possíveis influências de uma testemunha para outra quando fundamenta que:

Art. 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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008).

Tratando objetivamente da prova testemunhal, entende-se por testemunha a pessoa que tem conhecimento de algum fato importante ao processo, seja porque

presenciou ou soube do fato por intermédio de outras pessoas. Nesse contexto, vale ressaltar que Guilherme Nucci (2014, p. 371) não entende pelo cabimento das classificações estabelecidas para a testemunha, pois versa que “testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem”. Além disso, a testemunha deve agir pelo compromisso da imparcialidade e de sempre dizer a verdade, confirmando ou não a veracidade do fato ocorrido e discutido no processo.

A testemunha é uma pessoa em regra desinteressada da ação penal, mas que se propõe a depor, declarando o que sabe acerca do fato tratado. Assim, a prova testemunhal tem como principal objetivo o ingresso de questões desconhecidas ao processo, as quais não poderiam ser comprovadas por documentos ou peritos, somente ocorrendo a sua comprovação mediante a percepção de um terceiro (BRASILEIRO, 2019, p. 715).

Nesse contexto, para o melhor entendimento do trabalho, vale classificar as testemunhas. Dentre as inúmeras classificações plausíveis serão divididas em: presencial, indireta, referidas, abonatórias e informantes. Portanto, as testemunhas presenciais são aquelas que tiveram contato direto com o fato, presenciando o ocorrido. Já as testemunhas indiretas são aquelas que não presenciaram o fato, mas ouviram dizer sobre o ocorrido e por isso testemunha sobre fatos acessórios. As testemunhas referidas são as testemunhas que foram mencionadas por outras testemunhas como conhecedoras de algo sobre o ocorrido (LOPES JR., 2019, p. 467).

As testemunhas abonatórias são pessoas que não presenciaram e não sabem nada sobre o fato, somente tratam da conduta social do réu, desta forma, essas testemunhas são importantes no momento da aplicação da pena. Por fim, os informantes não seguem os mesmos procedimentos das testemunhas, visto que são pessoas que dissertam sobre a situação fática, mas sem o compromisso de dizer a verdade, assim, não podem responder por falso testemunho e seu depoimento deve ser valorado com cuidado e atenção pelo juiz (LOPES JR., 2019, p. 467).

Insta esclarecer que no tocante às testemunhas indiretas, estas podem gerar uma contaminação processual, pois não são testemunhas presenciais do fato, assim, a testemunha que deve ser valorada é a testemunha presencial. Por mais, resta claro que a testemunha indireta somente será ouvida à critério do magistrado, pois não há

como existir uma total clareza e conhecimento da situação fática abordada. Ademais, é imperioso tratar o risco que demonstra a oitiva desse tipo de testemunha durante o procedimento do processo, pois é um depoimento frágil e com pouca credibilidade, visto que se o depoimento de uma testemunha presencial pode ser contaminado, quando se trata de uma testemunha indireta esse risco aumenta.

A prova testemunhal tem algumas características principais, quais sejam: a judicialidade, visto que somente pode ser considerada prova testemunhal quando esta for produzida em juízo; a oralidade, haja vista que a prova testemunhal deve ser produzida verbalmente, mediante depoimento oral, na presença do juiz e das partes, salvo em casos descritos no CPP; a objetividade, pois a testemunha deve relatar os fatos ocorridos de maneira imparcial, sem emissão de juízo de valor ou opiniões; e a retrospectividade, pois a testemunha depõe sobre um fato que já aconteceu. (SCARANCA FERNANDES, 2010, p. 75).

O art. 202, do Código de Processo Penal diz que toda pessoa natural poderá ser testemunha. Ademais, o CPP ainda disserta que ninguém poderá se recusar a depor, salvo as exceções tratadas no art. 206, do mesmo dispositivo, como por exemplo, cônjuge, ascendente ou descendente, contudo, existe uma exceção nesse âmbito, que seria a situação em que não há outra forma de obter prova do fato. Por outro lado, versa ainda sobre pessoas que são proibidas de depor, conforme o art. 207, do CPP, o qual trata do sigilo profissional, contudo, o final do dispositivo permite que esses agentes possam depor caso estejam desobrigados pelo interessado (LOPES JR., 2019, p. 463).

Assim, como já exposto, qualquer pessoa pode ser testemunha, conforme fundamenta o próprio Código de Processo Penal, contudo para ser testemunha é necessário a capacidade física, ou seja, ser pessoa natural, visto que a testemunha pressupõe a memória, algo que foi visto por essa pessoa e agrega a ação penal. Insta salientar que a incapacidade jurídica nesse ponto não tem tanta relevância, pois tanto os menores de 18 anos, como os doentes e deficientes mentais podem depor no âmbito do processo penal (BRASILEIRO, 2019, p. 715).

3.3.1.1 A questão da declaração da testemunha e as formas de questionamento

Como já refletido anteriormente, a prova testemunhal é o meio probatório mais utilizado no cotidiano do direito processual penal brasileiro, deste modo, nota-se que as nuances que permeiam esse meio de prova devem ser trabalhadas de forma séria e coerente, por isso as condições para considerar essa prova confiável e munida de credibilidade não pode se fincar em mero achismo. Assim, a prova testemunhal é um meio de prova frágil, levando em consideração questões de falhas de memória, manipulações usuais e eventuais contaminações externas (LOPES JR., ROSA, 2019, p. 1).

É imperioso evidenciar que deve ser de conhecimento tanto do entrevistador, como de quem preside a oitiva, o lugar probatório da testemunha de forma singularizada, para que as perguntas sejam realizadas da melhor forma possível, de maneira organizada e clara para que não se permita falhas na memória ou confusão no momento da narrativa, deixando passar algum detalhe essencial para o encaminhamento do feito, logo, deve existir um estudo em relação a questões cognitivas da testemunha. Nesse sentido, espera-se a criação de uma linha de raciocínio para que as perguntas expressem o verdadeiro sentido e peso que deve ter uma prova testemunhal e que não haja indução ou coação, mesmo que sem intenção, no momento da realização dos questionamentos (LOPES JR., ROSA, 2019, p. 2).

Em observância aos fatores do depoimento, mais precisamente ao contexto da pergunta, visto que o contexto em que a testemunha está inserida muda completamente o sentido das perguntas, das respostas e da lembrança da testemunha em relação ao que de fato viu e compreendeu da situação fática tratada no processo. Nesse sentido, no momento da oitiva é importante que haja uma singularização do depoimento e observância à eventual espera de recompensa, a gratificação de responder o que era esperado, além de dificuldades cognitivas e memoriais. Destarte, deve-se questionar todo o contexto do fato delituoso, como a testemunha viu, de onde vinha, para onde ia, com quem estava, questões que fortaleçam uma semântica e não prejudiquem a prova testemunhal (ROSA, 2020, p. 744).

Antes da implementação do art. 212, caput, do CPP, após a reforma processual penal, era o magistrado quem formulava as perguntas para as testemunhas, mediante as indagações das partes, o que não respeitava o sistema acusatório trazido pela Constituição Federal de 1988, pois o juiz acabava por ser parte dentro do processo. Assim, conforme a mudança, as partes passaram a realizar as perguntas diretamente à testemunha, tendo o juiz a incumbência de garantir o devido processo legal e prezar pelas garantias fundamentais e constitucionais, ou seja, o juiz regulará as perguntas que serão realizadas, somente podendo fazer perguntas para esclarecer determinadas inconsistências (LOPES JR., 2019, p. 458).

Nessa senda, tanto a legislação como a doutrina entendem que depende da pergunta realizada ou da forma com que foi elaborada para que haja o induzimento às respostas. Nos casos em que ocorra um possível induzimento, haverá a presença do juiz, como garantidor do devido processo legal e das garantias fundamentais, para tomar as devidas providências. Portanto, a problemática das perguntas serem realizadas diretamente às testemunhas não implica diretamente um induzimento. Contudo, o induzimento nem sempre ocorre de forma direta e explícita, sendo assim, não necessariamente o juiz perceberá quando a pergunta implicar o induzimento e, por conseguinte, não tomará nenhuma medida (RAMOS, 2018, p. 40).

A despeito disso, vale dizer que existem formas mais sutis, não explícitas e indiretas de induzimento da testemunha, como a forma com que as perguntas são realizadas, o padrão de perguntas pré-estabelecido, a forma como o entrevistador aborda a testemunha e realiza os questionamentos, a indução de estereótipos, dentro outras questões que podem não ser percebidas de imediato pelo magistrado, mas que podem ocorrer e acabar interferindo no testemunho, não havendo uma explicitação de tudo como de fato aconteceu (RAMOS, 2018, p. 40).

Aury Lopes Jr. (2019, p. 469) reflete no sentido de que a objetividade do testemunho é ilusória, desta forma, o que o art. 213, do CPP dispõe não é possível levando em consideração questões psíquicas, no âmbito das memórias. O dispositivo supracitado aduz que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”, destarte que cada indivíduo tem sua carga emocional, de memórias e aparatos sensórias, por isso os estímulos sofridos remetem e são interpretados de formas diferentes para

cada pessoa. Além disso, existem variações conforme essa recordação seja solicitada ou espontânea, levando em conta a complexidade de uma oitiva e as formas de realização das perguntas, que são muitas vezes sugestivas, induzindo a determinadas respostas, sendo assim, extremamente manipuláveis.

3.3.1.2 A fragilidade e a valoração da prova testemunhal no processo penal

O valor atribuído a prova testemunhal no âmbito do processo penal brasileiro é um tema que deve ser tratado de forma cuidadosa, visto que, assim como explicitado anteriormente, a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado atualmente para embasar condenações penais, visto que é o meio de prova de mais simples acesso e em diversos casos o único meio de prova de uma determinada situação fática. Desta forma, como já observado, a prova testemunhal conta com uma carga de subjetividade, contaminações e possíveis falhas de memória, visto que é baseada na lembrança de um terceiro ou do próprio ofendido.

Nesse sentido, há que tratar da questão das generalizações, conforme defendido Lara Teles Fernandes (2020, p. 156):

As generalizações são enunciadas a respeito dos atos humanos, suas motivações e interações com o ambiente, as quais podem fundamentar-se em estudos científicos ou então no conhecimento de mundo cotidiano. As generalizações, sobretudo em argumentos não dedutíveis, possuem força justificatória oscilante e são derrotáveis.

Isto posto, é imprescindível tratar da generalização em relação a testemunha, a qual presta depoimento jurando contar a verdade. Nessa toada, é necessário que essa testemunha esclareça a verdade, sendo assim, que seu relato esboce, de fato, o evento tratado no processo, oportunizando a formação do convencimento do juiz e uma possível condenação. Desta forma, não se pode generalizar a veracidade da prova testemunhal, ou seja, no momento da prolação da sentença e de formação de convencimento do magistrado, deve ser levado em conta as nuances de cada caso concreto, a forma como foram realizados os questionamentos para a testemunha, como ela foi tratada, comportamentos e ações (FERNANDES, 2020, p. 157).

Ainda tratando da questão da generalidade, Vitor de Paula Ramos (2018, p. 48) argumenta que a crença existente em tudo que circunda a prova testemunhal, seja

de forma objetiva (coerência, segurança, não contradição), seja de forma subjetiva (características morais) é de que a prova testemunhal narra a verdade, narra a sua percepção da verdade. Sendo assim, o direito salienta que até que se prove o contrário a testemunha está relatando a verdade dos fatos.

Disserta ainda sobre jurisprudências no sentido de que um terceiro não iria depor contra uma pessoa caso esta não tenha cometido o delito imputado, contudo, existem mais assuntos para serem analisadas além do que claramente aconteceu, existem questões fora do controle da pessoa que está testemunhando, as quais podem não ser conscientes por parte desse agente, as quais perpassam o entendimento e a possibilidade de reconhecimento pelo magistrado no momento em que é realizada a oitiva da testemunha (RAMOS, 2018, p. 48).

O juiz, por conta do seu livre convencimento motivado, pode valorar a prova testemunhal da forma como entender melhor para o processo, claro que observando as demais provas produzidas e levando em conta eventuais peculiaridades. Assim, existem situações em que os testemunhos serão suficientes para uma condenação e vezes em que não serão, podendo ser quantos forem, desde que sejam analisados outros meios de prova existentes. Portanto, entende-se que o magistrado é livre para valorar aquela prova testemunhal, desde que os critérios de credibilidade e confiabilidade sejam respeitados e analisados (MOREIRA, 2014, p. 1).

Nessa seara, pode-se dizer que o delito cometido e o qual é tratado pela testemunha pode gerar certa emoção nela e conseqüentemente no que está sendo relatado, visto que a tendência da mente humana, primordialmente, é lembrar dos sentimentos e emoções sentidas no momento do ocorrimto do fato. Desta forma, acaba por deixar em segundo plano o que de fato interessa e é de extrema importância no que concerne ao processo penal, sendo assim, a memória cognitiva, determinados detalhes do momento em que se deu o fato, detalhes estes que não estejam contaminados por questões adversas (LOPES JR., DI GESU, p. 102).

De mais a mais, a prova testemunhal tem um caráter frágil, podendo ser prontamente manipulável, assim como justifica Aury Lopes Jr. e Mariana Seger (p. 5):

Seja por ser integralmente subjetiva, seja por ser facilmente manipulável, a prova testemunhal tem natureza extremamente frágil, sendo o que melhor caracterizaria as lembranças a que alude o relato testemunhal a sua

particularidade porosa e permeável, haja vista que delas podem fugir, com certa facilidade, imagens e informações, bem como podem surgir os mesmos elementos, de uma origem incerta, para se correlacionar com os fatos (ou objetos) percebidos no momento em que esteve a testemunha diante da cena de um – suposto – crime.

Alexandre Morais da Rosa (2020, p. 719) arrazoar no sentido de que o depoimento da testemunha somente é dito como presumidamente verdadeiro para pessoas ingênuas e que o discurso de que “a testemunha não teria motivos para mentir” é um discurso que encontra suas raízes na tradição, contudo com o avanço das ciências cognitivas esse discurso perde o seu valor. A evolução da ciência cognitiva aborda que a testemunha pode mentir dolosamente, ou seja, com intenção, ou de forma culposa, sem a intenção. Ademais, pode não mentir, acreditar que trata da verdade, o que de fato não acontece, visto que a memória humana não assimila e fixa os acontecimentos da forma exata como aconteceu.

Assim, resta claro que a valoração do magistrado, no que concerne a prova testemunhal deve ser efetivada com extrema cautela, analisando todas as circunstâncias que envolvem tanto o momento em que ocorreu o delito como o momento em que a testemunha está narrando o acontecimento, haja vista que a memória humana é falha, pode ser facilmente contaminada e manipulada, seja de forma predeterminada ou de forma espontânea, por fatores adversos que transformam uma realidade de uma memória em outra.

