

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Amanda Conceição

**ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NA JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

Florianópolis/SC

2013

AMANDA CONCEIÇÃO

**ANÁLISE DA OCORRÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NA JURISPRUDÊNCIA
CATARINENSE**

**Monografia submetida ao Curso de Graduação
em Direito da Universidade Federal de Santa
Catarina para obtenção do grau de bacharel em
direito.**

**Orientador: Professor Doutor Alexandre Morais
da Rosa**

Florianópolis/SC

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

Esta monografia final, intitulada “**Análise da ocorrência das Falsas Memórias na Jurisprudência Catarinense**”, elaborada pela acadêmica Amanda Conceição e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados, obteve aprovação com nota ____, sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1.886/94/MEC, regulamentado na UFSC pela Resolução nº 003/95/CEPE.

Florianópolis (SC), 05 de fevereiro de 2013.

Alexandre Morais da Rosa

Professor Orientador

Alexandre Simas Santos

Membro da Banca

Bárbara Moura Telles

Membro da Banca

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, por serem exemplos a serem seguidos. Por tudo o que vocês fizeram e fazem por mim, pelas oportunidades, pela dedicação e principalmente por estarem todo o tempo ao meu lado.

Obrigada mãe por ser essa heroína e batalhadora, por exercer um papel fundamental na minha vida muito além de ser mãe, é minha melhor amiga e companheira de viagem. Para mim é o exemplo de que tudo é possível, basta ter dedicação e comprometimento.

Muito obrigada pai por ser a figura de um exemplo de vida, com quem posso partilhar tantas alegrias e momentos, e que me compreende melhor do que ninguém, a minha referência de compromisso, disciplina e perseverança.

À minha amada avó, que esteve tão presente nessa minha conquista, sempre me acolhendo e apoiando em todos os momentos.

À minha bisavó e meu avô que me deram força e sabedoria para alcançar meus sonhos.

Aos meus amigos, os quais participam tanto da minha vida, e me ajudaram por estar passando as mesmas dificuldades que as minhas. À amiga Marília, pois mesmo morando longe sei que estás muito perto, e posso contar e confiar em qualquer momento.

Aos professores, principalmente ao professor orientador Alexandre Morais da Rosa que foi muito compreensível, tolerante e auxiliou para que concluísse esse trabalho.

Aos eternos amigos do escritório Rocha, Marinho e Sales Advogados Associados, onde tive o prazer de conhecer pessoas divertidas, trabalhar com pessoas companheiras, em clima de alegria e respeito.

Aos amigos do escritório Gomes e Borgonovo Advogados Associados, agradeço ao Dr. Renato e Dr. Murilo que me ensinaram experiências fundamentais para a formação acadêmica, e pela oportunidade de conhecer as amigas Cláudia e Luciana que serão eternas parceiras de viagem.

À minha querida e enorme família por todo apoio incondicional e pelo carinho de todos.

CONCEIÇÃO, Amanda. **Análise da ocorrência das Falsas Memórias na Jurisprudência Catarinense**. 2013. 74 f. Monografia. Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013.

RESUMO

Este trabalho de conclusão de curso tem por objetivo a análise da ocorrência do fenômeno das falsas memórias nos julgamentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, considerando a produção da prova testemunhal no processo penal brasileiro. Pelas influências internas ou externas, a prova testemunhal pode ser contaminada pelo fenômeno das falsas memórias, no qual a pessoa acredita que determinado fato aconteceu, sem ter realmente acontecido. O falseamento da memória ocasiona graves prejuízos ao processo penal. A proposta abordada consiste na pesquisa de julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para verificar o reconhecimento desse fenômeno, bem como, a fundamentação utilizada nesses casos. Busca-se demonstrar que a ocorrência do fenômeno das falsas memórias está presente em diversos casos, contudo as técnicas utilizadas no interrogatório ainda são frágeis e insuficientes para sua verificação, sendo a entrevista cognitiva a técnica que evita com eficiência a formação de falsas memórias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 PROVA TESTEMUNHAL.....	15
1.1 Sistemas Processuais Penais.....	17
1.2 Considerações sobre a prova.....	26
1.3 O Interrogatório.....	32
1.4 A Produção da Prova Testemunhal.....	34
1.5 O Problema da Busca pela Verdade.....	37
2 FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL.....	41
2.1 Formação da Memória.....	43
2.2 Falsas Memórias.....	47
2.3 Fatores de Contaminação da Prova Oral.....	51
3 AS FALSAS MEMÓRIAS NA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE.....	59
3.1 Julgamento da Apelação Criminal nº 2009.053594-0.....	59
3.2 Julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconhecendo o falseamento da verdade.....	69
3.3 Entrevista Cognitiva como Medida para Minimizar as Falsas Memórias.....	72
CONCLUSÃO.....	75
REFERÊNCIAS.....	77

INTRODUÇÃO

Diversos são os motivos que intensificam a importância do estudo das falsas memórias e sua influência na produção da prova testemunhal.

O sistema processual penal brasileiro adotado e as reformas legislativas pelo qual passou não contribuíram para a minimização da ocorrência desse fenômeno.

Pela prova testemunhal ser considerado o principal meio de prova, tanto o magistrado, quanto a própria sociedade atribuem aos depoimentos pessoais uma carga probatória que desconstitui, inclusive, demais provas em sentido contrário.

Porém, no atual sistema judiciário brasileiro temos muitas restrições técnicas, não permitindo uma investigação e instrução probatória preliminar de modo eficaz. Por essa razão, apesar da fragilidade e sugestionabilidade, a prova testemunhal tem um valor probatório no processo criminal maior do que deveria ter.

Não são raros os processos penais em que a acusação é fundamentada única e exclusivamente na prova testemunhal, restando patente a violação ao princípio da presunção de inocência, pois ao se pretender punir a qualquer custo (resquícios do sistema inquisitório), os magistrados se “prendem” a provas menos robustas para justificar as sentenças condenatórias, com intuito de evitar o sentimento de “fracasso” diante da necessidade de proferir sentença absolutória.

As falsas memórias podem ocorrer por fatores externos (sugestionabilidade) ou internos. Conforme será demonstrado, suas implicações na coleta da prova testemunhal podem influir no julgamento do caso, de forma irreversível, necessitando de preparo do profissional que procederá com a investigação preliminar.

O decurso do tempo tem influência determinante na memória, sendo que aos poucos os fatos vão se perdendo na memória e as imagens não ficam tão claras e certas. Esse fator exerce influência no depoimento testemunhal, pois a demora na coleta da prova pode prejudicar o relato.

Propõe-se o tema como forma de repensar a produção da prova penal e refletir sobre as implicações desse fenômeno nas testemunhas ou vítimas de um delito. Posto que no direito processual penal, os operadores do direito lidam constantemente com as recordações das pessoas, buscando obter provas de determinado delito.

Por isso, é necessário que todos tenham conhecimento e ciência desse fenômeno, para poder identificá-lo e estar preparado para lidar com ele, criando mecanismos e medidas para redução dos problemas, diante da inviabilidade de sua solução.

Para tanto, este trabalho será dividido em três capítulos, além da introdução e da conclusão. O primeiro capítulo abordará a produção da prova testemunhal no processo penal, apresentando os sistemas processuais penais, com enfoque na realização do interrogatório, na investigação preliminar e na instrução processual. Ainda, busca-se a desconstrução da ideia de verdade absoluta defendida pelo sistema processual inquisitório.

O capítulo dois tratará das falsas memórias, conceituando o fenômeno, estabelecendo a sua relação com a memória e explicitando as formas de contaminação da prova oral.

Por fim, o capítulo três apresentará julgamentos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que reconheceram a ocorrência das falsas memórias, elucidando ao final a entrevista cognitiva como principal meio de evitar a contaminação da prova testemunhal.

O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo, com base em procedimento de revisão bibliográfica, incluindo-se aqui decisões dos Tribunais brasileiros.

Ademais, a prova testemunhal é matéria dinâmica, sendo fundamental pensar-se na interdisciplinaridade contemporânea dos valores pertinentes à Psicologia do Testemunho e também ao Direito Processual.

1 PROVA TESTEMUNHAL

A prova no processo penal é suporte de formação do convencimento do juiz, por isso necessita retratar os fatos de forma mais próxima possível da realidade. Por meio delas que se formará a decisão se determinado fato definido como crime deverá ser imputado ao réu, devendo tal acusação ser provada de forma incontestada para que se torne verdadeira e acarrete na aplicação da pena.

Segundo Di Gesu (2010, p. 29) o juiz é o destinatário da prova, sendo para ele que se faz a reconstrução do fato. Assim, provar significa induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com aproveitamento de chances, liberação de cargas ou assunção de risco de uma sentença desfavorável.

A prova judicial tem um objetivo definido, que consiste na reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo.

Preleciona Germano Marques da Silva (1993, p. 82), que o termo “prova” é utilizado em tríplice significado: a) prova como *atividade probatória*: ato ou complexo de atos que tendem a formar a convicção do Juiz sobre a existência ou inexistência de determinada situação factual; b) prova como *resultado*: a convicção do Juiz formada no processo sobre a existência ou não de uma dada situação de fato; e c) prova como *meio*: o instrumento probatório para formar aquela convicção.

Cabe, assim, ao magistrado a análise dessas provas e a verificação daquelas que são ou não relevantes para o caso concreto. Ocorre que essa análise pode ser por deveras dificultosa. Gomes Filho (1997, p. 44) elenca que a primeira e essencial dificuldade do magistrado, acerca do conhecimento do fato a ser levado em conta na decisão, é a impossibilidade de observação direta, pois “a atividade de investigação judicial se dirige a acontecimentos passados, cuja reconstituição somente pode ser alcançada a partir de meios diretos”. Até porque, caso o juiz presenciasse o fato não poderia julgá-lo, pois atuaria como testemunha.

A instrução processual busca, na medida do possível, reestabelecer os fatos da forma como aconteceram na realidade, através de vestígios, filmagens, depoimentos pessoais e demais rastros suficientes a comprovar determinado acontecimento. Antonio Dellepiane

(1961, p. 20) compara a atividade do juiz a do historiador, por conta da ciência reconstrutiva utilizada na história:

Assente que provar um fato é estabelecer sua existência, é demonstrar que existiu antes o que existe na atualidade, resulta evidente que esta primeira tarefa do juiz se confunde com a do historiador, em certo sentido. A analogia entre a missão do historiador e a do juiz, entre a prova judicial e a história, radica, desde logo, na identidade de fins, dado que a última se propõe também estabelecer fatos pretéritos, mostrar e explicar como passaram as coisas no passado. E se os fins são idênticos não o são menos os meios, em um e outro caso, enquanto o juiz e o historiador utilizam, sob nomes distintos, os mesmos meios para chegar a seu objeto, que são os rastros, vestígios ou pegadas deixadas pelos fatos ao serem produzidos (meios de prova, fontes da história), e enquanto ambos seguem os mesmo processos lógicos para essa reconstrução.

Ao estabelecer tal comparação conclui-se que tanto juiz quanto o historiador estão constantemente em busca da reconstrução fidedigna dos fatos, seja no processo, ou na história. No processo essa reconstrução será demonstrada por meio das provas, que possuem a finalidade precípua de formar a convicção do julgador, sobre a veracidade ou não da infração penal imputada ao agente, a fim de se firmar uma decisão no caso.

Segundo leciona Antônio Alberto Machado (2009, p. 360):

(...) pode-se dizer que, além de instruir o juiz e produzir o convencimento das partes, a prova se destina à apuração da verdade histórica sobre o fato típico, sobre a pretensão punitiva e sobre as alegações que impedem ou modificam essa pretensão, definindo a responsabilidade ou a inocência do réu.

Os doutrinadores em sua maioria vinculam a finalidade da prova à busca pela verdade. Adentrando-se, com isso, um tema polêmico: a relação da verdade e da prova. Para Tourinho Filho (2011, p 234), “a finalidade das provas é mostrar para o Julgador o que realmente ocorreu, para que ele faça um juízo de valor e procure restaurar, na medida do possível, a verdade real”.

Contudo, conforme será tratado em capítulo específico, no processo não há a verdade real, mas apenas a verdade processual, ou seja, aquilo que se pode provar, mediante juízo de certeza.

O objetivo da prova é formar a convicção do juiz sobre os elementos necessários para a decisão da causa. Para julgar o processo o juiz precisa ter conhecimento da existência do fato sobre o qual versa a lide, a finalidade da prova é formar esse conhecimento, convencendo o juiz da sua existência ou inexistência.

Nesse mesmo sentido leciona Francesco Carrara que, em geral, se chama prova tudo o que serve para nos dar certeza acerca da verdade de uma acusação. “A certeza está em nós, a verdade nos fatos. Aquela nasce quando alguém crê que conhece esta; mas pela falibilidade humana pode haver certeza onde não haja verdade e vice-versa.” (CARRARA, 1859, p. 191)

Diante disso, a prova pode ser vista sob dois aspectos, primeiramente, quanto à sua natureza, ou seja, a forma como será produzida e apresentada; e, segundo, quanto ao efeito que origina na mente da pessoa na qual a prova tenha sido produzida. Apesar de aparentarem aspectos muito semelhantes, terão suas diferenças explicitadas a luz do fenômeno das falsas memórias, posto que o segundo aspecto equivale a um juízo de certeza, à probabilidade e à credibilidade do sujeito, onde a realidade dos acontecimentos pode ser explicitado de forma diversa na visão de diferentes testemunhas.

Contudo, não se pode explanar sobre um estudo da gestão das provas, sem antes mencionar os sistemas penais, a fim de caracterizar o sistema processual penal brasileiro e compreender o modo de produção de provas adotado.

1.1 Sistemas Processuais Penais

O sistema acusatório é fundamentado no princípio dialético, onde o juiz julga conforme as informações e provas trazidas aos autos pela acusação e pela defesa, este sistema predominou até meados do século XII, e atualmente é adotado, predominantemente, pelos países que respeitam a liberdade individual e possuem sólida base democrática.

No modelo acusatório há evidente distinção entre as pessoas que realizam a acusação, a defesa do réu e o julgamento dos autos, obedecendo à relação “piramidal” onde o juiz se coloca entre as partes e acima delas. Nessa senda, LOPES Jr. caracteriza claramente esse modelo (LOPES Jr., 2010, p. 60):

Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;

- b) a iniciativa probatória deve ser das partes;
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra geral oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);
- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
- i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
- j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.

Di Gesu ainda acrescenta a essas características a correlação entre acusação e sentença, a possibilidade de utilização dos recursos, a vedação da *reformatio in pejus* direta e indireta, da regra da liberdade e a prisão como exceção.

Diante disso, percebe-se que a característica mais marcante do modelo acusatório é a produção probatória a cargo das partes (acusação e defesa). O modelo impõe que as provas tenham formas e termos bem definidos, sob pena de nulidade daquelas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos.

Em suma, o juiz é o destinatário da prova e permanece inerte nesse sistema, devendo decidir conforme aquilo que foi trazido aos autos. Essa é justamente a principal crítica ao modelo acusatório, pois o juiz não pode instruir o processo, e em caso de dúvida ou de provas incompletas das partes proferirá decisão absolutória.

Por conta da inércia do juiz os procuradores das partes tem a responsabilidade de investigar e instruir devidamente o processo, de modo a demonstrar os fatos com clareza ao magistrado, exigindo um grau técnico, competência e conhecimentos específicos dos profissionais que atuam no processo. Há também, uma exigência ao Estado de oferecer o suporte e estrutura necessários para proporcionar a representação processual às pessoas que não dispõem de condições econômicas suficientes a arcar com os honorários advocatícios e custas processuais.

A inconformidade com o modelo acusatório começou quando se percebeu a falibilidade da repressão dos delitos nas mãos dos particulares, por conta da atividade incompleta das partes em provar a acusação. Objetivando o fim da vingança privada, tal

função passou a ser exercida pelo Estado, que procedia com a investigação conforme a legalidade, iniciando-se a adoção de um novo modelo, o inquisitório.

No sistema inquisitivo as funções de promover a justiça, colher as provas, apresentá-las aos autos e depois julgar o caso figuram no mesmo órgão, o magistrado. Esse sistema predominou entre os séculos XII e XIV, atualmente é adotado, principalmente, em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo.

O advento desse sistema deu-se por conta dos erros cometidos pelas partes, pois criminosos estavam sendo soltos por conta da instrução processual defeituosa e incorreta. Perceberam, com isso, que o Estado deveria assumir essa função, exercendo-a conforme os limites da legalidade.

Como explica Goldschmidt (1935, p. 67), nesse sistema o julgador atua de ofício, sem necessidade de prévia invocação, e recolhe também de ofício o material necessário a formar o próprio convencimento. O acusado é a melhor fonte de conhecimento, atuando como testemunha, onde é chamado para declarar a verdade, sob pena de coação. O juiz é livre para intervir, recolher e instruir o processo para julgá-lo. Dessa forma, não há mais defeitos processuais de instrução, ou julgamentos absolutórios por provas incompletas.

