

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE

BACHARELADO EM DIREITO

FABIO TAVARES DINIZ

**A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL FRENTE A FORMAÇÃO DE
FALSAS MEMÓRIAS**

**ARACAJU
2016**

FABIO TAVARES DINIZ

**A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL FRENTE A FORMAÇÃO DE
FALSAS MEMÓRIAS**

Monografia apresentada como exigência parcial para a conclusão do curso de graduação em Direito da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE.

Orientador:

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira.

**ARACAJU
2016**

D583f DINIZ, Fabio Tavares.

A Fragilidade Da Prova Testemunhal Frente A Formação De Falsas Memórias / Fabio Tavares Diniz. Aracaju, 2016. 67 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Pr. Ermelino Costa Cerqueira

1. Prova 2. Testemunho 3. Credibilidade 4. Fundamento 5. Memória TÍTULO.

CDU

Ficha Catalográfica elaborada pela Biblioteca da FANESE

FABIO TAVARES DINIZ

**A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL FRENTE A FORMAÇÃO DE
FALSAS MEMÓRIAS**

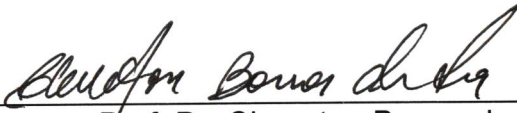
Monografia apresentada à Comissão Julgadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE, como pré requisito de conclusão do curso de graduação em Direito.

Aprovada em ____ / ____ / ____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Ermelino Costa Cerqueira
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE


Prof. Me. Lucas Cardinali Pacheco
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE


Prof. Dr. Cleverton Barros de Lima
Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe – FANESE

À minha mãe e avó (in memoriam), que desde sempre e para sempre irão querer me ver seguindo em frente.

AGRADECIMENTOS

Sempre esperei para expressar essas palavras, minha jornada foi árdua, observei, muitas vezes, as manifestações superficiais de outras pessoas e prometi não fazer o mesmo neste momento. Não ser político, não fazer cerimônia, não ser piegas, ser como sou, sincero. Desta forma, meus agradecimentos iniciais e mais importantes são para mim mesmo, a meu corpo e minha mente que suportaram o caminho, fui eu quem sofri, quem não dormi, quem li, quem estudei, que me dediquei, enfim, o principal vértice onde o ônus e o bônus irão convergir.

No entanto, não poderia ser ingrato e saber que alguns gestos, algumas pessoas, fizeram parte desta jornada, que foram sim de grande ajuda, colegas e amigos, de classe, da vida, do trabalho, etc. Ao se citar nomes corre-se o risco de praticar injustiça no caso de esquecimento de algum, mas injustiça maior seria não citar os que são inesquecíveis, que sempre serão lembrados. Deixando claro que estes agradecimentos são puramente relativos a este trabalho. Assim sou grato a Jaclim, Aiana, Denise, Antonina, Geisa, Fernando "orientador adjunto", Alessandro (professor) e ao meu orientador Prof. Ermelino, que me transmitiu tranquilidade, conhecimento e, principalmente, tornou menos nebulosa esta jornada.

Que o Direito encontre a Justiça.

RESUMO

Um dos princípios mais importantes do direito processual penal brasileiro é o da presunção de inocência, ninguém será condenado se não houver provas que liguem o autor ao ato pelo qual se está sendo acusado. As provas devem ajudar o magistrado a encontrar a verdade real, ideal também posto em forma de princípio processual. Mas como é conhecida essa prova? Há no ordenamento jurídico diversos institutos que visam provar a veracidade dos fatos, buscando, assim, a verdade real. Dentre os meios de prova, devemos destacar para o presente trabalho a prova testemunhal. Esse meio de prova é bastante discutido, tendo em vista seu caráter subjetivo, tornando uma das provas mais inseguras do processo, embora talvez seja a mais frequentemente utilizada, o que remete a um cuidado redobrado na sua aplicação, principalmente quando esta se encontra como único meio de elucidar o fato delituoso. O ponto principal de análise da prova testemunhal neste trabalho é a fragilidade da nossa memória e de fatores que podem interferir na percepção e transmissão dos fatos a serem narrados. Contudo, é tarefa do julgador analisar a credibilidade da prova testemunhal e enxergar qualquer dúvida na prestação testemunhal como meio imprescindível para basear sua decisão e chegar a mais justa sentença.

Palavras-chave: Prova. Testemunho. Credibilidade. Fundamento. Memória.

ABSTRACT

One of the most important principles of the Brazilian criminal procedure law is the presumption of innocence, no one will be convicted if there is no evidence linking an author to the act by which it is being charged. The evidence should help the judge to find the real truth, ideal also put in the form of procedural principle. But as it is known this race? There is the legal system various types of institutions which seek to establish the veracity of the facts, searching, so the real truth. Among the evidence, we should point out to this work the evidence of witnesses. This evidence is much discussed, in view of its subjective nature, becoming one of the most insecure evidence of the process, although perhaps the most frequently used, which refers to a special care in its application, especially when it is the sole means of elucidating the criminal fact. The main point of analysis of witness evidence in this work is the fragility of our memory and factors that may interfere with the perception and transmission of facts to be narrated. Yet it is judgmental task of analyzing the credibility of the testimony and see any doubt in the witness provision as an indispensable means to base its decision and get to the just sentence.

Keywords: Proof. Witness. Credibility. Foundation. Memory

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	A FALIBILIDADE DO TESTEMUNHO	15
3	DA PROVA TESTEMUNHAL	17
3.1	Noções Gerais	17
3.2	Quem pode ser testemunha	18
3.2.1	Testemunho de criança e adolescente	19
3.2.2	Testemunha de auditu	21
3.3	Compromisso legal	22
3.4	Falso testemunho	24
3.5	Indício (Prova testemunhal indireta)	26
3.6	Prova antecipada	27
3.7	Proteção da testemunha	29
3.8	Forma de inquirição (após a nova redação do art. 212)	30
4	A FORMAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS	32
4.1	A Memória	32
4.2	Falsas Memórias	33
4.3	Histórico de estudo das falsas memórias	36
4.4	Teorias explicativas	39
4.5	O fato: da percepção ao testemunho e os fatores que contaminam a memória neste ínterim.	41
4.5.1	Conhecimento - percepção	42
4.5.2	Conservação e evocação	44
4.5.3	Declaração, verbalização	45
4.6	Fatores de contaminação da prova testemunhal	47
4.7	Falsas memórias em crianças	49
5	SENTENÇA E SUA FUNDAMENTAÇÃO	54
5.1	Sistema de apreciação das provas	55
6	A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL FRENTE AS FALSAS MEMÓRIAS	57
6.1	Medida de redução de danos	59
6.1.1	A entrevista cognitiva	59
6.1.2	Outras formas de redução de danos	61

6.1.3	Percepção das falsas memórias	61
7	CONSIDERAÇÕES FINAIS	63
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

As questões relacionadas à prova no processo são de extrema importância para o resultado do mesmo. A prova é a demonstração, no processo judicial, pela parte a quem foi atribuída o ônus, da veracidade dos fatos alegados.

O processo penal possibilita a produção de toda e qualquer prova admitida, mesmo as hipóteses não previstas em lei, desde que não sejam ilícitas ou moralmente ilegítimas e que não violem direitos de seus titulares.

A prova testemunhal, enfoque central do presente trabalho, constitui-se em um dos mais antigos meios de prova, dentro do processo. A origem etimológica aponta para o vocábulo *testibus*, o qual, trata de dar fé à veracidade de um fato. A testemunha, por tratar-se de pessoa diferente das partes do processo, ao declarar seu olhar a respeito dos fatos afetos à ação penal, fornece ao magistrado subsídios para que possa ser aferida a mais pura verdade acerca de um fato criminoso, levando-o para o universo do delito.

Cabe trazer a diferenciação do testemunho que interessa a este trabalho, pois, etimologicamente, há as figuras das testemunhas *testis* e *superstes*.

Bevenistes (1995, p. 278 apud Seligmann-Silva, 2010, p. 4):

Verificamos a diferença entre *superstes* e *testis*. Etimologicamente, *testis* é aquele que assiste como um “terceiro” (*terstis*) a um caso em que dois personagens estão envolvidos; e essa concepção remonta ao período indo-europeu comum. Um texto sânscrito enuncia: “todas as vezes em que duas pessoas estão presentes, Mitra está lá como terceira pessoa”; assim o deus Mitra é, por natureza, a “testemunha”. Mas *superstes* descreve a “testemunha” seja como aquele “que subsiste além de”, testemunha ao mesmo tempo sobrevivente, seja como “aquele que se mantém no fato”, que está aí presente.

Assim, apesar da enorme literatura que envolve o testemunho, tanto no âmbito da historicidade de uma narrativa, quanto no seu aspecto jurídico, nuance abordada neste trabalho, necessário se fez que a pesquisa não trouxesse todo compêndio envolvendo o assunto, pois a pretensão desta monografia é demonstrar questões gerais que tragam uma discussão a respeito da falibilidade do testemunho e sua apreciação no decorrer de um processo criminal.

A prova obtida pelo testemunho, no processo penal, há muito tempo, assumiu papel significativamente importante na relação entre o *jus puniendi*¹ e o *jus libertatis*², contribuindo como vetor de promoção de pacificação, junto ao Poder Judiciário.

Com o avanço tecnológico em áreas diversas do conhecimento, a exemplo da química, medicina, física etc., a prova testemunhal deveria assumir um papel complementar enquanto meio posto ao Juiz para reconstrução dos fatos, bem como atestar ou não a existência não somente de um crime, mas também de todas as circunstâncias que podem afetar a dosimetria.

Contudo, principalmente no Brasil, ainda há um falho sistema de prova, principalmente a pericial. Falta aparato material e qualificação para uma investigação ainda mais minuciosa acerca dos dados e vestígios do fato criminoso. O que conduz a uma supervalorização e utilização da prova testemunhal, muitas vezes a única no processo.

Devido a falhas estruturais e a “atecnia” de muitos dos gestores da área, nota-se que os institutos responsáveis pela feitura das análises periciais, acabam fazendo com que o meio de prova em estudo seja resumido a um documento sobrevalorizado no processo penal.

O crime de homicídio, por exemplo, é um dos crimes mais complexos do nosso ordenamento, que visa a proteção do bem maior do ser humano, que é a vida. E para a sua elucidação deve se ter ainda mais cautela, uma vez que de um lado tutela a vida e do outro a liberdade do suposto agente do ato delituoso. Assim, como a elucidação de um crime de tal dimensão pode ser baseada apenas nas declarações testemunhais, tendo em vista seu caráter subjetivo, constituindo-se o meio de prova mais inseguro do processo?

Vê-se no tema apresentado, embora ponto de análise da doutrina e jurisprudência, pouco aprofundamento na prática formativa das faculdades jurídicas, fato este que aponta para o caráter de singularidade do trabalho, assumindo sua relevância no mundo acadêmico e, conseqüentemente, com refração social.

Desta forma, surgiu a preocupação de como a fragilidade probatória pode prejudicar a robustez da decisão judicial. Indagações automáticas surgem com esse

¹ Expressão latina que aduz ao direito de punir do Estado.

² Direito de liberdade

problema levantado. Quais as falhas não perceptíveis, excluídas as intencionais, que podem deturpar a confiança de um testemunho? O valor que se confere à prova testemunhal pode ser relativizado mesmo sabendo que as provas no ordenamento jurídico brasileiro têm o mesmo peso? É razoável o juiz fundamentar a sentença de pronúncia apenas nas provas testemunhais?

A pesquisa terá como objetivo trazer o que se conhece sobre o tema, observar a aplicação do sistema de apreciação de provas em nosso ordenamento jurídico e, talvez, oferecer uma visão que forneça aos profissionais envolvidos formas de abordar a problemática durante o exercício de suas funções.

A preocupação com a prova testemunhal é advinda da sua utilização como único meio para o juiz, alcançar a convicção sobre o fato. Como chegar a um justo veredicto sendo este meio de prova um dos mais questionáveis, por ter um caráter tão subjetivo, principalmente quando se fala da percepção humana, que é tão variável, seja ela pelo sexo, pela idade, contexto social, e outros que de sobremaneira irão influenciar cada indivíduo na percepção de um mesmo fato.

A escolha pela temática do presente trabalho encontra algumas justificativas. No primeiro momento, o surgimento de uma dúvida íntima de um profissional que trabalha na colheita de informações e provas que podem incriminar ou inocentar pessoas e trazer respostas para família a respeito da veracidade de um fato que trouxe tristeza e revolta. Num segundo momento, busca tentar compreender se as falhas na produção das provas, e as consequências destas, na confecção do conteúdo probatório no processo, trazem risco ao devido processo legal, no que tange o julgamento justo. Entender se é cabível a valorização igualitária da prova testemunhal em detrimento de outras formas de provas com idoneidade menos discutida.

Sendo assim, espera-se com a presente pesquisa, conhecer as imperfeições ou demonstrar a situação atual do processo criminal, de forma a perceber que medidas poderiam ser estudadas para diminuir o risco de dano provenientes de um testemunho falho, onde a mente humana é eivada de imperfeições e sugestibilidade. Buscar-se-á, também, conhecer quais medidas o responsável

pela oitiva das testemunhas pode se valer para que o depoimento seja livrado da melhor maneira possível do fenômeno da sugestionabilidade³.

O presente trabalho será elaborado utilizando a método dialético. Sua utilização, considera que os fatos não podem ser considerados fora de um contexto social, assim como a aplicação do Direito; a mutabilidade social requer a renovação constante de soluções para as questões insurgentes. Assim, parte-se da ideia de que o processo de produção de conhecimento deve obedecer a três etapas, quais sejam: tese, antítese e síntese, desta forma, serão utilizadas como fontes de pesquisa livros, periódicos, revistas científicas, artigos e jurisprudência.