Há de tratar brevemente da qualificação das declarações, em que existe o questionamento se a testemunha ocular (a que de fato viu a situação fática histórica) deveria ter um tratamento diferenciado em relação a testemunha de ouvir dizer (a que não viu a situação fática histórica e somente soube de detalhes do ocorrido por terceiros). Nesse sentido, questiona-se se a preparação para realizar as perguntas e até mesmo as perguntas não deveriam ser diferentes, versados de forma distintas pelo questionador, visto que questões de perspectiva de local, distância, ambiente e variáveis pessoais devem sempre ser levadas em consideração nesses momentos (ROSA, 2020, p. 734).

Nesse sentido, o receio é no sentido de que a testemunha deve narrar o que viu, sentiu ou ouviu de forma clara e detalhada, ou seja, a percepção do momento ou a informação absorvida. Desta forma, a riqueza de detalhes de uma testemunha ocular é maior do que a de uma testemunha de ouvir dizer, sendo assim, os relatos devem

ser fragmentados. No mais, quando uma narrativa é muito completa, cheia de detalhes muito bem trabalhados, pode ter ocorrido um aumento de informações em relação ao que realmente aconteceu, procurando uma perfeição no relato, o que pode ser o que se espera e precisa, mas se mostra um risco, pois passa a se tratar de uma história e não a situação fática. Assim, deve o juiz se atentar ao contexto e as linguagens não verbais, acompanhando o trajeto da testemunha, sua forma de apresentação e qualificação (ROSA, 2020, p. 734).

3.3.1.3 Questões de credibilidade, confiabilidade e qualidade da prova testemunhal

Após a finalização da fragilidade e valoração da prova testemunhal é importante dissertar sobre as questões da credibilidade e confiabilidade desse meio de prova. Como anteriormente tratado, a prova testemunhal tem uma característica subjetiva, visto que é um meio de prova exclusivamente dependente da memória humana e das impressões que essa pessoa (testemunha) se recorda da situação fática abordada, como ela interpretou o que aconteceu e como passará isso quando for questionada. Além disso, a prova testemunhal tem uma questão muito delicada que a envolve, a facilidade de manipulação e contaminação, seja de forma direta e incisiva, ou forma indireta e espontânea, inclusive sem intenção.

O art. 203, do CPP discorre no sentido do juramento que a testemunha realiza de falar a verdade, sob palavra de honra. Assim, alude o dispositivo:

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.

Todavia, esse compromisso prestado pela testemunha não é suficiente para avaliar a credibilidade e confiabilidade do seu testemunho, ainda que a legislação trate como suficiente e eficiente, visto que o fator má-fé e a situação de uma falha de memória não podem ser desconhecidos e devem ser cogitados durante a oitiva da testemunha (FERNANDES, 2020, p. 213).

Nessa senda, a atividade sensorial, isto é, a percepção que o indivíduo tem de determinada situação, pode variar de indivíduo para indivíduo como também pode variar em relação ao mesmo indivíduo. As variações ocorrem, pois, a percepção de determinada situação depende tanto de razões fisiológicas como do meio em que aquele indivíduo se encontra inserido. Então, as informações que são armazenadas na memória podem sofrer diversas influências, podendo acontecer modificações e não necessariamente mostram a realidade do fato, questionando, portanto, a credibilidade do testemunho (DI GESU, 2014, p. 104).

No que concerne a credibilidade da prova testemunhal, por todas as características expostas e os riscos, pode-se entender que essa credibilidade e confiabilidade não deve ser presumida de imediato, por mais que seja transparecida uma racionalidade e afirmações verdadeiras, a sua adesão deverá sempre ser discutida, deverá sempre ser analisada de outras formas e sempre levada ao mérito da controvérsia e do que foi entendido como verdade processual (SEGER, LOPES JR., p. 4).

Ademais disso, será posteriormente abordado que por mais que a testemunha realize o juramento de somente falar a verdade, que tenha coerência durante o seu testemunho, que aborde somente questões relacionadas à situação fática tratada, o seu depoimento não necessariamente será verdadeiro em relação ao fato histórico ocorrido e ainda que seja uma aproximação dos fatos, não será completo, pois existem diversos fatores desencadeantes da memória, podendo até reproduzir fatos imaginários produzidos da sua memória e pior, com a maior convicção de aquele fato imaginário ocorreu na realidade (SEGER, LOPES JR., p. 4).

Vale esclarecer ainda em relação a credibilidade do testemunho, sobre o elemento do interesse coletivo no tocante ao fato ocorrido. Diversos fatores consequentes são observados, como a memoriabilidade e a fidelidade, ambos relacionados com a recordação exata dos fatos ocorridos ou da reprodução exata do que soube ou ouviu, e a sinceridade. Nesta senda, são criados critérios não muito confiáveis para valoração ou não do depoimento de uma testemunha, depoimentos considerados poucos confiáveis por serem contraditórios e não seguirem uma lógica não necessariamente são depoimentos falsos, pois a memória e a lembrança não funcionam de forma clara e expressa, da mesma forma que o contrário também não é regra, por isso, a prova testemunhal deve ser tratada com cautela (NUCCI, 2005).

Assim sendo, Morais da Rosa (2020, 9. 719) traz como solução a não credibilidade imediata, segundo o qual a credibilidade e a confiabilidade do testemunho não devem vir a priori, salientando que antes deve haver um bom motivo para levar em consideração a narrativa relatada. Logo, entende que a concordância com o relato da testemunha deve vir após a análise de outras provas, de outras formas de valorar aquele testemunho e não o tratar como verdadeiro desde o início. Destarte que mesmo após não há como dizer com toda a certeza de que a prova testemunhal é verdadeira, isso nunca ocorrerá, mas ela deve ao menos ser verdadeira processualmente, caso contrário há o princípio da presunção de inocência.

A temática da credibilidade da prova testemunhal no processo penal brasileiro é algo de extrema importância tanto para o magistrado como para as partes e seus representantes, pois a prova testemunhal é pura presunção, podendo ser facilmente manipulada, contaminada e mal interpretada, visto que trata de uma prova subjetiva, dependente de processos mnemônicos e de percepção, se mostrando deveras complexo. Desse modo, podendo ser entendida como uma prova até superficial ao que concerne a situação fática histórica ocorrida, pois são diversas as falhas que podem acontecer, como também as incoerências, possuindo caráter intencional ou não. Ademais, a percepção de uma falha é de extrema dificuldade por parte do magistrado, principalmente quando não há intenção (SEGER, LOPES JR, p. 4).

De mais a mais, em relação a confiabilidade, diferentemente da credibilidade, possui um caráter objetivo, a qual versa sobre a própria narrativa da testemunha durante a sua oitiva, não importando quem faz esse relato. Isto posto, insta salientar que o principal elemento da confiabilidade é a coerência, haja vista que deve existir uma coerência sobre o que está sendo disposto no testemunho e nas provas acostadas aos autos. Ademais, a coerência é dividida em coerência consistência, coerência plausibilidade e coerência completude (FERNANDES, 2020, p. 224).

A coerência consistência trata dos pontos de contradições das informações trazidas pela testemunha. Neste ponto, para que haja coerência consistência é necessário que não existam contradições internas, não obstante, vale dizer que um testemunho que venha a ter algumas contradições não deve ser imediatamente descartado e não valorado, pois o decurso do tempo pode alterar determinados detalhes, os quais não são de importância no âmbito do processo, assim como um testemunho sem

contradições não necessariamente é um testemunho de extrema confiança (FERNANDES, 2020, p. 224).

Por outro lado, a coerência plausibilidade trata no sentido da correspondência do que foi declarado pela testemunha e o entendimento de mundo e noções gerais do magistrado ou com as “noções culturais do homem médio”. Contudo, na mesma linha teórica do item anterior, não necessariamente uma extrema ou até boa noções gerais de mundo signifique que o testemunho é confiável. Portanto, outros critérios devem ser levados em consideração no momento da valoração do testemunho, como noções de distância da testemunha do ocorrimto do delito, posição em que se encontrava, questões de luz do local, horário e afins (FERNANDES, 2020, p. 225).

Ao que se refere a coerência completude, esta requer que no testemunho seja tratado e relatado detalhes e elementos essenciais da situação fática, ou seja, que seja abordado, sempre que possível, motivo, objetivo, ações tomadas e consequências ocorridas, com intuito de que as declarações tenham fundamentação e possam contribuir com o deslinde do processo. Destarte, insta salientar que dos três esse é o critério mais aberto, então a sua flexibilização é maior, pois nem sempre a testemunha conhece de motivos, objetivos e o que aconteceu após, sendo assim as informações não seriam confiáveis, seriam mera dedução e achismo (FERNANDES, 2020, p. 226).

Nesse trilhar, para que haja confiabilidade nas declarações opostas pela testemunha é necessário que de alguma forma essa narrativa seja compatível com as provas acostadas aos autos, ou seja, essa compatibilidade trata que não devem ocorrer contradições externas com os outros elementos probatórios. Nesse sentido, o magistrado deve ter cautela no momento da análise tanto das demais provas dos autos como da prova testemunhal incompatível, pois podem existir situações em que a incompatibilidade se dê por conta de uma falha na prova testemunhal como podem existir situações em que a incompatibilidade se dê em uma errônea produção de outro meio de prova (FERNANDES, 2020, p. 227).

Diante o exposto, entende-se que a prova testemunhal nunca será de plena confiança e credibilidade, visto que é um meio de prova completamente subjetivo. Contudo, existem formas de se encaminhar o testemunho, de questionar o

declarante para que as chances de ocorrência de falhas de memória, como por exemplo as falsas memórias, de manipulação, seja ela dolosa ou culposa e até contaminações externas, com outras situações da vida, não aconteçam.

Nesse sentido, o entendimento em relação as falsas memórias mostram-se de uma importância abismal, pois nem sempre é levado em consideração nos casos concretos, no entanto, a sua ocorrência é de enorme prejuízo no processo penal. As falsas memórias podem ocorrer com qualquer pessoa, inclusive testemunhas durante a oitiva, e o seu fator precipitante pode se dar por inúmeros motivos, seja por uma má condução do procedimento interrogativo, com perguntas mais sugestivas (o que em todo caso ocorre durante a produção de prova testemunhal, a julgar pelo sistema inquisitivo enraizado no âmbito processual) ou até com situações pessoais anteriores.

4 AS FALSAS MEMÓRIAS

O que toca um dos pontos centrais dessa pesquisa, as falsas memórias, o seu estudo e compreensão são de extrema relevância para o aperfeiçoamento e pleno entendimento da problemática proposta. Insta salientar que o fenômeno das falsas memórias interfere diretamente no processo penal, em relação aos feitos criminais, pois não há a facilidade em identificar uma falibilidade da memória durante a oitiva de uma testemunha, e como já visto antes, a prova testemunhal é o meio probatório mais utilizado nos dias de hoje como forma de condenação penal.

Sendo assim, a prova testemunhal, a qual se baseia na memória de um determinado indivíduo sobre o cometimento de um crime, possui a sua base na lembrança da testemunha sobre o fato, então, viabilizando a reconstrução do delito, em busca da verdade dos fatos. Nesse intelecto, há que tratar que em regra a prova testemunhal é valorada com alto grau de credibilidade e confiabilidade, principalmente nos casos em que não há outros meios de prova da existência e autoria do crime, sendo, portanto, inúmeras vezes utilizada como o único meio probatório, de forma a sustentar e embasar a condenação do acusado.

Nesse interim, a valoração da prova testemunhal encontra sua base na certeza do pleno funcionamento da memória. No entanto, resta claro e comprovado que a memória humana é falha, existindo diversas formas de modificá-la ou até criar uma memória não existente, seja com ou sem intenção. Nesse sentido, a prova testemunhal é valorada sem observância às possíveis contaminações dessa lembrança e a falibilidade da memória, o que em outras palavras significa dizer que esse meio de prova é utilizado sem aplicação dos devidos cuidados e procedimentos necessários para evitar as interferências naturais relativas ao armazenamento da memória.

Portanto, a intenção da pesquisa proposta é o melhor entendimento em relação ao fenômeno das falsas memórias, explicitar de que forma ocorrem, como e se é possível identificar quando se está diante de uma falsa memória, como também as suas eventuais consequências para o processo penal. Além disso, analisar a possibilidade de técnicas para diminuir a probabilidade de seu aparecimento, sem,

contudo, pretender dissuadir ou extinguir a prova testemunhal, mas sim pleitear o seu tratamento com maior atenção, cautela e cuidado.

4.1 A MEMÓRIA E O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Primordialmente, mostra-se importante a realização de uma breve elucidação sobre a memória, o seu entendimento e funcionamento. Desta forma, a memória humana pode ser entendida como um complexo mecanismo que retém informações, conhecimentos e experiências vividas ao longo da vida do indivíduo, as quais são fixadas, retidas e que podem ser evocadas por meio de um processo mnemônico. Nesse sentido, Iván Izquierdo (2014, p. 13) conceitua memória como:

“Memória” significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se “grava” aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido.

Podemos afirmar, conforme Norberto Bobbio, que somos aquilo que recordamos, literalmente. Não podemos fazer aquilo que não sabemos, nem comunicar nada que desconheçamos, isto é, nada que não esteja na nossa memória. Também não estão a nossa disposição os conhecimentos inacessíveis, nem formam parte de nós episódios dos quais esquecemos ou os quais nunca atravessamos. O acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é: um indivíduo, um ser para o qual não existe outro idêntico.

Por conseguinte, percebe-se que o conteúdo armazenado na memória de um determinado indivíduo acaba o moldando à sua maneira, fazendo-o ser único, pois o que se encontra retido na memória de um sujeito é algo pessoal. Não obstante, a lembrança constante na memória é relativa à percepção que aquela pessoa teve dos fatos de uma determinada situação vivida, informação colhida ou conhecimento aprendido. Sendo assim, uma mesma situação pode ser entendida de maneiras diferentes por pessoas diferentes, e conseqüentemente, a lembrança retida na memória e posteriormente evocada poderá conter divergências expressas.

O funcionamento da memória consta com três processos mnemônicos, a aquisição, a retenção e a evocação. Desta forma, a aquisição se caracteriza pela entrada de um evento qualquer nos sistemas neurais ligados à memória. Além disso, na aquisição ocorre uma espécie de seleção, em que o sistema da memória somente permite a aquisição de alguns aspectos mais marcantes, priorizados por algum

motivo. Já a retenção se caracteriza pelo armazenamento desses aspectos selecionados, os quais ficam disponíveis para lembrança. Por fim, a evocação se caracteriza por permitir o acesso aos eventos selecionados e armazenados, possibilitando a sua evocação e exteriorização.