A estrutura do modelo inquisitório, conforme explica BINDER (2003, p. 45-46), introduziu o problema da verdade real ou absoluta como o problema central do processo penal, devido às distintas formas de legitimação da decisão judicial, pois a legitimação na Idade Média, por estar impregnada de fé religiosa, estava mais vinculada à descoberta da vontade divina nos casos difíceis e ao consenso da comunidade, do que qualquer argumentação judicial.

Houve um reforço do mito da verdade absoluta no processo, com isso, estruturou-se um sistema que incumbe ao juiz a gestão da prova, para que ele pudesse atuar ativamente na busca da prova, sob a justificativa da verdade real.

Todavia, a ideia da verdade serviu como pretexto para cometer os piores excessos na justiça penal, sendo a tortura (inclusive com velho e crianças) a principal forma de obtenção de provas. A tortura objetivava a confissão, porém, ocasionava diversos erros e proporcionava a mentira, uma vez que dependia da capacidade dos torturados em suportar a dor, ocasião em que confessavam para se verem livres da dor infringida. O absurdo era que, em alguns casos, a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas.

Ocorre que a confissão era considerada a “rainha das provas”, uma vez confesso, o réu era condenado, sem a chance de apresentar qualquer defesa, não havia necessidade de advogado, posto não haver prova mais robusta do que a confissão do crime pelo próprio acusado.

Com a Inquisição surgiram as denúncias anônimas, onde se colocava o nome do acusado (herege) em gavetas ou caixas localizadas especialmente nas igrejas, sendo que o nome do acusador permanecia em sigilo. Bastava dois testemunhos para comprovar o rumor, iniciar-se o processo e obter uma eventual condenação, contudo, só precisava de uma testemunha para autorizar a tortura.

No processo inquisitório o fim colimado é a condenação do acusado, que deve ser obtido a qualquer custo, independente da forma, seguindo a lógica de que os fins justificam os meios, ainda que os meios utilizados sejam ilegítimos e violem a dignidade da pessoa. O que difere totalmente do sistema acusatório, que prioriza o respeito às regras durante o processo, não aceitando as provas obtidas contrárias ao devido processo legal.

Por caber ao juiz a responsabilidade da instrução, o magistrado tem a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório necessário para confirmar a sua versão (COUTINHO, 2001, p.37). A admissibilidade das provas nesse sistema é feita pela mesma pessoa que a instruiu, e por óbvio, o juiz não considerará ilícita a prova por ele mesmo trazida ao processo.

Apesar de toda a atuação do julgador, quando não se obtia provas suficientes à acusação, era proferida sentença de absolvição, contudo o julgador não declarava a inocência do acusado, apenas esclarecia sobre a inexistência de provas que legitimassem a acusação. Em decorrência da inexistência de coisa julgada, o processo poderia ser reaberto a qualquer momento.

Em síntese tem-se que o sistema inquisitório caracteriza-se pelo procedimento ser escrito, secreto e não contraditório, sendo abolida a publicidade; o juiz atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga, não havendo mais a figura do acusador; quanto à prova, imperava o sistema legal de valoração, com tarifas probatórias; a sentença não produzia coisa julgada; a prisão era uma regra geral, pois assim o julgador tinha o acusado à disposição para torturá-lo até conseguir a confissão (LOPES Jr., 2010, p. 64-67).

Os fatores fundamentais a permitir a continuidade desse modelo, segundo Leonardo Boff aponta no prefácio do livro (EYMERICH, 1993, p. 20), foram a adoção de uma política

de exclusão através da centralização do poder sagrado nas mãos de poucos, a transformação do cristianismo como religião oficial do Império e a própria hierarquia (autoritarismo).

Ocorre que os poderes concedidos ao magistrado foram invadindo as atribuições do acusador, chegando ao absurdo de concentrar no mesmo órgão as funções hoje exercidas pelo Ministério Público e pelo juiz. Tal concentração de poder nas mãos do inquisidor, em acusar, defender e julgar, foi a causa da falibilidade do sistema, pelo desrespeito evidente ao princípio da imparcialidade do juiz.

Acreditar na imparcialidade do julgador que participou ativamente da fase investigatória é o que James Goldschmidt denomina erro psicológico.

Entre o advento do Estado Absolutista (momento que se abandonou o sistema acusatório para adotar o inquisitório) e a Revolução Francesa (abandono gradual do modelo inquisitivo) surgiu o tribunal do júri. A instituição do júri com pessoas leigas foi um marco extremamente importante para estruturar o conteúdo probatório, refere Gomes Filho que “o modo de produção das provas foi fortemente influenciada pelo júri, diante da necessidade de sua apresentação a todos os membros do tribunal, introduzindo os princípios da concentração, oralidade e publicidade.” (GOMES FILHO, 1997, p. 38)

Com isso, o sistema inquisitório começou a ser desacreditado, por entenderem que a mesma pessoa não podia exercer todas as funções de investigar, acusar, defender e julgar em sua plenitude, com imparcialidade no processo. Nesse momento houve uma gradual adoção do modelo acusatório, contudo sob uma nova perspectiva, pois o Estado manteve a função absoluta de julgar e atribuir as penas, tirando o poder de penar das mãos dos particulares, ficando a acusação ainda sob a responsabilidade do Estado, porém na figura de um terceiro distinto do juiz, o Ministério Público, que surge para garantir a imparcialidade do juiz no sistema acusatório, bem como, a devida instrução processual.

Nesse viés surgiu o sistema misto, adotado pelo Brasil, que combina características do acusatório e do inquisitivo. O primeiro país a adotar esse sistema foi a França em 1808, e atualmente é o sistema mais utilizado nos países.

O sistema penal brasileiro é considerado misto, por adotar propriedades dos dois sistemas, sendo a fase pré-processual eminentemente inquisitória e a fase processual acusatória.

Di Gesu (2010, p. 17) aponta as características acusatoriais dentro da Constituição Federal brasileira, dentre elas: a titularidade exclusiva da ação penal de iniciativa pública por parte do órgão acusador, ou seja, do Ministério Público; o devido processo legal; o contraditório e a ampla defesa; a presunção de inocência; e a necessidade de motivação das decisões judiciais.

Por outro lado, extrai-se do Código de Processo Penal brasileiro dispositivos fundamentalmente do modelo inquisitório, demonstrando uma função ativa do julgador como: a utilização de elementos informativos colhidos na investigação na fundamentação da sentença; a faculdade do juiz ordenar, de ofício, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes; decretar, de ofício, a prisão preventiva, a busca e apreensão, a verificação da falsidade de documentos; determinar a realização de diligências para dirimir dúvidas sobre ponto relevante; a oitiva de testemunhas além das já indicadas; e também proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.

Diante dos dispositivos apresentados é notório o reconhecimento e influência da atuação do juiz na instrução processual, questionando-se, por isso, a real imparcialidade do juiz ao longo do processo.

Por ser o mesmo juiz a realizar a investigação preliminar, proceder com o juízo de admissibilidade e realizar a gestão da prova, Aury Lopes Jr. denomina o sistema processual brasileiro como (neo)inquisitório, pois o juiz-ator da fase pré-processual será o mesmo que irá atuar na fase processual, conforme estabelece a regra de competência por prevenção do artigo 83 do Código de Processo Penal.

Como bem aponta o doutrinador (LOPES Jr., 2010, p. 528):

Classificamos de **neoinquisitorial**, pois é uma inquisição reformada, na medida em que ao manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório historicamente concebido na sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, oralidade, defesa, contraditório etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de todo verdade.

A busca pela condenação fere totalmente o princípio da imparcialidade do órgão jurisdicional, primordial e princípio supremo do processo, que confere às partes a certeza de uma decisão justa. A imparcialidade corresponde à posição de terceiro que o Estado ocupa no processo, através do julgador, ou conforme explica Jacinto Coutinho (2001, p. 36), o princípio da imparcialidade do juiz “funciona como uma *meta a ser atingida pelo juiz* no exercício da jurisdição, razão por que se busca criar mecanismos capazes de garanti-la.[...]a imparcialidade é uma garantia tanto para aquele que exerce a jurisdição, como para aquele que demanda perante ela.”

Contudo, percebe-se que a imparcialidade está comprometida quando se atribuem poderes instrutórios ao juiz, conforme anteriormente elencado. Essa atividade do julgador é constatada na fase pré-processual, com poderes investigatórios exercidos na investigação preliminar, e na fase pós-processual, com a atribuição da produção de provas.

Por isso, a conexão dos modelos acusatório e inquisitório no processo penal brasileiro resta evidente, já que ao mesmo tempo que se estabelece como princípio fundamental a imparcialidade do órgão jurisdicional, tem-se um juiz com poderes de gestão de provas.

Segundo explica Aury Lopes Jr. (2010, p.132-133):

A imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estaques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade.

A imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor (poderes investigatórios) ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor, contrastando com a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de *atividade*, e outro, de *inércia*.

Atualmente, os sistemas processuais penais europeus, como Alemanha, Itália e Portugal, abandonaram completamente o juizado de instrução, em que o juiz realizava a

instrução processual, designando essa função ao “promotor investigador”. Outros países como a Espanha, determinam uma vedação completa ao juiz que instrui o processo não poder julgar.

Todavia, o sistema brasileiro seguiu contra essa corrente, atribuindo mais poderes instrutórios ao juiz, concebendo uma forte influência inquisitória. A questão da gestão probatória do juiz tornou-se mais problemática e polêmica, principalmente por conta do artigo 156 do Código de Processo Penal, e suas alterações ocorridas pela Lei nº 11.690/2008:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Referido artigo consagra o sistema inquisitório, pois concede ao juiz a possibilidade de atuar na instrução processual, representando uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo, e fulmina a principal garantia da jurisdição, que é imparcialidade do magistrado. Ainda, se não bastasse, possibilitou no inciso I a produção antecipada de provas, ou seja, absurdamente atribui poderes instrutórios antes mesmo de haver processo. Com isso, consagraram o juiz-instrutor-inquisidor, com poderes para, na fase de investigação preliminar (pré-processual), colher de ofício a prova que entender necessária, para durante o processo, decidir a partir de seus próprios atos. Ou seja, “decide primeiro, a partir da prova que ele constrói, e depois, no golpe de cena que se transforma o processo, formaliza essa decisão.” (LOPES Jr., 2010, p. 133-134)

No sistema brasileiro alguns procedimentos são incoerentes, pois em muitos casos o juiz integrante da Câmara Criminal julga desde o primeiro *habeas corpus*, até a apelação criminal e demais recursos interpostos ao longo da execução penal. Na tentativa de minimizar tais equívocos, o Supremo Tribunal Federal no Informativo do STF nº 528 entendeu que constitui ofensa à garantia da imparcialidade da jurisdição o fato do juiz ter realizado atos de natureza instrutória de ofício, apurando fatos, procedido a oitiva de testemunhas antes de encaminhar os autos ao Ministério Público para a propositura da ação penal.

É necessário rever a adoção da figura do juiz-instrutor, pois ao invés de se caminhar para um sistema onde o juiz garante o funcionamento e andamento do processo, na forma legal, alheio à investigação, está sendo adotado o sistema em que o juiz é contaminado pelos pré-juízos formado na investigação preliminar. Deveria ser adotada por todos os tribunais brasileiros a máxima de que o juiz que instrui e vai atrás das provas não poderá julgar o processo. Como aponta Lopes Jr. (2010, p. 138):

Em definitivo, pensamos que a *prevenção deve ser uma causa de exclusão da competência*. O juiz-instrutor é preventivo e como tal não pode julgar. Sua imparcialidade está comprometida não só pela atividade de reunir o material ou estar em contato com as fontes de investigação, **mas pelos diversos prejudgamentos que realiza no curso da investigação preliminar** (como na adoção de medidas cautelares, busca e apreensão, autorização para intervenção telefônica etc.).

O problema, é importante destacar, não está apenas nas decisões que profere, mas sim no fato de ir atrás da prova (e assim permite o art. 156 do CPP, especialmente problemático é o inciso I, sublinhe-se) e depois decidir sobre o material que ele mesmo colheu. Essa é a duplicidade perigosa e que deve ser analisada no caso concreto.

O interrogatório na forma como é previsto no Código de Processo Penal tem características tipicamente inquisitórias, pois primeiramente o juiz formula diversos questionamentos ao acusado, num primeiro momento, sobre sua residência, vida, profissão; num segundo momento sobre os fatos, se é verdadeira a acusação lhe imputada, onde estava ao tempo da infração, se conhece as vítimas, e demais fatos e pormenores elucidativos da acusação. Somente após, o juiz indagará as partes se “sobrou” algum fato para ser esclarecido.

Por esse motivo, Aury Lopes Jr. (2010, p. 135) esclarece que com o intuito de enfrentar esses resquícios inquisitórios o Tribunal Europeu de Direitos Humanos em 1982, “consagrou o entendimento de que o juiz com poderes investigatórios é incompatível com a função de julgador. Ou seja, se o juiz lançou mão de seu poder investigatório na fase pré-processual, não poderá, na fase processual, ser o julgador.” Isso consiste em clara violação do direito ao juiz imparcial, onde a contaminação resultante dos pré-juízos conduzem à falta de imparcialidade subjetiva ou objetiva.

A imparcialidade subjetiva refere à convicção do próprio juiz, que conhece de um determinado assunto. Por outro lado, a imparcialidade objetiva é o caso do juiz se encontrar em uma situação com garantias suficientes a confirmar a sua imparcialidade no caso concreto.

Na realização da investigação preliminar sobre a ocorrência do fato, o juiz tem um contato direto com o acusado, ao apreciar e consignar as provas (tanto favoráveis como adversas ao acusado) que serão utilizadas na fase processual. Esse contato com a instrução preliminar fornece dados e informações ao juiz que ele não disporia ao julgar o processo, influenciando-o no momento de julgar, razão pela qual muitos doutrinadores entendem que há uma presunção de parcialidade do juiz-instrutor, não podendo julgar o processo o mesmo juiz que procedeu com a instrução.

Com relação ao objeto do processo penal no sistema brasileiro, tem-se a pretensão acusatória, pois é através do processo que o Estado efetiva seu direito subjetivo de punir. Ocorre que essa não é a única função do Estado, já que além do direito de punir, o Estado é titular da jurisdição dentro do processo, proferindo a sentença penal, e também, titular da ação penal, por meio do Ministério Público.

O conteúdo da pretensão jurídica no processo penal é acusatória, e não punitiva, pois o Estado, na figura do magistrado, tem o poder de penar que coincide com o poder de condenar e o poder de executar a pena.

Como explica Aury Lopes Jr. (2010, p. 109-110), no processo penal existem duas categorias distintas: o acusador que exerce o direito potestativo de acusar (pretensão acusatória) contra alguém, desde que na forma preceituada em lei e presentes os requisitos legais; e, de outro lado, está o poder do juiz de punir. Entretanto, o poder de punir é exclusivamente exercido pelo juiz e esse poder está condicionado, por conta do princípio da necessidade, ao exercício integral e procedente da acusação. O juiz somente exercerá o poder punitivo quando exercido com integralidade e procedência o direito de acusar. O objeto do processo penal é a pretensão acusatória, por corresponder à faculdade de solicitar a tutela jurisdicional, alegando a existência de um delito, para ao final ser concretizado o poder punitivo estatal pelo juiz, por meio da imposição de pena ou medida de segurança. O titular dessa pretensão acusatória será o Ministério Público ou o particular.

1.2 Considerações sobre a prova

O processo penal busca a reconstrução aproximada de determinado fato, tido como crime. Por meio das provas o processo cria as condições do juiz se reportar ao fato passado, verificar as hipóteses levantadas pelas partes, e pela valoração das provas, retratar o seu

convencimento na sentença penal. Enfim, provar é demonstrar a certeza do que se diz ou alega.

A reconstituição do fato será erigida pela gestão da prova, que é estruturada e fundada a partir de dois princípios informadores, que remontam aos sistemas processuais penais: a) princípio dispositivo: fundado no sistema acusatório, em que a gestão da prova é responsabilidade das partes, sem participação do juiz; b) princípio inquisitivo: fundado no sistema inquisitório, a gestão da prova está nas mãos do juiz.