A sequência de explicações sobre o tema abordará em seu primeiro momento as questões doutrinárias e conceituais da prova testemunhal, e, “en passant”, pinceladas sobre o processo penal brasileiro. O conhecimento técnico prévio do objeto de estudo ajuda a criar os questionamentos e opiniões que despertam as dúvidas e sugestões aqui levantadas. Assim, os capítulos seguintes, trarão à baila os fundamentos científicos, especialmente ligados ao ramo da psicologia cognitiva⁴ que servirão como base para as indagações a respeito do testemunho. Por fim, a análise será destinada ao magistrado, a seu critério de valoração da prova, de análise e de fundamentação de suas decisões.

³ De acordo com Lilian M. Stein (2010, p. 167.), em seu livro sobre falsas memórias, “ A sugestionabilidade consiste na tendência de um indivíduo em incorporar informações distorcidas, provindas de fontes externas, de forma intencional ou acidental, às suas recordações pessoais. ”

⁴ A psicologia cognitiva estuda a cognição, os processos mentais que estão por detrás do comportamento. É uma das disciplinas da ciência cognitiva. Esta área de investigação cobre diversos domínios, examinando questões sobre a memória, atenção, percepção, representação de conhecimento, raciocínio, criatividade e resolução de problemas. Pode-se definir cognição como a capacidade para armazenar, transformar e aplicar o conhecimento, sendo um amplo leque de processos mentais. MATLIN, Margareth W. Psicologia cognitiva. 5 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2004

2 A FALIBILIDADE DO TESTEMUNHO

A prova é questão de singular importância para o resultado do processo. É ela que vai dar subsídios para se chegar ao mais próximo possível da veracidade dos fatos afirmados em juízo. Assim, a produção da prova é repercutida não só no direito processual penal, mas também em todas as áreas do direito.

Como bem salienta Aquino (2015, p.23):

Um processo sem prova seria um verdadeiro contrassenso, pois é da sua própria natureza a indispensável colheita de elemento probatório. Em outras palavras, seria como um corpo sem alma, circunstância essa que descaracterizaria o sentido metajurídico desse instrumento que conduz o magistrado a proferir decisão que tenha por fim, a solução do conflito, tendo como norte a aplicação do direito ao caso concreto.

A prova pode se apresentar de diversas formas em juízo. Temos quanto ao objeto, as provas diretas e indiretas, quando ao sujeito, as chamadas pessoais ou reais, e quanto à forma, as provas documentais, materiais ou testemunhais.

Todos os meios de prova são uteis para se chegar a veracidade fática, assim, para o Direito, não há hierarquia entre elas, não estando o julgador adstrito a nenhum meio de prova específico, sendo livre o seu convencimento.

André Luiz Nicolitt (2010, p. 410) afirma que *“O ser humano é incapaz de reproduzir fielmente um fato pretérito ainda mais quando circunstâncias como a presença do juiz, o nervosismo, possam atrapalhar na precisão das informações a serem prestadas.”*

É certo que, quando se fala em percepção fática, é muito difícil ter unanimidade, tendo em vista, como já dito, que cada ser humano irá ter uma percepção de acordo com fatores que são alheios a realidade.

Paul Ricoeur (2007), traz o questionamento sobre a memória coletiva em seus estudos históricos, como o contexto social afeta o testemunho sobre a situação fática vivida pelos indivíduos. Usa como exemplo o Shoah⁵ e os traumas provocados nas vítimas que podem afetar a memória.

⁵ Shoah é o termo da língua iídiche usado para definir o holocausto judeu.

Pesquisas já mostraram que homens e mulheres são distintos na captação dos fatos. Cada um dos sexos capta, armazena e reproduz o que viu ou ouviu de maneira distinta e peculiar, havendo divergente intercomunicação entre o racional e o emotivo de cada um. (NUCCI, 2005, não paginado).

A pesquisadora Lilian Stein (2010, p. 22) diz que:

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

Contudo, mesmo em se falando de pessoas do mesmo sexo, outros fatores também irão influenciar na sua percepção fática, como aspectos intelectuais, realidade social, histórico de vida, critérios psicológicos e sensoriais dentre muitos outros.

O testemunho como demonstrado é falível, sujeito a vícios que o deturpam, devendo merecer toda a cautela do juiz na sua apreciação. Necessitando este permanecer concatenado com os demais elementos dos autos.

Com o estudo do presente trabalho, não se busca a descaracterização da prova testemunhal como meio probatório, muito menos sua desvalorização. O que se persegue é uma investigação e um Judiciário moderno, em que possam ser dirimidas todas as dúvidas para elucidação do caso, não fazendo do testemunho pessoal a única ferramenta embasadora de uma condenação, mas, quando acontecer, que seja analisada meticulosamente, pois o resultado de uma sentença condenatória causará um dano ao condenado, ao cercear um dos mais valiosos direitos humanos que é a liberdade.

3 DA PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é uma ferramenta fundamental do processo penal. Muitas vezes na elucidação de um fato criminoso, ela aparece como sendo o único meio de prova possível de ser produzida para a solução do mesmo.

O testemunho é objeto de discussão no campo doutrinário e no próprio processo, uma vez que a psique humana tem muitas nuances relativamente pouco conhecidas. A mente humana e a sua capacidade de absorção é muito diferente em cada indivíduo. A emoção sentida durante um acontecimento, por exemplo, é um fator que influencia a absorção da informação, muitas vezes, sendo essa fundamental no processo.

O testemunho é, sem sombra de dúvidas, a base da maioria das investigações, influenciando de sobremaneira a convicção do julgador, e por isso deve ser a mais despida de contaminação.

Apesar de toda controvérsia natural que há, o testemunho é notadamente a mais utilizada e *“seu estudo encontra pontos nevrálgico sobre o processo, onde sua má utilização pode significar a supressão de bens jurídicos supremos da ordem democrática constitucional como a liberdade”*. (OLIVEIRA JUNIOR, 2015, não paginado).

Assim, por ser um meio de prova bem utilizado e discutível pela sua subjetividade, estudaremos detalhadamente a testemunha, o testemunho e seus pormenores, a seguir.

3.1 Noções Gerais

A testemunha é a pessoa que declara, sob o compromisso de dizer a verdade, de maneira imparcial, ter tomado conhecimento de algo interessante ao processo penal.

Para Nunes (apud AQUINO, 2015, p.38) *“testemunha é toda pessoa que assiste a determinado fato contestado, ou dele tem conhecimento, e é chamado a juízo a fim de depor desinteressadamente sobre o que souber a seu respeito.”*

Assim, o testemunho é a narração verbal ou escrita sobre o fato que diz respeito ao passado de que se tem conhecimento. Tal testemunho é reduzido a termo, fazendo parte do meio probatório no processo, auxiliando a convicção do magistrado. O testemunho é cercado de fatores que merecem observações, a

exemplo do decurso do tempo entre o depoimento e o fato; a forma como a testemunha será inquirida; a linguagem e o formalismo do procedimento etc. Pois, o magistrado enxerga o fato pelos olhos da testemunha, e esse é um dos maiores desafios desse meio de prova.

Apesar dessa dificuldade e das impurezas que podem conter nesse tipo de prova, não é possível prescindir de sua existência, pois há crimes, especialmente materiais, que dificilmente poderão ser analisados de outra forma a não ser pela testemunha. (AVILA, 2013, p.3)

A doutrina traz algumas classificações quanto às testemunhas. A chamada testemunha presencial é aquela que esteve presente no momento do fato. Esta é o tipo ideal para a investigação policial, pois apresenta maior possibilidade de ser útil ao processo. Mas há também aquelas que possuem informações a respeito do fato por intermédio de terceiros, essas são chamadas de testemunhas indiretas. (OLIVEIRA JUNIOR, 2015)

A testemunha pode ser ouvida em qualquer fase do processo. E quando mais de uma, serão ouvidas separadamente, de modo que uma não saiba, nem ouça o depoimento da outra. Assim, procura-se com isso, dar mais lisura ao depoimento prestado, evitando que uma influencia a outra, de modo que a testemunha seja mais fiel e espontânea possível no seu depoimento. (SCOFIELD, 2007)

3.2. Quem pode ser testemunha

A capacidade para testemunhar é muito ampla. Toda pessoa pode ser testemunha, desde que estranha ao processo penal. A pessoa tem, portanto, o dever de depor, contribuindo para o acerto do fato delituoso.

Contudo, a própria lei excetua algumas pessoas que estão proibidas de depor, bem como aquelas que podem se recusar a depor. Segundo o art. 206 do CPP,

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

A exclusão prevista no artigo supracitado, é de salutar compreensão, uma vez que colocariam aqueles sujeitos em situações “entre a cruz e a espada”. Mentir em benefício do réu, em detrimento da justiça ou, vice-versa, falar a verdade em prejuízo daquele, em detrimento dos princípios de solidariedade familiar e do dever que impõe calar. (AQUINO, 2015, p.131)

Aqueles que prestam declarações, sem prestar compromisso são meros informantes, embora possam colaborar, igualmente, para a apuração da verdade real. (NUCCI, 2005) A falta de compromisso, não quer dizer que o magistrado deve atribuir um outro valor a esse testemunho, nem que a testemunha esteja desobrigada de veracidade. (AQUINO, 2015, p.111)

A participação do declarante visa preencher uma lacuna, suas informações podem contribuir para que se chegue a verdade dos fatos, porém, por circunstâncias pessoais, a parcialidade de suas declarações é afetada por motivos afetivos, físicos ou outros.

É salutar mencionar que a testemunha pode ser contraditada. Ou seja, pode-se questionar a parcialidade da testemunha da parte contrária. Assim, segundo Nucci, contradita é “*a impugnação ou objeção apresentada pela parte, geralmente, em relação à testemunha arrolada pelo adversário*”, diz que esta arguição se dá “*especificamente, às pessoas que não podem depor (art. 207, CPP) ou às que não devem ser compromissadas (art. 208, CPP)*”.

Vale lembrar que a contradita recai sobre a pessoa, não sobre o conteúdo de sua narrativa. (AQUINO, 2015, p. 86). Ela ocorre antes de iniciado o depoimento propriamente dito. E evidente que somente poderá versar sobre o que a testemunha já declarou. Ou seja, sua qualificação e dados pessoais e sua relação com as partes.

3.2.1 Testemunho de criança e adolescente

Há certa preocupação com o depoimento de crianças e adolescentes, e essa preocupação é plausível, diante da sua fragilidade e imaturidade. Contudo, tal receio não as torna incapazes de depor, apenas não se lhes exigirá o compromisso.

O desembargador Camargo Aranha (apud MOREIRA, 2015, não paginado) adverte que:

O testemunho infantil merece ressalvas, pois é deficiente e perigoso. Por conter defeitos psicológicos e morais não pode ser recebido como um juízo de plena certeza”. E complementa dizendo que, “ três

fatores psicológicos que tornam deficientes tais testemunhos: a imaturidade, a imaginação e a sugestibilidade".

Segundo Guilherme de Souza Nucci (apud MOREIRA, 2015, não paginado),

Aspecto extremamente importante é a declaração prestada por criança (sempre informante) e adolescente (informante ou testemunha, conforme o caso, já que podem prestar o compromisso a partir dos 14 anos, segundo o art. 208, CPP). Relatos nos mostram que muitos erros judiciais se originam da credibilidade exagerada que magistrados concedem a essas informações. Justifica-se essa situação pela fragilidade tanto da criança quanto do adolescente para elaborar uma narrativa fiel dos fatos porventura assistidos, sem lançar qualquer fantasia ou mentira, frutos da inexperiência e da instabilidade psicológica e emocional dos seres em desenvolvimento. Observa-se que a criança, por ficar sempre na superfície das coisas, quer por preguiça de espírito, quer por ignorância ou falta de hábito, termina guardando na memória poucos dados interessantes sobre determinado fato. O que é velho na sua memória sempre prejudica o novo. Assim, seu processo de associação de ideias é sensivelmente diminuído. Quando colocada para reconhecer algum suspeito, pode trazer à sua memória a imagem de pessoas conhecidas e não exatamente do agente do crime, prejudicando o reconhecimento ou terminando por reconhecer quem efetivamente não cometeu a infração penal.

Contudo, apesar das considerações acerca da criança e do adolescente e toda a sua fragilidade e vulnerabilidade, o certo é que o testemunho destes é permitido e pode ser usado como meio de prova no processo. Essa prova não pode ser desprezada pelo fato da pessoa ser menor de idade, mesmo porque, pode ser uma prova que, corroborada por outras, mostra-se crível.

Para exemplificar:

EMBARGOS INFRINGENTES. CRIME SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. VÍTIMA MENOR - ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO - INOCORRÊNCIA. PALAVRA DA VÍTIMA - RELEVANTE VALOR PROBATÓRIO E EM HARMONIA COM O CONJUNTO DE PROVAS DOS AUTOS. ABSOLVIÇÃO DEFENDIDA NO VOTO VENCIDO - INACOLHIMENTO DA PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. DECISÃO COLEGIADA PRESERVADA. O depoimento da menor de 09 anos de idade, vítima do crime de estupro de vulnerável praticado pelo condenado, ora recorrente, diante da coerência e segurança das palavras, tem a serventia, segundo a doutrina, bem como a jurisprudência, de prova para embasar a condenação do réu, desde que não destoe das demais provas carreadas aos autos, como neste caso. Os crimes sexuais, ante a sua natureza, são ordinariamente praticados as escondidas, não servindo tal aspecto para garantir a sua impunidade ante a natural dificuldade na colheita das provas. A palavra da vítima, nesta espécie de crime, geralmente praticado na clandestinidade,

merece relevância ímpar para a aferição de um juízo de condenação, especialmente quando vem corroborada pelo restante das provas, o que ocorreu na hipótese em testilha. Embargos Infringentes desprovidos. Decisão unânime.

(EMBARGOS INFRINGENTES (TRIBUNAL PLENO) Nº 2012117045, Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, DESA. SUZANA MARIA CARVALHO OLIVEIRA, RELATOR, Julgado em 11/09/2013) (BRASIL, 2013).

Como bem salientou o desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio, na APL 00013804020138190053 RJ, em 14/04/2015, *“apesar da validade do testemunho infantil, a avaliação respectiva deve se realizar com a devida cautela, sendo arriscada a condenação escorada, exclusivamente nesse tipo de prova”*.