Ademais, essas lembranças ficam armazenadas por um determinado período, podendo ser por pouco ou por muito tempo, e que com o passar dos anos pode haver a perda de parte ou até da totalidade desses eventos adquiridos, o que em outras palavras se diz ser o processo de esquecimento, conforme trata Caroline Navas Viana (2018, p. 1042):

As recordações estão em constante transformação e, com frequência, os fatos vivenciados são esquecidos, mesmo que tenham ocorrido poucos minutos atrás. Esse fenômeno de esquecimento é fisiológico, sendo, sobretudo, uma função adaptativa, na medida em que permite o bloqueio de excesso de informação inútil e a não recordação contínua de momentos dolorosos, humilhantes ou aterrorizantes.

Em síntese, a memória humana não é como uma máquina, onde é possível um armazenamento eletrônico, ou seja, determinados diálogos ou até imagens podem ser perdidas ou trocadas por novas memórias e isso acontece por vários motivos, seja passando uma situação traumática ou por mera questão de importância no momento. Isto posto, quando uma pessoa tem uma lembrança de determinada situação ou de uma outra pessoa, não se pode dizer que a lembrança é extremamente clara, como se fosse uma fotografia, essa recordação é uma nova versão (fruto da mente da pessoa que reproduz aquela cena). Portanto, não reproduzindo em totalidade a realidade, sendo desta forma, um meio restrito que com o tempo tende a mudar ainda mais (DAMÁSIO, 2012, p. 105).

Por fim, o conteúdo armazenado na memória é oriundo da percepção particular de um sujeito sobre uma determinada situação, não oportunizando a reprodução exata dos fatos, mas sim uma representação aproximativa. Nesse contexto, pode-se falar que a memória armazenada tem uma relação direta com a “potencialidade na percepção dos estímulos”, ou seja, a interpretação de um fato pode se relacionar tanto com questões momentâneas, emoções derivadas do momento, como também com questões fisiológicas do ambiente (luminosidade ou horário), como também por questões pessoais do sujeito, dependendo do momento de sua vida. Logo, existem diversos fatores que podem interferir no pleno funcionamento da memória, sendo a sua garantia de veracidade algo relativo e questionado (VIANA, 2018, p. 1042).

Diante de todo o exposto em relação à memória, mostra-se de extrema importância uma breve conceituação sobre o fenômeno das falsas memórias. Deste modo, as falsas memórias são caracterizadas, por Cristina Di Gesu, como a “recordação de fatos nunca ocorridos e inflação da imaginação a partir de fatos vivenciados”, em outras palavras significa dizer que são memórias relativas a eventos que não ocorreram ou que até ocorreram, mas não da forma que é lembrada pelo sujeito, seja por uma interpretação errônea de uma determinada situação, por sugestão externa ou questões internas do próprio sujeito, relacionadas com o momento vivido, a emoção sentida, dentre outras.

De forma mais simples, as falsas memórias são “lembranças de fatos, lugares, pessoas, e eventos que nunca ocorreram ou que ocorrem de forma diversa, em decorrência das transformações naturais que a memória humana sofre nesses processos mnemônicos”. Consoante, resta clara a importância do estudo sobre o tema, suas prerrogativas, formas de aparecimento, situações mais prováveis e consequências, haja vista que é um fenômeno próprio do funcionamento saudável da mente. No mais, defraudações da memória estão presentes no cotidiano das pessoas, sem que haja maiores prejuízos. Contudo, quando analisado em âmbito jurídico, a sua presença causa consequências ao ordenamento maior, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais (VIANA, 2018, p. 1.044).

Ainda em relação ao fenômeno das falsas memórias, em contexto histórico, diz-se que os primeiros estudos sobre o tema foram conduzidos por Alfred Binet (1900), na França e abordavam sempre uma sugestionabilidade da memória, ou seja, a ideia de que o falseamento da memória seria consequência da incorporação de uma informação falsa fornecida e a sua influência na memória de quem a recebe. Por conseguinte, houve a categorização dessa sugestão da memória em falsas memórias espontâneas e falsas memórias sugeridas, em que as espontâneas são advindas de questões internas do próprio indivíduo e as sugeridas são advindas de influências ou interferências externas ao indivíduo (NEUFELD, BRUST, STEIN, 2017, p. 23).

Posteriormente, a autora e psicóloga americana Elizabeth F. Loftus (1970) introduziu um novo procedimento no estudo das falsas memórias, o qual foi chamado de “Procedimento de Sugestão de Falsa Informação ou Sugestão”. O supracitado

procedimento versa no sentido de que o aparecimento, sendo de forma diretamente sugestiva ou não, de uma nova informação em relação ao fato tratado pode interferir na codificação de uma memória e conseqüentemente na sua evocação, bem como na recuperação de uma outra memória. Desta forma, entende-se que a memória de um fato poderia ser distorcida caso fosse disponibilizada uma nova informação sugestiva e falsa, desde que similar com a informação verdadeira anteriormente armazenada (NEUFELD, BRUST, STEIN, 2017, p. 24).

Na continuidade sobre os estudos realizados por Loftus, foi observado que a possibilidade de sugestionabilidade da memória e todas as situações que envolvem a memória de uma situação fática são questões delicadas e que merecem diferenciada atenção. Apesar disso, tanto uma informação falsa como a desinformação são capazes de modificar a memória de um acontecimento, o que se fundamenta no fato de que a memória é mutável, permitindo então, alterações e reconstruções, além do fenômeno do esquecimento, podendo ocorrer modificações em afazeres simples do cotidiano, seja conversando com outra pessoa, lendo um livro, assistindo um programa de televisão ou respondendo questionamentos do magistrado ou da autoridade policial (DI GESU, 2014, p. 133).

Deveras, percebe-se que a existência e o aparecimento das falsas memórias fazem parte do cotidiano da humanidade, sendo um fenômeno capaz de introduzir graves conseqüências no âmbito jurídico, ao sentido de justiça e garantia dos direitos do acusado. Portanto, ao passo em que ficou esclarecido o funcionamento da memória, o conceito, funcionamento básico e tipos das falsas memórias, é imperioso tratar especificamente sobre a ocorrência das falsas memórias, se é como podem ser identificadas, a sua suscetibilidade, possibilidade de sugestão, relação com a emoção e possíveis fatores desencadeantes, para que assim, haja um maior entendimento em relação a proposta da presente pesquisa.

4.2 A OCORRÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS

O falseamento da memória pode ocorrer tanto por uma falha na interpretação de uma informação obtida, como por uma falsa sugestão disponibilizada por um terceiro

ao sujeito, como também por questões internas pessoais relativos à eventos passados vividos pelo indivíduo, o qual encontra limite na familiaridade que o indivíduo tem com esse acontecimento. Nesses termos, Gustavo Ávila (2013, p. 111) disserta que as falsas memórias:

Podem ocorrer de duas formas: procedimento de sugestão de falsa informação, que consiste na apresentação de uma informação falsa compatível com a experiência, que passa a ser incorporada à memória sobre esta vivência. Já as falsas memórias, que serão geradas espontaneamente, resultam do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas. Os acontecimentos, passados na vida de uma pessoa, podem influenciar na formação de memórias falsificadas.

Nesse sentido, como brevemente explicitado, divide-se as falsas memórias em dois tipos, quais sejam as espontâneas e as sugeridas. A falsa memória espontânea é caracterizada pela alteração de uma memória advinda do próprio funcionamento da memória, ou seja, o seu fator precipitante se relaciona com a interpretação errônea da situação ou por uma interferência interna, logo, nesse tipo de falsificação da memória não há contaminações externas. Por outro lado, a falsa memória sugerida é caracterizada pela modificação de uma memória em um momento posterior ao ocorrimto do fato, ou seja, depois de um tempo em que ocorreu o evento há a sugestão de uma falsa informação ao indivíduo, o qual a aceita e incorpora aquela informação inverídica como parte da memória original daquele fato (NEUFELD, BRUST, STEIN, 2017, p. 25).

Nessa mesma lógica, Aury Lopes Jr. (2014, p. 1) coaduna do mesmo pensamento quando aduz que:

Também se deve compreender que a falsa memória pode nascer de uma confusão mental, de uma informação inicial verdadeira, mas que sofre uma poluição em decorrência de um processo de mistura com o imaginário, gerando uma confusão de dados por parte do sujeito, que passa a tomar como verdadeiro o fato distorcido.

Com isso, depreende-se que a memória é suscetível a diversas influências e que a sua reprodução pode não ser exatamente a situação fática ocorrida, pois, como visto, há a possibilidade de modificação de uma memória por inúmeros fatores, tanto internos como externos, inclusive os fatores diretamente ligados à percepção momentânea e emotiva do próprio sujeito no momento em que acontece a situação fática e as percepções de outras pessoas em relação ao mesmo fato. Posto isto, insta ressaltar que todo o processo de ocorrimto das falsas memórias é inconsciente para o sujeito, então, a sua descoberta é de extrema dificuldade.

Em relação a identificação da ocorrência de falsas memórias, salienta-se que é de difícil reconhecimento. Em que pese a memória não seja a verdade fática da situação, uma vez que ocorre o fenômeno das falsas memórias o agente tem a sensação real de que aquele fato aconteceu da forma como aparece em sua memória. Assim, tudo o que o indivíduo relata é baseado em sua perspectiva de realidade, não há como identificar, de forma objetiva e simples, a diferença entre uma falsa memória e a realidade do fato. Cumpre esclarecer, que o agente chega a sofrer com a lembrança daquela situação, visto que acredita que está relatando a verdade dos fatos, por isso a identificação do que efetivamente ocorreu para o que são somente traços de uma memória contaminada é extremamente complexa (LOFTUS, 1997, p. 7).

Por esse ângulo, Elizabeth F. Lotus (2010, p. 7) trata:

Falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas de outros. Durante o processo, os indivíduos podem esquecer a fonte da informação. Este é um exemplo clássico de confusão sobre a origem da informação na qual o conteúdo e a proveniência da informação estão dissociados.

A confusão relativa à origem da informação, a qual permitiu a criação de falsas memórias, pode ocorrer tanto de forma espontânea, pela interpretação errônea ou uma falta de compreensão, relativas à situação fática, que se fundamentam na distorção mnemônica endógena, como por sugestão externa pelo fornecimento de uma falsa informação, a qual possui similaridade com a situação ocorrida. Fato é que ambas as formas de surgimento de falsas memórias obtém o resultado de suprimir as verdadeiras lembranças, substituindo-as ou modificando-as, de forma que o agente que as possui não perceba, o que fundamenta a dificuldade com que seja detectada (NEUFELD, BRUST, STEIN, 2008, p. 540).

Desta forma, levando em consideração a dificuldade na identificação e percepção das falsas memórias e com base nos estudos propostos por Elizabeth F. Loftus, nota-se que existem determinados fatores potencializadores da criação de falsas memórias, como o tempo, a idade, a emoção, o contato com terceiros ou com outras testemunhas, a sugestibilidade dos questionamentos e até a cobertura midiática. Nesse sentido, mostra-se necessário destrinchar, nesse momento, alguns desses fatores, enquanto outros serão abordados em momento posterior, analisando as

formas como permitem o falseamento da memória, com intuito de buscar a melhor forma de dirimir esse fenômeno.

Um fator importante a ser analisado é o tempo, o qual permite que a lembrança de uma determinada situação se perca com o passar dos anos, abrindo possibilidade para a implantação de uma falsa informação no lugar da verídica. Por meio da sugestibilidade externa, a informação não condizente aos fatos concretos, por ser mais recente, acaba por prevalecer sobre a lembrança enfraquecida por conta do declínio do tempo. De outro lado, existe o fator da idade, em que, segundo Loftus, determinadas pessoas estão mais suscetíveis ao falseamento da memória do que outras, assim, tratou que geralmente as crianças são mais suscetíveis às falsas memórias, ao passo em que os idosos são os menos suscetíveis (FERNANDES, 2020, p. 231).

Um ponto importante para ser tratado em relação a ocorrência das falsas memórias é que a presença de maior quantidade de detalhes durante o relato não deve presumir a existência ou não de falsificação da memória. Nesse sentido, Loftus aduz que ainda que a testemunha traga detalhes do ocorrido, o seu testemunho pode ser inverídico devido ao grau de sugestibilidade ao qual foi submetida. Portanto, a riqueza de detalhes não necessariamente significa uma falsa memória, inclusive porque o indivíduo acredita naquela lembrança, que foi modificada e por isso contém resquícios da verdadeira lembrança ou foi uma interpretação equivocada no momento, a qual também conta com as lembranças relativas ao fato (FERNANDES, 2020, p. 232).

O mesmo pode-se falar em relação ao nível de confiança mostrada pelo depoente durante a sua narrativa. Assim, com a mesma fundamentação, percebe-se que a confiança está ligada também com a sensação de veracidade e confiabilidade em sua memória evocada, a qual também depende do grau de sugestibilidade que lhe foi apresentado. Nesses termos, importante contextualizar com as considerações feitas por Caroline Navas Viana (2018, p. 1.047), em relação ao reconhecimento:

a certeza da testemunha sobre quem está reconhecendo não necessariamente está ligada com a verdade, ante sim, está relacionada com a percepção que foi se tornando mais precisa pelas evocações contínuas da imagem do possível suspeito. Suspeito que não necessariamente é o autor do crime, tratando-se, muitas vezes, de um inocente que, em decorrência de alguma sugestão no processo de reconhecimento, fez com que a

testemunha imiscuisse sua imagem com a do verdadeiro criminoso, e passasse a recordá-la no lugar deste, até se tornar uma certeza.

Outro fator tratado é o da cobertura midiática e a criação de falsas memórias. Sobre o tema, Cristina di Gesu (2014, p. 184) diz que é “inegável que as notícias postas nos jornais após o acontecimento do delito, devido à sua carga de sensacionalismo e emotividade, acabam por influenciar as pessoas envolvidas no cenário jurídico de um determinado processo”. Deste modo, as informações dispostas pela mídia podem contaminar as testemunhas, permitindo a ocorrência de falsas memórias e modificando a lembrança verídica do delito, visto que as informações são expostas de maneira massacrante e muitas vezes defasadas de completude, em que o interesse maior, em regra, não é a solução do delito, mas sim a atenção em volta do delito, no pioneirismo da narração da situação fática e na exposição de possíveis culpados.

Após breve explicação em relação a ocorrência de falsas memórias, os seus possíveis fatores precipitantes e a forma como permitem o falseamento da memória, mostra-se importante versar sobre a relação existente entre a emoção e as suas interferências no funcionamento da memória, na aquisição, retenção e evocação da lembrança e as consequências que isso acarretam no âmbito jurídico, tanto no momento de colheita da prova testemunhal e a emoção relativa ao momento do delito, como a emoção ligada à própria colheita, aos questionamentos feitos por uma autoridade e o impacto que isso pode causar na memória.