Por isso as considerações acerca dos sistemas processuais penais são necessárias por estarem intimamente relacionadas à produção de provas, não há como entender a gestão da prova sem compreender a estruturação dos sistemas penais, já que a iniciativa probatória remonta aos sistemas, influenciando no regime legal das provas, bem como nos limites impostos nessa instrução. Nessa senda reconhece Aury Lopes Jr. (2010, p. 531):

O sistema legal das provas varia conforme tenhamos em sistema inquisitório ou acusatório, pois é a gestão da prova que funda o sistema. Quando se atribuem poderes instrutórios ou investigatórios (conforme a fase) a um juiz, cria-se a figura do juiz-ator, característico de modelos processuais inquisitórios (ou neoinquisitórios como o nosso). Por outro lado, quando a gestão das provas está nas mãos das partes, o juiz assume seu verdadeiro papel de espectador (alheamento), essencial para assegurar a imparcialidade e a estrutura do modelo processual acusatório. Ademais, o limite probatório também é dado pelo sistema processual,

Se por um lado o sistema inquisitório admite um substancialismo e uma relativização da garantia da forma em nome da “verdade real” (inalcançável), de outro, o modelo acusatório pauta-se por um formalismo protetor, respeitando a *forma enquanto valor*.

Insta ressaltar que a gestão da prova está vinculada à ideia de gestão do fato histórico, ou seja, a reconstituição dos fatos passados que originaram a propositura da ação penal, assim sendo, deveria ser responsabilidade exclusiva das partes, o que não ocorre atualmente, por conta da gestão probatória do juiz na fase pré-processual e processual, concebida pelo artigo 156 do Código de Processo Penal.

Em contraposição, temos como princípio orientador do processo penal o da presunção de inocência, consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal. Em orientação a esse princípio, entende-se que a carga probatória cabe inteiramente ao acusador, posto ser o acusado presumidamente inocente, não precisando provar nada. Aquele que

necessita desconstituir a situação de inocência do réu é o acusador. Dessa forma, não há uma distribuição de cargas probatórias entre as partes, contudo o réu que se abstém, perde a chance de comprovar ao juiz a sua inocência.

Na distribuição de cargas o acusador inicia com uma imensa carga probatória, constituída pelo ônus de provar a autoria e materialidade do crime, bem como de desconstituir a presunção de inocência, princípio constitucional. Com intuito de alcançar a sentença condenatória, o acusador procede com a instrução probatória, aproveitando as chances de liberar-se dessa carga. Essa liberação de cargas ocorre quando o acusador convence o juiz das alegações feitas na inicial, enfraquecendo a presunção de inocência e chegando ao ponto máximo da liberação da carga, com a sentença penal condenatória.

Caso isso não ocorra o juiz deverá proferir sentença absolutória. Na verdade, percebe-se que a presunção de inocência constitui uma regra direcionada principalmente para o julgador, limitando as possibilidades de prisão processual, no sentido de proibi-lo de condenar alguém quando no processo não ficar comprovada inequivocamente a culpabilidade do réu.

Contudo, no processo penal brasileiro os magistrados tem certa dificuldade em aceitar que a condenação ou absolvição são resultados equivalentes do processo, os julgadores consideram um fracasso a “necessidade imperiosa de absolver”, pela sociedade entender que a “justiça” só será alcançada com a sentença penal condenatória e o culpado cumprindo a pena de prisão.

A contraposição que ocorre no sistema processual penal é que se têm duas regras contraditórias: uma imposta pelo art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, determinando que o juiz absolva o réu quando não existirem provas suficientes à condenação; outra, disposta no supracitado art. 156, §2º, do CPP, exigindo ao juiz a realização de diligência para dirimir dúvida sobre pontos relevantes.

Um dos argumentos utilizados para justificar o papel ativo do juiz inclui a noção de Estado Social, a fim de promover uma sociedade mais igual, por conta das desigualdades econômicas e sociais perceptíveis no curso do processo. No processo cível, tal argumento é justificável, pelas desigualdades econômicas e desigualdades técnicas constatadas em diversos processos, principalmente quando envolvem grandes empresas, porém, o mesmo não ocorre no processo penal, conforme pondera Castanho de Carvalho (2009, p. 173):

No processo penal, porém, o argumento não se justifica por uma razão fundamental: o sistema constitucional brasileiro destinou duas instituições para obter a prova necessária para desconstituir a presunção constitucional de inocência: o Ministério Público e a Polícia Civil. São estas agências estatais que têm a função constitucional de fazê-lo para, se for o caso, levar o juiz a prolatar uma sentença condenatória. O Estado não precisa e não deve ter mais uma instituição – na verdade, um poder do Estado: o Judiciário – com a mesma função de buscar provas para desconstituir a presunção constitucional. Se o fizesse, estar-se-ia vulnerando algo caro e precioso ao Judiciário, que é imparcialidade. Por isso, o juiz não pode ter poderes instrutórios no processo penal.

Em matéria probatória, será através do contraditório que o juiz fará a oitiva de ambas as partes. O contraditório consiste no direito de participar, de rebater todas as alegações da outra parte e de ser informado sobre todos os atos praticados no curso do processo.

Na instrução processual o sistema penal brasileiro segue o princípio da identidade física do juiz, exigindo que o mesmo juiz que procedeu a coleta de provas deverá julgar o feito, conforme dispõe o artigo 399, §2º, do Código de Processo Penal:

Art. 399. Recebida a denúncia ou queixa, o juiz designará dia e hora para a audiência, ordenando a intimação do acusado, de seu defensor, do Ministério Público e, se for o caso, do querelante e do assistente.

§1º O acusado preso será requisitado para comparecer ao interrogatório, devendo o poder público providenciar sua apresentação.

§2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença. (Grifei)

A concentração das atividades de instrução processual e julgamento no mesmo juiz trazem benefícios ao processo, uma vez que o juiz teve contato direto com as testemunhas, peritos, vítimas e acusado, promovendo uma compreensão mais detalhada do caso. Além disso, como será demonstrado no próximo capítulo, esse contato do juiz com os envolvidos facilita o reconhecimento da ocorrência das falsas memórias.

Porém, as críticas a esse procedimento residem no fato do juiz estar contaminado pela produção probatória, “sem o alheamento suficiente para ponderar a prova colhida e julgar com serenidade”. O princípio da identidade física influencia diretamente o julgamento do juiz, pois ele presenciou o processo de reconstrução dos fatos realizado precipuamente para formar o seu convencimento. Por esse motivo, a decisão proferida por aquele que não participou

desse processo de reconstrução pode não ter o embasamento necessário, nem o melhor discernimento para valoração da prova ao proferir a sentença penal. (LOPES Jr., 2010, p. 554)

As provas são utilizadas para dar suporte às alegações apresentadas por cada parte ao juiz, a sentença consistirá na adoção de uma das histórias narradas, por isso o conceito de prova com função persuasiva.

Antes de mencionar os limites a serem respeitados na produção probatória deve-se distinguir a prova ilegal, ilegítima e ilícita. A prova ilegal consiste no gênero (amplo), do qual existem as espécies, prova ilegítima e prova ilícita.

A prova ilegítima é quando ocorre a violação das normas processuais, em desconformidade com regras de direito processual penal no momento de sua produção em juízo, pois não corresponde à forma que a lei processual estabeleceu para a sua produção.

Já a prova ilícita consiste naquela obtida com violação às normas de direito material ou às normas constitucionais fundamentais (direito à privacidade, direito à integridade física) no momento da sua coleta, anterior ou concomitante ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo).

A prova ilegítima nem entra no processo, e caso seja erroneamente admitida, deverá ser desentranhada. Pelo erro ser na produção em juízo, a prova ilegítima pode ser corrigido o vício, e novamente produzida. Situação que não ocorre com a prova ilícita, a qual nem será admitida.

Não obstante a questão da legitimidade e licitude, a obtenção da prova deve observar o limite que se refere ao princípio da especialidade das provas, o qual consiste na observância à vinculação causal, posto que a prova obtida através da autorização judicial tem a utilização limitada àquele processo especificamente, ou seja, é vinculada e limitada, não podendo ser utilizada para apuração de outro crime, nem utilizada para legitimar uma denúncia ou propositura de ação penal, seja praticado por uma das partes ou por terceiro.

Dessa forma, pretende-se evitar que alguém não submetido à investigação, ao declarar-se como testemunha, acabe por ter suas declarações utilizadas contra si mesmo. Caso isso ocorra, e surgir algum indício de culpabilidade, a autoridade deverá adverti-la de que a partir daquele momento poderá utilizar o direito de silêncio, pois suas palavras poderão originar investigação contra si.

Os limites à atividade probatória evoluem conforme o sistema processual adotado, a forma de convencimento do juiz e a valoração dos atos processuais. Em síntese, pode-se afirmar que uma prova é admissível, desde que nenhuma norma a exclua, proibindo a sua produção. Tal limitação decorre da previsão no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos.”

Há algumas limitações constitucionais ao direito da prova que devem ser observados, como: direito à intimidade, de honra e de imagem; inviolabilidade do domicílio, inviolabilidade do sigilo da correspondência e das telecomunicações.

A produção antecipada de provas, faculdade concedida inclusive de ofício ao juiz da causa, ocorrerá quando houver risco de grave prejuízo e perecimento de determinada prova recolhida na investigação preliminar, necessitando ser colhida antecipadamente, sob o risco de perda irreparável. Será instaurado através de um incidente, sendo que a realização da prova não poderá se repetir em juízo, ocorrerá uma única vez, na fase pré-processual, contudo estará amparado de requisitos formais, podendo ser valorado na sentença penal. (LOPES Jr., 2010, p. 600)

O juiz que determinar ou deferir a produção antecipada de provas, pela regra da prevenção do artigo 83 do Código de Processo Penal, será o mesmo que julgará o processo. O autor Aury Lopes Jr. (2010, p. 601) ressalva os casos em que a coleta antecipada de provas pode ser admitida:

(...) o incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos (mas nunca de ofício pelo juiz), em que se demonstra a fundada probabilidade de ser inviável a posterior repetição na fase processual da prova. Ademais, para justificá-la, deve estar demonstrada a relevância da prova para a decisão da causa. Em síntese, são requisitos básicos:

- a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença;
- b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova.

A produção antecipada da prova testemunhal é questão divergente nos tribunais. O posicionamento favorável é fundamentado nos efeitos do decurso do tempo sobre a testemunha, por ser um fato que prejudica a eficácia da memória, prejudicando a apuração da “verdade real”.

O próprio Código de Processo Penal em seus artigos 92, 93 e 366, reconhecem a urgência da prova testemunhal, que pode ser colhida antecipadamente, quando interessar à própria defesa. Ainda que o depoimento seja, em tese, prejudicial, não se sabe se ele determinará eventual condenação.

Insta ressaltar que não se trata de violação ao princípio do contraditório e ampla defesa, pois o acusado pode atuar em sua defesa, e após colhida a prova, terá o direito de requerer a sua repetição, caso lhe interessar.

Dessa forma, desde que presentes os requisitos anteriormente citados, observados o contraditório e a ampla defesa, e demonstrada a ausência de prejuízo para a parte adversa, o incidente de produção antecipada poderá ser instaurado.

Por ser uma medida excepcional, no caso de prova testemunhal deverá ser fielmente reproduzida, utilizando-se os meios necessários e disponíveis para suprir a falta de contato direto e a impossibilidade de repetição da prova, como a filmagem e gravação.

1.3 O Interrogatório

Os depoimentos testemunhais tem o objetivo de reconstruir diferentes faces de um mesmo acontecimento, esclarecendo pontos que, por ventura, ficaram obscuros. As primeiras declarações prestadas acontecem na fase preliminar no interrogatório policial.

É através do interrogatório que o juiz manterá contato com a pessoa do acusado, este contato é necessário “porque propicia ao julgador o conhecimento da personalidade do acusado e lhe permite, também, ouvindo-o, cientificar-se dos motivos e circunstâncias do crime, elementos valiosos para a dosagem da pena.” (TOURINHO FILHO, 2011, p. 301).

O autor ainda aponta que a intenção do legislador em pretender que o julgador ouça o acusado não é só para que se tenha certeza contra quem se propôs a ação penal, mas também para que conheça sua personalidade, tenha conhecimento das circunstâncias em que ocorreu a infração e quais os motivos determinantes.

No interrogatório policial o imputado prestará suas declarações, devendo estar obrigatoriamente acompanhado de advogado constituído ou nomeado, sendo-lhe resguardado o direito de somente fazer declarações em juízo, tendo preservado o direito de silêncio.

Na investigação preliminar, o interrogatório é o último ato de instrução e visa verificar se existem ou não motivos suficientes para abertura do processo penal. Por ser uma fase pré-processual, como as declarações não ocorrem em juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, não podem ser utilizadas para fundamentar a decisão. Diante disso, eventual confissão obtida, consiste em apenas ato de investigação, mas não ato de prova, servindo apenas para justificar a interposição do processo, não como fundamento para a condenação,

O interrogatório também é orientado pelo princípio da presunção de inocência, por isso, o seu valor probatório pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova. Nesse sentido, “o interrogatório não serve para provar o fato, mas para fornecer outros elementos de prova que possam conduzir à sua comprovação.” (LOPES Jr., 2010, p. 626)

Outra função consiste em promover a delimitação da decisão do juiz, uma vez que ele não pronunciará uma decisão sobre fato diverso do imputado.

O interrogatório deve ser um ato espontâneo, livre de pressões ou torturas, sendo rechaçada a utilização de métodos físicos ou químicos, que não podem ser aceitos como meios de prova juridicamente válidos. Dentro desses métodos se incluem os “soros da verdade”, barbitúricos injetados via intravenosa juntamente a outros estupefacientes, anestésicos ou hipnóticos, provocando um estado de inibição no sujeito, que permite a coleta de informações reprimidas e ocultas. Enquadram-se nos métodos físicos, os detectores de mentira, aparelhos que marcam o traçado do batimento cardíaco e da respiração, onde conforme a pergunta dirigida ao entrevistado, permitem verificar as falsidades em que incorreu.

Há regras que devem ser respeitadas ao se realizar o interrogatório, dentre elas:

“O interrogatório deve ser encaminhado a permitir a defesa do sujeito passivo, e por isso, submetido a toda uma série de regras de lealdade processual, que podem ser assim resumidas:

- a) deve ser realizado de forma imediata, ou, ao menos, num prazo razoável após a prisão;
- b) presença de defensor, sendo-lhe permitido entrevistar-se prévia e reservadamente com o sujeito passivo;
- c) comunicação verbal não só das imputações, mas também dos argumentos e resultados da investigação e que se oponham aos argumentos defensivos;
- d) proibição de qualquer promessa ou pressão direta ou indireta sobre o imputado para induzi-lo ao arrependimento ou a colaborar com a investigação;
- e) respeito ao direito de silêncio, livre de pressões ou coações;

- f) tolerância com as interrupções que o sujeito passivo solicite fazer no curso do interrogatório, especialmente para instruir-se com o defensor;
- g) permitir-lhe que indique elementos de prova que comprovem sua versão e diligenciar para sua apuração;
- h) negação de valor decisivo à confissão. (LOPES Jr., 2010, p. 628)

Apesar de permanecerem algumas características do sistema inquisitório no processo penal brasileiro, a tortura foi vedada expressamente no nosso ordenamento jurídico, com fundamento constitucional, conforme dispõe o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal: “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.”

O direito de silêncio também é garantido constitucionalmente, devendo o acusado ser informado no interrogatório pela autoridade policial ou judicial sobre o direito de permanecer calado, advertindo-o de que não está obrigado a responder todos os questionamentos, sendo que isso não importa em confissão, nem em presunção de culpabilidade.

Além disso, o imputado não pode ser compelido a declarar e nem a participar de atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar a sua defesa. Não pode ser compelido a participar de acareações, reconstituições, reconhecimentos, fornecer material para realização de exames periciais (exame de sangue, DNA, etc.). Sendo que a recusa, não implica em prejuízos ao imputado, e nem considerado delito de desobediência.

O interrogatório será constituído de duas partes. Na primeira parte ocorre o denominado interrogatório de identificação, aquele por meio do qual o juiz colhe informações pessoais do acusado, residência, profissão, se já foi preso ou processado alguma vez, e demais dados familiares e sociais. Após, procede-se com o interrogatório de mérito, momento em que o juiz dá ciência ao acusado sobre as acusações contra ele, questiona sobre onde estava ao tempo em que foi cometida a infração, interroga sobre as provas contra ele apuradas.

Após o interrogatório, cabe ao Juiz, por força do artigo 188 do CPP, indagar “as partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”, contudo, essa situação não se equipara ao contraditório, razão pela qual não pode ser considerado meio de prova.

Havendo necessidade, com o permissivo do artigo 196 do CPP, a todo o tempo o juiz poderá, por iniciativa própria ou a pedido das partes, repetir o interrogatório.

1.4 A Produção da Prova Testemunhal

Infelizmente, a polícia judiciária brasileira ainda é muito limitada na questão técnica de produção probatória na fase preliminar. Diante desse panorama, a prova testemunhal figura como o principal meio de prova no processo penal. Contudo, como será demonstrado a seguir, essa prova carece de credibilidade, por conta da sua fragilidade.