Assim, o depoimento infantil, quase sempre precário, pode-se mostrar coerente e compatível com as demais provas trazidas ao processo. Pode-se mostrar firmes, seguros e harmônicos com o conjunto das provas dos autos.

3.2.2 Testemunha de auditu

A testemunha de auditu ou referencial como alguns a chamam, é aquela pessoa que tem conhecimento do fato por ouvir dizer.

O testemunho/depoimento da chamada testemunha de “ouvir dizer” é cabível no processo?

Apesar da legislação brasileira admitir que o sujeito que não teve contato imediato com o fato figure como testemunha, mesmo com a incerteza da fonte da informação, devido ao sistema de livre apreciação da prova e convicção do juiz, não se faz prudente, no processo, a aceitação da testemunha “de auditu”, ou seja, a testemunha do “ouvi dizer”. Esta é incapaz de produzir lastro probatório para uma condenação judicial, tanto por não ser prova técnica em si, como pelo fato de que foi testemunhado não ser o fato em si, mas algo que não necessariamente seja certo, verdadeiro ou tenha sequer existido.

De grande perigo é este tipo de prova testemunhal. Deve, o julgador, ter atenção e buscar a comprovação do que foi dito pela testemunha e se o que foi dito foi de fato testemunhado. Cabe a ele buscar este discernimento, para não ter sua convicção fundamentada apenas na sua interpretação pessoal, mas sim na análise fria e lógica dos indícios colhidos através de testemunhos.

Segundo Belo (2011.p. 49): *“No caso do ‘ouvi dizer’, há simples reprodução de algo referenciado e é, por isso, um perigo terrível: de tanto ser reproduzido, pode-se transformar em uma ‘verdade’, em um rótulo. Esse rótulo cola e mascara uma série de vidas”*.

A convicção do julgador deve se apoiar em dados objetivos indiscutíveis, sob pena de transformar-se o livre convencimento em arbítrio judicial. Não se deve confundir livre convencimento com julgamento por convicção íntima, que atinge a fronteira do puro arbítrio. (BELO, 2011, p. 50)

A impureza desse tipo de prova, se dá pelo fato do juiz nesse caso, não ter contato com aquele que assistiu ao fato e da ausência de percepção imediata do fato pela testemunha. São elementos que podem e devem ser levados em conta na avaliação da prova, mas não impedem que se admita o depoimento de quem sabe do fato por ter ouvido falar dele. (CHINI, [s.d.]

Segundo CHINI ([s.d.], não se pode ignorar que a voz popular, derivada de comentários anônimos, inspirada em boatos ou em fatos notórios, em determinados casos, está impregnada de sugestibilidade, alterabilidade, inoriginalidade e fluabilidade.

Assim, somente em circunstâncias muito excepcionais, o testemunho de ouvir dizer, pode proporcionar elementos de convicção seguros ao julgador. Na maioria das vezes esse acervo probatório se mostra impreciso e ensejador de dúvidas.

3.3 Compromisso legal

A testemunha, ao comparecer em juízo, antes de prestar suas declarações, assume o compromisso de dizer a verdade, segundo o art. 203 CPP.

O compromisso legal imposto à testemunha para que diga a verdade é uma imposição trazida pelo legislador com o intuito de conferir ao depoimento um nível de confiança que garanta que a persecução processual alcance seu objetivo, que seja, trazer a verdade dos fatos e garantir a justa aplicação das medidas legais tanto no âmbito do direito em seu ramo penal, quanto nos demais.

Tourinho Filho categoriza o dever de prestar compromisso com um “subdever” relacionado ao dever de depor. Outro “subdever” seria o de comparecimento.

Desta forma, de acordo com a classificação doutrinária, as pessoas tidas como testemunhas compromissadas são chamadas de testemunhas numerárias ou

depoentes. E aquelas que por ventura, não preste compromisso, serão tidos como declarantes ou informantes.

A lei, para garantir sua coercibilidade, instituiu o crime de falso testemunho para quem preste depoimento, afirmando ser verdadeiras alegações que sabe ser falsárias. Contudo, muita discussão se faz em relação aqueles que, não prestaram compromisso, esses seriam também, passíveis de incriminação por tal tipo penal?

O STF já se pronunciou acerca do assunto, no sentido de que, como a formalidade do compromisso não integra o tipo do crime de falso testemunho, é possível, que aquele que não seja obrigado pela lei a depor como testemunha, mas que se disponha a fazê-lo e seja advertido pelo juiz, possa responder pelo crime. E o STJ também já declarou que para a caracterização do crime de falso não é necessário o compromisso da testemunha. (LIMA, 2014, p. 658)

Aquino (2015, p. 128) fala que *“a obrigação de dizer a verdade não se cinge apenas àqueles que foram convocados pela autoridade competente, mas abrange também os que se apresentarem voluntariamente para depor”*.

Para Hamilton (2008, p.16), não faria sentido algum alguém prestar um depoimento, testemunho, declaração se não fosse com a finalidade ou intenção de dizer a verdade. Para ele, concordando com Espínola Filho (1965, p.65 apud Hamilton 2008, p.16), o compromisso legal seria mera “garantia formal”, dizendo que *“em nada influi no valor do depoimento da testemunha. Não passa, dessa forma, de um mero adereço enfeitando a assentada”*.

Sobre o tema, Nucci (2014) tem entendimento contrário, afirmando que apenas as testemunhas compromissárias podem responder por crime de falso, vejamos:

Há testemunhas e informantes. Somente aquelas devem responder por falso testemunho (art. 342, CP). É nítida a redação do referido art. 342, ao mencionar que é crime “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete...” (grifamos). Não há referência à vítima, nem tampouco aos informantes. Defender o contrário significa dizer que a vítima é testemunha e que todos os informantes também o são, algo incompatível com a sistemática do processo penal brasileiro.

Na mesma linha Tourinho Filho (2003) se coloca, pois, se a lei faz alusão aos elencados nos artigos 208 do CPP e traz peculiaridades sobre os deveres relativos aos testemunhos dos indivíduos que são tratados nos artigos 207 e 208 do mesmo

compêndio, dever-se-á distinguir a exigência com que será cobrada a palavra e a responsabilidade penal aplicada ao indivíduo.

Contudo, independentemente da posição, o compromisso não passa de um sinal, um símbolo que, conforme esteja presente ou ausente no depoimento, permite ao juiz conferir maior ou menor valor no ato de sentenciar. Assim, qualquer testemunha, mesmo as dispensadas de compromisso, poderá responder pelo crime de falso, sendo irrelevante a formalidade do compromisso, como já dito, uma vez que o fato de algumas testemunhas não prestarem compromisso, não as autorizam a mentir, pois esta postura é inaceitável dada a seriedade que caracteriza o processo penal.

3. 4. Falso testemunho

O crime de falso testemunho está descrito no art. 342 do CPP, sendo o sujeito ativo deste crime é a pessoa que irá prestar as informações no processo, sejam elas declarantes ou testemunhas. E o sujeito passivo é o Estado e o particular ofendido pela pratica do delito.

As pessoas que forem figurar como testemunhas no processo penal, são alertadas, antes de iniciado o depoimento, sobre as penas cominadas ao falso testemunho. Vale lembrar, como mencionados no tópico anterior, o crime de falso testemunho independe de ter sido a testemunha compromissada ou não. (AVENA, 2011, p. 609).

Aquino (2015, p. 61), sobre o tema escreveu:

Como se vê, quando isso ocorre (ou, melhor esclarecendo, observa-se a existência de um descompasso entre o que foi dito e a realidade fática), por si só não configura a infração em testilha, em virtude de o falso testemunho exigir o elemento subjetivo do injusto na figura do dolo, isto é, naquela vontade antijurídica e culpável de se realizar o tipo penal, razão pela qual ninguém pode ser punido, ao prestar o *dictum*, por falsas memórias.

Segundo Prado (2007, p. 966-967 apud SANTOS, 2010, p. 33),

São três as modalidades de conduta previstas: a) fazer afirmação falsa, ou seja, dizer uma coisa positivamente distinta da verdade – dizer que é certo o que não é; b) negar a verdade: negar um fato que sabe ou conhece (negar um fato verdadeiro); c) calar a verdade: calar ou ocultar o que sabe, como testemunha (pessoas – terceiros – chamadas a depor sobre suas percepções sensoriais ou experiências. É a pessoa que declara o que sabe a respeito de fatos alheios) [...] A testemunha que nega a veracidade de um fato afirma

como não-verdadeiro aquilo que o é, ao passo que a testemunha que se limita a dizer nada saber sobre o fato nada afirma, mas oculta ou cala a verdade.

Assim, como podemos observar, não necessariamente a testemunha ou declarante incorre nesse delito somente quando venha a mentir, mas também quando simplesmente negue um fato que saiba ser verdadeiro.

A título ilustrativo, segue entendimentos jurisprudenciais das cortes superiores do país:

PENAL E PROCESSUAL. FALSO TESTEMUNHO. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. RELAÇÃO DE AFETIVIDADE. RÉU MARIDO DA DEPOENTE. PRECEDENTE DO STJ. 1 - Para a caracterização do crime de falso testemunho não é necessário o compromisso. Precedentes. 2 - Tratando-se de testemunha com fortes laços de afetividade (esposa) com o réu, não se pode exigir-lhe diga a verdade, justamente em detrimento da pessoa pela qual nutre afeição, pondo em risco até a mesmo a própria unidade familiar. Ausência de ilicitude na conduta. 3 - Conclusão condizente com o art. 206 do Código de Processo Penal que autoriza os familiares, inclusive o cônjuge, a recusarem o depoimento. 4 - Habeas corpus deferido para trancar a ação penal. (STJ - HC: 92836 SP 2007/0246973-3, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 27/04/2010, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/05/2010). (Brasil, não paginado, 2010)

EMENTA: "HABEAS-CORPUS". CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DA JUSTIÇA: FALSO TESTEMUNHO, ART. 342 DO CÓDIGO PENAL. 1. Testemunha que não prestou compromisso em processo civil por ser prima da parte, mas que foi advertida de que suas declarações poderiam caracterizar ilícito penal. 2. A formalidade do compromisso não mais integra o tipo do crime de falso testemunho, diversamente do que ocorria no primeiro Código Penal da Republica, Decreto 847, de 11/10/1890. Quem não é obrigado pela lei a depor como testemunha, mas que se dispõe a fazê-lo e advertido pelo Juiz, mesmo sem ter prestado compromisso pode ficar sujeito as penas do crime de falso testemunho. Precedente: HC n. 66.511-0, 1a Turma. "Habeas-corpus" conhecido, mas indeferido.

(HC 69358, Relator (a): Min. PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 30/03/1993, DJ 09-12-1994 PP-34082 EMENT VOL-01770-02 PP-00339). (Brasil, não paginado, 2010)

Com isto, conclui-se que o que mais se deve atentar ao que se refere este instituto não é a narrativa incoerente ou errônea, tampouco o comprometimento firmado ou não perante a autoridade judiciária, mas o dolo na ação de expor ou omitir os fatos que se tem conhecimento.

comportamento ilícito se infere da experiência', ressaltou Peluso. (Brasil, 2012)

Nucci (2009, p. 522) explica que:

[...] há autorização legal para a sua utilização e não se pode descurar que há muito preconceito contra essa espécie de prova, embora seja imprescindível ao juiz utilizá-la. Nem tudo se prova diretamente, pois há crimes camuflados – a grande maioria – que exigem a captação de indícios para a busca da verdade real.

Portanto, o indício é meio de prova, com valor probante idêntico a todas as outras. Sendo meio de prova indireto, a prova testemunhal indiciária também tem o poder de fazer parte do convencimento do juiz, esta pode ser sim seu fundamento, sua motivação para uma decisão.

A título ilustrativo, a importância do indício em uma investigação criminal pode ser demonstrada através da comparação trazida por Carlo Ginzburg (2007) em seu artigo "Sinais: Raízes de um paradigma indiciário". Conta o caso de um médico italiano chamado Giovanni Morelli que buscava descobrir a autoria de obras desconhecidas através de pequenos detalhes, dizendo que *"é preciso não se basear, como normalmente se faz, em características mais vistosas, portanto mais facilmente imitáveis [...] é necessário os pormenores mais negligenciáveis"* (Ginzburg, 2007, p. 144), desta forma Ginzburg compara a análise de Morelli às feitas por Sherlock Holmes em suas investigações criminais dizendo que *"pistas talvez infinitesimais permitem captar uma realidade mais profunda, de outra forma inatingível"* (Ginzburg, 2007, p. 150).

3.6 Prova antecipada

Nos termos do art. 366, estabelece, o Código de Processo penal, com a redação da Lei 9.271/96, que se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.

Qual seria sua aplicação no que concerne à prova testemunhal, haveria urgência na colheita de um testemunho?

Vejamos o seguinte entendimento jurisprudencial:

O art. 366 do CPP, ao determinar que ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional quando o réu, citado por éditos, não atender ao chamamento da Justiça, nem constituir advogado, facultou ao Magistrado ordenar a produção antecipada das provas consideradas urgentes. Regulamentada pelo art. 225 do referido diploma, a produção antecipada da prova testemunhal está sujeita ao princípio da urgência, que se entende pelo fundado receio de que, ao tempo da instrução processual, as testemunhas já não existam ou se tenham mudado do território da comarca. Nesta matéria, como no mais, o prudente arbítrio do Juiz é que haverá de ditar a forma de proceder (TACRIM-SP. – 6ª C. - HC 312.098/3 - rel. Almeida Braga - j. 01.10.97).

Consideram-se urgentes, para os efeitos do art. 366 do CPP, as provas que, em razão do decurso do tempo - consumidor de todas as coisas (*tempus edax rerum*) -, poderiam perecer, tornando impossível sua realização quando acaso comparecesse o réu a Juízo, sendo forçoso preservá-las *'ad perpetuam rei memoriam* (TACRIM-SP. - 1ª C. - HC 312.226/8 - rel. Eduardo Goulart - j. 9.10.97). (Brasil, 1997, não paginado)

Assim, é tomada como uma hipótese para produção antecipada, tanto no que se refere à mutabilidade das condições físicas, matérias, sociais em que a testemunha se encontre, quanto ao decurso do tempo, este último ponto mais intimamente ligado ao que se quer mostrar no presente trabalho.