4.2.1 A emoção e as falsas memórias

Quando se fala em relação ao fenômeno das falsas memórias, existem diversas situações, chamadas de fatores desencadeantes, que propiciam a criação dessas memórias falseadas, as quais podem modificar uma lembrança ou até criar uma memória que antes não existia. No mais, podem ter caráter diretamente sugestivo ou não, além da possibilidade de a sugestão ser externa ou interna. Impera salientar que em se tratando de um fenômeno diretamente ligado ao corpo humano e as suas nuances, juntamente com a psicologia, a cognição e a sua relação com o direito, não

poderia deixar de versar acerca da emoção e a sua interferência na memória humana.

Assim sendo, Gustavo Rohenkohl, Carlos Falcão de Azevedo Gomes, Ronie Alexandro Teles da Silveira, Luciano Haussen Pinto e Renato Favarin dos Santos (2017, p. 88) versam que “atualmente as emoções são definidas como coleções de respostas cognitivas e fisiológicas acionadas pelo sistema nervoso que preparam o organismo para comportar-se frente a determinadas situações”. Nesse sentido, entende-se que as emoções podem propiciar comportamentos diversos em relação às situações impostas ao agente e que existe uma relação entre emoção, cognição e comportamento.

Outrossim, pesquisas apontam que eventos com uma maior carga de sentimentos podem interferir na aquisição, no armazenamento e na posterior evocação de uma memória. Não obstante, ainda que haja maior facilidade de recordação e exteriorização, com riqueza de detalhes, em eventos emocionais do que nos eventos não emocionais, há também maior probabilidade de incidência de falsas memórias nesses eventos, contando da mesma forma, com uma narrativa detalhada. Logo, por mais fácil que seja a lembrança dos eventos emocionais, estes não estão livres de contaminações, interpretações dúbias, sugestões e até distorções (ROHENKOHL, GOMES, SILVEIRA, PINTO, SANTOS, 2017, p. 88).

No mesmo sentido, Laura Spinney (2003) aduz que:

Diversas novas linhas de evidência sugerem que a interação entre a memória e a emoção é mais complexa do que se imaginava. Emoções poderosas, ao que parece, reforçam e enfraquecem as memórias reais. Nós podemos ser aptos a degradar ativamente memórias dolorosas. E as memórias falsas, uma vez aceitas, podem elas mesmas trazer fortes emoções e substituir as reais.

Portanto, eventos emocionais, quando em níveis moderados, auxiliam no processo de aquisição, permitindo o armazenamento da memória de forma mais simplificada, ainda que possibilite também, de forma mais simples, a ocorrência de falsas memórias. Contudo, quando o evento consta com um nível extremo de emoção o efeito não é o mesmo, ao contrário, nesses casos prevalece a falta de atenção e de concentração e os processos de cognição e comportamento são prejudicados. Desta forma, os processos mnemônicos não são realizados nem de forma habitual e muito

menos simplificados, em verdade, a memória retida produz uma lembrança ainda pior (VIANA, 2018, p. 1043).

Nesse azo, uma questão problemática versa no sentido de que os eventos emocionais permanecem por mais tempo armazenados no cérebro e que o processo de esquecimento se realiza primeiro nos detalhes não emocionais. Assim, nos casos em que há um alto nível de emoção em uma situação fática, não havendo um armazenamento eficiente da memória, os detalhes periféricos, os quais são apagados primeiramente, seriam as memórias mais importantes, necessárias para a melhor percepção do que de fato ocorreu, pois contam com o processo mnemônico normal (VIANA, 2018, p. 1043).

No mais, é importante evidenciar que para além da relação entre emoção e memória, existe a relação entre emoção, memória e humor, em que o estado de humor pode influenciar no pleno funcionamento dos processos mnemônicos de formação da memória. Desta forma, encontra-se a diferença entre os institutos da emoção e do humor na linha de que a emoção induz uma ação imediata e específica, ao passo em que o humor estimula um padrão geral de comportamento, além de permanecer por um período de tempo maior. No entanto, ambos os institutos trazem consequências para a aquisição de uma determinada memória (ROHENKOHL, GOMES, SILVEIRA, PINTO, SANTOS, 2017, p. 92).

Nesse mesmo sentido, Cristina di Gesu (2014, p. 145) disserta sobre o fenômeno da *memória congruente com o humor*, definido como “a tendência de codificar ou recordar materiais quando nos encontramos em estado afetivo consistente com a valência afetiva desses conteúdos”. Para Di Gesu, isso significa que o pleno funcionamento dos processos mnemônicos está diretamente ligado ao estado de humor do indivíduo, inclusive que o processo de codificação da memória em “indivíduos que se encontram em um estado particular de humor geram mais associações para informações que vão ao encontro desse humor”, ou seja, o estado de humor do agente estimula a aquisição de memórias de fatos relativos à mesma emoção e sensação propostas pelo estado de humor momentâneo.

Por outro lado, existe a *recuperação congruente com o humor*, em que o processo de evocação da memória se confunde com o estado de humor do indivíduo, em que a lembrança de um fato será recordada de forma mais eficiente caso tenha emanado

sentimentos correspondentes ao estado de humor atual. Outrossim, há o fenômeno da *memória dependente do humor*, em que a memória está associada ao estado de humor momentâneo do agente, portanto, ocorrerá a recordação mais eficiente quando o estado de humor atual for o mesmo estado de humor do momento de ocorrência do fato (DI GESU, 2014, p. 145).

Portanto, é indiscutível que a memória está associada ao fator subjetivo emoção, seja ela estado de humor ou não. Com efeito, a emoção claramente é um fator prejudicial ao melhor funcionamento dos processos de formação da memória, em que pese permita uma melhor percepção e lembrança de um determinado fato, também permite uma maior predominância de falseamento da memória, principalmente quando os estímulos emocionais tiverem caráter negativo. Assim, memórias emocionais não necessariamente são mais confiáveis do que memórias não emocionais (ROHENKOHL, GOMES, SILVEIRA, PINTO, SANTOS, 2017, p. 96).

Por fim, conclui-se que as situações fáticas mais marcantes ou com altas cargas de emoções ficam armazenadas por mais tempo na memória, além de contarem com maior lembrança de detalhes do ocorrido. No entanto, se de um lado os eventos emocionais ficam por mais tempo na memória, por outro, a incidência de falsas memórias também é maior quando da ocorrência de eventos com carga emocional, e é nesse ponto que existe a problemática em relação ao âmbito jurídico e a presença de inúmeras consequências.

Nesse sentido, o sistema processual penal confia e confere crédito à prova testemunhal, utilizando como base a perspectiva de garantia do correto funcionamento da memória humana, do armazenamento exato da memória fática e da evocação da lembrança de forma completa. Contudo, além de todas as nuances já trabalhadas, deve-se levar em consideração o ambiente que a testemunha está envolvida, o qual está imerso em diversas emoções e subjetivismo.

4.2.2 As falsas memórias e a diferença da mentira

O fenômeno das falsas memórias não pode ser confundido com a mentira. Nesse sentido, após toda a análise em relação à sua formação, ocorrência, identificação e

a sua relação com a emoção e posteriores consequências, é importante realizar um aparato sobre as falsas memórias e a sua dissociação da mentira, haja vista que, inclusive, o falso testemunho constitui crime, com pena de reclusão de 2 a 4 anos, e multa, conforme trata o art. 342, do Código Penal. Outrossim, a ocorrência de falsas memórias não pode opor ao agente que as têm nenhuma penalidade, motivos pelos quais passará a ser explicado.

As falsas memórias são entendidas como um fenômeno apartado da mentira e da simulação, pois no caso das falsas memórias, o agente que as têm de fato acredita que aqueles fatos aconteceram, pois, a sugestão é externa ou até interna (situações passadas em sua vida que trazem determinadas memórias), mas sempre de uma forma inconsciente. Por conta disso, o aparecimento de falsa memória não pode, em hipótese alguma, ser comparada com a ocorrência de uma mentira, em que os agentes que a contam sabem exatamente que o fato narrado não condiz com a realidade (LOPES JR., 2019, p. 477).

Assim, enquanto a mentira pressupõe o modificar dos fatos de forma consciente, a falsa memória pressupõe uma modificação da memória verdadeira de forma inconsciente. Nesse sentido, resta claro que em se tratando de falsas memórias o sujeito acredita veridicamente que o desenrolar se deu exatamente como está sendo narrado. Ainda, pode acontecer de o sujeito preencher as lacunas deixadas pela memória de um determinado evento com lembranças ou informações verdadeiras, mas que são relativas a uma outra situação vivenciada ou presenciada, a qual não tem nenhuma relação com o fato tratado, permitindo o falseamento da memória (FERNANDES, 2020, p. 229).

A despeito disso, se por um parâmetro a mentira ou simulação, ambas com sentido de distorção da realidade de forma consciente, que em outras palavras, e no âmbito jurídico, são abordadas como o falso testemunho, sugerem uma base social. Por outro lado, a ocorrência de falsas memórias na testemunha, durante a sua oitiva, sugere uma base mnemônica, ou seja, uma lembrança que apesar de não ser a realidade dos fatos é a realidade para aquela pessoa que a expõe. Desta forma, a ocorrência de falsas memórias durante o rito processual penal se mostra como uma problemática grave e de difícil percepção (DI GESU, 2014, p. 137).

Nessa mesma perspectiva, corroborando com o que foi disposto, Caroline Navas Viana (2018, p. 1.044) versa sobre a diferença da mentira e das falsas memórias, abordando que estas não podem ser confundidas e sobre a semelhança das falsas memórias com memórias verdadeiras, quando trata que:

As Falsas Memórias são extremamente semelhantes a memórias verdadeiras, tanto em sua base cognitiva quanto neurobiológica, se diferenciando, somente, pela sua composição, formada no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. Até mesmo o usuário de falsas lembranças não consegue diferenciá-las de um discurso mentiroso, pois, apesar de a mentira ser um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação, nas Falsas Memórias, o agente crê sinceramente na verdade que está relatando, não se dando conta de que o que fala é tão falso como se uma mentira fosse.

Por isso, insta salientar que não há dúvidas que tanto a mentira como as falsas memórias podem provocar danos graves e sérios para o processo penal brasileiro, principalmente em relação a credibilidade e confiabilidade da prova testemunhal. No entanto, não se pode negar que as falsas memórias podem causar um prejuízo ainda mais grave do que a mentira, visto que o aparecimento de falsa memória é inconsciente à testemunha, ou seja, a testemunha acaba por distorcer ou até recriar a realidade sem que tenha noção disso, motivo pelo qual é de difícil identificação e dissociação entre a verdade e a mentira (LOPES JR., 2014, p. 1).

Ademais, a problemática sobre o tema, no tocante à esfera do direito processual penal, versa no sentido de que ainda que se tenha percebido que as situações em que ocorrem falsas memórias causam prejuízos ainda maiores do que as situações em ocorrem a distorção da realidade por meio da mentira ou da simulação, em regra, somente o erro voluntário ou a mentira são reconhecidos como limitantes e prejudicadores no âmbito da produção da prova testemunhal, sendo até mesmo passíveis de penalidade (VIANA, 2018, p. 1.045).

Portanto, mostra-se como imprescindível que seja aplicada uma nova visão desse fenômeno em relação ao direito brasileiro, de forma que se torne viável a realização de medidas que visem a antecipação dessas situações, maneiras de diminuição de ocorrência, de maior cautela e cuidado no momento da oitiva da testemunha. De modo que a produção de prova testemunhal não seja banalizada, passível de desconfiança e descrédito, pois, como já explicitado, em diversos delitos a prova testemunhal é o único meio de prova acostado ao processo.

4.3 A APLICABILIDADE DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

O processo penal brasileiro, conforme trata Aury Lopes Jr. (2019, p. 35), “é um caminho necessário para alcançar-se a pena e, principalmente, um caminho que condiciona o exercício do poder de penar (essência do poder punitivo) à estrita observância de uma série de regras que compõe o devido processo penal”. Desta forma, entende-se que o processo penal é formado por diversos procedimentos e formalidades, com objetivo de aplicar o que se encontra disposto no ordenamento jurídico, nas condutas praticadas pela sociedade.

Sendo assim, pode-se dizer que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena” (LOPES JR., 2019, p. 36). Portanto, o processo penal tem como finalidade analisar e demonstrar se as condutas sociais praticadas estão enquadradas em algum tipo penal, sendo possível considerá-las como crime, passíveis de aplicação de uma determinada pena. Ademais, para que se possa aplicar qualquer sanção penal ou não, deve-se chegar a uma sentença penal condenatória ou absolutória, em que devem ser seguidos e garantidos os direitos do acusado.

A despeito disso, para que se chegue em uma sentença penal, seja ela condenatória ou absolutória, e a eventual aplicação de uma pena de forma legítima, deve-se seguir o processamento da ação, respeitando o devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, *in dubio pro reo*, julgamento em um prazo razoável, entre outras mais, ou seja, em resumo as regras e garantias constitucionais. Nesse sentido, o juiz é visto como garantidor de todos esses direitos para com o acusado, durante todo o processo (LOPES JR., 2019, p. 59).

Assim, para que se possa conduzir o processo penal de forma devida, o magistrado deve se embasar das mais diversas informações e provas, para que possua o conhecimento necessário para fundamentar a sua decisão. Desta maneira, o juiz no processo penal deve ser convencido da existência e da autoria do delito cometido, com base nas provas acostadas aos autos, na narrativa das testemunhas, do interrogatório do ofendido e da vítima, na tentativa de reconstruir o delito cometido no passado, exercendo sua atividade recognitiva (LOPES JR., 2019, p. 341).

Nessa senda, mostra-se essencial vislumbrar acerca da prova penal, em especial as especificidades da prova testemunhal, e por conseguinte, as consequências de uma possível ocorrência de falsas memórias, sendo este um dos pontos principais da pesquisa proposta. Desta forma, resta claro que é imprescindível que exista toda uma fundamentação e explicação para a decisão tomada pelo magistrado, a qual deverá abordar a reconstrução histórica dos fatos, utilizando-se dos meios de provas lícitos e dispostos nos autos. Portanto, a forma de valoração da prova, além de quais provas serão ou não valoradas é de extrema importância, conforme trata Gustavo Badaró (2018, p. 54):

Entre ambos momentos, isto é, descobrir e justificar, é fundamental a análise do contexto da decisão. Para decidir, é preciso um método para se chegar à decisão e, no caso processual, isso significa como valorar a prova. Mas além do método de valoração, é necessário um critério decisório que defina, ao final do processo de valoração racional, o nível ou o quantum de suporte probatório que uma afirmação sobre os fatos precisa obter para que seja considerada verdadeira. Trata-se do problema dos standards de prova ou níveis de convencimento.