A prova testemunhal é classificada como prova nominada, por ter previsão legal no Código de Processo Penal.

O artigo 212 do CPP prevê que “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.” O parágrafo único faz a seguinte ressalva, “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.”

Podemos perceber que a intenção do legislador é para a coleta da prova de forma direta pelas partes, ou seja, o juiz não atua diretamente, assumindo a posição de espectador, nos moldes do sistema acusatório. O magistrado assumirá o papel de filtrar os questionamentos que conduzam ao induzimento de respostas, apenas poderá atuar com relação aos “pontos não esclarecidos”, agindo apenas de forma secundária e complementar na inquirição da testemunha.

Seguindo essa lógica, a lei estabelece que toda a pessoa poderá ser testemunha (artigo 202 do CPP). Questiona-se o depoimento dos policiais, contudo não há nenhuma restrição nesse sentido, apenas se determina que o juiz proceda com a cautela necessária na valoração desses depoimentos, uma vez que os policiais são profissionalmente comprometidos com o resultado das investigações realizadas, além de estarem contaminados pela carga psicológica da atividade exercida e pela própria atuação contra o acusado.

É recorrente a utilização pelo magistrado nas sentenças condenatórias a menção aos inquéritos e depoimentos policiais em juízo, contudo doutrinadores como Aury Lopes Jr. entendem não ser aceitável essa condenação fundada em atos da fase pré-processual, que não foram sujeitos ao contraditório e ampla defesa.

Em regra geral, ninguém pode recusar-se a depor, a exceção ocorre em razão do parentesco e está prevista no artigo 206 do CPP:

Art. 206. A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

Obviamente presume-se que a relação de proximidade afeta o depoimento da testemunha. Entretanto, a obrigação em testemunhar quando não se obtém a prova de outro modo, origina um depoimento desprovido de credibilidade.

Por outro lado, a lei proíbe determinadas pessoas a depor, em razão das profissões que exigem o sigilo profissional. Nesses casos enquadram-se médicos, psicólogos, os quais só poderão depor com a expressa autorização do interessado.

Antes de iniciar o depoimento, a testemunha prestará o compromisso, ou juramento, essa é a promessa de dizer a verdade sobre o que souber e lhe for questionado. Tal formalidade ainda é utilizada pelo ritual judiciário, apesar de não constituir a garantia da veracidade do depoimento.

Estão dispensadas do compromisso de dizer a verdade, e por isso serão ouvidas como informantes, os doentes, deficientes mentais, menores de 14 anos, e as pessoas referidas no art. 206 do CPP. Por não estarem compromissadas, o magistrado atribuirá menor carga probatória às informações por eles declaradas.

Diante disso, tem-se cinco tipos de testemunhas:

- 1) Testemunha presencial: é aquela que teve contato direto com o fato, presenciando os acontecimentos;
- 2) Testemunha indireta: consiste naquela pessoa que nada presenciou, mas ouviu falar sobre os fatos ocorridos, e depõe para esclarecer fatos acessórios;
- 3) Informantes: são as pessoas que não prestam o compromisso de falar a verdade;
- 4) Abonatórias: são aquelas pessoas que não presenciaram o fato, servindo apenas para informar sobre a conduta social do réu, influenciando na aplicação da pena quanto às circunstâncias do art. 59 do Código Penal;

5) Testemunhas referidas: correspondem às pessoas mencionadas por outras testemunhas ao contares sobre os fatos, por terem sido citadas são chamadas para prestar esclarecimentos.

As principais características do testemunho no processo penal consistem:

Oralidade: determina o art. 204 [do CPP] que os depoimentos deverão ser prestados oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Está permitida, entretanto, a breve consulta a apontamentos, principalmente quando a questão é mais complexa, com vários fatos e agentes. Constitui uma exceção a essa regra o disposto no art. 221, §1º, do CPP, que, contudo, deve ser uma prática desaconselhável, pois ao permitir que essas pessoas deponham por escrito, de forma unilateral e fora do processo, viola-se a garantia da jurisdição e do contraditório (pela impossibilidade de participação das partes na sua produção).

Objetividade: a objetividade está prevista no art. 213 e exige uma abordagem (crítica) mais detida, como faremos na continuação.

Retrospectividade: o delito é sempre um fato passado, é história. A testemunha narra hoje um fato presenciado no passado, a partir da memória (com todo peso de contaminação e fantasia que isso acarreta), numa narrativa retrospectiva. A atividade do juiz é recognitiva (conhece através do conhecimento de outro) e o papel da testemunha é o de narrador da historicidade do crime. Não existe função prospectiva legítima no testemunho, pois seu olhar só está autorizado quando voltado ao passado. Daí por que não cabe à testemunha um papel de vidente, nem exercícios de futurologia. (LOPES Jr., 2010, p. 652-653)

Ocorre que a testemunha denota da impossibilidade de apreensão de um todo, pelas limitações da própria mente e do cérebro. Afinal, “nunca somos testemunhas objetivas observando objetos, e sim sujeitos observando outros sujeitos”.

Ao fazer o depoimento, a imagem mental se converte em palavra, e a capacidade de se expressar varia para cada locutor, o qual narrará aquilo que pensa ter visto. Para o depoimento fluir da melhor forma possível, o “segredo” está na pessoa que faz a inquirição.

Para o processo penal a prova é fundamental, pois as consequências da atividade probatória são determinantes na vida das pessoas, o que a torna essencial para a busca de uma decisão mais justa possível. Por isso mesmo deve-se atentar para a instrução processual, principalmente a prova testemunhal, uma vez que as provas estão impregnadas de diversos

elementos que fogem à estrita técnica processual, tais como fatores políticos, sociais e culturais.

1.5 O Problema da Busca pela Verdade

As ciências estão numa inconstante tentativa de (re)construção da verdade, contudo nem as ciências ditas exatas conseguem respostas totalmente incontestáveis. Quando se trata do processo penal, insta discutir “que verdade” foi buscada no processo através das provas apresentadas, e “que verdade” foi alcançada na sentença judicial.

O ideal de busca da verdade real deriva do sistema inquisitório, que justificava os excessos cometidos pelo Estado (autoritarismo, tortura) na busca pela verdade absoluta a qualquer custo, por isso a necessidade de desconstruir esse mito.

Todas as doutrinas filosóficas, de certa forma, aceitam que a verdade se predica dos *juízos*, é uma propriedade destes, como se afirma desde Aristóteles. E “tanto na práxis cotidiana como na investigação se fala de verdade de um juízo somente se esse juízo concorda com a realidade; em caso contrário, se fala de falsidade do juízo”. Verdade não é objeto ou acontecimento. É conceito abstrato, pois “a realidade objetiva não é verdadeira nem falsa, senão simplesmente existe; os objetos do mundo externo – homens, animais, casas, mesas – existem, e carece de sentido aplicar-lhes os adjetivos de *verdadeiro e falso*” (SCHAFF, 1964, p. 16)

Com relação a essa certeza absoluta, elucida José de Aquino (1997, p.147):

A certeza absoluta não é própria às empresas humanas. O mais alto grau de probabilidade poderá conduzir à certeza judiciária. A prova fornece essa probabilidade, autorizando o juiz a proferir a decisão. A observação sensorial imediata dá uma certeza, mas não é a prova. A prova é a determinação mediata, por meio de razões que suscitam a mais alta probabilidade ou geram a mais aproximada convicção da verdade. Esta, em regra, é a conformidade da noção ideológica com a realidade, na visão de Malatesta. Quando se fala em certeza em matéria de prova no processo criminal, tenha-se presente, portanto, que essa certeza não é mais do que uma probabilidade.

Nesse sentido, a prova causa uma relação particular e concreta entre o convencimento do juiz e a verdade judiciária. Somente ela consegue produzir uma convicção racional da criminalidade, tal convicção prescinde da certeza para legitimar a condenação, não basta um simples juízo de probabilidade acerca dos fatos. Até porque, não se terá condenação sem a certeza, e não há certeza se as provas foram insuficientes para refletir a verdade judiciária.

Os doutrinadores mais modernos reconhecem exaustivamente a relatividade da incessante busca pela verdade. A verdade que se busca corresponde à certeza. A certeza corresponde a um estado de consciência sobre a verdade dos fatos, mas segundo Aquino “para se chegar à certeza, longo é o caminho.” Entre a ignorância, que é a ausência de qualquer conhecimento, e a certeza podem estar situados vários estados: o estado da dúvida (conhecimento alternativo, incluindo o sim e o não), o de improbabilidade (prevalência do conhecimento positivo), o de convicção (os motivos afirmativos não mais podem ser abalados por motivos contrários). Somente ultrapassados todos esses estados, chega-se à certeza, conhecimento afirmativo absolutamente triunfante. (AQUINO, 1997, p. 147)

O processo penal sempre buscou essa verdade absoluta, mais material e consistente, contudo no atual sistema processual acabou por produzir uma verdade de menor qualidade, por vezes distante da realidade, com uma reconstrução dos fatos imperfeita e concedendo as piores condições ao acusado, já que ao tempo da tortura fez com que pessoas confessassem não somente delitos que não cometeram, como alguns até impossíveis de serem realizados.

Diante disso, é necessária a legitimação da verdade *formal* ou *processual*, ou seja, aquela alcançada no processo, obtida de forma legítima e legal, conforme as regras processuais, em respeito aos fatos e circunstâncias considerados penalmente relevantes.

Conforme explica Ferrajoli, a verdade processual não pretende ser a verdade em si, nem é obtida mediante indagações inquisitivas e direcionadas sobre assuntos diversos do objeto processual, ela respeita os procedimentos e garantias da defesa. A verdade formal é mais controlada quanto ao método de aquisição e mais reduzida quando ao conteúdo informativo. Ainda elenca (*apud* LOPES Jr., 2010, p. 557):

Essa limitação se manifesta em 4 sentidos:

- I – a tese acusatória deve estar formulada segundo e conforme a norma;
- II – a acusação deve estar corroborada pela prova colhida através de técnicas normativamente preestabelecidas;
- III – deve ser sempre uma verdade passível de prova e oposição;

IV – a dúvida, falta de acusação ou de provas ritualmente formadas impõem a prevalência da presunção de inocência e atribuição de *falsidade formal* ou *processual* às hipóteses acusatórias.

Pondera-se, todavia, que a própria verdade processual é “igualmente inadequada”, por ser relativizada, pois, assim como ocorre na ciência, essa verdade poderá ser superada em todo ou em parte até o surgimento de outra verdade.

A percepção sobre um fato é limitada, pois a “verticalidade do homem o impede de conhecer a totalidade”. Cada testemunha dará a sua visão/percepção sobre o fato, já que nunca se terá uma reconstrução perfeita do crime, por ser um fato histórico passado, e como toda reconstituição, apesar de minimalista, dificilmente alcançará a perfeição. Assim, impossível falar de verdade absoluta de um evento passado, dependente da memória daquele que narra.

Alguns autores mencionam diversas “verdades” no processo, a “verdade” da acusação, a verdade da defesa e depois a verdade posta na sentença. Contudo, “existe uma insuperável incompatibilidade entre verdade e o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário, em que um juiz, no presente, julga um fato do passado, gerando efeitos para o futuro.” Por isso, não há que se falar em “verdade” revelada na sentença, quando no processo não se alcançou uma verdade, nem real, nem processual. (LOPES Jr., 2010, p. 562-563)

Em contraposição ao modelo inquisitório, que reforça o mito da verdade, o sistema acusatório não pretende revelar uma verdade, a sentença é fruto do convencimento do juiz, obtido pela atividade probatória das partes. Inspirado no sistema acusatório, Aury Lopes Jr. (2010, p. 561) propõe o abandono da obtenção da verdade como função do processo, o autor considera a sentença não uma revelação da verdade, mas o resultado do convencimento do juiz, por uma das versões dos fatos apresentadas pelas partes, e a sua substituição pela certeza jurídica.

Nesse sentido, a sentença do juiz não precisa retratar a “verdade” para se legitimar, pois a legitimidade da decisão é verificada pela observância às regras do devido processo legal, e não pela pseudoverdade que nem sempre é alcançada.

Jacinto Coutinho elucida claramente essa questão (2001, p. 32):

A grande maioria da doutrina brasileira insiste em dizer que o processo penal é regido pelo princípio da verdade material. Contudo, não se dá conta que esta ideia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida em que tem o processo como meio capaz de dar conta “da verdade”; e não der “uma

verdade”, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali se estaria a buscar.

Dessa forma, é necessário admitir que no processo penal jamais se alcançará a verdade como um todo, por ela ser inalcançável. Portanto, o que se busca nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito.

2 FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

A maioria dos julgados nos tribunais brasileiros são fundamentados no depoimento das testemunhas, aliados a um indício qualquer. Em função dessa realidade, é necessário abordar a fragilidade dessa prova, através de um estudo da memória e sobre a possibilidade de formação de falsas memórias.

Ao prestar os depoimentos, por mais prudentes e fidedignas que as testemunhas tentam ser, é dificultoso ao juiz perceber se a declaração é desprovida de qualquer interesse ou paixão, e não há regras processuais capazes de determinar até onde as testemunhas merecem crédito. (DI GESU, 2010, p. 73-74)

Acontece que a percepção de cada um tem uma capacidade limitada, pois a lembrança não é algo espontâneo, mas sim decorrente de um processo mnemônico, que envolvem diversos estímulos, é nessa recuperação dos acontecimentos que podem ocorrer equívocos.

A legislação processual, mesmo sem essa intenção, evitou a formação de falsas memórias ao vedar as perguntas que possam induzir às respostas das testemunhas (artigo 212 do CPP), pois proíbe às partes formularem questionamentos sugestivos, ficando ao cargo do juiz realizar essa fiscalização.

O juiz tem o papel de analisar e julgar o caso, e faz isso com base nas provas produzidas e apresentadas em juízo. Contudo, essa produção probatória pode ser contaminada por diversos fatores. Pela prova testemunhal ser utilizada como o principal meio de prova, sendo fundamental para acusar ou absolver um réu, é imprescindível atentar-se para o fato dessa prova se mostrar extremamente sugestionável e frágil, principalmente quando se apresenta a possibilidade de formação das falsas memórias.

No processo penal é através da atividade recognitiva que se faz a retrospectiva do passado. A retrospectiva é impulsionada pelas partes por meio da instrução probatória, principalmente, na prova testemunhal a qual busca reconstruir os fatos passados no momento em que ocorreu o delito.

Entretanto, constará nos autos apenas “parte” daquilo que efetivamente ocorreu na realidade, pois apesar das lembranças do fato, estas nunca serão exatamente iguais à

realidade, por conta das distorções ocorridas no processo mnemônico de recuperar a lembrança.

O processo de elaboração da memória, em síntese, consiste no estabelecimento de conexões, realizadas de maneira consciente, entre os estímulos apresentados e os conhecimentos prévios já armazenados na memória. A elaboração pode ocorrer através de duas formas: elaboração semântica e elaboração autobiográfica. A elaboração semântica consiste em construções de redes de significados entre os itens codificados. Já a elaboração autobiográfica ocorre quando os estímulos codificados são associados a experiências vividas previamente.

É nessa elaboração autobiográfica que ocorrem as principais distorções na lembrança. Com relação à construção da lembrança na testemunha, a autora Cristina Di Gesu explica:

Isso vem a alertar para a problemática posta em questão, a qual é praticamente ignorada pelos processualistas: a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade; o estudo da percepção, do mesmo modo, seja pelo viés filosófico, antropológico ou psicológico, justifica, outrossim, a tese da impossibilidade de reconstrução do “todo” (o todo é demais para nós, relembro CARNELUTTI), do ideal de “busca da verdade” no processo, pois entre a realidade das experiências e a formação da memória e, entre esta e a posterior evocação, há um processo de *tradução*.

Esse processo de tradução que a autora menciona, refere-se às transformações que ocorrem na memória, pois ao reter e conservar a memória, o cérebro acaba transformando a realidade, e por vezes, modificando-a. Tal situação ocorre na produção da prova testemunhal, o que demonstra a fragilidade dessa prova no processo criminal.

As falsas memórias são um tipo de distorção mnemônica que consiste na recuperação de eventos que nunca foram vivenciados, a testemunha ou vítima recorda de fatos que na realidade não aconteceram.

Conforme adverte Altavilla, a consciência tem natureza essencialmente dinâmica, possuindo um inesgotável poder criador, podendo anular e até mesmo falsificar a realidade.

A memória exerce importante influência no processo penal, pois a resolução de muitos casos depende da lembrança das testemunhas. Para compreender o objeto de estudo, as

falsas memórias, há necessidade de destacar pontos da memória, a fim de entender como se dá o processo de manutenção do passado no presente.