Porém, em entendimento sumulado (súmula 455/STJ), como trazido em publicação de Luiz Flávio Gomes: *"STJ já se posicionou no sentido de que causa constrangimento ilegal a decisão que aceita a produção antecipada de provas e se limita somente a justificá-la em torno da alegação de temporalidade da memória das testemunhas."* (GOMES; SOUZA, 2010, não paginado)

Segue:

O cerne da discussão, como se vê, reside na determinação do que vem a se considerar urgente no caso concreto. A partir de agora ao decidir sobre a produção antecipada de provas na hipótese do artigo 366 do CPP o juiz há de fundamentar sua decisão de modo que não se constate sua necessidade apenas em razão do decurso do tempo. "

Apesar da celeuma e de divergências sobre a produção antecipada de provas, por fim reinará a decisão do magistrado, é este quem lhe determinará a urgência.

No que é pertinente às questões trazidas neste trabalho, como será exposto mais adiante, o tempo transcorrido entre o fato e o testemunho será de grande significância, especialmente como fator que pode contribuir para a contaminação da

memória da testemunha, ou seja, poderá fortalecer o processo de formação de falsas memórias.

Estudiosos, como Stern e Borst, chegaram a mensurar a possibilidade de aumento de erro com o passar do tempo. Assim, o depoimento prestado no inquérito policial, realizado em um lapso temporal menor entre o fato e o relato, será sempre mais completo que o testemunho em juízo, pois, como é sabido, este último frequentemente ocorre meses, ou até anos, após a ocorrência do fato. (AQUINO, 2015, p. 73-74)

3.7 Proteção da testemunha

A preocupação com fatores externos que pudessem influenciar na colheita da prova testemunhal levou o Estado, através da legislação, a buscar maneiras de garantir que as fontes formais de prova, especificamente as pessoas, fossem protegidas contra situações que prejudicassem e ameaçassem a produção da prova testemunhal.

A lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999, no que dispões seu artigo 1^a, é clara ao demonstrar preocupação, tanto com as pessoas que visam proteger, quanto com a qualidade da investigação ou processo penal, vejamos:

Art. 1o As medidas de proteção requeridas por vítimas ou por testemunhas de crimes que estejam coagidas ou expostas a grave ameaçam em razão de colaborarem com a investigação ou processo criminal serão prestadas pela União, pelos Estados e pelo Distrito Federal, no âmbito das respectivas competências, na forma de programas especiais organizados com base nas disposições desta Lei.

Também se preocupou, o legislador, em demonstrar quais riscos teriam o condão de pôr em cheque o testemunho.

Art. 2 A proteção concedida pelos programas e as medidas dela decorrentes levarão em conta a gravidade da coação ou da ameaça à integridade física ou psicológica, a dificuldade de preveni-las ou reprimi-las pelos meios convencionais e a sua importância para a produção da prova.

Fica notório que o legislador conhece a influência que fatores externos têm e podem causar nas pessoas que vivenciaram um fato, geralmente traumático e violento. Estas podem continuar sujeitas a situações que possam lhe tolher a disposição e voluntariedade em revelar o que conhecem sobre um evento que se

tem conhecimento. Tanto que para garantir um ambiente propício e livre dessas influências externas, no parágrafo 1º do referido artigo, estendeu a proteção contida na lei “ao cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e dependentes que tenham convivência habitual”.

3.8 Forma de inquirição (após a nova redação do art. 212)

Inquirir significa desenvolver ou realizar perguntas, indagar, fazer uma pesquisa ou recolher informações acerca de (alguma coisa), investigar, interrogar

As reformas ocorridas no código de processo penal no ano de 2008, em especial no que tange às modificações que tiveram por base a lei 11.690 do mesmo ano, trouxeram a mutação do sistema presidencialista⁶ adotado na audiência para a inquirição das testemunhas, para o sistema acusatório, a legitimação do cross examination⁷.

Porém, divergências doutrinárias e jurisprudenciais ainda não permitiram a pacificação do tema. O objeto de discussão é o momento da participação (ou não) do juiz na inquirição das testemunhas para a produção do lastro probatório que será acrescido ao processo.

O parágrafo único do art. 212 do CPP diz que “o juiz poderá complementar a inquirição”, sendo esta feita diretamente pelas partes à testemunha. Desta forma, o juiz ficará obrigado a seguir o que o artigo determina em relação a sequência de quem fará as perguntas ou essa regra não se aplica?

A primeira corrente defende que a ordem dos “inquiridores” não foi alterada pela reforma em comento. Um dos argumentos é que alguns dos artigos que antecedente o art. 212, além de outros espalhados pelo CPP, estabelece o procedimento a ser adotado no momento da inquirição das testemunhas. Esta inquirição começa já no momento em que o juiz toma a qualificação das mesmas e, na sequência, já pode “tomar-lhe o depoimento⁸”.

⁶ No sistema presidencialista as perguntas e reperguntas são centralizadas na pessoa do juiz. Ele faz suas perguntas e as partes reperguntam através dele.

⁷ De acordo com Fredie Didier, a cross-examination é o direito de a parte inquirir a testemunha trazida pela parte adversária (por isso, "exame cruzado")

⁸ Art. 205. Se ocorrer dúvida sobre a identidade da testemunha, o juiz procederá à verificação pelos meios ao seu alcance, podendo, entretanto, tomar-lhe o depoimento desde logo.

Outro argumento é que se a parte acusada perde o direito de perguntar por último, após ter conhecimento das alegações contrárias, teria seu direito de defesa prejudicado. Neste diapasão, suscitando a princípio do "*pas de nullité sans grief*", os defensores de que a ordem de inquirição não sofreu modificação defendem que a nulidade é relativa apenas se ficar constatado o prejuízo para a defesa.

A nulidade absoluta é justamente a principal linha seguida pela corrente que defende que o disposto do artigo em comento, e seu parágrafo único, é claro ao estabelecer a ordem que deve ser seguida. Alega-se que o não cumprimento da ordem determinada viola o princípio do devido processo legal. Ao aceitar que o juiz é o gestor da prova, adotando o sistema inquisitivo, correr-se-ia o risco de a imparcialidade do magistrado ser abalada.

Os diversos entendimentos mostram que o prejuízo causado à parte será o ponto de análise se a ordem da inquirição for objeto de discussão acerca da prova testemunhal produzida.

4 A FORMAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS

4.1 A Memória

Falar da memória não é tarefa fácil, uma vez que a mesma pode ser estudada sobre diversos aspectos, a exemplo do neurológico, psicológico, histórico, filosófico, antropológico entre outros. Assim, faremos um estudo geral acerca da memória como forma de entender o processo de formação das falsas memórias. Não se buscou aprofundar o conteúdo psicológico, técnico e científico do tema, visto que, por ser uma área sedutora, poderia direcionar a pesquisa para um campo diferente ao qual se propõe. Os aspectos interdisciplinares foram trazidos como forma de entender seus reflexos no mundo jurídico, nada mais.

A Memória, segundo professor Sérgio Marcos de Moraes Pitombo, “*é uma faculdade humana, sensorial, cognitiva interna, que se coloca no plano orgânico-mental e atua na capacidade de reviver os acontecimentos.* (Apud AQUINO, 2015, p.71)

A memória pode ser definida como “*a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações*” (Izquierdo, 2006, p.9 apud GESU, 2010, p.83).

É dividida em dois tipos, a memória funcional e a memória consolidada. A memória funcional nada mais é do que uma memória de curto prazo, mantida por questões de minutos, já a consolidada é a de longo prazo, podendo ser mantida por anos ou décadas. (GESU, 2010, p.84)

Há também aquelas memórias que são procedurais e aquelas que são declarativas. A procedural é aquela que tem capacidade ou habitualidade motora ou sensorial. Está ligada ao aprendizado de atividades como andar de bicicleta, nadar etc. E as declarativas, é a que interessa para o presente trabalho, que se refere a memórias de fatos, eventos, de pessoas, de faces, de conceitos e de ideias. (GESU, 2010, p.85)

“*A formação, a aquisição e o armazenamento da memória, implicam em uma atividade complexa, envolvendo várias estruturas do cérebro, assim como requerem tempo para que a extensa sequência de processos bioquímicos trabalhe*”. (GESU, 2010, p.87)

Gesu (2010, p.90) continua:

Considerando que no processo penal, a maioria das vezes, a prova é oral, embora as testemunhas de um fato delituoso contem aquilo que viram ouviram ou sentiram, o breve estudo veio a demonstrar que o armazenamento da memória não é absoluto ou completo. Portanto, a capacidade de reprodução do acontecimento também será deficitária.

O esquecimento também se constitui em uma das características mais salientes da memória. O fenômeno do esquecimento é fisiológico, desempenhando um papel adaptativo. Se por um lado, o esquecimento apresenta um fator positivo, no sentido de evitar que os homens se sintam “prisioneiros” de suas próprias lembranças e rancores, por outro também demonstra a necessidade da colheita da prova oral em um prazo razoável, a fim de evitar que um transcurso muito grande de tempo acabe por extinguir a lembrança ou maculá-la com algum vício.

4.2 Falsas Memórias

A formação de falsas memórias representa para este trabalho um ponto essencial. Far-se-á deste capítulo o item principal que justifica nossa preocupação com a análise que será feita pelo juiz no momento de valorar o conteúdo trazido ao processo pelo testemunho de uma pessoa.

O estudo sobre essas falhas da memória humana e seus reflexos do ponto de vista jurídico já se mostrou tema de discussões desde décadas passadas, tanto entre cientistas, como também motivo entre os envolvidos com o sistema judiciário de diversos países.

Notadamente duas áreas foram pioneiras no assunto, primeiramente a psicologia forense, preocupada com o reflexo que as falhas mnemônicas teriam no testemunho, desde o reconhecimento de suspeitos até a realização de entrevistas, e, em segundo, a aplicação clínica da psicologia (STEIN, 2010, p.14).

Gesu (2010, p.106) explica que

As falsas memórias não giram em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento. Há tanto a possibilidade de as pessoas expostas a desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestibilidade externa.

Continua ao lembrar que “ os estudos de STEIN e PERGHER alertam para esse fator, na medida em que também é possível a formação de uma falsa memória espontaneamente ou através de autossugestão”. (GESU 2010, p.107)

Stein (2010, p.25) alerta que “as falsas memórias podem ocorrer tanto devido a uma distorção endógena, quanto por uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo”. Ainda segundo ela, as falsas memórias espontâneas, são resultantes de distorções endógenas, ou seja, internas ao sujeito. Essas distorções, também denominada de autossugeridas, ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa à pessoa.

No que tange as falsas memórias sugeridas, Loftus (2004 apud Stein 2010, p.26) afirma que elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido a aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original.

Vale destacar que, de acordo com Lilian Stein (2014, p.22), “Cabe ressaltar que as falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica.”

Destaca ainda que Stein que “as falsas memórias são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.” (2014, p.22)

Segundo Gesu (2010, p.114),

As falsas memórias não se confundem com a mentira, pois nessa certamente o sujeito sabe que o evento não é verdadeiro” (2010, p.114). Nesse sentido ainda explica MIRANDA, que ‘as chamadas falsas memórias não tem nada a ver com a mentira, que é um processo consciente de inventar ou escamotear a realidade. No caso das falsas memórias, as pessoas realmente acreditam que aquilo aconteceu. O que é um problema potencial, principalmente para a polícia.

Como vimos, não trataremos nesta monografia sobre a mentira dolosa. Mentiras intencionais estão relacionadas a todas as áreas do direito em que se faça o uso da prova testemunhal, ex. trabalho e civil. No caso do direito penal e processual penal, o perigo e a preocupação com o testemunho, nesse trabalho, está relacionada à ideia de erros de memória que possam causar um testemunho/depoimento errôneo e prejudicar alguém, principalmente porque a observação de um fato pode se dar sob forte emoção.

Os resultados das pesquisas de Elizabeth Loftus sobre as distorções da memória mostraram que “a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vividos, como também pode haver modificação dos fatos realmente vivenciados”. (GESU, 2010, p.108)

Gesu (2010), em seus diversos estudos realizados, constatou que com a exposição a informações não verdadeiras distorcem a memória, e que a desinformação é capaz de modificar as lembranças de maneira previsível e até mesmo espetacular nas situações mais cotidianas.

Segundo estudos realizados pelo psicólogo Daniel Wright (2003 apud GESU, 2010, p.120), as pessoas mais vulneráveis às falsas memórias são aquelas que tendem a sofrer lapsos mais frequentes de atenção e de memória. Sendo que suas experiências traumáticas tendem a contribuir para o esquecimento e colocá-lo aberto às distorções de memória.

A nível exemplificativo, STEIN (2010, p. 165-166) traz em sua obra um experimento realizado por Judith A. List, vejamos:

Participantes de três grupos, divididos por idade - estudantes da 5ª série do ensino fundamental, universitários e idosos – assistiram a um vídeo sobre uma simulação de assalto a uma loja. Um estudo piloto foi conduzido previamente para identificar que tipos de detalhes os participantes esperavam encontrar num assalto a uma loja. Com base nas expectativas deles, o cenário do crime foi elaborado, incluindo detalhes que variavam de muito consistente (p. ex., encontrar uma arma no local do crime) a pouco consistentes (p. ex., encontrar um ramallete de flores no chão da loja).

Segue o estudo em seu segundo momento:

Uma semana depois de assistirem ao vídeo, as pessoas foram entrevistadas sobre o filme que viram. A entrevista incluiu um período de recordação livre (p. ex., conte-me tudo o que você lembra sobre isso.) e, depois, um teste de reconhecimento, com perguntas fechadas sobre os detalhes consistentes (p. ex., havia uma arma no local do crime?) e inconsistentes (p. ex., havia um ramallete de flores no local no local do crime?) presentes no filme visto. Os resultados indicaram que os universitários obtiveram maior precisão e lembraram uma maior quantidade de informação, em comparação com os outros grupos. Todos os participantes cometeram erros de memória sendo que foi observada uma menor precisão para os detalhes inconsistentes.