Em relação a prova testemunhal, sabe-se que este é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro. Utiliza-se da memória da testemunha para reconstrução do fato ocorrido, isto é, utiliza-se da memória como obtenção de prova do cometimento do crime e fundamentação para a condenação. Outrossim, a valoração da prova testemunhal é com base no livre convencimento motivado do juiz, o qual valorará à prova o peso que achar cabível, com base no caso concreto.

Nesse contexto, percebe-se que a memória de um determinado fato, ou seja, o que o cérebro humano registrou daquele momento, não é a totalidade do ocorrido, pois o “cérebro converte a realidade em códigos e as evoca por meios de códigos”. Portanto, entre “a realidade das experiências e a formação da memória e, entre esta e a posterior evocação, há um processo de tradução”, a qual pode modificar uma memória e prejudicar todo o processo (DI GESU, 2014, p. 103).

Nesse mesmo sentido, Cristina di Gesu (2014, p. 135) narra o experimento realizado por Elizabeth Loftus, em que participantes do estudo assinaram confissão de culpa em situações que não tinham ocorrido, após serem induzidos sobre determinado evento, com familiaridade. Assim, percebe-se que as falsas memórias se relacionam tanto com a prova testemunhal, como com a narrativa da vítima, como também com o interrogatório do acusado, em que a possibilidade de existência de um relato não verdadeiro, em qualquer dessas situações, pode vir a comprometer todo o processo.

Com efeito, Di Gesu (2014, p. 135) aduz que:

Em que pese parecer surreal, a realidade vivenciada na atividade forense não escapa do que aqui foi referido. Há uma tendência, por parte daquele que interroga o imputado e colhe declarações das vítimas e testemunhas, se houver, em explorar unicamente a hipótese acusatória, induzindo os questionamentos. E, 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). Com isso, não se quer desacreditar essa prova, mas demonstrar que, dependendo do contexto, ela não é suficiente a derrubar a presunção de inocência.

Não obstante, outra problemática versa no sentido de que em âmbito jurídico não há uma verdadeira preocupação em relação a psicologia do testemunho, nem por parte da investigação preliminar e nem por parte da instrução processual. Nessa mesma toada, em que pese tenham sido realizados de forma satisfatória os dois primeiros processos mnemônicos, não adiantará caso haja uma falha no último processo, ou seja, não adianta uma boa aquisição e retenção da memória, se no momento de recuperação dessa lembrança exista uma falha da memória e uma possível contaminação. Nesse sentido, a boa condução da oitiva da testemunha e a realização das perguntas de forma não sugestiva, em atenção à psicologia do testemunho, visando evitar a falibilidade da memória, tende a produzir uma prova mais qualificada e mais confiável (GIACOMOLLI, DI GESU, 2008, p. 4337).

Portanto, conclui-se que a problemática que envolve a memória humana e a sua relação e aplicação com o âmbito jurídico, principalmente na seara do processo penal, versa justamente na produção da prova testemunhal e a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso. Nesse sentido, entende-se que não se mostra possível que a testemunha, por meio da memória de um determinado fato, consiga realizar uma reconstrução com precisão e exatidão, mais precisamente o cenário condizente exatamente com o momento de ocorrência desse fato, ou seja, com os mesmos detalhes e informações necessárias ao deslinde do processo.

Por conseguinte, será realizado no capítulo posterior um estudo mais específico sobre as falsas memórias e a sua relação com o tratamento da prova testemunhal no âmbito do processo penal brasileiro. Esse entendimento é salutar para que se possa analisar as consequências da formação de falsas memórias durante a produção de prova testemunhal, a possibilidade de identificação, formas de impedimento e diminuições de sua ocorrência, para que a prova testemunhal

conceda maior confiabilidade e credibilidade durante o processo penal, garantindo uma maior segurança jurídica e respeitando as garantias do acusado.

5 FALSAS MEMÓRIAS E A RELAÇÃO COM O TRATAMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

Foram apresentados em capítulos anteriores os conceitos e conteúdos básicos para o melhor entendimento sobre o sentido de prova, mais precisamente a prova testemunhal, sua produção e valoração. Nessa perspectiva, também foi explicitado sobre o fenômeno das falsas memórias, a sua conceituação, prerrogativas e a relação, aplicação e presumíveis prejuízos ao direito processual penal brasileiro. Não obstante, o presente tópico se destina a relacionar o tratamento ofertado à prova testemunhal com o falseamento da memória, perpassando os efeitos, as consequências e os riscos do aparecimento, questionando a forma de condução da entrevista realizada na produção da prova, e refletindo sobre paliativos para diminuir a possibilidade de falsas memórias.

Nesse sentido, levando como base a prática forense brasileira, pode-se observar que a prova testemunhal é um dos meios de prova mais utilizados na ação penal. Desta forma, resta claro que a essência desse meio probatório é a memória humana, a qual possui caráter subjetivo, pouco confiável, de duvidosa consistência e extremamente sugestivo a contaminações. Por conta disso, em relação a valoração da prova testemunha, entende-se que deve existir uma maior preocupação sobre a especificidades desse modo probante. Em vista disso, Lara Teles Fernandes (2020, p. 25) aborda que:

Em geral, a prova testemunhal é estudada sob um ponto de vista dogmático, na perspectiva de posituação, em que se parte das normas postas que aludem à admissão, limitação e produção da prova testemunhal e suas espécies, sendo a análise sob uma ótica epistemológica e psicológica, quando chega a ocorrer, relegada a um segundo plano.

No mais, cumpre esclarecer que, como devidamente abordado no capítulo anterior, as falsas memórias podem desencadear de outras situações além das ocorridas no judiciário, mais especificamente as relacionadas com o tratamento da prova testemunhal. No entanto, o ponto central deste trabalho é analisar os casos em que a defraudação da memória ocorre por fatores relacionados a condução e formas de produção da prova testemunhal, haja vista que, nesses casos, podem ser utilizados procedimentos com intuito de redução do aparecimento desse fenômeno, permitindo

que, pelo menos em âmbito jurídico, haja observância em relação as falsas memórias e possam ser evitadas.

Isso se dá pela circunstância de que a memória humana é falha, o que em outras palavras significa que momentos são perdidos e esquecidos todos os dias, além do fato de que situações podem ser embaralhadas, ou seja, lembranças de um momento podem se misturar com as lembranças de outro, suprimindo lacunas da memória sem que o agente tenha noção e consciência disso. No mais, em se tratando especificamente das falsas memórias, essas ainda podem resultar de contaminações, tanto ao longo da vida, como por notícias repetidas e assistidas, ou até mesmo pela forma com que é conduzida a inquirição da testemunha (DI GESU, 2014, p. 19).

Portanto, impera salientar que durante a produção da prova testemunhal devem ser consideradas questões epistemológicas, limitações cognitivas e sensoriais da testemunha, como também do julgador e dos demais atores do sistema judiciário. Nesse contexto, devem ser ponderadas a subjetividade que envolve, e permanece, por todo o processo, a indução e sugestionabilidade dos questionamentos realizados à testemunha, a emoção decorrente do delito, ou até o medo e o receio impostos pelo contexto da presença de uma autoridade. Em resumo, no momento da atividade probatória o correto seria analisar e valorar toda a forma de condução e o tratamento oferecido à testemunha.

5.1 O RISCO DO APARECIMENTO DE FALSAS MEMÓRIAS NO CONTEXTO DO PROCESSO PENAL E A VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

As falsas memórias consistem na lembrança de situações que não ocorreram, seja pela interpretação errônea de uma situação ou pela sugestionabilidade e indução impostas, permitindo que falsas informações sejam introduzidas na memória do agente. Ademais, o fenômeno das falsas memórias tem ocorrência silenciosa, imprevisível e a sua identificação é de extrema dificuldade, principalmente com o atual judiciário brasileiro, com recursos limitados, superlotado e não voltado ao entendimento da problemática epistemológica do testemunho.

O falseamento da memória está presente no cotidiano das pessoas, sobre os mais diversos temas, de modo que não há maiores prejuízos durante toda a vida. No entanto, o cenário muda quando as falsas memórias se relacionam com o direito, principalmente em relação ao processo penal e a valoração da prova testemunhal, constituindo graves riscos ao processo de criminalização e aos direitos fundamentais do acusado, inclusive conferindo prejuízo à sociedade. Logo, visa a realização de uma análise mais profunda da relação das falsas memórias com a prova testemunhal, com intuito de evitar o comprometimento dessa prova, suprimindo as eventuais falhas processuais.

Lara Teles Fernandes (2020, p. 25) versa no sentido de que:

Mesmo que em outros ramos científicos e, até mesmo, no Direito impere a era do fluxo de processamento de dados e algoritmos ligados à alta tecnologia para promoção do desenvolvimento do conhecimento, o processo brasileiro ainda precisa contar, precipuamente, com uma máquina pouco confiável e de duvidosa consistência de dados à medida que o tempo passa: a memória humana.

O sistema processual penal brasileiro confere um alto grau de importância à prova testemunhal, pois esse meio de prova se caracteriza como um dos elementos fundamentais na formação do convencimento do julgador. Sendo assim, a testemunha pode ser visualizada como uma peça controvertida durante a ação penal, visto que proferir uma condenação tão somente com base na confiança na memória de uma pessoa sobre o cometimento de um delito, conferindo-lhe crédito, pode causar danos irreparáveis. Assim, deve-se observar os critérios necessários para definição de uma valoração o mais objetiva possível, em observância aos limites da memória humana e o consequente aparecimento de falsas memórias na oitiva da testemunha.

Em relação ao direito probatório, percebe-se que em especial no tocante a prova testemunhal “o caminho de aferição da verdade possível em um processo é muito mais complexo do que a visão simplista que a teoria da prova tradicional pode transmitir”. Decerto que em momento anterior à oitiva da testemunha e a eventual valoração desse relato devem ser avaliados os critérios de capacidade, confiabilidade e credibilidade desse meio de prova, com aplicação de medidas para redução de danos, a fim de evitar a existência de falsas memórias. Bem como, versando no sentido de que sua força probante não deve ser automática e que não se deve presumir como a verdade histórica dos fatos (FERNANDES, 2020, p. 51).

Nesse sentido, restou explicado em capítulo anterior, de forma sucinta e breve, o básico funcionamento da memória humana, momento em que ficou esclarecido que a lembrança adquirida, retida e armazenada na memória não condiz com a realidade exata do fato vivido. Logo, reconhece-se que durante o relato da testemunha não é possível que ocorra a reprodução completa do delito, exatamente da mesma forma que ocorreu na realidade, pois a memória humana é “limitada, sugestionável, utiliza heurísticas e vieses, e é sujeita ao contexto biológico e ambiental”. Desta maneira, no âmbito do processo penal, em relação a prova testemunha, não há como buscar uma verdade real dos fatos (ROSA, 2020, p. 139).

Sobre o tema, Cristina Di Gesu (2014, p. 165) argumenta que:

Com efeito, um dos grandes problemas da prova testemunhal está na contaminação da reconstrução de fatos passados, principalmente pelo modo como a prova é colhida. O desvio do escopo do processo, ou seja, a procura desmedida por uma “verdade real” – impossível de ser novamente retratada no presente e resquício do sistema inquisitivo –, acaba por influenciar a memória das pessoas que depõem no processo e até mesmo antes dele.

Assim, entende-se que não é novidade que durante a produção de prova testemunhal há o induzimento ao resgate das lembranças referentes à eventos passados, significando que a testemunha é colocada frente ao julgador em uma situação em que deverá recriar a experiência vivida e o contexto em que se insere, para que seja possibilitado ao juiz o melhor entendimento sobre o que de fato aconteceu e como aconteceu. Nessa senda, em que pese a confiança no relato da testemunha seja uma realidade probatória, esse é o ponto que transforma esse meio de prova em algo extremamente delicado e perigoso, visto que o fundamento para essa confiabilidade se baseia na memória de uma pessoa, o que na prática deve ser algo sempre discutível e passível de controvérsia (DI GESU, 2014, p. 19).

No mais, podem ocorrer contaminações e alterações durante o processo de tradução dessa memória, resultando em perdas ou confusão de informações, caracterizando o fenômeno das falsas memórias e o risco da utilização da prova testemunhal, contestando a sua confiabilidade e credibilidade. Deste modo, quando não há observância necessária às especificidades da prova testemunhal “os riscos são multiplicados no processo penal, considerando não haver nenhuma regra processual capaz de determinar até onde as testemunhas merecem crédito”. Assim, o valor probatório é atribuído pelo julgador, o qual não consegue identificar a

possível ocorrência de falsas memórias depois de realizada a produção da prova testemunhal (GIACOMOLLI, DI GESU, 2008, p. 4344).

O sistema processual penal confere confiança e crédito na plena capacidade cognitiva da testemunha, principalmente quando há a valoração sem maiores preocupações com o complexo processo mnemônico que envolve esse meio de prova, e a forma com que é realizada a oitiva das testemunhas e eventual sugestionabilidade da entrevista. Assim, o modo de tratamento ofertado à prova testemunhal, além de não prever a redução de danos memoriais, possibilita a ocorrência de contaminação durante a coleta dessa prova, aumentando a probabilidade de deturpações da memória.

Nereu José Giacomolli e Cristina Carla Di Gesu (2008, p. 4351) apontam que:

A investigação e a análise da possibilidade da presença de falsas memórias nos depoimentos de testemunhas evita que pessoas sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com base em uma prova frágil, tal como é a prova testemunhal, a qual, muitas vezes, se vale de uma memória distorcida, dissociada da realidade do fato delituoso.

Deste modo, a ocorrência de falsas memórias na prova testemunhal confere riscos a todo o processo, podendo implicar na supressão de direitos fundamentais do acusado. Vale mencionar ainda que a prova testemunhal é de extrema importância e necessidade dentro do processo penal, pois em muitos casos esse é o único meio probatório. Portanto, não há intenção nenhuma de pleitear uma absoluta desconfiança e uma não valoração do relato da testemunha, propõe somente uma reflexão adequada em relação a colheita desse meio probatório, analisando e prevenindo a ocorrência de falsas memórias, na tentativa de reconstruir a verdade mais aproximativa da realidade dos fatos.