2.1 Formação da Memória

A memória consiste na faculdade de reter ideias, impressões e conhecimentos adquiridos, remetendo à lembrança dos acontecimentos.

Segundo define Izquierdo (2006, p. 9) a memória é a “aquisição, formação, a conservação e a evocação de informações”. A diferença entre a aquisição e a evocação é que a primeira consiste na aprendizagem de determinada informação, a segunda relaciona-se à recordação e lembrança daquilo que foi aprendido.

Todavia, a memória é fomentadora de erros e falsidades. Um exemplo disso é quando se vê alguém desconhecido, e ao tentar lembrar-se dessa pessoa não se recorda com riqueza de detalhes.

No processo penal, isso reflete no reconhecimento de pessoas. Ao proceder com o reconhecimento, normalmente é realizado o reconhecimento prévio por fotografia, antes do reconhecimento pessoal, entretanto, há ressalvas, pois “a vítima ou testemunha não identificará o imputado se não o conhece, já que a imagem deste não estará guardada em sua memória. Todavia ser for induzido por uma fotografia, no ato de reconhecimento propriamente dito, talvez se recorde não da pessoa envolvida no delito, mas sim daquela que lhe foi mostrada no álbum.” (DI GESU, 2010, p. 84)

Tal situação ocorre, pois temos a memória de curto prazo, onde guardamos determinada informação por um período breve, denominada memória funcional; e a memória consolidada, mantida por anos ou décadas, a longo prazo.

Os pesquisadores Brainerd e Reyna identificaram dois tipos de memória, que são fundamentais no estudo das falsas memórias: a de essência e a literal, que são processadas paralelamente e independentemente uma da outra. A memória literal reproduz os detalhes específicos da situação vivenciada, as informações são registradas de forma precisa, de modo que os detalhes são registrados e armazenados de forma episódica. Contudo, esse tipo de armazenamento é frágil e rapidamente torna-se inacessível, sendo mais suscetível às interferências e ao esquecimento. Já a memória de essência armazena as informações que

representam o significado da experiência como um todo, o sentido das situações vivenciadas, é mais estável, resistente, ampla e robusta, sendo menos suscetível às interferências. A memória das crianças mais jovens seria codificada preferencialmente de forma literal, razão pela qual seria mais suscetível ao esquecimento.

Há também a memória coletiva, aquela elaborada no seio dos grupos sociais, produzindo tradições vivas, bem como a memória histórica, que gera um saber histórico, por se apresentar como um quadro de acontecimentos e fatos. Essas são memórias relacionadas ao passado, às raízes e às tradições.

O processo de fixação definitiva da memória é denominado consolidação. Contudo, entre a aquisição da memória e sua consolidação há possibilidade de modificação, seja por fatores externos ou internos. Por isso, no período de tempo entre a ocorrência do fato e o relato, seja judicial ou extrajudicial, podem ocorrer alterações na lembrança da testemunha ou vítima, pois apesar de estar consolidada, mesmo a memória de longa duração não fica estabelecida na sua forma estável e permanente depois de sua aquisição. (Di GESU, 2010)

O esquecimento também consiste numa característica fundamental da memória, por isso a necessidade de colher a prova oral de testemunhas ou vítimas no lapso temporal mais curto possível, a fim de evitar a extinção da lembrança ou sua modificação por algum fator.

Atualmente não vemos uma memória do tempo real, e sim uma memória do esquecimento. Essa visão é apresentada por Paul Virilio e pode ser compreendida pela metáfora do livro e do programa de televisão: quando lemos um livro, podemos até nos esquecer dos detalhes da história, contudo jamais deixamos de lembrar que lemos aquele livro; por outro lado, não fica tão fixa a memória a respeito de um programa de televisão, pois tendemos a esquecê-lo com facilidade, pela velocidade e dinamicidade das informações. Por esse motivo, a memória é o que resta quando nós esquecemos.

Quando ocorre um acontecimento traumático, a pessoa lembra do fato com riqueza de detalhes, contudo, esses detalhes são esquecidos ao longo do tempo, restando apenas a lembrança do momento traumático. O processo de recordação é facilitado pelas emoções, por influenciarem no foco de atenção daquele que presencia o evento. Em seu estudo, Lílian Stein explica (2006, p. 66):

- 1) a emoção poderia estreitar o foco da atenção, o que levaria a um aumento da memória para conteúdos emocionais, com uma diminuição para detalhes mais periféricos; 2) níveis moderados de emoção potencializam o processo de codificação

e, subsequentemente, a performance da memória; **todavia, níveis extremos de emoção prejudicam essa performance.** (Grifei)

Diante disso, percebe-se a influência da emoção na percepção de detalhes do evento, fator prejudicial na declaração de vítima ou testemunha. Ao presenciar um delito, seja como vítima ou testemunha, isso gera uma emoção intensa, com isso, a mente humana tende a “guardar a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor)”. (Di GESU, 2010, p. 89)

A relação da memória e emoção é estreita, pois os maiores reguladores da aquisição, formação e evocação das memórias são as emoções e os estados de ânimos. Estudos constataram que as emoções poderosas reforçam e enfraquecem as memórias reais, e que podemos degradar ativamente memórias dolorosas, e substituí-las por memórias falsas, que uma vez aceitas podem trazer fortes emoções.

O estado de humor também influi na codificação e recuperação da memória, trata-se do fenômeno da *memória congruente com o humor*. “Os indivíduos que se encontram em um estado particular de humor, geram mais associações para informações que vão ao encontro desse humor.” (STEIN, 2006, p. 62). Ou seja, as pessoas quando estão alegres codificam na memória, informações que contém afeto positivo, conforme seu estado afetivo.

Há outro fenômeno denominado *memória dependente do humor*, nesse existe uma associação do aumento da probabilidade da lembrança apreendida em um determinado estado particular de humor. Nesse caso, a pessoa recordará de determinado evento, quando estiver novamente com o estado de humor em que ocorreu o fato.

A respeito da memória Cristina di Gesu *apud* François Ost refere aos quatro paradoxos da memória:

1) *A memória é social e não individual*, ou seja, nunca se recorda de nada sozinho. Isso porque “nossas recordações, mesmo as mais pessoais e mais íntimas só se conseguem exprimir nos termos da tradição; por outro lado, só fazem sentido se forem compartilhadas por uma comunidade afetiva e social”¹. O legado dos

¹ OST, François. *O tempo do direito*, 1999, p. 59

costumes e tradições é que possibilita aos indivíduos a formação de uma memória. Na mesma linha de pensamentos, VIRILIO aponta ser a memória uma linguagem, um utensílio de comunicação, não se podendo pensar uma memória que não seja coletiva, na medida em que a “memória por si” seria um verdadeiro disparate, uma obsessão e não uma memória.

2) Diferentemente do que se poderia pensar, *a memória opera a partir do presente, estando longe de derivar do passado*. Assim, só é conservado na memória aquilo que é reconstruído. Além disso, não há memória sem uma (re)interpretação coletiva, tendo em vista que a recordação, além de ser social, resulta da reelaboração de dados obtidos do passado, do presente e do passado próximo. Cuida-se de recordações intermediárias.

3) O terceiro paradoxo faz alusão à *dinamicidade da memória*: “a memória situa-se no prolongamento direto do precedente: se a memória opera a partir do presente e não do passado é porque ela é uma disposição ativa, até voluntária, e não uma faculdade passiva espontânea”. O exemplo apresentado por OST e que retrata bem a questão diz respeito à memória mítica. Assim, a memória coletiva está intimamente relacionada à religião. Por meio das repetições de ritos sagrados, os crentes acabam por reviver a lembrança dos acontecimentos, formando uma comunidade que transcende à história.

4) Por fim, o quarto e último paradoxo relaciona *a memória ao esquecimento*: a memória não se opõe ao esquecimento, ao contrário, pressupõe-no. Isso quer dizer que a memória tanto pode ser fundadora e instituinte (como no caso da formação de uma memória coletiva), como pode revelar-se manipuladora e mistificadora. Aduz ser o esquecimento o produto da má-fé e corolário lógico do caráter estruturante e hierarquizante da memória.

Pelas imagens não ficarem permanentes na lembrança, ao recordar de uma pessoa, cena ou objeto, não se tem uma reprodução fidedigna, mas uma nova versão reconstruída com a sua interpretação. O cérebro armazena a recordação com uma representação aproximada, com isso, ao relatar um fato a testemunha ou vítima relata aquilo que sentiu, viu e ouviu. Contudo, como essa recordação possui modificações, conforme a capacidade do depoente em relatar o fato, esse relato dos acontecimentos também possuirá alterações, posto ser impossível a reprodução do fato da forma como ocorreu no passado.

No processo penal utiliza-se a percepção das testemunhas sobre um fato delituoso. Contudo, a realidade do crime pode ser percebida de uma forma, mas transmitida e relatada de

outra. A percepção de um fato varia não só de pessoa para pessoa, mas também em relação a um mesmo indivíduo, conforme o momento.

Conforme ressalta Altavilla (2003, p. 25-26), “dois sujeitos quaisquer percebem de maneira diferente a mesma e idêntica luz”. Essas diferenças dependem de fatores como qualidade e a intensidade, por haver estímulos que não tem a intensidade suficiente a penetrar na consciência, se esta estiver ocupada em receber outras percepções. A sensação não é capaz de aumentar em proporção ao estímulo, contudo “quanto mais intensos são os estímulos, menos capazes somos de estabelecer, com exatidão a diferença”.

Assim, denota-se a dificuldade da testemunha em precisar o momento em que ocorreu o delito, por conta da percepção parcial do fato.

A necessidade de apresentar neste estudo a concepção de memória, é pelo fato de que o processo de reconstrução do delito e de reconhecimento de acusados depende da memória, por isso ela contribui para a “vivificação do delito”, ainda que possa estar maculada por sugestibilidade, como as falsas memórias.

2.2 Falsas Memórias

Os primeiros estudos realizados sobre a falsificação da memória ocorreram com Binet em 1900, na França e com Stern em 1910, na Alemanha. Os autores realizaram os primeiros estudos e experiências demonstrando a ilusão ou falsificação da lembrança em crianças.

As falsas memórias não decorrem apenas de um processo inconsciente ou involuntário de “imaginação” sobre determinado evento. Pode ocorrer a alteração da memória, com formação de falsa memória de forma dirigida, previsível e consciente, ou de forma espontânea, sem que haja qualquer sugestão externa, decorrente de um processo normal de compreensão de determinado fenômeno.

Em alguns casos essa sugestão pode ser coletiva e ocasionar erros sucessivos. Di Gesu exemplifica um caso onde além das testemunhas terem influenciado umas as outras, acabaram se auto-sugestionando pelas informações já conhecidas sobre o homem:

O filho de um grande industrial, F., de más inclinações e que havia sofrido várias condenações, abandonou subitamente seu novo patrão depois de demonstrar sua

culpabilidade em um abuso de confiança; mais tarde, ele escreveu que em caso de denúncia atentaria contra sua vida. Sucedeu que, na noite do dia 25 a 26 de agosto, um jovem cometeu um delito nos arredores, foi perseguido e se matou com um tiro, deixando em seu bolso um papel com estas palavras: 'Me chamo Moriturus. Não sabereis quem sou!' Várias testemunhas o reconheceram, e por outros objetos que encontraram, como sendo o filho do industrial F., companheiros, patrão e o pai mesmo do rapaz o identificaram, e o assunto foi arquivado. Porém, algumas semanas mais tarde, o verdadeiro F., foi encontrado, reconhecido e condenado, e todas as testemunhas confessaram seu erro.

Este consiste um caso típico de falsificação da memória, decorrente da auto-sugestão, ou seja, sem haver sugestionabilidade/influência externa.

O pesquisador Gorphe em 1949 já alertava para a necessidade de uma análise cuidadosa da prova testemunhal, ainda que não reconhecesse as falsas memórias, principalmente pelos equívocos cometidos nos tribunais por conta de depoimentos falsos. Ressaltava que os juristas desconheciam a distinção entre o erro voluntário e a mentira, por possuírem a mesma forma. Contudo, no erro voluntário a testemunha não separava o verdadeiro do falso, diferente da mentira, que ocorre de forma livre e consciente.

Segundo Gorphe, os erros eram classificados em *erros por invenção e erros de compreensão*. Nos erros por invenção ocorre criação de todos os fatos ou parte dos elementos relatados. Os erros de compreensão consistem em falsa interpretação do fato, situando-se entre o plano da invenção e da ilusão. O erro ocorre pela necessidade da memória em substituir determinadas lacunas daquele fato por percepções reais, conforme as experiências do observador.

As características desses erros, a produção de “lacunas” na memória e ocorrência de sugestões se assemelham às falsas memórias. Um exemplo de erro por fator interno pode ocorrer com a testemunha de um delito de lesões corporais, a qual estava lendo um livro com assunto relacionado, e inconscientemente introduz na narração do delito episódios obtidos através da leitura. (Di GESU, 2010, p. 112)

A psicóloga cognitiva Elizabeth Loftus, nos anos 70, deu início à extensa pesquisa sobre o efeito de informações falsas sobre a memória, constatando que a lembrança pode ser altamente manipulada a partir de informações errôneas sobre acontecimentos nunca vivenciados, ou modificações de fatos anteriormente vividos.

O objetivo de Loftus não era apenas demonstrar que as testemunhas presenciais de um evento se equivocam ou podem ser sugestionadas, mas testar a ideia de que a memória é reconstruída ou que as recordações não permanecem inalteradas somente sujeitas ao esquecimento.

Na impossibilidade de observar as representações mentais diretamente, realizou estudos com demais pesquisadores onde desenvolveram meios empíricos para inferir o que ocorre dentro da mente. Assim, com os experimentos realizados, perceberam que há integração da informação de mais de uma fonte na memória, bem como o uso dessa informação na reconstrução da memória de um evento que nunca existiu ou de uma falsa memória.

No prosseguimento das pesquisas, Loftus constatou que quando percebemos um evento também o interpretamos, de modo que, o que se armazena na memória se baseia em parte na percepção, mas também no conhecimento prévio e em inferências prováveis sobre aspectos da situação não percebida ou não atendida por completo. Essa informação errônea pode advir da conversa com outras pessoas, quando se é interrogado de forma evocativa, e até de uma reportagem sobre o evento vivenciado.

Além disso, a memória provavelmente é armazenada em fragmentos e ao tentar recuperá-la contamos com fragmentos e com base neles reconstruímos o evento inicial. No caso de uma sugestão falsa, é mais um fragmento armazenado e, no momento da recuperação, sua resposta depende dos fragmentos armazenados disponíveis, os quais podem ser diversos do fato real.

Muitas são as interferências que podem ocorrer entre as fases da aquisição e recuperação da memória de um evento. As falsas memórias podem resultar de sugestão externa, acidental ou deliberada, como no caso dos experimentos, com a introdução de informação falsa; ou de origem interna, resultado de processos de distorções mnemônicas endógenas. Estas são as chamadas falsas memórias espontâneas ou auto-sugeridas.

A pesquisadora ainda distingue dois tipos de falsas memórias: aquelas ocorridas de fatos que não existiram e o ressurgimento de lembranças recalçadas a partir da sugestão da inflação da imaginação.

A implantação da falsa lembrança possui maior aceitação na recordação de acontecimentos fictícios da infância, quando a fonte da informação foi esquecida, ou o sugestionado recorda detalhes de determinado evento. A sugestão da falsa informação, por

meio da qual se introduz uma informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, acaba produzindo o efeito da “falsa informação”, em que a pessoa acredita ter vivenciado a experiência falsa.

As falsas lembranças podem decorrer da combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. Outra exemplificação apresentada no estudo de Loftus, é o caso de participantes que assinaram confissões de supostos danos que não praticaram:

Saul Kassin, da Universidade Williams, estudou as reações de indivíduos falsamente acusados de ter danificado um computador apertando uma tecla errada. Os participantes, inocentes de início, negavam a afirmação, mas depois de terem sido confrontados com um cúmplice do experimentador que afirmava tê-los visto fazer isso, vários deles assinaram confissões e terminaram por descrever de maneira detalhada o ato que não haviam cometido.

Nesse contexto, a possibilidade de uma pessoa assumir a culpa, com confissão por escrito, de algo que não cometeu por uma simples indução, esclarece o problema e a fragilidade de um depoimento testemunhal, onde uma vítima ou testemunha pode fornecer um relato, que pensa ser verdadeiro, a partir de uma falsificação da recordação.

O comprometimento e a confiabilidade do testemunho ficam prejudicados sob o prisma das falsas memórias, pois podem gerar prejuízos ao acusado, sem que a própria testemunha perceba.

Deve-se esclarecer que as falsas memórias não se confundem com a mentira, pois nessa a pessoa sabe que o evento não é verdadeiro. Cláudia Miranda (2012) explica que as falsas memórias divergem da “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”.