Assim, concluiu-se,

Em outras palavras, os erros cometidos ocorreram devido às expectativas prévias dos participantes sobre o evento em questão. Segundo o autor, as pessoas tentavam ajustar a memória de acordo

com o um esquema pré-existente do evento, o que contribui par a imprecisão durante a recuperação da informação. Por exemplo, um assalto usualmente inclui uma arma de fogo, ou seja, as pessoas tenderão a recordar de uma arma mesmo em um assalto em que não foi usada uma arma de fogo.

O processo é um ato de conhecimento e reconhecimento de fatos. O caráter cognitivo e recognitivo faz uso das provas como meio de trazer ao magistrado as informações que ele precisa para emitir seu juízo de valor, interpretação, convencimento sobre o que lhe é apresentado.

Imprescindível a demonstração da concepção da memória sob diversos aspectos, pois dela depende o processo tanto para o reconhecimento dos acusados quanto para a reconstrução do fato delituoso, diante da ausência de demais provas técnicas, tais como perícias, exames de DNA, isolamento do local, colheita de digitais, entre outras. Destarte, o processo penal não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber. (JUNIOR; GESU. 2006. P. 62-63)

4.3 Histórico de estudo das falsas memórias

O fato de podermos lembrar de coisas que não aconteceram motivou o início do estudo das falsas Memórias, principalmente nas áreas clínicas e na psicologia forense, essa merecendo destaque especial, visto que, as consequências de testemunhos, reconhecimentos pessoais, etc., baseados em falsas memórias trazem consequências, no aspecto jurídico, que podem resultar em consequências danosas para (porque não?) toda a sociedade.

Alguns pesquisadores se destacaram neste campo, Theodule Ribot, foi o primeiro a utilizar a denominação *falsas lembranças*. Freud também se interessou pelo tema, mas foi Binet, no ano de 1900, que deu a primeira contribuição significativa específica sobre esse fenômeno, desde então alguns outros pesquisadores também ajudaram na explicação na ocorrência desse tipo de evento, com destaque para Bartlett, Deese, a Elizabeth Loftus, na década de 70.

A pesquisa de Binet, pioneira no que se refere ao estudo das falsas memórias, trouxe como grande contribuição, a ideia de sugestibilidade da memória, ou seja, a possibilidade de um indivíduo assimilar informações falsas, tanto através de fontes internas ou externa, autossugerida e deliberadamente sugerida,

respectivamente, Loftus, algumas décadas depois nomeou essas distorções mnemônicas de falsas memórias espontâneas e sugeridas. (STEIN, 2010. P.23)

Em seus experimentos com crianças, Binet utilizava-se de entrevistas, feitas em laboratórios, que consistiam em testar a memória através de recordação livre ou através de perguntas adicionadas com falsas informações para medir o quanto a sugestão de uma informação poderia influenciar na recordação das crianças. Constatou, em seus estudos, que a quantidade de erros, falsas memórias produzidas, foi consideravelmente maior quando se tratava de perguntas sugestivas.

Esse mesmo método foi utilizado por Bartlett em adultos décadas depois, ajudando este a formular a teoria dos esquemas, “descreveu a recordação como sendo um processo reconstrutivo, baseado em esquemas mentais e no conhecimento geral prévio da pessoa, salientando o papel da compreensão e a influência da cultura nas lembranças. Ele ressaltou a importância das expectativas individuais para o entendimento dos fatos e como as lembranças poderiam ser afetadas por essas expectativas” (STEIN, 2010. P.24)

O psicólogo americano James E. Deese, no ano de 1959, foi responsável por desenvolver um estudo, mais tarde incrementado por Henry L. Roediger e Kathleen McDermott, chamado Paradigma DRM⁹.

Mais recentemente, na década de 70, Elizabeth Loftus introduzindo nos estudos a ideia de sugestibilidade, em seus experimentos ela procurava introduzir uma informação falsa na mente das pessoas que tivessem vivido uma situação real.

Bernardo de Azevedo e Souza (2012, p.70) comentou que:

⁹ O paradigma DRM consiste de listas de palavras associadas, apresentadas em tarefas de estudo e teste. As palavras de uma lista se relacionam sempre a um mesmo tema, representado por um “distrator crítico”, o qual consiste em uma palavra semanticamente associada às demais e que traduz a temática da lista. Por exemplo, o conjunto “sono”, “cama”, “travesseiro” e “noite” pode compor uma lista semanticamente associada ao distrator “dormir”. Embora essa palavra não seja apresentada aos participantes na fase de estudo, sua ocorrência nas respostas na fase de teste é altamente provável, tanto em testes que envolvem tarefas de recordação quanto de reconhecimento, representando um índice de falsas memórias. A falsa lembrança dos distratores críticos por parte dos participantes pode ocorrer em uma proporção igual ao das palavras estudadas (Stein & Neufeld, 2001; Stein & Pergher, 2001), podendo estar acompanhada por altos índices de confiança subjetiva (Roediger & McDermott, 1995). (BOURSCHEID; PINTO, et al., 2014. P 163). Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/ptp/v30n2/05.pdf>

Uma das grandes constatações dos estudos de LOFTUS foi a de que uma lembrança é passível de ser altamente manipulada a partir de informações equivocadas sobre acontecimentos nunca vividos. Pode haver, ainda, a modificação dos fatos realmente vivenciados. A persuasão das falsas memórias pode-se dar, assim, tanto através da distorção de um evento experimentado quanto pela implantação de uma lembrança inteiramente falsa.

Infere-se, daí, que nossas memórias são passíveis de ser influenciadas por outras pessoas. Estas, através de suas percepções e interpretações, podem influenciar a forma como recordamos dos fatos. Nossa memória é, portanto, suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos acontecimentos. As informações que recebemos depois de determinado evento podem, de fato, influenciar na nossa memória.

Assim, após o passar dos anos e com o desenvolvimento dos estudos, a forma mais usual de se classificar as falsas memórias as separaram em dois tipos, as endógenas (autossugeridas) e a exógenas (sugestões externas).

A primeira ocorre quando distorções são geradas pelo funcionamento normal da memória. Stein discorre sobre estas em sua obra utilizando dos seguintes exemplos:

Um exemplo baseado em uma situação real aconteceu com uma colega de trabalho que tinha certeza de ter trazido seus óculos de grau presos a um cordão no pescoço, já que lembrava vividamente de ter ajeitado os óculos no cordão, quando saía do seu carro ao chegar à universidade. Não conseguindo encontrar seus óculos, depois de frustradas buscas pelos caminhos que teria passado naquele dia, ela resolveu arcar com o prejuízo e comprar óculos novos. Alguns dias depois outro professor encontrou os óculos Perdidos em sua sala, onde a colega havia estado para uma reunião alguns dias antes. Nesse exemplo, a colega falsamente lembrou que estaria com os óculos ao chegar naquele dia na universidade, uma vez que tinha certeza de tê-lo ajeitado no cordão ao sair do carro.

Outra distorção endógena comum é recordar de uma informação que se refere a um determinado evento como pertencente a outro. Por exemplo, lembrar que um amigo contou uma história quando, na verdade, as informações são provenientes de um programa de televisão que você assistiu, ou então lembrar colocou um objeto em determinada gaveta na segunda-feira quando na verdade você guardou outro objeto na mesma gaveta no dia anterior (STEIN, 2010, p.25-26).

Aury Lopes Júnior (2007, p. 65-66) sobre o assunto escreveu:

O tema é complexo e de fundamental importância, na medida em que os atores judiciais lidam constantemente com as recordações das pessoas para obter provas de um determinado delito e para realizar reconhecimentos pessoais ou por fotografias, sejam elas vítimas, testemunhas ou apenas informantes.

Em se tratando de processo penal, muito embora haja necessidade de uma prova robusta, são vistas inúmeras decisões condenatórias fundamentadas exclusivamente na prova oral, principalmente na palavra da vítima, quando a infração não deixa vestígios, como nos delitos de atentado violento ao pudor, sem falar nas condenações motivadas no cotejo entre a prova oral colhida na fase processual e na fase pré-processual, totalmente despida de contraditório e de ampla defesa.

4.4 Teorias explicativas

Algumas teorias explicam os mecanismos mnemônicos responsáveis pelas falsas memórias, sendo elas: O paradigma construtivista (que compreende a memória como um sistema unitário por meio de duas abordagens explicativas: construtivista e dos Esquemas); Teoria do monitoramento da fonte (que enfatiza o julgamento da fonte de informação de uma memória); Teoria do traço difuso (que considera a memória como sendo constituída por dois sistemas independentes de

Na explicação de STEIN (2010, p.31),

A teoria do monitoramento da fonte refere-se ao local, pessoa ou situação de onde uma informação é advinda. Segundo a teoria do monitoramento da fonte, distinguir a fonte de uma informação implica processos de monitoramento da realidade vivenciada. Portanto as falsas memórias ocorrem quando cometemos erros no monitoramento ou quando são realizadas atribuições equivocadas de fontes que podem ser resultado da interferência de pensamentos, imagens ou sentimentos que são erroneamente atribuídos a experiência original.

Para esta teoria, o surgimento das falsas memórias se dá quando as lembranças “advindas de uma fonte são erradamente atribuídas a outra, isto é, quando se dão falhas na monitorização da fonte das memórias”. (Johnson e Ray, apud Santos, 2012. P. 4).

A ênfase dessa teoria centra-se no julgamento da diferenciação entre fonte verdadeira da memória recuperada e outras fontes, que podem ser internas ou externas.

A teoria do traço difuso, explica que o fenômeno das falsas memórias toma novos contornos a partir de pressupostos traços de memória. Para essa teoria, ao contrário do que as teorias tradicionais preconizam, o nosso processamento cognitivo busca caminhos que facilitem e agilizem a compreensão. Desta forma as pessoas preferem a simplificação de trabalhar com o que é essencial da experiência, o significado por traz do fato, em vez de ter de processar informações específicas e detalhadas. Segundo esta teoria, como o próprio nome difuso sugere, o intuito, o não delimitado especificamente, o não lógico é a base do raciocínio. (STEIN, 2010, p.33)

Segundo essa teoria,

A ocorrência de falsas memórias espontâneas seria explicada pela recordação, errônea, de algo concordante com a essência da experiência vivida, mas que na realidade não aconteceu, ou pela inacessibilidade, ou perda de informações literal sobre o evento. (BRAINERD e REYNA apud SANTOS 2012, P. 6)

A teoria do traço difuso reuniu consistência em resultados experimentais, e, de acordo com a neuropsicóloga Luciana Ávila¹⁰,

¹⁰ Entrevista concedida ao site “Montando o quebra-cabeça”, psicologia, neurociência e filosofia. Endereço eletrônico disponível em <http://danielgontijo.blogspot.com.br/2011/09/falsas-memorias-entrevista-com.html>

Um dos modelos teóricos explicativos para a compreensão das falsas memórias mais aceito atualmente é a Teoria do Traço Difuso – TTD (no original em inglês, Fuzzy Trace Theory de Reyna e Brainerd, 1995, 2005). Segundo essa teoria, a memória não é um sistema unitário, mas constituído de múltiplos sistemas independentes, contendo representações literais e de essência. Enquanto que a memória de essência armazena somente o significado do fato ocorrido, a memória literal contém em si as lembranças dos detalhes específicos sobre o evento. Assim, segundo a Teoria do Traço Difuso, as falsas memórias ocorrem em função da lembrança de informações acerca do sentido das experiências (memórias de essência). Na recordação dos eventos, aspectos específicos e detalhados (memórias literais) acabam dando lugar aos aspectos e representações de essência das lembranças – mais gerais e amplas. (2011, não paginado)

4.5 O fato: da percepção ao testemunho e os fatores que contaminam a memória neste íterim.

Pedro Nunes (1999), em seu Dicionário de tecnologia jurídica, define testemunha como a *“pessoa que assiste a determinado fato contestado, ou dele tem conhecimento, e é chamada a juízo a fim de depor desinteressadamente sobre o que souber a seu respeito...”*.

Através desta definição, percebemos que a testemunha é uma das ferramentas que o juiz se valerá para ter conhecimento de um fato.

Na definição de Xavier de Aquino (2015, p.52), *“fato nada mais é do que a modificação da realidade existente”*. Segue, *“a modificação (que se traduz no fato) apresenta-se para o magistrado como alguma coisa a ser reconstruída”*.

Sendo assim, mister se faz conhecer como este fato é conhecido, armazenado na memória e transmitido pela testemunha ao destinatário da prova.

Sobre o funcionamento da memória é importante ressaltar que neste trabalho a preocupação com o reflexo jurídico do esquecimento de um fato não será abordado por si só, visto que é do tamanho do prejuízo causado por um depoimento inócuo poderá ser ínfimo se comparado com o de outro depoimento cheio de informações falsas. O esquecimento pode gerar a não produção de uma prova (verdadeira ou falsa), mas a falsa memória pode gerar a produção de uma prova potencialmente perigosa.

4.5.1 Conhecimento – percepção

João Mendes de Almeida Júnior (1912, apud AQUINO, 2015, p.56) diz que conhecimento

É uma função vital, pela qual o sujeito cognoscente recebe e exprime em si mesmo a ação e a forma da causa; assim se verifica que o conhecimento conta de três elementos, isto é, de um sujeito cognoscente, de um objeto cognoscível e do ato de união entre este e aquele [...]

O conhecimento de um dado objetivo ocorre quando o sujeito se defronta, direta ou indiretamente, com uma modificação da realidade existente. (AQUINO, 2015. P. 57)

E é através da percepção sensorial que este conhecimento é formado, é através dos sentidos que um sujeito mantém contato com um acontecimento, que inevitavelmente será ouvido, visto, sentido, etc.

Alguns fatores são de suma importância para que um conhecimento de um fato seja conhecido da forma mais íntegra possível.

Lionel R.C. Haward (1964. p. 19) diz que antes que uma testemunha tenha experiência real dos acontecimentos que se acontecem ao seu redor, o conteúdo absorvido por seus sentidos – dados sensoriais primários – passam por processos cerebrais, que selecionam, organizam e transformam a informação de acordo com as condições em que o indivíduo apresenta no momento.