5.2 AS FALSAS MEMÓRIAS COMO UMA CONSEQUÊNCIA DO TRATAMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

Preliminarmente, impende ressaltar que no tocante à prova testemunhal, há uma imposição de confiança e credibilidade no relato da testemunha, sendo essa realidade não condizente com as falhas em potencial relativas às limitações da memória humana. Nesse sentido, Vitor de Paula Ramos (2018, p. 52) destaca que

em se tratando da prova testemunhal existe uma premissa básica no direito no sentido de que “salvo prova em contrário, o que a testemunha diz deve ser considerado verdadeiro”, o que toca a verdade histórica dos fatos, haja vista que o fundamento imperante no direito processual penal é a busca incansável pela verdade.

Nesse axioma, faz-se necessário uma aproximação entre o direito probatório e a epistemologia do testemunho, de modo que não se deve presumir a veracidade da prova testemunhal, ou seja, realizando uma valoração probatória automática e imediata, mas sim que se passe a construir essa veracidade probatória em observância ao caso concreto, em análise das prerrogativas jurídicas e cognitivas da testemunha e do próprio julgador, da psicologia do testemunho, como também todo o processo de condução da prova testemunhal até a concretização da prova (FERNANDES, 2020, p. 157).

Posteriormente ao esclarecimento em relação à importância da prova testemunhal para o direito processual penal, salienta-se que o atual tratamento ofertado a esse meio de prova pode produzir consequências insanáveis ao acusado e ao processo, haja vista que a realidade de uma situação “não se trata da reconhecimento de um fato isolado, mas de eventos múltiplos que se inter-relacionam e compõem a realidade, que não é puramente acessível através da cognição humana”. Apesar disso, devem ser apreciadas as limitações cognitivas da testemunha, as quais, por consequência, podem desencadear o filtro das falsas memórias (FERNANDES, 2020, p. 48).

Outrossim, é de suma importância tratar que a memória pode não apresentar exatamente a realidade, pois as recordações podem ser influenciadas pela emoção, tanto a emoção que o delito transporta para a testemunha, como a emoção relacionada à situação em que a testemunha é colocada no momento em que ocorre a sua oitiva, melhor dizendo, a responsabilidade que se é imposta ao testemunho, frente a questão de hierarquia imposta pela figura do magistrado. Assim, o sentimento pode acabar por bloquear determinados detalhes ou partes importantes do fato (DI GESU, 2014, p. 111).

Acerca das falsas memórias em relação à testemunha, resta claro que as práticas judiciais atuais não agem da maneira mais apropriada para que se tente evitar o

aparecimento de contaminações durante o procedimento. Os processos realizados são impessoais, intimidantes e muitas vezes sugestivos, ainda que o disposto no art. 212, do Código de Processo Penal não admita a realização de questionamentos que possam induzir uma determinada resposta. Nesse sentido, Gustavo Noronha de Ávila e Alexandre Morais da Rosa (2016) tratam que:

Quando pensamos na abertura de uma audiência de inquirição de testemunhas, normalmente o primeiro ato é protagonizado pelo Juiz, quando alerta sobre as penas previstas para o crime de falso testemunho. Começamos mal. Muito mal. Em um ambiente naturalmente opressor como os fóruns, tal aviso pode significar a necessidade inafastável de dizer algo. Ao custo de liberdades. Especialmente para não passar por mentiroso ou criminoso.

Vale mencionar que a realidade forense não objetiva e nem prioriza a eficiente coleta da prova testemunhal, com intuito de evitar a sua contaminação. Ao contrário, considerando o modo de tratamento ofertado às testemunhas no momento da inquirição essas práticas acabam por induzir a ocorrência de falsas memórias.

Nesse contexto, pode-se observar como critérios que podem limitar o pleno funcionamento da memória, interferindo no armazenamento correspondente ao que foi vivido: as perguntas realizadas de forma sugestiva; as limitações fisiológicas da memória, as quais podem ser distorcidas; ou até a subjetividade inerente à testemunha, sobre o que de fato aconteceu; ou a colheita tardia da prova testemunhal, permitindo que o conteúdo armazenado não seja, necessariamente, o que será evocado posteriormente; ou até a emoção decorrente do delito.

Isto posto, resta inequívoco que o tratamento ofertado à prova testemunhal confere consequências ao processo penal e ao devido processo legal, permitindo a ocorrência de falseamento da memória, sendo essa consequência o ponto principal da pesquisa proposta. Assim, são diversos os fatores que interferem na memória, possibilitando que as lembranças sejam contaminadas, alteradas ou até parcialmente ou totalmente esquecidas. Serão agora especificados os fatores mais importantes que estão diretamente relacionados à fase judicial do processo penal.

5.2.1 As limitações cognitivas e a subjetividade perceptiva da testemunha

Elementar pensar que para que seja viável a elaboração de uma decisão justa ou ao menos com observância ao devido processo legal e todas as demais garantias constitucionais do acusado, fundamentada em produção de prova testemunhal, deve-se levar em consideração as limitações cognitivas da testemunha e até as limitações do julgador. Nesse sentido, Lara Teles Fernandes (2020, p. 96) aponta que “o reconhecimento de tal restrição epistemológica fortalece a necessidade de cautela dos sujeitos processuais na análise das provas, seja para se chegar a uma condenação, seja absolvição, e reduz a possibilidade de potenciais erros judiciários”.

Assim, resta claro que a epistemologia e os limites cognitivos dos sujeitos processuais devem ser ponderados, haja vista que o magistrado desconhece a situação fática envolvendo o delito, sendo necessário, portanto, alguém (no caso em tela, a testemunha) que esclareça a verdade aproximativa dos fatos. Desta forma, a limitação cognitiva do magistrado se encontra no desconhecimento da situação e consequente subjetividade, ao passo em que as limitações cognitivas da testemunha envolvem inúmeros fatores, alguns dos quais serão tratados nesse momento, sendo estes os que evocam o aparecimento de falsas memórias no testemunho.

A primeira limitação cognitiva tratada é a questão temporal da memória, principalmente quando em análise conjunta ao tempo utilizado, em regra, para a devida colheita da prova testemunhal. Nesse sentido, pode-se tratar que o transcurso do tempo é um grande prejudicial dentro do sistema memorial, pois o passar dos anos tende a danificar e limitar ainda mais as lembranças armazenadas, oportunizando contaminações memoriais. Assim, quanto mais o tempo passar, mais chances a testemunha terá de florear situações dentro de uma realidade, ou seja, dando a sua própria percepção em relação ao fato ocorrido e não o primeiro impacto sentido e as suas primeiras emoções no tocante ao momento (DI GESU, 2014, p. 20).

Ainda no que se refere ao tempo, conforme foi tratado no capítulo anterior, o esquecimento é um fenômeno fisiológico, o qual permite que ocorra o pleno funcionamento da mente humana e do sistema memorial, visto que não seria possível a aquisição, o armazenamento e a evocação, de forma clara e nítida, de

todos os momentos vividos ao longo da vida. Desta forma, o fenômeno do esquecimento acontece de uma maneira propícia, viabilizando que lembranças sejam perdidas a todo o momento, tanto situações vividas mais antigas como até as mais recentes, podendo ser caracterizado como um “bloqueio de excesso de informação inútil”, propiciando até a “não recordação contínua de momentos dolorosos, humilhantes, aterrorizantes” ou traumáticos (VIANA, 2018, p. 1042).

Conseqüentemente, o sistema em que se envolve o esquecimento, existente na memória, possibilita vantagens no cotidiano das pessoas, evitando que lembranças indesejáveis sejam relembradas o tempo todo, como também assegurando a plena capacidade de assimilação de novas informações. Noutro giro, em esfera processual penal, a questão do esquecimento encontra barreiras na prática forense, haja vista que levando em consideração o que foi abordado seria necessário que a colheita da prova testemunhal fosse realizada em tempo hábil, com objetivo de que a memória evocada seja o mais próximo da realidade histórica do fato, sem muitas perdas e factíveis contaminações (VIANA, 2018, p. 1042).

Nesse ponto, a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXXVIII, prevê que “a todos no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. Em vista disso, quando realizada a interpretação do texto constitucional, deve-se observar a linha tênue entre a preocupação com a demora jurisdicional, de modo que o processo não ultrapasse o limite do razoável para a sua conclusão e não viabilize defraudações da memória e limitações cognitivas, e entre uma celeridade processual exacerbada, em que não haja observância aos direitos e garantias fundamentais das partes, previstas no mesmo ordenamento (DI GESU, 2014, p. 168).

Ademais, em relação a qualidade técnica da prova testemunhal, nos casos em que haja a coleta dessa prova em um prazo razoável, em cumprimento ao disposto no ordenamento jurídico, pode-se dizer que há prevalência de maior confiabilidade nesse meio de prova. Nesses termos, Caroline Navas Viana (2018, p. 1050) versa no sentido de que o transcurso do tempo é uma circunstância prejudicial no âmbito probatório, pois a prova testemunhal se fundamenta na memória humana, a qual está condicionada ao esquecimento na passagem do tempo, quando diz que:

A prova testemunhal relaciona-se nesse contexto, à medida que a duração do processo afeta, diretamente, a qualidade técnica desse meio probatório.

Quando se pensa na prova testemunhal, não se pode esquecer de que o fator temporal afeta, diretamente, a forma como os eventos, pessoas e coisas são lembradas. A memória não funciona como um “HD” de computador, em que os arquivos são abertos e resgatados a um clique. A memória é falha. E o tempo atua o sentido de impulsionar a ocorrência desses erros.

Portanto, ocorrida a coleta de uma prova testemunhal muito tempo após a data do ocorrido, pressupõe-se que as memórias evocadas já passaram por inúmeras contaminações, distorções ou alterações, momento em que, nota-se que podem se tratar de falsas memórias. Assim, deve-se vislumbrar uma maior atenção aos fatores de contaminação da memória, pois no âmbito da epistemologia, não é o esperado que aplique a mesma confiabilidade e credibilidade à essa prova testemunhal colhida muitos anos depois, do que se aplicaria nos casos em que houve a coleta em tempo hábil.

Por sua vez, outra limitação cognitiva interessante ao deslinde do presente trabalho é a relação da emoção e da memória. Conforme analisado anteriormente, restou demonstrado que a reconstrução de uma memória não será, obrigatoriamente, a realidade dos fatos históricos, pois o armazenamento das lembranças ocorre mediante códigos, ou seja, “traços de informações que serão usados para reconstruir as memórias”. Assim, a dificuldade envolvendo essa temática esbarra na questão do testemunho, conforme trata Gustavo Ávila (2013, p. 103):

A partir da ideia de que a memória não se restringe à determinada parte do cérebro e estará, necessariamente, informada pela emoção, é necessário pensar a repercussão destes dados para a questão do testemunho. Não se duvida da indissociabilidade de memória e emoção. Contudo, a repercussão deste imbricamento trará consequências, eis que os estímulos emocionais não somente são recuperados em maior quantidade, mas também podem ser mais falsamente reconhecidos.

Em vista disso, ainda que o armazenamento da memória melhore nos casos em que o agente está em determinados níveis de emoção, caso ultrapasse esse patamar, haverá uma piora nas lembranças. Nesse caso, pode acontecer o processo em que a memória armazene o estado emocional de um determinado acontecimento. Por isso, quando a testemunha presencia o cometimento de um delito, pode acontecer a situação em que no momento de aquisição e armazenamento mnemônico, ao invés de ocorrer o processamento da memória cognitiva, ou seja, a memória “provida de detalhes técnicos e despida de contaminação”, haverá a aquisição da emoção sentida no momento vivido (DI GESU, 2014, p. 111).

A última temática trabalhada referente à limitação cognitiva da testemunha, versa sobre a repetição das entrevistas, com a finalidade de utilização como meio probatório. Nessa senda, entende-se que o processo de recuperação da memória envolve a evocação de lembranças sobre determinado fato, seja somente pensando ou falando sobre o evento ocorrido, contudo, no momento em que o agente evoca uma memória repetidas vezes a tendência é que essa lembrança se armazene e permaneça solidificada, com fácil acesso. Logo, nota-se que previamente, a repetição de entrevistas se mostra algo positivo (VIANA, 2018, p. 1051).

No entanto, a memória humana pode ser modificada durante o processo de recuperação. Assim, quando há a repetição da entrevista, principalmente com grandes intervalos temporais entre elas, ou até quando a testemunha, em outros contextos, repete o fato, divagando a sua visão e percepção da situação ocorrida, há o risco de que em cada recuperação memorial haja a implementação de informações falsas na lembrança existente. Por conseguinte, haverá a contaminação da memória verdadeira, a qual será armazenada com alterações, erros e distorções não condizentes com o que de fato aconteceu (VIANA, 2018, p. 1051).

Cumprido esclarecer que o processo penal brasileiro, de forma coerente, sustenta a repetibilidade da entrevista, ainda que em uma análise exclusivamente epistemológica o contrário se mostre mais confiável. Em regra, a primeira oitiva da testemunha é realizada em sede de inquérito policial, momento em que não há presença do contraditório e nem a observância da sugestibilidade imposta na coleta do depoimento, sendo possível interferências na evocação da memória. Deste modo, em que pese a coleta do relato na investigação preliminar seja mais próxima da ocorrência do delito, pela não importância aos princípios constitucionais e demais análises, não seria razoável a atribuição de uma valoração similar à inquirição em sede judicial (FERNANDES, 2020, p. 245).

Além disso, o advento da Lei nº 13.964/2019, que visa fortalecer o sistema acusatório, aplica o juiz das garantias, prevendo que “os elementos informativos do inquérito policial que não se trate de prova irrepetível ou antecipada não devem ser juntados aos autos da ação penal”. Destarte, a intenção é que o juiz do julgamento não seja contaminado com uma oitiva, na maioria das vezes, voltada à acusação, em busca da materialidade e autoria do delito, e com teor sugestivo. Assim, a ideia é

de que não se admita valoração dos depoimentos que somente confirmam o que foi declarado na investigação preliminar, devendo realizar a oitiva em sede judicial com atenção às limitações da testemunha (FERNANDES, 2020, p. 247).

Observa-se então que para se possa buscar a melhor qualidade e confiabilidade da prova testemunha, algumas limitações cognitivas e memoriais da testemunha devem ser observadas. Vale ressaltar que ainda que a questão temporal e emocional sejam questões fisiológicas, ao passo em que a repetição das entrevistas testemunhais e a sugestibilidade com que essas entrevistas são realizadas não são naturais, mas podem ser provocadas de forma comum e desencadearem o aparecimento de falsas memórias. Portanto, todas essas limitações e falhas da memória devem ser de amplo conhecimento jurídico, com intuito de evitar erros judiciários e privação de direitos fundamentais.