Nem todas as pessoas expostas às falsas lembranças adotam integral ou parcialmente uma falsa memória. Esse processo também depende da vulnerabilidade da pessoa, que normalmente tendem a acontecer com quem sofre frequentemente lapsos de atenção e de memória, bem como com pessoas que foram traumatizadas, pois essas experiências fortes podem contribuir para seus esquecimentos, e os esquecimentos abrem a oportunidade para o surgimento das distorções na memória.

Por esse motivo, entende-se que as crianças são as maiores vítimas de ocorrência de falsas memórias, já que são mais vulneráveis e sugestionáveis. Não é raro os processos criminais com depoimentos de crianças maculados pela imaginação, com relatos fantasiosos e incoerentes, o que compromete a confiabilidade desse testemunho, produzindo, dessa forma, uma prova insuficiente à quebra da presunção de inocência.

São diversos os fatores externos que podem levar uma pessoa a distorcer internamente fatos por ela vivenciados ou testemunhados. Dentre esses fatores estão os tipos de entrevistas utilizados para se obter as informações das testemunhas. Conforme será visto adiante, a tendência e influência por parte de quem interroga, induzindo questionamentos, pode originar uma falsa memória, pois os detalhes percebidos pela testemunha vão se perdendo com o tempo, e o perigo reside em forçá-la a tentar lembrar detalhes sobre o fato delituoso, acarretando em um depoimento contaminado por falsas lembranças.

2.3 Fatores de Contaminação da Prova Oral

No sistema penal brasileiro, infelizmente a prova pericial e demais meios de provas carecem de qualidade técnica, prejudicando a investigação. Por isso, há necessidade de cautela ao colher os depoimentos testemunhais, por serem os principais meios de prova, evitando a contaminação dos relatos, seja por fatores externos ou internos.

Em se tratando da produção de provas, sabe-se que o ideal seria a colheita e análise das provas despidos dos riscos endógenos (internos) e exógenos (externos ao processo). Contudo, isso não é possível, pois as pessoas estão sujeitas as influências externas e internas, e a memória sofre modificações ao decorrer do tempo.

No ato de reconhecimento a pessoa é levada a perceber algo que havia percebido na ocorrência do delito. Com efeito, a exatidão da percepção e a capacidade de distinguir detalhes dependem, normalmente, do conhecimento prévio acerca daquilo que irá reconhecer (objeto ou pessoa). Contudo, conforme já explanado, a percepção é fomentadora de erros e falsificações.

O artigo 226 do Código de Processo Penal dispõe sobre o reconhecimento pessoal que:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

O reconhecimento ocorre na fase pré-processual, quando são apresentadas fotografias dos supostos acusados às vítimas, como ato preparatório do reconhecimento pessoal.

Ocorre que diversos motivos dificultam a qualidade do reconhecimento tais como: o efeito “foco na arma”, que consiste na redução da capacidade de reconhecimento, pois a vítima estava centrada apenas na arma, e não no sujeito que a segurava; o tempo de exposição da vítima ao crime; o contato com o agressor; a gravidade do fato; o intervalo de tempo entre o delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tempo, visibilidade); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo); a natureza do delito; entre outros. Essa diminuição na qualidade do reconhecimento do acusado poderá provocar na vítima, ao visualizar previamente as fotos, a fixação na memória da fotografia vista, induzindo o posterior reconhecimento pessoal.

A indução também ocorre quando não são obedecidas as disposições previstas no artigo 226 do Código de Processo Penal, pois apesar da legislação mencionar a possibilidade da pessoa a ser reconhecida ficar ao lado de outras com as mesmas características, isso nem sempre acontece.

Pela ritualística de reconhecimento adotada pelo Brasil, Cristina Di Gesu sustenta que o processo penal deveria abandonar a utilização do reconhecimento por fotografia e adotar a técnica utilizada na Espanha, conhecida por roda de reconhecimento.

A roda de reconhecimento consiste em submeter as testemunhas presenciais ao reconhecimento de várias pessoas com certa semelhança, primeiramente o reconhecimento ocorre na fase pré-processual, perante autoridade policial, em roda de cinco pessoas, momento em que cada testemunha, de forma individual e separadamente, declaram reconhecer o

acusado. Posteriormente, é praticado novamente no juizado de instrução, com quatro pessoas que se situem, em duas ocasiões, em posições distintas e, em ambas as posições, seja reconhecido.

Nesse ato, não há exibição de fotografias previamente ao reconhecimento, não maculando a imagem daquele a quem se quer reconhecer. Pelo caráter de eficácia do reconhecimento, há maior confiabilidade dessa prova, minimizando o risco de induções por falsas lembranças.

Além da contaminação no ato de reconhecimento, há diversos fatores responsáveis pela contaminação da prova oral, ao se proceder com a reconstrução de fatos passados, que atuam de forma independente e incontrolável, dentre eles: a localização no tempo e no espaço (quando a recordação é colocada entre outras duas); a reprodução verbal ou escrita; a influência do calor ou frio sobre o processo psíquico (em temperaturas extremas a capacidade de percepção fica dificultada); a influência da luz (a intensidade da luz, ou a ausência dela, podem modificar os estados emocionais); o cansaço; e o jejum (percepção fica fraca e lenta).

Ademais, outros elementos podem contaminar a prova testemunhal e a memória, produzindo as falsas memórias, que são mais facilmente controlados e minimizados, tais como: o transcurso do tempo, o hábito e a rotina, a mídia, a influência do entrevistador, e o próprio subjetivismo do magistrado.

Com relação ao transcurso do tempo, é evidente que o tempo do direito não acompanha o tempo social. Tal fato pode ser percebido, sob a perspectiva das falsas memórias, pois “quanto mais tempo uma pessoa imagina uma ação não realizada, mais ela crê que essa ação de fato aconteceu”. (Di GESU *apud* LOFTUS, Elizabeth. As falsas memórias. In. Vida e pensamentos, p. 92)

Com efeito, é questionável a razoável duração do processo, porque apesar de ser uma garantia constitucional, prevista no artigo 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, é dificultoso tentar mensurar qual seria a razoável duração de um processo.

Nesse contexto, interessa ao presente estudo, a delimitação de prazo para a realização da instrução processual, com intuito de preservar a qualidade da prova testemunhal contra as deformações do tempo. Se por um lado, a demora excessiva na tramitação traz prejuízos à produção probatória e configura uma negação à justiça. De outro lado, a rapidez demasiada no julgamento pode implicar em insuficiência na instrução probatória, na deficitária análise do caso concreto pelo órgão julgador e desrespeito às garantias fundamentais como do

contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência ou da motivação das decisões judiciais.

A observância a tais princípios também prescinde a qualidade na produção da prova, devendo ser coletada com maior confiabilidade, obedecendo aos trâmites legais e realizada dentro de um prazo razoável, minimizando, assim, o risco de falsificação da lembrança.

A velocidade e a instantaneidade dos acontecimentos, aliada ao decurso do tempo, dificultam a fixação dos fatos na memória, já que essa fixação requer tempo para consolidação e posterior evocação.

O transcurso do tempo exerce papel fundamental no depoimento testemunhal, pois contribui para o esquecimento de detalhes dos acontecimentos, além de oportunizar a contaminação daquilo que a testemunha realmente viu e ouviu, uma vez que passa a ter contato com outras pessoas, entrevistadores, policiais, mídia, restando uma confusão entre aquilo que vivenciou, para aquelas informações adquiridas posteriormente.

Com o passar do tempo, a retenção da memória sofre deformações, e a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada. Segundo pondera Di Gesu, quanto “menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas, menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influências externas. Tudo aliado a uma entrevista forense realizada com qualidade”.

As pequenas divergências e eventuais incongruências decorrentes do lapso temporal entre o fato ocorrido, o primeiro relato do ocorrido perante a autoridade policial e o testemunho judicial é admissível em juízo. O próprio Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconheceu o ocorrido na Apelação Criminal sob o nº 2012.031095-3, de relatoria do Desembargador Jorge Schaefer Martins, conforme se extrai da ementa do acórdão:

NEGATIVA DE AUTORIA. AUSÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PALAVRAS DAS VÍTIMAS EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLHIDAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS QUE ACOMPANHARAM A OCORRÊNCIA. VALOR PROBATÓRIO RECONHECIDO. PEQUENAS DIVERGÊNCIAS NAS DECLARAÇÕES DAS VÍTIMAS JUSTIFICADAS PELO DECURSO DE LARGO ESPAÇO DE TEMPO E PELAS PARTICULARIDADES DO CASO CONCRETO.

A constatação de relatos contendo algumas divergências não é suficiente, isoladamente, para determinar a invalidade dos depoimentos testemunhais. Desde que haja, no conjunto da prova, coerência nas informações, principalmente em seus aspectos fundamentais, viável sua validação como elemento de convicção.

Nessa conformidade, registrando-se pontos contraditórios em questões periféricas, uma vez que em relação ao roubo em si as vítimas mantiveram-se firmes em suas declarações, não há se falar em dúvidas acerca da conduta atribuída ao réu.

(TJSC, Apelação Criminal nº 2012.031095-3, 4ª Câmara Criminal, Desembargador Relator Jorge Schaefer Martins, julgado em 06.09.2012, publicado em 14.09.2012)

Com efeito, estabelecer um prazo para a instrução probatória e julgamento de um processo é uma “tarefa bastante árdua”, isso porque alguns casos demandam uma duração mais prolongada, por sua complexidade, enquanto outros casos mais simples, podem ser encerrados rapidamente. Não obstante, a determinação de duração máxima para coleta das provas, pode prejudicar a qualidade da instrução processual.

O hábito e a manutenção da rotina são fatores que podem alterar a percepção de um fato, em decorrência da dificuldade de percepção de uma testemunha ou vítima, sobre um acontecimento que destoe da sua rotina, ficando com a percepção enfraquecida.

Outro fator fundamental no depoimento testemunhal é a linguagem e o método utilizado pelo entrevistador. O viés do entrevistador pode influenciar, inclusive negativamente, o relato da vítima ou testemunha sobre o que efetivamente sabem e viram do delito, ao manipular questionamentos de forma acusatória.

A clareza e exatidão das declarações podem ser afetadas, conforme o modo que a pessoa é entrevistada e em função do alto grau de sugestibilidade, ocasionando a formação de falsas memórias.

O aumento na quantidade de acusações por delitos sexuais, comumente praticados na clandestinidade e sem deixar evidências materiais, originou diversos estudos sobre como as entrevistas com essas vítimas era conduzidas, uma vez serem os seus testemunhos o único meio de prova disponível comprovando o delito.

Diante disso, pesquisadores como Lílian Stein constataram sobre o depoimento infantil (Di GESU, 2010, p. 148):

As respostas das crianças aos questionamentos dos adultos refletiam o que elas pensavam que o adulto queria ouvir, correspondendo às expectativas do adulto entrevistador, ao invés de relatarem suas lembranças, sendo, portanto, infiéis ao fato efetivamente ocorrido. Também foi constatado que as crianças raramente respondem não saber sobre o que estão sendo questionadas ou assumem não entender a pergunta, em franca tentativa de cooperação com o adulto. Ademais, a repetição de um mesmo questionamento é interpretada pelo infante como modo de fornecer novas informações, por não ter dado uma resposta correta e, buscando ser mais agradável e sociável, mudam a resposta.

O viés do entrevistador ao realizar os questionamentos à vítima ou testemunha, molda a sua entrevista, conforme as suas convicções, ou seja, se ele está convicto da ocorrência de determinados acontecimentos, pretendendo apenas com o depoimento testemunhal confirmar a sua versão, acabará desprezando as respostas incompatíveis com a hipótese acusatória, ou então, interpretará as respostas sob o viés acusatório.

Nessa situação, o entrevistador sequer formula questionamentos diversos das alegações acusatórias, configurando-se não como entrevistador, mas como um inquisidor, formular perguntas e produzir provas, objetivando a confirmação do prévio julgamento acusatório.

Na fase pré-processual, a vítima ou testemunha presta esclarecimentos perante autoridade policial, sendo essas entrevistas unilaterais, e sem qualquer controle da defesa. Apesar do contraditório, ser um mecanismo de controle, o artigo 155 do Código de Processo Penal autoriza a utilização desses elementos da fase de instrução preliminar na fundamentação da decisão.

O viés do entrevistador pode ser observado não somente pelos questionamentos formulados, como também por comportamentos sutis durante a entrevista, como um sorriso, um movimento da cabeça ou o tom da voz.

A repetição da mesma pergunta, objetivando obter novas informações também é prejudicial, por ser interpretada como uma insatisfação do entrevistador com a resposta, gerando no entrevistado distorções das declarações, ao tentar responder para “agradar” o entrevistador, aumentando o risco de formação de falsas memórias.

Já se comprovou que o tom da entrevista influencia diretamente a resposta. Um exemplo disso foi constatado nas pesquisas de Stein e Pisa, onde os relatos das crianças foram

corretos e consistentes quando questionadas por um entrevistador neutro, desprovido de “hipóteses prévias”, ou quando a interpretação estava de acordo com a atividade visualizada pela criança. Em contrapartida, as histórias das crianças se ajustaram às sugestões e convicções do entrevistador, quando este expressava a expectativa de outra resposta.

Com relação à repetição da entrevista, isso pode gerar efeitos danosos. Pois, o decurso do tempo enfraquece a memória original sobre o acontecimento, e ao ser realizada a entrevista, a primeira recordação apresenta uma riqueza de detalhes, que podem não ficar consolidadas na memória, e num segundo momento não serem recordadas.

Elucida Di Gesu que os efeitos danosos da repetição de entrevistas estão principalmente associados à incorporação de informações falsas nos relatos subsequentes das crianças, que chegavam a incluir os vocabulários utilizados pelo entrevistador. Além disso, a cada entrevista aumenta o decurso do tempo entre o evento original e o relato da pessoa.

A realização de uma entrevista neutra, ao invés de deformar a memória, tem o potencial de reforçá-la. Pesquisas demonstraram que crianças entrevistadas em condições neutras apresentavam respostas mais fidedignas. Já nos casos em que o entrevistador tenta encorajar a criança a relatar o crime, afirmando que o suspeito fez coisas ruins, as crianças tendem a fazer declarações negativas sobre o suposto acusado.

Pisa e Stein ponderam que “o desejo das crianças de obedecer, de ser útil, pode ser mais forte que seu desejo de reportar só o que efetivamente recordam e, assim, acabam *preenchendo* detalhes esquecidos (...) reduzindo os efeitos do fator autoridade, nós podemos aumentar os relatos verdadeiros.” (2006, p. 235)

O fato é que a linguagem do entrevistador e o método de interrogatório influenciam a produção da prova. Ademais, se o entrevistador está previamente convicto da ocorrência do delito, direcionará seus questionamentos de modo a confirmá-lo, sem investigar outra hipótese, ocasionando um alto grau de contaminação do depoimento.

Não se pode olvidar que a mídia é outro fator de grande influência nas pessoas, pela rapidez com que se conhecem as notícias, veiculadas principalmente na *Internet* e jornais televisivos.

Todo o processo de investigação do delito é divulgado nos meios de comunicação, sem que se tenha o discernimento de preservar pela investigação do caso. Um exemplo extremamente atual é incêndio ocorrido na boate *KISS*, em Santa Maria, Estado do Rio

Grande do Sul. Antes mesmo de se iniciarem as investigações a mídia já buscava culpados pelo fato ocorrido, causando grau imenso de contaminação e influenciando gravemente nas instruções preliminares. Não se pode negar a deformação que ocorrerá nos depoimentos das testemunhas e vítimas desse caso, uma vez que a mídia já disponibilizou diversas informações. O estresse do ocorrido, aliado às informações da mídia maculam e confundem a memória das testemunhas ao relatarem sobre o que ocorreu exatamente no dia do incêndio, pois já estão contaminadas com informações conhecidas posteriores ao acontecimento.

Por esses motivos, o ideal seria que todos os profissionais, sejam policiais, delegados, psicólogos ou juízes, estivessem treinados para lidar com esse fenômeno, a fim de obter declarações de forma mais natural e neutra possível.

3 FALSAS MEMÓRIAS NA JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

3.1 Julgamento da Apelação Criminal nº 2009.053594-0

O Ministério Público ofereceu denúncia contra A.F., incurso nas sanções do artigo 214 c/c artigo 224, alínea “a”, ambos do Código Penal, pelo crime de atentado violento ao pudor.

O denunciado era acusado de praticar atos libidinosos diversos da conjunção carnal, constringendo a vítima J.C.F., de apenas 3 (três) anos de idade, mediante violência, aproveitando-se da ausência dos pais da vítima e da distração da avó da criança. O caso ocorreu em janeiro de 2006 na residência da vítima.