Segue explicando que esse procedimento psíquico interno faz parte de um sistema dinâmico, mas ordenado, por meio do qual as informações sensoriais são enriquecidas com um significado. Ou seja, o testemunho sobre um fato pode variar de pessoa para pessoa, sua condição pessoal, tanto física quanto emotivas podem distorcer a percepção da situação em análise. (HAWARD.1964, p. 19)

Aquino (2015. P. 57-58), falando sobre esse trabalho mental, explica que o conhecimento efetivo sobre um acontecimento só se consegue, no âmbito pessoal, após uma comparação entre o fato presenciado e as experiências adquiridas e arquivadas na memória ao longo da vida, estas experiências passadas tornam-se uma referência para a percepção que se dá ao novo fato.

Outro fator que deve ser observado para que se tenha medida do conhecimento adquirido sobre um evento é o nível de atenção da pessoa ao presencia-lo alguma situação.

Vernon (2010 apud AQUINO, 2015, p. 66) fala que “a atenção pode ser dirigida a diferentes aspectos do campo visual”, ou seja, perceber algo não significa ter o conhecimento de fato do que aconteceu, pois, a atenção do expectador, muitas vezes, não está direcionada especificamente, no caso de um testemunho, ao objeto alvo de questionamento. E, mesmo que se foque em algo, um mundo completamente dinâmico ao redor, contribui para limitar ainda mais a sensibilidade específica que um indivíduo destina a um evento, ou seja, tudo em torno do evento pode contribuir para distorcer a compreensão sobre o mesmo.

Stein (2010) traz em suas obras exemplos de estudos que se utilizam de exames clínicos baseados em neuroimagem e o uso de eletroencefalograma para detectar a atividade cerebral e, através da análise das regiões ativadas, tentar obter um conhecimento maior sobre o efeito do alerta na formação da memória. Esses exames comprovam que áreas distintas do cérebro são ativadas em situação dependendo do nível de atenção que se dê a um evento.

Fatores individuais ligados ao estado de espírito e emocional da testemunha no momento em que presenciou o acontecimento, tem a capacidade de modificar a percepção do fato.

Nossas experiências ao longo da vida demonstram que nossa percepção de um acontecimento e de como esse se desenrola é consideravelmente melhor à medida que estamos calmos, tranquilos.

Porém se estamos sob a influência de um estado emocional alterado ou temos consciência que estamos na iminência de passar por uma situação incomum, o próprio funcionamento normal do cérebro pode criar distorções acerca do que se presenciou.

Na psicologia esse fenômeno recebe o nome de preparação. Esta ocorre de maneira consciente ou não, conforme explica Harward (1964. p. 21), “*serve para facilitar o recebimento de certos estímulos e proibir a entrada de outros, é aquele para o qual estamos preparados que dá lugar à percepção ou reação*”. As consequências desse processo preparatório para o recebimento de uma nova informação têm enorme possibilidade de produzir distorções da realidade fática.

Murray descobriu que pessoas sob tensão nervosa interpretam outras como se fossem mais maliciosas do que lhes pareceriam se estivesse em seu estado normal. (MURRAY, 1933, p. 310 apud HARWARD 1962. p. 22)

Um conhecido teste projeta, deliberadamente, imagens de situações sociais ambíguas, a fim de produzir percepções distorcidas. Na preparação clínica, os processos perceptivos do paciente proporcionam informações acerca de sua personalidade e diagnóstico. Na vida real podem levar à condenação de uma pessoa inocente. (HAWARD, 1964)

4.5.2 Conservação e evocação

Enquanto o conhecimento e a percepção estão ligados a um fato, ao processo de entrada desse na esfera cognitiva de um sujeito, a conservação e a evocação já fazem parte do que de fato está relacionado à memória.

O processo mnemônico possui dois momentos, a conservação do conhecimento adquirido por meio da percepção e a possibilidade de trazer de volta a lembrança desse conhecimento, mas não o identificado, mas reconhecendo-o, a evocação. (AQUINO, 2015)

Haward (1964. P. 24-27) fala sobre dois mecanismos do esquecimento, a inibição retroativa e a repressão. O primeiro trabalha com a ideia de que o esquecimento acontece por se tratar de *“um processo natural destinado a desembaraçar o quadro da memória, a fim de dar lugar a experiências posteriores”*, enquanto a repressão *“é um mecanismo de defesa que só aparece quando nossa mente tem de ser protegida contra experiências nocivas”*, ou seja, na prática, uma experiência desagradável tende a ser esquecida, ou modificada, inconscientemente como forma de proteção individual. Como infere o estudioso, *“lembramo-nos apenas daquilo que achamos deve ser recordado”*.

Quando aprendemos que a experiência de ver e ouvir não é um simples processo fotográfico ou de gravação, descobrimos também que a memória é igualmente um processo dinâmico. O esquecimento não é passivo, e sim ativo. Embora fatores orgânicos de condutividade neurológica, nos quais está baseada a memória, possam produzir o esquecimento, isto só pode ser demonstrado até agora em condições clínicas.

Seguindo essa linha é o que entende Antônio Damásio (DAMÁSIO apud AQUINO, 2015, p. 75):

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

Assim, pelo que se pode verificar, o cérebro não guarda as recordações de forma exata, trabalha-se com a ideia de "representação aproximativa". A memória não é estática, mas essencialmente dinâmica e seletiva.

Os resultados de estudos realizados por diversos estudiosos, como Newman, Kuelpe, Lackburn, Lindgren, entre outros, revelam que a maior quantidade de erros na recordação de um evento ocorridos se relaciona com o momento, (hora) do evento, local onde a pessoa se localizava (ponto de observação) e a quantidade de objetos ligados ao evento. Como destaca Haward, 1(964, p. 26-27), esses são provavelmente os detalhes centrais em uma investigação criminal. Festinger, em seus estudos sobre o comportamento em multidões, demonstrou que os mais desinibidos são os que pior se recordam do evento, apesar de serem, justamente esses os mais voluntariosos a prestar testemunho e, conseqüentemente, os mais prováveis a participar como testemunha em um processo.

Assim, a recordação de um evento é, em si, um processo individual quase sempre já distorcido por pelos fatores já elencados, ou seja, grande parte do conhecimento adquirido que fica fixado na memória adquirem um caráter construtivo. O que não foi afastado pelos fenômenos da inibição retroativa e da repressão, corre o grande risco de ser trazido como recordação sem a pureza e fidedignidade que era de se esperar em um testemunho que possa modificar o resultado de um processo criminal.

4.5.3 Declaração, verbalização

Este é o momento em que a prova testemunhal se perfaz. De nada adianta uma pessoa ter conhecimento e guardar em sua memória as informações sobre o fato se este não for transmitido para a autoridade competente. Assim, uma declaração de um conhecer sobre um fato vira prova.

Conforme Aquino (2015, P. 79) “A declaração testemunhal consiste no relato do fato que foi inferido por meio da percepção e, conseqüentemente, registrado na memória do sujeito.”

Haward (1964), em seu trabalho sobre os aspectos psicológicos da prova testemunhal, deu atenção especial para o que se observa nesta fase do testemunho, diga-se o momento da verbalização. Reuniu informações próprias e de outros estudiosos sobre o efeito do ambiente e do entrevistador/inquiridor na declaração da testemunha.

Notou que o índice de omissões na narrativa de um acontecimento tende a aumentar na medida que a testemunha recebe liberdade para narrar o que sabe. Por outro lado, em depoimentos feitos a partir de perguntas a quantidade de omissões diminuiu, porém, o índice de erros aumentou. Desta forma, a participação do inquiridor, seja ele o magistrado na fase processual, ou um policial na fase do inquérito, deverá se dar com o maior cuidado possível, de forma a não influenciar no testemunho. Tanto o ambiente, como a postura física e comportamental de quem faça as perguntas para a testemunha, influem na sua forma de declarar seu conhecimento.

Num estudo de Weiss e Fire, intitulado “Effect of induced aggressiveness on opinion change”, estes descobriram que se o inquiridor fosse ofensivo e despertasse sentimentos agressivos e hostis na testemunha, as recordações tenderiam a conter ideias mais agressivas, ou seja, provavelmente a testemunha usaria a palavra “bater” ao invés de “tocar”. (Haward, 1964, p. 28)

Aquino lembra que “uma palavra usada erroneamente, ou por imprecisão ou por impropriedade, pode deturpar a verdade dos fatos e, em razão disso, trazer grandes transtornos para a formação da certeza judiciária (ou verdade possível) ”. (2015. P.81)

Gesu (2010, p. 149) diz que:

Quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, a fim de obter respostas condizentes com suas convicções. São, portanto, desprezadas as respostas incompatíveis com a hipótese inicial, ou, então, as respostas são reinterpretadas com o intuito de serem adaptadas a ela.

A inquirição das testemunhas é, na maioria dos casos, o principal elemento probante em um processo criminal, há de se cuidar para que os métodos inquisitórios não contaminem ainda mais esta já tão delicada prova.

4.6 Fatores de contaminação da prova testemunhal

A prova testemunhal é de inegável valor probatório. Contudo há de se ter em mente que o ser humano é incapaz de reproduzir fielmente um fato pretérito, pois existem fatores externo e internos que podem comprometer o testemunho, contaminando as declarações que venha a fazer.

O decurso do tempo está entre os principais fatores que afetam negativamente a qualidade de uma recordação, uma vez que promove o esquecimento e facilita a ocorrência de distorções da memória. À medida que o tempo transcorre, e novas informações vão sendo processadas, tendemos a esquecer dados sobre eventos passados.

Souza (2012, p.66) alerta que o “ritmo corrido do cotidiano influencia diretamente na formação da memória, pois a velocidade dos acontecimentos muitas vezes não permite que os fatos sejam armazenados”.

A transitoriedade é apontada por Schacter (1999 apud WELTER, et al, [s.d.], p.11) como,

Um dos “sete pecados” aos quais a memória humana está sujeita e envolve o esquecimento e o empobrecimento de nossas recordações. Com o tempo, nossas recordações perdem a “força” e a “riqueza”, tornando-se mais genéricas, pobres em detalhes e com menor vivacidade. A recuperação de um fato na memória tende, com o tempo, a ter como base os aspectos mais gerais da experiência, ou mesmo o conhecimento que temos sobre o episódio vivido e não a recordação do que de fato aconteceu. Tal processo, que envolve a passagem de recordações mais específicas e detalhadas a descrições mais gerais e reconstrutivas da experiência, cria, por sua vez, um solo fértil para ocorrência de outros “erros” e distorções da memória, sendo observado tanto em adultos como em crianças.

Welter (et al, [s.d.], p. 12) ressalta que

é importante considerar ainda que a maior parte do esquecimento, bem como o enfraquecimento da vivacidade de uma recordação, acontece nos primeiros momentos após a ocorrência de um evento (primeiros instantes, horas, dias, meses, variando conforme a experiência), assumindo um declínio mais lento e gradual posteriormente.

Segundo Mittermayer (2008 apud AQUINO 2015),

O intervalo entre o acontecimento e o depoimento pode modificar consideravelmente a natureza deste. A imaginação transforma facilmente a recordação dos fatos confiados a memória; e então pode acontecer que certas circunstâncias sejam postas em lugar inferior, que outras tenham cores mais vivas, em virtude de uma operação chimerica do espírito, que se apressa em preencher as lacunas da memória; torna-se difícil então distinguir o que é verdadeiro do que é imaginário. Não obstante ter a melhor vontade, a testemunha, chamada a depor muito tempo depois do acontecimento, não pode mais separar a observação real das criações fantásticas do espírito, em uma palavra, quanto mais viva for a sua imaginação, tanto maior risco haverá de cair na inexatidão.

As técnicas de entrevista/inquirição utilizadas para coletar um depoimento igualmente constituem-se num dos fatores de maior influência na qualidade de um relato.

O magistrado não pode induzir nem permitir que se induzam, através por exemplo de reperguntas, as respostas do examinado, pois só assim, preservará a sinceridade e a espontaneidade do *dictum*. (AQUINO, 2015, 80)

A linguagem é outro fator que pode influenciar um testemunho. A linguagem é o conjunto de sinais utilizados pelo ser humano objetivando a comunicação entre homens. Toda vez que se quer exprimir seus pensamentos, valemos de sinais de toda sorte, os quais servem para transmitir mensagens. (AQUINO, 2015, p.81)

Uma palavra ou uma linguagem usada erroneamente, por imprecisão ou por impropriedade, pode deturpar a verdade dos fatos e em razão disso, trazer grandes transtornos para a formação da certeza judiciária (ou verdade possível). (AQUINO, 2015, p. 81)

A mídia, também se encontra entre os fatores que influenciam o testemunho. Não podemos afastar o fato de as notícias postas nos jornais, após o acontecimento do delito, influenciarem as pessoas envolvidas no cenário de determinado processo, devido a sua carga de sensacionalismo e emotividade. (GESU, 2010. p.156)

Segundo Carnelutti (1995, p. 45 apud GESU, 2010, p. 156), o crime também é uma forma de diversão para “ a cinzenta vida cotidiana”, também passou a ser uma espécie de entretenimento. Continua asseverando que:

Há uma verdadeira degeneração do processo penal, na medida em que cada delito desencadeia uma onda de busca, de conjunturas, de informações, de indiscrições. Assim, “policiais e magistrados, de vigilantes se tornam vigiados pela equipe de voluntários prontos a

apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como lebres de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E, muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência requerida pelo exercício de seu austero mister”.

Assim, o cenário imposto pela mídia pode confundir a testemunha sobre aquilo que efetivamente percebeu no momento do delito, com o que leu sobre o fato ou com o que ouviu posteriormente. As notícias ou comentários sobre o fato delituoso aumentam, o risco de “sugestionamentos” e contaminações da prova.

Então, em suma, são esses os fatores que mais afetam a memória; o transcurso do tempo, os métodos de entrevista e inquirição, bem como as influências da mídia como meio de informação.