5.2.2 A sugestibilidade da inquirição e as perguntas dirigidas à testemunha como fator precipitante para o falseamento da memória

Expostas as premissas das limitações cognitivas, importa frisar que a temática das falsas memórias encontra um grave fator precipitante de sua ocorrência, qual seja o modo com que é exercida a colheita da prova testemunhal. Nesse sentido, entende-se que a prova testemunhal é o fator humanizante dentro de um processo, logo, deve ser tratada de um modo em que transcorra o equilíbrio entre a qualidade e credibilidade desse meio de prova com os fatores inerentes a ela. Deste modo, quando no momento da inquirição da testemunha existe a sugestibilidade do entrevistador ou a realização de perguntas indutivas, há grande chance de falseamento daquela memória, incorrendo em grave erro judiciário.

A sugestibilidade da memória pode ser definida como “uma aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior à ocorrência do evento original”. Assim, o efeito da sugestibilidade na seara da prova testemunhal possibilita a contaminação das lembranças de uma testemunha sobre determinado fato, após influência, intencional ou não, do viés do entrevistador no momento da oitiva dessa testemunha, levando em consideração uma deliberada

indução na forma com que se comporta, no modo de realização dos questionamentos e no conteúdo das perguntas (ÁVILA, 2013, p. 114).

Nesse interim, deve-se levar em consideração mais uma vez os estudos realizados por Elizabeth F. Loftus (1997, p. 6), haja vista que em análise à sua pesquisa, depreende-se que a implementação de uma informação enganosa ou a realização de perguntas sugestivas, podem se revelar como fatores desencadeantes do surgimento de falsas memórias. Com efeito, a pesquisadora versa no sentido de que “estas descobertas mostram que uma falsa evidência incriminante pode induzir as pessoas a aceitarem a culpa por um crime que não cometeram e até mesmo a desenvolver recordações para apoiar os seus sentimentos de culpa”, ou seja, as falsas memórias são ocorrências determinantes no tocante ao processo penal.

No mais, Flaviane Baldasso e Gustavo Noronha de Ávila (2018, p. 375) versam no sentido de que as falsas memórias sugeridas, ou seja, as que decorrem de informações inverídicas implementadas em momento posterior ao ocorrimto do fato presenciado e de maneira externa à mente do indivíduo, podem decorrer do emprego utilizado na linguagem de quem está tomando o depoimento da testemunha, contaminando toda a prova colhida. Por conseguinte, há o prejuízo ao acusado, visto que, em regra, a indução do questionamento possui caráter acusatório, visando a constatação do cometimento do delito e prova da autoria.

Nessa senda, o psicólogo Daniel Kahneman, apud Lara Teles Fernandes (2020, p. 243) trata sobre o fenômeno do *priming*, no sentido de que “a exposição a uma palavra causa mudanças imediatas e mensuráveis na facilidade com que muitas palavras relacionadas podem ser evocadas”, de modo que o agente não tenha consciência do que está acontecendo. Assim, torna-se imperioso assegurar que durante a inquirição da testemunha, dependendo do comportamento do entrevistador, a utilização de uma única palavra pode alterar as lembranças adquiridas e armazenadas, afetando todo o deslinde da prova testemunhal.

Lara Teles Fernandes (2020, p. 244), realizando a mesma interpretação analógica, aponta que:

Aplicando-se ao processo penal, o efeito *priming* no momento da coleta de depoimentos forenses pode advir de uma série de fatores, que contaminam o testemunho, quais sejam, o viés do entrevistador, a repetição de inquirições, a repetição de perguntas na mesma inquirição, a indução de

estereótipos, o tom, a pressão e o status do entrevistador, bem como o *feedback* repassado à testemunha logo após uma indagação.

Verifica-se que é pela inquirição da testemunha que o entrevistador alcança as informações específicas sobre determinado fato, buscando requisitos como a materialidade e a autoria do delito. Logo, a oitiva da testemunha é um elemento probatório de extrema importância na ação penal, conferindo-lhe alto grau de confiança e crédito. No entanto, o relato da testemunha, ainda que evocado de forma cautelosa, não retrata a verdade histórica de um evento, visto que a memória está sujeita a contaminações e influências internas e externas. Noutro giro, no caso de a entrevista sugerir um alto grau de sugestibilidade, a situação piora, pois há grande probabilidade de formação de falsas memórias, restando duvidosa a credibilidade e confiabilidade desse testemunho (GIACOMOLLI, DI GESU, 2008, p. 4347).

Nesse contexto, em relação ao tratamento da prova testemunhal, em que pese a sugestibilidade do entrevistador no momento da inquirição da testemunha e a realização de perguntas que induzem uma determinada resposta, sejam os fatores precipitantes mais diretamente relacionados ao falseamento da memória. A sugestibilidade também pode derivar de comportamentos sutis, conforme o tom de voz utilizado pelo entrevistador durante toda a inquirição, o esboço de sorrisos ou expressões faciais no geral, podem desencadear efeitos memoriais. Significa dizer que existem fatores precipitantes indutivos além dos diretamente ligados ao conteúdo das perguntas em si (DI GESU, 2014, p. 178).

Diante disto, no que se refere à sugestibilidade da oitiva e as perguntas dirigidas à testemunha como um dos fatores precipitantes para surgimento de falsas memórias, a escolha por parte do entrevistador pela realização de questionamentos fechados ao invés de uma narrativa livre da testemunha instiga uma resposta esperada ou confirmam um posicionamento anteriormente estabelecido. Sobre o tema, Cristina Di Gesu (2014, p. 201) aduz que “quanto mais se restringe a pergunta, maior a probabilidade de indução na resposta”, e conseqüentemente, aumentando-se as chances de implementação de falsa informação nas lembranças da testemunha.

No mais, as conseqüências derivadas da equivocada colheita de uma prova testemunhal, não atendendo aos limites cognitivos da testemunha e ao modo com

que se oferece tratamento a esse meio de prova e a forma com que são realizados os questionamentos, com caráter sugestivo e indutivo, podem se tornar fatores desencadeantes de falsas memórias, confundindo as lembranças armazenadas, contaminando-as de forma que surtam efeitos de difícil identificação durante a inquirição. Desta forma, essas ponderações não devem passar despercebidas pelo judiciário, de modo que no momento da colheita e posterior valoração dessa prova deve ser observadas as preocupações epistemológicas (FERNANDES, 2020, p. 248).

Cristina Di Gesu (2014, p. 135) aborda a temática analisando que a realidade forense segue exatamente o que foi disposto no presente trabalho, aludindo que “há uma tendência, por parte daquele que interroga o imputado e colhe declarações das vítimas e testemunhas, se houver, em explorar unicamente a hipótese acusatória, induzindo os questionamentos”, ou seja, em muitos casos a sentença é proferida exclusivamente com base na prova testemunhal, ou melhor dizendo, na memória da testemunha, passível de contaminação e falsificação. Nesses termos, trata ainda que “com isso, não se quer desacreditar essa prova, mas demonstrar que, dependendo do contexto, ela não é suficiente a derrubar a presunção de inocência”.

Portanto, restou claro que a possibilidade de contaminação e falseamento da memória compromete a confiabilidade e credibilidade da prova testemunhal, ocasionando prejuízo ao processo. Assim sendo, depois que foram demonstradas algumas das situações que possibilitam a introdução de falsas memórias em âmbito jurídico, não há dúvidas sobre a necessidade de implementação de métodos que viabilizem a valoração da prova testemunhal e a melhor maneira de sua produção, de forma que sejam observadas todas as prerrogativas memoriais, a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho, principalmente na fase judicial da ação penal.

5.3 FORMAS DE ATENUAR O FALSEAMENTO DA MEMÓRIA NO MOMENTO DA OITIVA DA TESTEMUNHA

Uma vez que devidamente munidos de todos os aparatos necessários para a reflexão proposta, referente ao tratamento fornecido à prova testemunhal, restando

claro que as prerrogativas e formas de condução são, por consequência, fatores precipitantes das falsas memórias. Destaca-se que não se espera a possibilidade de solução dessa problemática, em virtude da naturalidade com que se expressa, contudo, pode-se prever técnicas para a redução dos danos, o que não será suprimido de maneira rápida, simples e imediata, haja vista que depende da alteração de medidas já enraizadas no judiciário, como também de um olhar diferenciado para questões epistemológicas, visando, portanto, uma proposta interdisciplinar de valoração da prova testemunhal.

Nesse sentido, busca-se a introdução de medidas que limitem o falseamento da memória. Sendo assim, devem ser buscados paliativos como forma de solução e eventual diminuição dos danos causados pela ocorrência de falsas memórias, visto que em inúmeras situações a prova testemunhal ou o depoimento do ofendido são as únicas provas do cometimento do crime. Desta forma, deve-se usar de todas as ferramentas necessárias para alcançar a melhor utilização desse meio de prova para que a sua valoração, confiabilidade e credibilidade não sejam contestadas, e que o processo penal seja efetivo, em observância as normas constitucionais.

Assim, algumas precauções, seguimentos e tratamentos podem ser identificados como formas de extinguir ou ao menos diminuir o aparecimento de falsas memórias durante a produção da prova testemunhal e oitiva da testemunha. Nesse sentido, pode-se utilizar de meios tecnológicos que permitam a gravação e melhor análise dos testemunhos, a extinção de perguntas indutivas, por meio da utilização de técnicas próprias para essa finalidade, o devido e possível acompanhamento por eventual agente da saúde, como psicólogo, o qual possa sinalizar e analisar os depoimentos (LOPES JR., 2019, p. 486).

No mais, as contaminações da prova testemunhal podem ser minimizadas nos casos em que haja a colheita da prova dentro de um prazo razoável, evitando o fenômeno do esquecimento, que ocorre em virtude do decurso do tempo e possibilita a ocorrência de falsas memórias, interferindo nas lembranças armazenadas. Conjuntamente, vale dizer que a condução da oitiva dessa testemunha, realizando uma inquirição mais aberta, no sentido de não explorar somente uma tese, seja a defensiva ou acusatória, evita eventuais defraudações da memória (LOPES JR., DI GESU, 2008, p. 108).

Nesse sentido, no âmbito do processo penal e da prova testemunhal, os fatores externos que mais desencadeiam as falsas memórias estão relacionados ao tratamento oferecido a esse meio probatório, em regra, a indução e a sugestibilidade dos questionamentos presentes na oitiva da testemunha. Impera salientar que a utilização de técnicas para a melhor inquirição é tema de grande importância, visto que os processos mnemônicos são complexos, e durante a aquisição, retenção e evocação de uma memória podem ocorrer falhas, permitindo contaminações e prejudicando toda a ação penal (DI GESU, 2014, p. 198).

Ademais, com o intuito de atenuar o falseamento da memória, aborda-se o método de entrevista cognitiva, que foi desenvolvida por Ronald Fisher e Edward Geilseman, nos Estados Unidos, em 1984, visando a redução dos danos causados pela coleta da prova oral e a busca pela precisão das informações nos relatos colhidos das testemunhas e vítimas. Assim, conforme trata Lara Teles Fernandes (2020, p. 249) a entrevista cognitiva é “baseada em princípios científicos da psicologia social e cognitiva, que buscam reduzir os ruídos na captação das memórias de uma testemunha, obter relatos mais fidedignos e também evitar sua revitimização”.

A técnica de entrevista cognitiva é integrada por cinco etapas, impende destacar e entender essas etapas. A primeira é a construção do *rapport*, em que se deve demonstrar empatia com a testemunha, criando um ambiente favorável e acolhedor para que o agente esteja confortável e relate de forma mais fidedigna o evento. Assim, o entrevistador deverá explicar os objetivos da inquirição e transferir o controle do ato para o entrevistado, valorizando o seu papel no sentido de justiça. Essa fase é salutar, tendo em vista que o ambiente impõe pressão na testemunha e a emoção pode facilitar o aparecimento de falsas memórias (FEIX, PERGHER, 2017, p. 212).

A segunda etapa é a da recriação do contexto original, em que o entrevistador deve instigar, mentalmente, o retorno do entrevistado ao momento de ocorrência do evento, ou seja, a testemunha deve se imaginar novamente no cenário do delito, para a recriação do contexto original do fato, explorando os sentidos possíveis, visto que “quanto mais sentidos forem explorados pela testemunha, maiores as chances de que sejam fornecidas pistas significativas à sua memória”. No mais, as instruções devem ser dadas de maneira lenta e pausadamente, pois “o uso de pausas auxilia

na reconstrução do contexto original, uma vez que elas fornecem mais tempo para o entrevistado acessar as informações sobre o evento” (FEIX, PERGHER, 2017, p. 217).

A terceira etapa consiste na prevalência da narrativa livre, em que se prevê que o entrevistador suscite que o entrevistado relate os fatos de forma livre, ou seja, a testemunha deve expor a sua narrativa sem interrupções externas, de maneira espontânea e do seu modo, buscando na memória as informações necessárias e privilegiadas ao deslinde do processo. Ao passo em que o entrevistador deverá adotar uma postura de atenção e escuta ativa ao que está sendo narrado pela testemunha, permitindo e respeitando que utilize o tempo necessário para a evocação da lembrança e das informações do fato (FEIX, PERGHER, 2017, p. 217).

A quarta etapa é a do questionamento, em que após a narrativa livre o entrevistador deve realizar perguntas ao entrevistado, com base nas informações que foram expostas, visando resgatar informações adicionais ao que foi relatado. Assim, deve atender ao uso de uma linguagem adequada e compatível com o grau de cognição da testemunha, sempre com questionamentos abertos, viabilizando o melhor entendimento e evitando a sugestibilidade e a indução. Além disso, o entrevistador deverá avisar que realizará alguns questionamentos e que a testemunha é livre para dizer que não sabe ou que não entendeu (FEIX, PERGHER, 2017, p. 218).

A quinta e última etapa da entrevista cognitiva trata sobre o fechamento da entrevista, em que se realiza uma síntese de tudo que foi versado e o entrevistador deve fornecer ao entrevistado um momento para acrescentar algo em suas declarações e deixar explícito que a testemunha pode interromper o entrevistador caso haja “quaisquer distorções no resumo fornecido ou lembrar-se de detalhes anteriormente não relatados”. Assim, nota-se que na última etapa há um retorno ao *rapport*, pois deve-se demonstrar cuidado e atenção com o entrevistado, criando um ambiente positivo e deixando aberto um canal de comunicação entre entrevistador e entrevistado (FEIX, PERGHER, 2017, p. 222).

Após o explicitado, percebe-se que a forma com que é realizada a colheita da prova testemunhal interfere no valor probatório imposto na narrativa da testemunha. Deste modo, poderá conferir maior confiança e credibilidade, conseqüentemente, maior

valor probatório as colheitas de provas que atendem ao disposto neste tópico, principalmente sobre a entrevista cognitiva, em especial aos questionamentos abertos, inclusive a narrativa livre, que evitam a sugestionabilidade e indução que imperam nas perguntas realizadas na inquirição da testemunha, e em consideração ao prejuízo do decurso do tempo, em relação a colheita dessa prova testemunhal (FERNANDES, 2020, p. 253).