No mesmo dia do ocorrido, o menino queixou-se de dores na região genital enquanto a mãe lhe dava banho. Ao questionar sobre o que tinha acontecido, a vítima começou a relatar que:

O denunciado machucou-o e manipulou seus órgãos genitais, dizendo que ele “colocou o ‘negócio’ no seu ‘pintinho’ e machucou” e que, em outras ocasiões, o denunciado “baixou a cueca, dançou com o ‘piu-piu’ de fora e ficou mexendo, às vezes pelado, com a intenção de mostrar os órgãos genitais”, alegando ainda que tudo aconteceu na sala da sala (sic), enquanto sua avó estava conversando com Iara, amásia do denunciado, no lado de fora da moradia.

Desta forma, o denunciado, aproveitando-se da ingenuidade da vítima, com o único fito de satisfazer sua concupiscência, constrangeu a vítima, mediante violência presumida e grave ameaça, à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal.

Certificados os antecedentes criminais (fls. 27/28), decretada e cumprida a prisão preventiva do acusado (fls. 33/34 e fls. 48), recebida a denúncia (em 15.05.2006 – fls. 33/34), houve o aditamento da denúncia para retificar a descrição do local onde ocorreu o fato delituoso, ou seja, no interior da residência do acusado, situada na rua Jaborá, nº 104, bairro Araçonguinhas, em Timbó, e não no interior da casa onde a vítima morava (fls. 60).

Na seqüência, interrogado o acusado (fls. 62/63), apresentada a defesa prévia (fls. 69/70), foram inquiridas quatro testemunhas indicadas na denúncia e outras cinco arroladas pela defesa (fls. 85/89, fls. 106/109 e fls. 133). Apresentadas as fotografias

de fls. 142/145 e ouvida a vítima menor (fls. 155), foi concedida a liberdade provisória ao réu (fls. 166).

Ultrapassada a fase de diligências, a ilustre representante do Ministério Público, em alegações finais, requereu a condenação do acusado nos termos da denúncia (fls. 174/183). A defesa, por sua vez, pugnou pela absolvição do denunciado apegando-se na falta de provas consistentes a embasar uma condenação (fls. 197/201).

Conforme se denota dos autos foi a mãe da vítima, E.K., quem primeiramente teve conhecimento dos fatos por ele relatados. Na audiência realizada em 25/09/2006, a mãe do menino relatou que ao dar banho em seu filho percebeu que o pênis do menino estava machucado, com um ferimento, por conta disso questionou-o sobre o que havia acontecido. Nesse momento, o menino contou que o acusado havia pegado e puxado seu órgão genital, bem como, que o réu dançou nu na sua frente.

Segundo a depoente, o menino estava aos cuidados da avó, e sempre frequentava a casa do acusado, por serem vizinhos e não existir muro entre as casas. Por ocasião do abuso procuraram uma psicóloga, *“a depoente perguntou à psicóloga Karina se a criança poderia ter imaginado isso, sendo que ela lhe disse que não porque, se tivesse imaginado a história, alteraria os nomes das pessoas, sendo que o menino sempre contou a mesma versão dos fatos”*. (fl. 87 dos autos)

No exame de corpo de delito perceberam no corpo da criança *“duas discretas lacerações em glande (é portador de fimose)”* (fl. 12 dos autos). Na audiência, a mãe relatou a constatação do médico sobre a vítima ter um *“começo de fimose”*, e que *“o pênis dele havia sido forçado”*, sendo que a criança nunca fez tratamento para esse problema.

Em depoimento o pai da vítima H.F.N., relata que seu filho contou sobre o abuso praticado pelo réu, ao puxar a pele do pênis com tanta força que acabou sangrando, conforme se extrai do termo de assentada (fl. 86 dos autos):

Que quando chegou em casa sua mulher E.K. contou que seu filho J.C.F., na hora do banho, contou que o acusado havia pego no pênis dele e dançado nu na frente do menino, tendo o fato ocorrido naquela manhã. Que quem estava cuidando de J. era a sogra do depoente. Que o acusado mora na casa ao lado, sendo que não há muro entre as casas, e vez ou outra J. ia brincar na casa de A.F.. Que A. não estava trabalhando porque está desempregado. Que J. contou que A.F. puxou a pele do pênis de modo a expor a glande, e o fez com tanta força que acabou sangrando o

pênis do menino. Que o que J. contou para a companheira do depoente ele contou também para o depoente. Que o depoente tem certeza de que J. não iria inventar os fatos se esses não fossem verdadeiros. **Dada a palavra ao Ministério Público, nada foi perguntado. Dada a palavra ao defensor do réu, às perguntas respondeu:** que sua companheira chegou em casa, na ocasião dos fatos, por volta das 19:30 horas. Que J. também frequenta a casa de outros vizinhos da redondeza, sendo que todos são amigos. Que sua esposa deu banho na criança por volta das 18:30 horas, quando o depoente já havia chegado em casa. Que depois dos fatos J. passou a ter medo do acusado. Que o depoente não tem conhecimento de que na ocasião J. tivesse brincado com outras crianças. Que normalmente J. brincava com outras crianças, na faixa de 6 anos ou menos. Que a rotina da vítima não se modificou depois dos fatos, mas vem sendo acompanhado por psicólogo. Que durante o dia era apenas a avó materna que cuidava da criança. Que no início do ano J. foi matriculado numa creche e frequentou uma semana o estabelecimento, mas depois, como não se adaptou, o depoente e sua companheira acharam melhor aguardar ele crescer um pouco para ele frequentar a creche. Que o depoente não era amigo íntimo do acusado, mas costumava cumprimentá-lo quando se encontravam.

Em todo o curso do processo o réu negou veementemente a autoria do crime afirmando que no dia dos fatos nem sequer viu a vítima, contudo teve o mandado de prisão decretado em 28 de julho de 2006.

Ressalta-se que no interrogatório o acusado afirma ter namorado a mãe da vítima por um mês e meio, no ano de 2000. Contudo, sempre se deu bem com a mãe e o pai da vítima, assim como a esposa do interrogando. Contou ainda, que em janeiro daquele ano a sua mulher teve desentendimento com a mãe da vítima, chegando a “bater na cara” da esposa do acusado, pois achou que a mulher feito fofoca dela, motivo pelo qual ela foi despedida do emprego.

No depoimento da companheira do acusado, I.W. conta que nunca percebeu nada de anormal na pessoa do acusado e que o relacionamento sexual do casal sempre foi normal, que naquele dia almoçou junto com o réu, e por causa de uma dor de dente, ele passou o dia inteiro em casa dormindo, sendo que a vítima estava todo o tempo em sua companhia. A companheira relata:

Que no período da manhã a depoente conversava com a avó da vítima quando o menino pediu para ir na casa da depoente, sendo que ele entrou junto com a depoente. Que a depoente fez almoço e o menino almoçou com a depoente, sendo

que depois ele foi embora para casa. Que na ocasião dos fatos o acusado não teve contato com a vítima. Que o acusado trabalhava das 05:30 horas às 19:00 horas. Que na ocasião o acusado passou muito mal à noite porque teve dor de dente. Que ele chegou a ir trabalhar mas o patrão dele mandou-o de volta para casa para que fosse dormir. Que naquele dia a depoente deixou o acusado descansando até às 14:00 horas, quando o chamou para almoçar. **Dada a palavra aos defensores do réu, às perguntas respondeu:** que enquanto a vítima permaneceu na sua casa ele ficou o tempo todo na companhia da depoente. Que a porta do quarto do acusado estava fechada. Que quando a depoente saiu de casa, o acusado estava dormindo, sendo que a casa permaneceu trancada até a depoente retornar, por volta das 10:30 horas.

(...) Que a vítima gostava muito do seu marido e também da depoente. (...) Que a vítima costumava fugir para vir até a casa da depoente, sendo que ele vinha procurar a depoente e seu companheiro. Que antes dos fatos não havia nenhuma desavença entre a depoente e os pais da vítima. (...) Que a vítima costumava freqüentar a casa da depoente, sendo que ele fazia isso com o conhecimento e consentimento da avó do menino.

A moradora vizinha T.K., a qual emprestou sua bicicleta para a mãe da vítima levá-lo ao médico, após saber da história do abuso, contada pela mãe, confirmou ter visto o órgão genital do menino, verificando estar “*um pouco vermelho*” na região do prepúcio.

As testemunhas que eram moradoras vizinhas, bem como a mulher do acusado foram consistentes em afirmar que ao menino passava muito tempo na rua, brincando com as crianças, algumas mais velhas, sendo uma das vezes, encontrado bem longe de casa.

A conselheira tutelar contou que acompanhou o caso desde o começo, conversou com a criança e viu que o pênis dele estava machucado. Disse que o garoto lhe contou que o acusado tirava a cueca e balançava o pênis para que ele repetisse o gesto. Ainda, segundo a criança, isso aconteceu por diversas vezes, enquanto a mulher do réu e sua avó permaneceram conversando do lado de fora da casa. A conselheira notou que o garoto aparentava intimidade com o denunciado e que ele até gostava da brincadeira, mas acabou contrariado ao ter o pênis machucado (fls. 85 dos autos).

A psicóloga K.M, relatou que a criança demonstrava interesse em continuar frequentando a residência do acusado, e após o noticiado abuso, o garoto passou a manipular a sua genitália, situação frequente em crianças que sofrem abuso.

A psicóloga S.F.D.B., que deu continuidade ao tratamento psicológico da criança, informou que ele disse estar melhor porque o acusado estava preso. Além disso, afirmou que a vítima disse não gostar do réu, pois ele "*mexia*" nele e isso suscita-lhe lembranças esparsas.

No relato da avó materna E.K., a criança lhe contou que fatos ocorreram pela manhã, por volta das 11:30 horas, mas que naquele dia não percebeu nenhuma anormalidade na criança.

A prova pericial foi inapta para afastar a presunção de inocência, pois os peritos apenas constataram duas pequenas lacerações na glândula, sendo verificado que a vítima era portadora de fimose, o que justificaria as pequenas lacerações, por conta das massagens que a mãe da vítima realizava no local.

Diante da inexistência de provas suficientes à condenação o magistrado *a quo* Roberto Lepper proferiu decisão absolutória, publicada em 28/07/2008, destando-se abaixo um trecho do acórdão proferido:

Nos crimes contra a liberdade sexual, comumente cometidos na clandestinidade, a jurisprudência é assente no sentido de que as declarações prestadas pela vítima, ainda que menor de idade, gozam de presunção de veracidade e servem como principal, quando não o único, elemento de prova (TJSC – Apelação Criminal nº 00.013413-9, de Itajaí, rel. Des. SOLON D'EÇA NEVES, j. em 21.11.2000 e Apelação Criminal nº 2006.012528-3, de Itajaí, rel. Des. SÉRGIO PALADINO, j. em 16.05.2006), desde que harmonizadas com os demais componentes probatórios ameadados durante a cognição criminal.

In casu, tem-se a negativa de autoria do réu *versus* aquilo que o menino J.C.F. teria dito à mãe dele. Não foi percebida qualquer mudança comportamental no menor, que jamais mostrou aversão à companhia do acusado; ao contrário, o garoto manifestou o desejo de continuar freqüentando a casa de Ademar. Além disso, o pequeno J. passava muito tempo fora de casa, na companhia de estranhos e de crianças mais velhas, sem qualquer monitoramento por parte dos pais ou responsáveis, o que, no mínimo, sugere que a vítima possa até ter sido molestada por outra pessoa.

Também é fato que, como o menino era "portador de fimose" (doc. fls. 12), a mãe dele costumava massagear a área da glândula para abrir o anel da pele que a recobre. Assim, não se pode descartar a hipótese dela ter machucado o filho numa destas práticas.

Neste contexto, não há como cogitar-se da condenação do réu. Isto porque, **“havendo um mínimo de incerteza, prevalece o princípio do *in dubio pro reo*, tornando-se preferível absolver mil culpados do que condenar um inocente. Ademais, no processo criminal não há incertezas; ou demonstra-se cabalmente a autoria e a materialidade do delito ou absolve-se, pois a dúvida é sinônimo de ausência de provas”** (TJSC – Apelação Criminal nº 2004.013105-4, de Tubarão, rel. Des. SOLON D’EÇA NEVES, julgada em 22.03.2005).

À luz do exposto, **JULGO IMPROCEDENTE** a denúncia para **absolver o réu A.F. da imputação que lhe foi dirigida, por não existirem provas suficientes para embasar a condenação requerida na denúncia (CPP, art. 386, inciso VI).**

Apesar de não ter sido reconhecido as falsas memórias pelo magistrado *a quo*, este agiu adequadamente ao decretar a absolvição do réu, que permanecia dois anos preso por um delito que não cometeu, por não haver provas suficientes a embasar a condenação, não bastando apenas as declarações da vítima.

Não fosse suficiente, o Ministério Público apresentou Recurso de Apelação Criminal requerendo a condenação do acusado nos termos da denúncia.

O Desembargador Alexandre d'Ivanenko entendeu que o recurso não merecia prosperar, destaca-se trecho do acórdão:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA OS COSTUMES. ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. RECURSO MINISTERIAL ALMEJANDO A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ORAL AMEALHADA AOS AUTOS BASEADA UNICAMENTE NO QUE O SUPOSTO OFENDIDO TERIA RELATADO. ANEMIA PROBATÓRIA PARA SUSTENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

"No processo criminal, *máxime* para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portando, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio" (RT 619/267).

"Quando exsurge dos elementos probantes alta dose de incerteza com relação a autoria dos fatos criminosos, consistentes em depoimentos de menores e negativa veemente das infrações, por parte do acusado, cujo passado não o desabona, impõe-

se a absolvição, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal" (Ap. Crim. n. 98.011616-3, de Tangará, rel. Des. José Roberge).

RECURSO DESPROVIDO.

Voto:

(...)

Embora próprio e tempestivo, o apelo não merece prosperar, porquanto, da análise detalhada dos autos, não se tem a certeza de que o apelado efetivamente cometeu o crime.

É cediço que o delito *sub judice* pode não deixar vestígios, prescindindo, portanto, a comprovação da materialidade mediante laudo pericial. A autoria, entretanto, deve ser comprovada por meio das demais provas trazidas ao caderno processual.

Como o pequeno J. C. F. não foi ouvido, a prova oral amealhada aos autos restringe-se aos relatos dos genitores do suposto ofendido, bem como da conselheira tutelar, sendo que nenhum deles presenciou o acusado agindo de forma a violentar a criança. Em que pese Eliane Kletenberg, mãe do menor, afirmar que este teria lhe dito que o apelado teria mexido em seu órgão genital, além de dançar nu na sua frente (fl. 87), esta narrativa não encontra respaldo nas demais provas produzidas durante a instrução.

O pai de J. C. F., quando ouvido em juízo (fl. 86), limitou-se a relatar o que sua esposa lhe disse, em nada acrescentando para a elucidação dos fatos.

A informante Iara Weege, companheira de Ademar, asseverou que a criança de fato esteve em sua casa no dia descrito na exordial acusatória, porém, sem ter contato com o apelado, já que este estava dormindo. Aduziu, ainda, que durante o tempo que J. C. F. esteve em sua casa, permaneceu em sua companhia (fl. 207).

A avó da vítima, Edila Klettemberg, afirmou que não percebeu nenhuma anormalidade no comportamento da criança (fl. 88).

A conselheira tutelar Rose Méry Balsani informou que o menino teria lhe dito que, por diversas vezes, Ademar tirava a cueca e balançava o seu pênis, acrescentando que o menor entendia tal ato como mera brincadeira (fl. 85).

Os relatórios da psicóloga Karina Mueller não se aprofundam na questão *sub judice*, porém relatam que os pais não perceberam nenhuma mudança no comportamento da criança, sendo que ele, inclusive, demonstrava interesse em continuar visitando o apelado.

Ora, não há dúvidas de que "as declarações de suposta vítima de crime contra os costumes só gozam de presunção de veracidade se encontram arrimo no conjunto probatório carregado aos autos" (Ap. Crim. n. 2003.015916-9, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino). Assim, na ausência de outros elementos de convicção que as ampare e lhes confira credibilidade e a certeza necessária à condenação, carecem de robustez suficiente para alicerçar veredicto condenatório.

O apelado, por sua vez, nas duas vezes em que foi ouvido (fls. 16 e 62), negou de forma veemente a acusação que lhe fora atribuída, relatando, inclusive, não entender o motivo para tanto, já que tem bom relacionamento com a família e com a suposta vítima, sendo que esta sempre demonstrou carinho por ele.

Concernente às "discretas dilacerações em glândula", atestadas no exame de corpo de delito acostado à fl. 12, faz-se mister ressaltar que a criança era portadora de fimose, sendo que os pequenos ferimentos podem ter sido causados ao massagear a área da glândula para abrir o anel da pele que a recobre.