4.7. Falsas memórias em crianças

As crianças que atuam como testemunhas em um procedimento judicial na esfera penal geralmente passaram e/ou presenciaram situações em que seu estado emocional sofreu um abalo, visto que a probabilidade da existência de violência e traumas é grande.

Desta forma, existe uma preocupação redobrada com os testemunhos destes indivíduos que, além de serem mais vulneráveis do ponto de vista físico, também são no aspecto psico-cognitivo.

Já vimos que vários são os fatores que afetam os testemunhos de uma pessoa, como por exemplo o decurso do tempo, porém alguns outros fatores de influência são percebidos em crianças com maior destaque, como a convivência familiar, grau de violência envolvido, grau de vinculação com a figura do autor do ato, entre outros.

Stein (2010, P. 158-159) alerta que,

Os profissionais envolvidos nesta análise "devem reunir o maior número de elementos disponíveis sobre a suspeita levantada, o que inclui o relato da criança sobre o episódio vivenciado, o exame de suas condições físicas e psicológicas, bem como entrevistas com as pessoas responsáveis pelos cuidados, registros escolares, etc.

Segue [...]

Deste modo, o técnico estará realizando uma avaliação adequada e protetora da criança, visto que busca diminuir a possibilidade de erro

na presente situação (p. ex., tomando uma situação falsa como verdadeira ou contrário).

Destaca que:

Pesquisas naturalísticas e experimentais têm sido desenvolvidas com o objetivo de conhecer a capacidade das crianças de recordarem eventos passados. Além disso, no campo forense, importa saber não apenas sobre o que as crianças são capazes de recordar, mas é imprescindível avaliar o quão precisas e confiáveis podem ser as recordações delas (ou de um adulto), ou seja, saber o quanto o relato de uma criança sobre a lembrança de um determinado episódio corresponde com exatidão aos fatos que se passaram. É comum que juízes, promotores, advogados e delegados perguntem a psicólogos se o relato de uma criança expressa a realidade ou fantasia.

Para se descobrir qual o valor que se deve dar ao testemunho infantil interessante se faz saber qual a capacidade da criança em recordar e relatar uma experiência vivida e conhecer as vulnerabilidades específicas deste grupo, ou seja, conhecer os fatores que determinam a qualidade de sua memória ou depoimento (STEIN, 2010).

Crianças tem a capacidade de memorizar eventos desde muito cedo, porém, o que é memorizado antes dos 3 anos, não permanece acessível em períodos posteriores da infância e da idade adulta, a justificativa é que ainda não houve a formação de memória autobiográfica, ou seja, a criança ainda não tem referências que possam permiti-la acessar a memória facilmente (Stein, 2010)

A emoção sentida pela criança no momento do fato é um dos principais fatores que afetam a qualidade da memória, se por um lado um evento traumático é fixado com mais intensidade, por outro, apenas os aspectos centrais são memorizados.

Stein, citando Reisber e Heuer (2007, p.166) traz que

o conhecimento científico acumulado até o presente momento sugere que a emoção eleva a memória para os aspectos centrais (essenciais) do evento, não ocorrendo o mesmo efeito com os detalhes mais periféricos (específicos), que muitas vezes são fundamentais no âmbito forense.

A capacidade para manter uma recordação detalhada e vívida, que permite que se recupere um episódio passado com razoável precisão, pode rapidamente enfraquecer. E particularmente com crianças, o tempo prolongado, além de promover o esquecimento e facilitar o aparecimento de distorções de memória, associa-se a ocorrência de várias mudanças no desenvolvimento da compreensão

do mundo, de si e dos outros, o que também pode vir a influenciar sua memória e alterar a precisão de suas recordações (WELTER, et al, [s.d.]).

Segundo Gesu (2010, p.122),

Uma das deficiências apontadas em relação a percepção das crianças diz respeito a maior observação das semelhanças, por mais grosseiras que sejam, do que das diferenças. Inconscientemente, ao analisar determinado objeto, pessoa ou situação, a tendência infantil é e buscar lembranças análogas, preenchendo a nova percepção com elementos estranhos aquela situação.

Também contribuem como fatores de sugestibilidade infantil os sentimentos de medo, culpa ou vergonha. A sugestibilidade é resultado da interação desses fatores relacionados ao contexto da entrevista

Entre as características próprias das crianças afetam seus depoimentos enumera-se que: crianças têm dificuldade em tarefas de recordação livre quando são solicitadas a lembrar sem nenhum estímulo ou pista; crianças pequenas são deferentes, tendendo a respeitar e se submeter às vontades dos adultos (querer agradar; elas possuem dificuldade em identificar a fonte da informação, se foi algo que viram ou que ouviram de alguém

Entre os fatores que podem ter influência sobre a entrevista, deve-se atentar ao estilo particular de perguntar, repetição leva a afirmação – sugestibilidade, atmosfera da entrevista, tom da entrevista, indução, pressão (usar a palavra "muito bem" e técnicas utilizadas

Segundo Gesu (2010, p.121),

Através da observação casuística e de estudos de experimentação, constatou-se serem as crianças historicamente avaliadas como mais vulneráveis à sugestão, pois a tendência infantil é justamente no sentido de corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto entrevistador.

Sabe-se que as crianças, de modo especial aquelas em idade pré-escolar, são especialmente suscetíveis à aceitação de informações sugestivas, assim como outros grupos especiais, por exemplo, sujeitos portadores de deficiência mental (CECI & BRUCK, 1995; CECI, CROSSMAN, GILSTRAP & SCULLIN, 1998; CECI, KULKOFSKY, KLEMFUSS, SWEENEY & BRUCK, 2007, P.13)

O sistema legal está começando a se preocupar com a forma com que as crianças vêm sendo ouvidas, entrevistadas, uma vez que até o local onde as mesmas são inquiridas podem influenciar nas alegações que serão trazidas. Assim,

o aprimoramento do meio físico não garante a lisura do depoimento, mas irá ajudar para que o mesmo tenha o mínimo de intervenções possíveis no processo mnemônico.

No Rio Grande do Sul, foi instituído procedimento para a colheita de declarações e crianças intitulado depoimento sem danos, cujo objetivo é a proteção psicológica das vítimas infantis, evitando que elas sejam revitalizadas por sucessivas inquirições.

Segundo Lima (2014, p. 660),

Essas audiências, são realizadas de forma simultânea, em duas salas interligadas por circuito audiovisual interno. Em recinto reservado, a vítima presta depoimento a uma psicóloga ou assistente social. Na sala de audiência ficam os demais sujeitos processuais. O magistrado faz a inquirição por intermédio do profissional que se encontra com a vítima, evitando a exposição desta última aos demais participantes em um compact disc, o qual é degravado e acostado aos autos do processo judicial, junto com a degravação.

Esse depoimento sem danos, nada mais significa do que substituir a audiência de crianças que sofrem principalmente abuso sexual, por conversas com profissionais especializados em tratamento que envolva o psicólogo da criança. Tem como objetivo esse tipo de metodologia, poupar a criança, evitando causar transtornos a ela e garantindo a redução de danos durante a produção da prova.

As consequências de um testemunho infantil sem o devido cuidado podem gerar situações como a do seguinte julgado:

Ementa: APELAÇÕES DELITOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPROS DE VULNERÁVEL. NA MODALIDADE DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. IRRESIGNAÇÕES DEFENSIVA E MINISTERIAL. CRIME ÚNICO. Conforme narra a denúncia, o réu está sendo acusado de ter praticado, na mesma oportunidade, os delitos de estupro de vulnerável na modalidade de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a vítima. O primeiro fato narra que o acusado despiu a vítima e esfregou seu órgão genital no corpo da menina, vindo a introduzir pênis na boca da ofendida e, ao final, ejaculado sobre o corpo dela; o segundo fato descreve a conduta de o réu ter introduzido o pênis no ânus da infante. Atos libidinosos que foram praticados contra a mesma vítima e no mesmo cenário, ou seja, nas mesmas condições de tempo, local e circunstâncias, sendo impositivo o reconhecimento da prática de delito único e, em consequência, o afastamento do crime continuado. ABSOLVIÇÃO. Conjunto processual que não autoriza, com segurança, a condenação do acusado. Além da prova colhida não ser uníssona, ou seja, de haver duas versões dos fatos nos autos (a primeira, acusatória, que vem corroborada pela palavra de vizinhas do acusado; a segunda, de negativa de autoria, sustentada pelo réu e

corroborada por outras testemunhas e pela vítima), verifica-se a presença de anterior animosidade entre o réu e uma das testemunhas que lhe acusa. Ademais, constata-se que o irmão da ofendida, que, estava na mesma residência, nada relatou acerca do suposto abuso sexual praticado pelo réu. Pelo contrário, o menino, desde a fase policial, sustentou que o acusado é boa pessoa e que sua irmã (ofendida) que era uma criança mentirosa. Vítima que não conhece a pessoa do réu e negou a ocorrência de abusos sexuais. Indicativo de prova que dá conta que a ofendida já presenciou relação sexual, o que poderia justificar, diante da negativa e precoce experiência, falsas memórias. Cenário nebuloso que faz emergir dúvida insuperável a autorizar a absolvição do acusado, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo. APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO. (Apelação Crime Nº 70064362148, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 11/12/2015). (Brasil, não paginado, 2015)

Essa metodologia que começou no Rio Grande do Sul, e tornou-se projeto de lei (PL 7524/206) de autoria da deputada Maria do Rosário, onde sua última movimentação foi setembro de 2014, arquivada na coordenação de comissões permanentes. (Vide, site oficial da Câmara)

Desta forma, conclui-se que a idade da pessoa que presta o testemunho não inviabiliza a formação da prova testemunhal, desde que esta seja produzida sob o princípio do contraditório e que esteja em consonância com as demais provas produzidas nos autos.

5 SENTENÇA E SUA FUNDAMENTAÇÃO

A sentença criminal é a decisão proferida pelo magistrado, de acordo com o seu convencimento sobre a autoria e materialidade de um fato, levando em consideração as provas trazidas aos autos na instrução processual.

A sentença está presente em qualquer ramo do direito. E em todos os ramos ela apresenta formalidades que devem ser observadas, como forma de essencialidade do ato processual.

O artigo 381 do CPP traz os requisitos objetivos essenciais que deverão constar na sentença, quais sejam eles: O nome das partes ou indicações para identificação; uma exposição sucinta da acusação e da defesa; A indicação de motivos de fato e de direito que servem de base para a fundamentação da sentença; a indicação dos artigos de lei explicável ao caso, de forma expressa; O dispositivo e por último, a assinatura do juiz acompanhado da data.

A motivação e a fundamentação de todos os elementos mostrados acima são os que merecem mais destaque para o trabalho em questão, pois, a fundamentação abriga os motivos de fato e de direito que servem de fundamento para a decisão. Ela mostra às partes que a prestação jurisdicional está de acordo com o que foi amplamente discutido no processo, em todo os seus termos e que a decisão do juiz não se afastou do universo dos autos. (VIANA, 2004, não paginado)

A motivação é o raciocínio lógico realizado pelo juiz a partir do contexto probatório inserido no processo. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida sob o contraditório judicial. (AVENA, 2011, p. 1011)

Assim, para formular sua fundamentação, o juiz analisará as provas trazidas ao processo. E, de acordo com sua livre convicção, proferirá seu veredicto. Ele é livre para decidir de acordo com qualquer elemento trazido como prova. Nenhum meio de prova tem valoração diferente da outra. Todas no âmbito do processo têm valor probante igual, e o juiz poderá usar qualquer uma delas, ou todas em conjunto, para formar sua convicção como veremos a seguir.

5.1 Sistema de apreciação das provas

No sistema processual penal brasileiro há basicamente três sistemas de avaliação e valoração das provas: o sistema do livre convencimento motivado; o sistema tarifado e o sistema da íntima convicção.

O sistema do livre convencimento motivado ou muitas vezes chamado de persuasão racional, é o sistema previsto no art. 155, caput do CPP, que dispõe que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação.

De acordo com esse sistema, o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se vê obrigado a fundamentar sua decisão. (LIMA, 2014, p.582)

Como aponta Gomes Filho (apud LIMA, 2014, p.582),

A liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.

Esse sistema dá ao juiz discricionariedade na hora da valoração das provas, isoladamente ou no seu conjunto. Ela necessita ser motivada, e essa motivação permite as partes não somente aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório constante dos autos, como também analisar os motivos legais que levaram o magistrado a afirmar sua conclusão. (LIMA, 2014, p. 582)

Assim, como podemos observar desse sistema, não há prova com valor absoluto, não há hierarquia de provas no sistema processual, toda prova tem valor relativo. Deve o magistrado valorar todas as provas produzidas mesmo que para refutá-las e somente serão consideradas válidas as provas constantes do acervo dos autos.

Aquino (2015, P. 61) destaca que a “*objetividade jurídica desse preceito constitucional visa evitar o arbítrio do magistrado, posto que o iter argumentativo deste já de ser um raciocínio lógico.*”

O sistema da íntima convicção ou prova livre ou certeza moral do juiz, trata-se do sistema que confere ao julgador total liberdade na formação de seu convencimento, dispensando-se qualquer motivação sobre as razões que o levaram

a esta ou aquela decisão, sendo irrelevante, inclusive a circunstância de encontrarse ou não a prova nos autos. (AVENA, 2011, p.476)

Segundo Lima (2014, p. 580)

Esse sistema permite que o magistrado avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final do processo de modo a aplicar o direito objetivo de acordo com sua livre convicção, não estando obrigado a fundamentar sua conclusão. A decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, o que permite em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos e até mesmo contra a prova dos autos.