Sobre o tema, Cristina Di Gesu (2014, p. 202) faz um adendo e aborda que se sabe das vantagens decorrentes da aplicação da entrevista cognitiva, como a evocação de memórias mais confiáveis, reduzindo os riscos de surgimento de falsas memórias decorrentes da sugestionabilidade. No entanto, se entende a existência de inconvenientes dessa implementação, pois o método da entrevista cognitiva requer maior lapso temporal e que os entrevistadores estejam treinados e preparados para o seu seguimento, solicitando, um investimento alto e complexo. Contudo, nota-se maiores benefícios, visto que a prova testemunhal deve presar pela qualidade, em virtude da sua larga utilização.

Portanto, em relação as medidas abordadas nesse tópico, as quais podem ser adotadas pelo sistema processual penal como forma de redução de danos, por conseguinte, evitando e prevenindo o aparecimento de falsas memórias, Gustavo Noronha de Ávila e Alexandre Morais da Rosa (2016) aduzem que:

Muitas delas são medidas simples que, quando adotadas na prática, podem qualificar as informações trazidas, promovendo liberdades e diminuindo dores. De qualquer forma, cada vez mais, precisamos superar a visão de que alguém é capaz de apreender “toda” a realidade e depois reproduzir em um depoimento judicial ou mesmo na Entrevista Cognitiva, justamente porque pensar assim é estar, pelo menos, um século atrasado. Precisamos nos atualizar urgentemente sob pena de cometermos as mesmas atrocidades já demonstradas no protagonismo da prova testemunhal não problematizada.

Ademais, impede deixar claro que de modo algum há a intenção de extinção da prova testemunhal, da sua valoração e credibilidade, visto que se entende que este é um dos mais importantes meios de prova na seara do processo penal, implementando sentido humanitário e esclarecedor. No entanto, sustenta que a sua utilização deve ser extremamente cautelosa, cuidadosa e criteriosa, no sentido de abarcar a psicologia do testemunho e questões epistemológicas no momento de sua valoração, haja vista que a base da prova testemunhal é a memória, a qual consta com possíveis falhas e eventuais limitações (LOPES JR., 2019, p. 486).

Por fim, os procedimentos e formas de tratamento da prova testemunhal abordadas e sugeridas não são vistas como uma solução para a problemática das falsas memórias, visto que o seu aparecimento pode independender do seguimento ou não desses redutores de danos. No mais, ainda que haja a colheita da prova testemunhal de maneira coerente e com a devida preocupação no tocante a epistemologia e psicologia do testemunho, a reconstrução dos fatos pela testemunha nunca será a exata realidade dos fatos, pois a memória humana não é capaz de reproduzir o total de uma situação.

Contudo, em havendo na prática forense a utilização, de maneira habitual, dessas formas de atenuação do falseamento da memória durante a oitiva da testemunha, poderá ser conferida à prova testemunhal uma maior garantia de credibilidade, confiabilidade e capacidade, ainda que pese existam outros meios de contaminação. Assim sendo, deve o entrevistador busca extrair a verdade mais aproximativa dos fatos, de maneira mais precisa, coerente e fidedigna possível, sem a prevalência ou indução para determinada tese anteriormente formulada.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo compreender as peculiaridades e as limitações da cognição humana, a falibilidade da memória e as consequências gravosas da interferência no âmbito do processo penal brasileiro, com enfoque na produção da prova testemunhal. Deste modo, restou claro que esse meio probatório é de extrema importância e necessidade para o deslinde processual, entretanto a sua utilização é de grande complexidade e vulnerabilidade, tendo em vista que a recordação de um determinado fato pode sofrer alterações, sendo passível a ocorrência do fenômeno das falsas memórias no momento da produção da prova testemunhal, contaminando o testemunho, e conseqüentemente, a prova produzida.

Em que pese a prova testemunhal possibilite o conhecimento de novas informações para o processo, deve existir cautela e cuidado no momento da sua valoração, abordando em especial ao resquício da busca pela verdade real enraizada no processo penal, haja vista que esse meio de prova se fundamenta na capacidade de percepção e armazenamento da memória de uma pessoa, ou seja, existe a confiança de que entre a ocorrência do fato e a declaração em juízo da testemunha não houve nenhuma alteração na recordação adquirida e posteriormente evocada. Assim, confere credibilidade e confiabilidade ao testemunho, sem a devida observância das limitações cognitivas e da psicologia do testemunho.

No presente trabalho, concluiu-se pela viabilidade da ocorrência das falsas memórias na seara da prova testemunhal, decorrendo do tratamento concedido e/ou da condução desse meio probante, bem como de fatores externos ao judiciário, os quais devem ser ponderados e levados em consideração no momento da produção e da valoração da prova. Destarte que a memória humana é a base fundante da prova testemunhal, portanto, deve-se observar o seu caráter subjetivo e sugestivo à contaminações, tendo em vista que dependendo do fator desencadeante aplicado pode haver a modificação da memória de um determinado fato ou até a criação de memórias antes não existentes.

Nesse sentido, foi claramente tratado que a prova testemunhal se fundamenta na reconstrução memorial dos fatos passados, viabilizando a coleta de informações e o melhor entendimento da situação fática do delito ocorrido, mediante um induzimento

ao resgate das memórias armazenadas, as quais serão evocadas. Contudo, as pesquisas e os estudos demonstraram que o processo mnemônico não é a realidade exata dos fatos históricos de uma situação, mas sim uma realidade aproximativa desses fatos, conforme as percepções da testemunha sobre um determinado momento, havendo inclusive a possibilidade de intercorrências emocionais e contaminações, motivo pelo qual se fala da subjetividade decorrente desse meio probatório.

Ademais, as lembranças da testemunha estão sujeitas a contaminações que podem ser derivadas da sugestionabilidade existente na inquirição da testemunha ou até por meio da colheita tardia da prova testemunhal, possibilitando interferências no processo mnemônico e na evocação mais aproximada da realidade fática delituosa. Apesar disso, nota-se que os sujeitos processuais não levam em consideração as limitações cognitivas da testemunha quando não há a coleta hábil da prova testemunhal, em um tempo razoável que não permita maiores contaminações, visto que o decurso do tempo prejudica o processo mnemônico, limitando e danificando o conteúdo memorial armazenado.

No mais, outro grande problema observado ao longo da pesquisa proposta foi em relação ao induzimento no momento da entrevista da testemunha, ou seja, a sugestionabilidade do entrevistador na condução da inquirição. É importante salientar que muitos são os casos em que a inquirição somente aborda a tese acusatória, conduzindo toda a entrevista em um mesmo sentido, em uma mesma hipótese, realizando questionamentos fechados e que induzem uma determinada resposta. Sendo assim, essa indução pode provocar o aparecimento de falsas memórias na testemunha, contaminando a prova produzida com um vício insanável ao processo penal.

Ainda no mesmo sentido, foi observado que por mais que o entrevistador não tenha a intenção de induzir uma determinada resposta por parte da testemunha, não há como negar que em regra os questionamentos possuem um caráter indutivo, não oportunizando o relato livre, mas sim conduzindo as perguntas de forma sugestiva. Além disso, determinados comportamentos, ainda que extremamente sutis, podem suscitar o falseamento de uma memória, como também a utilização de palavras específicas, conforme foi abordado na explicação do fenômeno do *priming*. Assim, a

sugestionabilidade que envolve a produção da prova testemunhal pode implementar uma falsa informação na memória original do evento.

Portanto, ressalta-se que apesar do fato de que a prova testemunhal confere caráter humanizante ao processo penal e que em determinados casos seja o único meio probatório da autoria de um determinado delito, restando clara a sua importância e a falta de intenção de suscitar pela total desconfiança, descrédito ou não valoração do relato da testemunha, entende-se que dependendo do contexto em que haja a sua produção, a prova testemunhal não pode ser suficiente para afastar o *in dubio pro reo* e a presunção de inocência do acusado, pois a falibilidade desse meio de prova resta clara e evidente, ocorrendo de forma que a testemunha não tenha consciência do falseamento dessa memória, sendo então de difícil identificação por parte dos agentes processuais, conferindo riscos que implicam em direitos do acusado.

Isto posto, devem ser observados critérios objetivos de valoração da prova testemunhal, de modo que não haja violação de preceitos constitucionais e garantias fundamentais do acusado, em observância as peculiaridades memoriais, a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho, evitando a contaminação e o falseamento da memória que comprometem a credibilidade e a confiabilidade impostas à prova testemunhal. Desta forma, a presente pesquisa não propõe uma solução para a problemática, visto que o tema é de grande complexidade e envolve inúmeros fatores, a proposta versou sobre as possíveis formas de atenuar o falseamento da memória no momento da produção da prova testemunhal, ou seja, houve a propositura de medidas de redução de danos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 26 ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Malheiros, 2010.

ARAÚJO, Fábio Roque; COSTA, Klaus Negri. **Processo Penal Didático**. 3 ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSA, Alexandre Morais da. Você precisa saber o que são falsas memórias. **Empório do Direito**. Data de publicação: 25 jan. 2016. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/voce-precisa-saber-o-que-sao-falsas-memorias>. Acesso em: 25 set. 2020.

BADARÓ, Gustavo H. Prova penal: fundamentos epistemológicos e jurídicos. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 43-80, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.138>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BALDASSO, Flaviane. ÁVILA, Gustavo Noronha de. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, jan./abr. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 de maio. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, DF. 16 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 04 nov. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.964**, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF. 24 dez. 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art20. Acesso em: 20 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ. 07 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 17 abr. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Brasília, DF. 03 out. 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 18 set. 2020.

CAGLIARI, José Francisco. **Prova no Processo Penal**. Disponível em: <http://www.justitia.com.br/artigos/299c16.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2020.

DAMÁSIO, António R. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. VICENTE, Dora; SEGURADO, Georgina (Trad.). São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2012.

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

FARHAT, Camila Mahiba Pereira. **Das provas no processo penal**. Monografia (Graduação em Direito). Faculdade de Direito, Universidade do Vale do Itajaí, Itajaí, Santa Catarina, 2008.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias**. 1 ed.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERNANDES, Lara Teles. **Prova testemunhal no processo penal: uma proposta interdisciplinar de valoração**. 2 ed. Florianópolis: Editora EMais, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GIACOMOLLI, Nereu José. DI GESU, Cristina Carla. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. **XVII Congresso Nacional do CONPEDI**, Brasília, Distrito Federal, nov./2008.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2 ed. rev. ampl. Porto Alegre: Editora Artmed, 2014.

KHALED JR., Salah Hassan. A produção analógica da verdade no processo penal: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros do passado. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 166-184, 2015. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/9>. Acesso em: 26 fev. 2021.

KHALED JR., Salah Hassan. O Sistema Processual Penal Brasileiro: acusatório, misto ou inquisitório? **Revista Civitas**, Porto Alegre, vol. 10, n. 2, p. 293-308, mai./ago. 2010.

LIMA, Francisco Marques. **Da prova no processo penal brasileiro: aspectos doutrinários e jurisprudenciais**. Fortaleza: Revista Controle, 2007.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Volume único. 7 ed. rev. ampl. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

LOFTUS, Elizabeth. Criando falsas memórias. **Scientific American Magazine**. 1997. Disponível em: <https://docero.com.br/doc/sc5cve>. Acesso em: 19 set. 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

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

LOPES JR., Aury. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. **Revista Consultor Jurídico**. Data de publicação: 19 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-dependedela#:~:text=As%20falsas%20mem%C3%B3rias%20se%20diferenciam,chegando%20a%20sofrer%20com%20isso>. Acesso em: 17 abr. 2021.

LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas memórias e processo testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. **Revista Jurídica Síntese**. Disponível em: <http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RJ%20364%20-%20Doutrina%20Penal.pdf>. Acesso em: 12 nov. 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Você sabe como questionar uma testemunha no processo penal? **Revista Consultor Jurídico**. Data de publicação: 19 jul. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-19/limite-penal-voce-sabe-questionar-testemunha-processo-penal>. Acesso em: 12 nov. 2020.

MATIDA, Janaina Roland. **O problema da verdade no processo: a relação entre fato e prova**. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MATIDA, Janaina Roland; HERDY, Rachel. As inferências probatórias: compromissos epistêmicos, normativos e interpretativos. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, n. 73, jul./set. 2019.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prova testemunhal**. 2014. Disponível em: <https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160990946/a-prova-testemunhal>. Acesso em: 12 nov. 2020.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o fenômeno das falsas memórias**. 1 ed. São Paulo: Editora Artmed, 2017.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias? **Revista Psicologia em Estudo**, Maringá, vol. 13, n. 3, p. 539-547, jul./set. 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. A credibilidade da prova testemunhal no processo penal. **Portal Migalhas**. Data de publicação: 10 ago. 2005. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/14901/a-credibilidade-da-prova-testemunhal-no-processo-penal>. Acesso em: 19 set. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11 ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

PIETRO JÚNIOR, João Carlos Garcia. O sistema acusatório no processo penal brasileiro e a adoção do modelo inquisitorial system na gestão da prova pelo juiz. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/osistema-acusatorio-no-processo-penal-brasileiro-e-a-adocao-do-modelo-inquisitorial-system-na-gestao-da-prova-pelo-juiz>. Acesso em: 19 fev. 2021.

RAMOS, Vitor Lia de Paula. **Prova testemunhal: do subjetivismo ao objetivismo, do isolamento científico ao diálogo com a psicologia e a epistemologia**. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 27 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2019.

ROHENKOHL, Gustavo; GOMES, Carlos Falcão de Azevedo; SILVEIRA, Ronie Alexandro Teles da; PINTO, Luciano Haussen; SANTOS, Renato Favarin dos. **Emoção e Falsas Memórias**. 1 ed. São Paulo: Editora Artmed 2017.

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

RODRIGUES, Martina Pimentel. Os sistemas processuais penais. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 18, n. 3833, dez./2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26262>. Acesso em: 19 fev. 2021.

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**. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf. Acesso em: 12 nov. 2020.

SPINNEY, Laura. Publicado pelo jornal The Guardian, Inglaterra, em 4 de dezembro de 2003, traduzido por Andréia Tschiedel. **Nós podemos implantar memórias inteiramente falsas**. Disponível em: <https://www.vigilia.com.br/nos-podemos-implantar-memorias-inteiramente-falsas/>. Acesso em: 15 abr. 2021.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12 ed. rev. atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 4. 34 ed. rev. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

VIANA, Caroline Navas. A falibilidade da memória nos relatos testemunhais: implicações das falsas memórias no contexto dos crimes contra a dignidade sexual. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, vol. 08, n. 02, 2018, p. 1035-1056.