Embora a íntima convicção não seja o sistema regra do código de processo penal, não foi abandonada definitivamente em nosso direito, sendo agasalhada nos julgamentos afetos ao tribunal do júri, caso em que o veredicto absolutório ou condenatório tem origem em um conselho se sentença integrado por pessoas do povo- os jurados (AVENA, 2011, p. 476)

No Sistema da prova tarifada, a lei estabelece o valor de cada prova, não possuindo o juiz discricionariedade para decidir contra a previsão legal expressa. Tal como ocorre com o livre convencimento, também aqui se exige que estejam incorporados ao processo os elementos de convicção, não sendo lícito ao magistrado decidir com base e provas extra- autos. (AVENA, 2011, p.477)

De acordo com esse sistema, cada prova possui um valor preestabelecido, deixando o magistrado vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, o que deve se limitar a uma soma aritmética para sentenciar. (LIMA, 2014, p.581)

Apesar de não ter sido adotada em nosso sistema pátrio, seus resquícios podem ser encontrados ainda em nosso ordenamento processual penal, a exemplo do art. 158 CPP em que afirma que no caso da infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. (LIMA, 2014, p. 581)

6 A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL FRENTE ÀS FALSAS MEMÓRIAS

No decorrer do presente trabalho, foram demonstradas as características da prova testemunhal, bem como os fatores que a transformam em um meio de prova extremamente questionável no processo.

O depoimento testemunhal, pode sofrer um número incalculável de sugestões externas e internas, que tornam esse meio de prova altamente subjetivo e cheio de sugestionabilidade.

As falsas memórias, assunto abordado no capítulo anterior, como vimos, não são mentiras dolosas da testemunha, ela realmente em seu intelecto, absorveu aquele fato inverídico como verdade e assim o incutiu como sendo verídico tal alegação.

Diversos questionamentos foram abarcados diante de tamanha subjetividade da prova testemunhal. O principal questionamento que vem à baila é: A prova testemunhal, dotada de tanta subjetividade e sugestionabilidade interna e externa, quando único meio de prova trazido ao processo, pode ser utilizada sozinha, como único embasamento de uma condenação criminal?

É indiscutível no processo penal que a juiz é livre na apreciação das provas e na sua convicção. Podendo valorar de maneira livre a sua condenação, mas também é indiscutível o princípio de que em caso de dúvida, absolve-se o réu.

Assim, parece-me uma guerra entre mandamentos jurídicos. Qual deles é mais válido para que possam ter um processo penal mais justo? Vale lembrar que uma condenação penal afeta o princípio basilar do nosso ordenamento jurídico, que é a liberdade.

Como cercear a liberdade de uma pessoa, de uma maneira justa, baseada em um testemunho que, como mostramos no presente trabalho, encontra-se cheio de nuances que dificultam uma visão límpida do que realmente aconteceu no fato dado como criminoso.

Como a prova testemunhal nunca irá demonstrar com precisão a realidade acontecida, é justo, usando o princípio do *in dubio pro reo*, o juiz valorar tal prova a ponto de embasar sua condenação unicamente nesse meio de prova?

Não há dúvida de que a prova testemunhal seja a mais utilizada no âmbito do processo penal, contudo, seu valor não deve ser respaldado simplesmente quanto a sua existência e sim na forma em que esta é prestada.

Em diversas oportunidades Gesu (2010, p.81) afirma “*serem milhares de processos julgados com base unicamente na prova testemunhal. Esta embora seja a principal meio probatório é o mais frágil*”.

O problema é desvelar o que realmente aconteceu, situação que na maioria das vezes não é tão simples, pois ou o fato não deixa vestígios ou estes foram apagados pelo tempo. Restando tão-somente a prova testemunhal como único meio de prova, nasce um novo e grave problema: o induzimento realizado pelos parentes, amigos, policiais, julgadores ao formularem seus questionamentos, bem como pela mídia, devido a notoriedade do caso.

GORPHE (1949, p.1 apud GESU, 2010, p.100), já afirmava que “*desde que existem os homens e desde que tem a pretensão de fazer justiça, se tem valido do testemunho como mais fácil e mais comum dos meios de prova*”.

Toda vez que o juiz examinar um depoimento testemunhal, adentrar nas profundezas do intelecto do sujeito, ninguém por mais idôneo que seja, poderia se aceitar como testemunha, uma vez que, como foi visto, limitadas são as nossas faculdades e infiel é a nossa memória. Entrementes, não se quer com isso, afirmar que o magistrado não deva examinar o testemunho, dirigindo sua ótica para as circunstâncias externas do fato e para as condições internas do indivíduo. (AQUINO, 2015, p.78)

O nosso ordenamento jurídico processual brasileiro, ainda precisa de muitos avanços principalmente tecnológicos. É preciso, de mecanismos tecnológicos e pessoal preparado, para uma melhor elucidação do crime. Trazendo ao processo diversas provas que podem em conjunto embasar e ajudar o magistrado em sua convicção.

Disso tudo depreende –se que o magistrado, ao receber o fato jurídico a ser por ele apreciado, deve proceder a um exame acurado da prova testemunhal recolhida, analisando- sob quatro prismas diferentes: a) a forma de expressão da testemunha; b) a sua condição pessoal; C) o grau de confiabilidade d) o teor do depoimento.

Só assim, analisando com acuidade todas as causas que circundam o testemunho, o julgador poderá aferir sua veracidade.

Se em outras épocas as leis estabeleciam critérios que norteavam o julgador, no sentido de graduar o valor do testemunho, nos dias de hoje, com a consagração da regra da livre apreciação das provas, o magistrado, desprendido que está destas normas preestabelecidas, avalia o testemunho de acordo com seu convencimento, dando-lhe o valor que acredita merecer.

Todavia, não raro, a falha da prova testemunhal pode não ser da testemunha, mas sim da pessoa que colhe seu testemunho.

Adolfo Bergamin adverte que a impaciência, o autoritarismo, a ideia preconcebida, a fadiga são elementos que conspiram e levam quase sempre o juiz a inquirir mal, mesmo as testemunhas. (AQUINO, 2015, p.107)

6.1 Medida de redução de danos

6.1.1 A entrevista cognitiva

Em um processo de investigação policial, a meta é obter as informações mais acuradas possíveis. A entrevista policial típica consiste em pedir a testemunha para descrever o que observou e, em seguida, formular perguntas específicas que permitam extrair detalhes adicionais sobre o crime. (AVILA, 2013, p.136)

O emprego de técnicas inadequadas nas entrevistas pode limitar a quantidade de informações proporcionadas pelas vítimas e testemunhas durante suas recordações dos fatos presenciados no passado. (GESU, 2010, p.169)

A entrevista cognitiva é uma técnica que foi desenvolvida originalmente em 1984, por Ronald Fisher e Edward Geiselman, a pedido de policiais e operadores do direito norte-americanos para maximizar a quantidade e a precisão das informações colhidas de testemunhas ou vítimas de crimes. (AVILA, 2013, p. 136)

Essa entrevista surgiu como uma resposta à necessidade de melhorar as recordações das testemunhas. Segundo Memon e Cols (1996 apud AVILA, 2013, p.137),

A entrevista cognitiva, talvez seja um dos mais bem-sucedidos avanços na pesquisa da psicologia e do direito nos últimos 25 anos. Este método inclui uma série de estímulos a memória e técnicas de comunicação, desenvolvidas para aumentar a quantidade de informação que possa ser obtida de uma entrevista.

Várias técnicas para a redução de danos, na prestação de depoimentos ou testemunho foram utilizadas, mas a entrevista cognitiva, é o protocolo de investigação que tem demonstrado os melhores resultados. (AVILA, 2013, p.138)

O objetivo principal da entrevista cognitiva é obter melhores depoimentos, ou seja, ricos em detalhes e com maior quantidade e precisão de informações. Esse tipo de entrevista baseia-se em duas grandes áreas da psicologia: a psicologia social e a psicologia cognitiva.

A entrevista cognitiva segundo GESU (2010, p.171), é um procedimento composto por quatro técnicas gerais, acrescido de estratégias complementares para a recordação de detalhes específicos, vejamos:

- a) Reinstauração do contexto: esta técnica consiste em reconstruir mentalmente o cenário do crime, através de aspectos físicos e pessoais
- b) informar sobre tudo: requer-se as testemunhas que conte tudo o que recorda, incluindo as informações parciais ou aparentemente irrelevantes.
- c) Mudança de perspectivas: solicita-se a testemunhas sair de sua posição de fala, ou seja, que se coloque em outro lugar da cena do crime e que informe o que teria visto nessa nova posição, objetivando-se recuperar o maior número de detalhes.
- d) diferente ordem: demanda que a testemunha lembre-se do fato seguindo ordens diferentes. Do fim para o começo.

Como podemos observar, a entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato ocorreu e quem dele participou, entre outras, diminuindo os riscos de criação de falsas memórias ou indução de respostas.

Uma das maiores dificuldades encontradas para a aplicação desse método de entrevista cognitiva é a preparação do pessoal, a qualificação e o treinamento das pessoas encarregadas pelas entrevistas.

Segundo AVILA (2013, p.147), embora a existência do método já ultrapasse um quarto de século, a Entrevista Cognitiva não está totalmente dominada e explorada no campo da prática. Nota-se que pesquisas com sujeitos, abordando situações do cotidiano, estão em número reduzido na literatura, mesmo nos países que mais desenvolvem e propõem aplicação prática desta técnica.

Essa situação pode estar relacionada aos profissionais relatarem em introduzir um novo método de trabalho e, por não haver um número significativo de pesquisas, envolvendo diretamente os profissionais da área. (AVILA, 2013, p.146)

6.1.2. Outras formas de redução de danos

Di Gesu (2010) ressalta que além da utilização das técnicas de entrevista cognitiva, outras medidas poderiam diminuir as incertezas que um testemunho pode gerar, entre elas:

1. A celeridade na ouvida das testemunhas, pois, como se viu, o decurso do tempo favorece o esquecimento e a sugestionabilidade causa pelo contato com outras pessoas, mídia, etc. Assim, tanto a polícia, quanto o judiciário, deveriam conhecer quanto o quanto antes as informações que um indivíduo tem a expor sobre um fato;
2. Gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual, desta forma, o juiz poderia analisar como ocorreu o procedimento do interrogatório, desde o comportamento e formas de inquirição utilizadas pelo responsável pelas perguntas, quanto ao comportamento da pessoa que presta as informações. Desta forma poder-se-ia observar, inclusive, “os graus de contaminação” do testemunho;
3. Que o entrevistador se desapegue do teor histórico do fato, ou seja, geralmente a perspectiva e os modos que o interrogatório são conduzidos leva em consideração as informações passadas pela vítima. O investigador tem que analisar o contexto e diminuir a influência do caráter pessoal que se dá a uma narração;
4. A utilização de tecnologia, a prova testemunhal deve fazer parte de um arcabouço probatório e utilizada para corroborar as demais. Com o aparato tecnológico desenvolvido nos últimos tempos, as investigações policiais devem ser calcadas em novas tecnologias e novas técnicas de investigação.

6.1.3 Percepção das falsas memórias

A percepção das falsas memórias, hoje é um dos fatos que mais merecem ser estudados. Pois, as falsas memórias, de todos os fatores que podem contaminar um testemunho, apresentam-se como a mais difícil de ser identificada.

É preciso não só os profissionais de outras áreas, psicologia e psiquiatria, mas também que os profissionais do direito, delegados, promotores, juízes e advogados, estejam preparados para lidar com essa situação, trabalhando para evitar problemas dessa ordem ou, então, minimizando as consequências danosas daí decorrentes. (GESU, 2010, p.172)

Não há como o processo penal ignorar a realidade posta em questão, isto é, a patologia decorrente da falsificação da lembrança, efetivamente constatada tanto na fase inquisitorial, quanto no processo. (GESU, 2010, p.172)

É preciso uma interação multidisciplinar, entre delegados, magistrados, operadores do direito, psiquiatras, psicólogos, assistentes sociais, para que a produção da prova testemunhal se torne cada vez mais límpida, sem as interferências de possíveis fatores “contaminativos”.

O intuito de investigar a ocorrência de falsas memórias é evitar 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. (GESU, 2010, p.172).

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de tudo que foi trazido neste trabalho, confirma-se ainda mais que o sistema jurídico pátrio confere ao magistrado a discricionariedade em optar pelo valor probatório do testemunho, porém, talvez não tenha levado em consideração um dos princípios basilares do nosso ordenamento, que é o da igualdade, no momento que este último confere que só se atinge o tratamento isonômico na medida em que os desiguais também são tratados de forma desigual. Ou seja, no que é pertinente a este trabalho, há de se destacar que a capacidade cognitiva das pessoas que prestam um testemunho varia. A insensibilidade dos operadores do direito sobre o tema potencializa o persistente problema das falsas memórias. Os métodos de entrevista, interrogatório e tomada de depoimento deveriam ser revestidos da técnica necessária para que fosse trazido ao processo a maior quantidade de informações ao processo livres de questionamentos ou dúvidas.

Nossa realidade social atual, cercada de violência, pressiona o judiciário a tomar uma postura célere e punitiva. Assim, a ferramenta mais abundante para instrumentalizar e ratificar a postura que o Estado adota de combate aos autores de crime é a prova testemunhal.

Desta forma, há uma supervalorização da prova testemunhal em detrimento de suas fragilidades tendo em vista o custo dos outros meios de prova. Com efeito, uma vez demonstradas as diversas variáveis que podem macular a prova testemunhal, sua apreciação pelo poder judiciário deve obrigatoriamente ser precedida de uma criteriosa avaliação do conteúdo apresentado, não podendo o magistrado se limitar a citações descontextualizadas.

Questões essenciais da memória humana são ignorados pela norma, nunca será possível traduzir o passado no presente a insuficiência da narrativa é ignorada por nosso sistema penal desde o inquérito, até o processo penal, inexistente controle da forma com que a informação é recuperada, as práticas são incompatíveis com a narrativa livre. Exemplo maior disto é o tratamento dispensado aos testemunhos infantis. Porém, em caso de uma aplicação pontual de técnicas aplicadas durante o depoimento de crianças, estes mesmos padrões deveriam ser lançados no arcabouço jurisdicional para que alcançasse todo o sistema probatório.

Desta forma, cabe uma reavaliação do risco relacionado ao testemunho humano, procurando, na medida do possível, uma política judiciária que minimize e traga um maior lastro de confiança ao que é trazido ao processo, mesmo que pelo

menos um ponto de obscuridade, que sejam as falsas memórias, não seja responsável por injustiças de difícil reparação.