Dessarte, vislumbra-se que o conjunto de provas angariado durante a instrução processual não é suficiente para sustentar um decreto condenatório, como bem aduziu o magistrado *a quo*:

Não há como cogitar-se da condenação do réu. Isto porque, 'havendo um mínimo de incerteza, prevalece o princípio do *in dubio pro reo*, tornando-se preferível absolver mil culpados do que condenar um inocente. Ademais, no processo criminal não há incertezas; ou demonstra-se cabalmente a autoria e a materialidade do delito ou absolve-se, pois a dúvida é sinônimo de ausência de provas" (TJSC – Apelação Criminal nº 2004.013105-4, de Tubarão, rel. Des. SOLON D'ÊÇA NEVES, julgada em 22.03.2005) (fl. 208).

Diante dos elementos apresentados ao caso, da certeza que a própria criança tinha de ter ocorrido o fato resta claro ser um caso de ocorrência de falsas memórias. A criança em momento algum negou o fato, seja perante os pais, ou seja perante a psicóloga.

O fato ocorreu com uma criança devido ao seu alto grau de vulnerabilidade e sugestionabilidade do depoimento infantil. Osnilda Pisa (2006, p. 13) averiguou diversos erros involuntários de crianças submetidas a testes de recordação, chegando a conclusão que:

o grau de sugestionabilidade das crianças mais jovens é significativamente mais alto, em razão de dois fatores diferentes: (a) *cognitio* ou *auto-sugestão*, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer; (b) e *outro social*, que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador.

As provas produzidas no presente caso corroboram o contexto probatório do sistema processual penal brasileiro, demonstrando a fragilidade da prova oral.

Nesse caso alguns pontos devem ser destacados. Primeiramente, o fato de prender um acusado de atentado violento ao pudor, baseado exclusivamente nos depoimentos da vítima e de testemunhas não-presenciais do fato, aliados a uma prova pericial não conclusiva, sem apresentar qualquer indício da agressão. Percebe-se ser um caso de extrema gravidade, pois o acusado permaneceu quase um ano em cárcere privado, sem existirem provas do cometimento do crime. As consequências da privação da liberdade de um inocente são imensuráveis para a pessoa.

É preciso ressaltar o decurso do tempo em que colheram os depoimentos das testemunhas. Havia passado oito meses do fato tido como delituoso. Com certeza, a troca de informações entre as testemunhas influenciou nas declarações.

Com relação a ocorrência das falsas lembranças na criança, pode ter sido a maneira encontrada pela criança para “chamar a atenção”, pois conforme relatos das testemunhas, ela passava muito tempo fora de casa, os pais trabalhavam o dia inteiro fora de casa, e a avó apenas lembrava dela na hora do almoço e no período da noite.

A falsa memória na criança pode, ainda, ter sido motivada pela briga ocorrida entre a sua mãe e a esposa do acusado, ocorrida naquele mesmo mês (janeiro de 2006). A partir daí, a criança criou uma situação onde afastariam ainda mais a sua mãe da família do acusado, de modo que não ocorressem mais as brigas.

No julgamento a indicação para que a criança receba o tratamento psicológico adequado, consiste em uma medida para redução de danos, a fim de buscar entender o que originou a formação dessas falsas lembranças.

O magistrado *a quo* não foi persuadido a acreditar na ocorrência de abuso sexual da vítima pelo frágil contexto probatório produzido pela acusação, utilizando apenas os depoimentos testemunhais para fundamentar a sua decisão.

Ressalvou ainda, que apesar do depoimento de crianças, gozarem de presunção de veracidade, demonstrou-se cauteloso ao fato de que outros componentes probatórios não foram suficientes a comprovar a materialidade e autoria do delito, devendo vigorar a presunção de inocência quando houver incertezas e ausência de provas.

Percebe-se a observância dos julgadores às circunstâncias anteriormente explanadas como: obediência à presunção de inocência, utilização do princípio do *in dubio pro reo*, a

fragilidade da prova testemunhal, sugestionabilidade das crianças, a ocorrência de falsas memórias e a necessidade de encaminhamento para tratamento psicológico.

Tais características observadas no julgador demonstram que ele se mostra aberto a outras hipóteses diversas da acusatória, prevalecendo a necessidade de instrução probatória de qualidade para basear a acusação.

O viés do entrevistador também influencia, pois se percebe uma tentativa de maximizar as revelações das psicólogas em afirmar que a vítima não mais queria ver o acusado, e passou a mexer na genitália após o relatado abuso. A realização de perguntas fechadas induzia a criança a acreditar no abuso pelo acusado, e a cada nova entrevista realizada, reforçava-se a falsa lembrança.

Apesar das outras evidências fornecidas pela criança incompatíveis e estranhas a esses casos, como o fato da criança querer continuar indo a casa do acusado, não se importar em vê-lo e gostar de ficar perto dele, essas são ignoradas e interpretadas dentro da prévia convicção das psicólogas e conselheira tutelar, originados de uma entrevista altamente sugestiva.

Dessa forma, constata-se um caso da ocorrência de falsas memórias em depoimento infantil, onde houve uma distorção da memória, pois o testemunho é falso, mas a criança acredita estar dizendo a verdade, acredita recordar de algo que na realidade não ocorreu.

Alguns aspectos comprometedores do depoimento de crianças merecem ser ressaltados como o desenvolvimento fisiopsicológico, a percepção, a imaginação, a emotividade, a atenção, a memória, o intervalo de tempo, a sugestão, as mentiras e erros, a curiosidade e a vaidade. Além disso, as crianças tem facilidade em descobrir a opinião do entrevistador, por conta da sua intuição, o que compromete o seu depoimento, ao confundir o que ela viu, com aquilo que o entrevistador espera que ela tenha visto.

Ademais, os relatos fantasiosos e incoerentes das crianças, são insuficientes para condenar o réu. Isso tudo corrobora o que foi anteriormente explanado, sobre a percepção nos levar a erros, ao preenchermos as “lacunas” da memória com outras lembranças, no caso das crianças fica mais acentuado, pois substituem certos acontecimentos com a sua imaginação.

Conforme pondera Di Gesu *apud* Osnilda Pisa (2010, p. 124):

Por essas, entre outras tantas razões, que a obtenção de informações precisas de crianças é uma tarefa bastante árdua, tendo em vista que '(1) as crianças não estão acostumadas a fornecer narrativas elaboradas sobre suas experiências; (2) a passagem do tempo dificulta a recordação de eventos; e (3) pode ser muito difícil reportar informações sobre eventos que causam estresse, vergonha ou dor'. A disposição infantil, ao se adaptar à expectativa do entrevistador, a fim de demonstrar cooperação com o adulto, não permite a resposta ao que não sabe.

Por isso, o depoimento das crianças deve ser valorado com bastante cautela, pois além de tudo o que foi elencado, as crianças são extremamente sugestionáveis, e instintivamente buscam adaptar o seu testemunho àquilo que julga esperar dela.

3.2 Julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina reconhecendo o falseamento da verdade

Há alguns julgados do Tribunal de Justiça de Santa Catarina que merecem destaque ao reconhecer a ocorrência das falsas memórias.

Sem adentrar em detalhes do caso, na Revisão Criminal nº 2011.040149-5, de relatoria da Desembargadora Salete Silva Sommariva, a testemunha busca retratar-se das declarações prestadas em juízo, alegando estar sob influência de demais colegas de trabalho.

O caso referia a adolescentes, acusados pela prática de roubo duplamente circunstanciado (artigo 157, §2º, incisos I e II, do Código Penal), realizado no Auto Posto Bela Vista, enquanto a vítima Ana Paula e José Luíz trabalhavam.

A vítima Ana Paula ao realizar o ato de reconhecimento, identificou os acusados Maicon e Alexandre. Enquanto a outra vítima, apenas reconheceu o acusado Alexandre.

Perante a autoridade policial a vítima Ana Paula declarou o seguinte:

[...] por volta das 21:30 horas a declarante estava trabalhando no Auto Posto Bela Vista, sito à Rua Prefeito Helmuth Falgatter, quando percebeu a presença de um indivíduo magro, baixo, moreno, olhos, aparentando o rosto deformado e dentes estragados; que o homem com arma em punho chegou ao lado da declarante e disse para a declarante "passa o dinheiro"; que o indivíduo disse que gostaria de levar somente o dinheiro [...] que em frente ao caixa pelo lado de fora tinha outro cidadão

com a blusa protegendo parte do rosto; que este homem era alto, cabelos, olhos e pele claro; que, inclusive a declarante percebeu que o rapaz alto e claro tinha uma tatuagem na perna; [...] que a declarante deixou em sua memória o rosto dos dois envolvidos, quando os viu na sala de reconhecimento e também por foto não teve dúvidas que foram os indivíduos autores do roubo. (fls. 09/10 dos autos).

Em juízo a testemunha proferiu as declarações:

Que eram dois assaltantes; que os assaltantes estavam com a face limpa; que identificou a face de ambos [...] que dois homens chegaram e de imediato anunciaram o assalto; que um deles empunhando arma foi para trás do balcão onde a depoente estava; que outro ficou em frente ao balcão; que subtraíram cerca de 300 reais, todas as sobrecargas de celular e um aparelho celular de um cliente; que o assaltante que foi para dentro do balcão tinha uma tatuagem na perna; que o assaltante que ficou fora do balcão tentava se proteger cobrindo o rosto com uma blusa deixando só os olhos a descoberto; que em nenhum momento viu o rosto inteiro deste assaltante; que mais tarde identificou o réu Maicon como sendo aquele que entrou no balcão com a arma em punho, bem como o que tinha tatuagem; que foi na delegacia fazer o reconhecimento pessoal; que os dois detidos foram colocados em uma sala e a depoente identificou os dois; que identificou o assaltante que havia deixado a blusa cobrindo o rosto, pelo olhar; que depois disso a polícia mostrou muitas fotografias tendo a depoente continuando reconhecendo os dois detidos nas fotos; que o réu fotografado à fl. 21 foi quem assaltou a depoente dentro do balcão e que tem uma tatuagem; que o réu fotografado à fl. 28 é o assaltante que ficou do lado de fora do balcão com a blusa sobre o rosto [...] que não lembra que algum dos assaltantes tinha os dentes estragados; que não recorda da declaração feita à fl. 09 sobre dentes estragados e rosto deformado; que a depoente não chegou a descrever as características dos assaltantes no momento em que a polícia foi chamada; que o Posto tem vídeo para monitoramento; que toda a atuação foi gravada; que a depoente viu que o assaltante que ficou de fora do balcão usava tênis vermelho (fls. 219/220).

Conforme os depoimentos prestados, o primeiro no dia do delito e o segundo quatro meses após o delito, a vítima tinha certeza da participação de Maicon no assalto, divergindo apenas sobre pequenos detalhes do acusados, como a tatuagem e os dentes estragados.

Todavia, quatro anos após o assalto, em novo depoimento, colhido em justificação judicial a vítima afirma:

[...] que na ocasião do reconhecimento na delegacia a depoente estava com depressão; que foi feita muita pressão e todos diziam para a depoente que tinha sido o Maicon o autor do crime; que o dono do posto dizia para a depoente que era o Maicon; que então a depoente acabou dizendo que reconhecia o Maicon; que quando do ato de reconhecimento em Juízo a depoente estava sob efeito de medicamentos e nem lembra ao certo como tudo aconteceu; que não conhecia o Maicon; que veio a conhecê-lo depois dos fatos; que depois dos fatos a depoente encontrou o Maicon; que a depoente trabalhava com o marido numa loja de chaveiro; que o Maicon chegou a ir umas duas vezes na loja para fazer cópia de chaves; que na segunda vez o Maicon começou a conversar com o marido da depoente e contar sobre a vida quando então perguntou para a depoente se era a depoente que o tinha reconhecido; que a depoente disse que sim mas só então viu que o Maicon não podia ser o autor do crime do qual a depoente foi vítima; que tem certeza que não foi o Maicon o autor do crime [...] que quando viu o relato do Maicon ficou com remorso e pena. (fl. 67 dos autos).

Aparentemente a vítima teve uma falsa lembrança, a qual foi reconhecida no julgamento da revisão criminal, pela Desembargadora Salete Silva Sommariva:

Observa-se que a vítima prestou novas declarações quase 4 (quatro) anos após ter sido ameaçada por duas pessoas, que portavam arma de fogo. Atualmente a vítima trabalha noutro estabelecimento, ao lado de seu esposo, ou seja, retornou à rotina mais tranquila dos afazeres e deixou para trás os acontecimentos no posto de combustível. Da mesma forma, é possível que o revisando, passado esse período, tenha alterado um pouco sua fisionomia, até mesmo se arrependido da vida pregressa e adotado uma postura menos agressiva, hipótese que poderia confundir a vítima e levá-la a imaginar que o próprio não participara do delito ocorrido há 4 (quatro) anos atrás. Por fim, é de se levar em consideração que a depoente admitiu ter ficado com remorso e pena de Maicon, sentimentos que, depois de tanto tempo, ganham destaque se sopesados com a perplexidade e o medo da época do assalto.

Dessa forma, o atual depoimento tenta retirar do revisando a responsabilidade pela prática do crime, mas não é suficiente para modificar as declarações colhidas anteriormente, as quais restaram confirmadas pelas outras testemunhas e as circunstâncias em que o crime fora praticado.

O falseamento da lembrança nesse caso ocorreu posteriormente ao delito, quando a vítima se deparou com o condenado pela prática de roubo, e na sua mente, era inconcebível que aquele “ladrão” estivesse ressocializado. Nesse momento, a vítima adotou uma falsa memória, criando a ilusão de que o chefe havia influenciado no seu depoimento. Isso associado a um estado de humor (depressão) em que a vítima se encontrava na ocasião do assalto, e ao fato de posteriormente deparar-se com o acusado, fora da ocasião de estresse, fora da mira de uma arma, facilitando a solidificação da falsa lembrança de que não era aquele o assaltante.

No julgamento a magistrada reconhece a ocorrência de falsas lembranças na vítima, por conta do decurso do tempo entre o delito e seu último relato (quatro anos) e pela vítima ter sofrido o “choque” de encontrar o assaltante, em situação cotidiana, provavelmente com melhores vestimentas e fora da situação de estresse em que estava.

Diante do caso, conclui-se que a única prova dos autos foram os relatos das vítimas, que após declaração perante autoridade policial e autoridade judiciária reconheceram os acusados. Contudo, pela única prova da acusação de Maicon ter sido limitada à memória da vítima Ana Paula, esta ficou assustada ao encontrar o acusado. Por isso, cabia ao entrevistador procurar esclarecer e realizar a última entrevista de forma cognitiva, tentando minimizar os efeitos do falseamento da lembrança.

Nos casos apresentados foram reconhecidas as falsas lembranças, contudo há formas de evitar a ocorrência das falsas memórias através de medidas de redução de danos.

3.3 Entrevista Cognitiva como Medida para Minimizar as Falsas Memórias

Nos casos apresentados foram reconhecidas as falsas lembranças, contudo há formas de evitar a ocorrência das falsas memórias através da adoção de algumas medidas de redução de danos, ao realizar a oitiva da testemunha ou da vítima, a fim de produzir uma prova mais qualificada, consistente, confiável e apta a convencer o julgador.

A maneira de se evitar a formação de falsas memórias, remete a abordagem da memória realizada no segundo capítulo, onde temos os três momentos da memória: a aquisição, quando ocorre o fato, exercendo influencia as condições em que ocorreu o acontecimento; a retenção, que refere-se ao transcurso de tempo entre a observação do

episódio e sua recordação posterior; e a recordação, quando se recupera a informação armazenada na memória.

É na recordação que ocorrem as falsas memórias, devido a informações posteriores ao evento que confundem a testemunha, a qual não distingue o evento original daquilo que foi posteriormente incorporado.

Dado esse panorama, de nada adianta a boa aquisição e retenção da memória, se houver falha na recuperação da lembrança. Ocorre que os profissionais encarregados da investigação preliminar e da instrução processual desconhecem a psicologia do testemunho, por isso a dificuldade em reconhecer casos de falsas lembranças.

A utilização de técnicas inadequadas nas entrevistas limita as informações fornecidas pelas vítimas e testemunhas no relato dos fatos presenciados. Em regra geral, o sistema legal brasileiro emprega a chamada “entrevista stándar”, que é composta de duas fases: a narrativa, onde o entrevistado descreve os fatos tal como os recorda; e a interrogativa, que objetiva suprir os detalhes, formulando questionamentos específicos.

A vantagem da fase narrativa é a minimização da indução de respostas por parte do entrevistador. Por outro lado, a fase interrogativa dependerá do viés do entrevistador, que pode formular perguntas abertas, que são aquelas em que a declaração é mais extensa, e se busca a recordação livre; ou perguntas fechadas, consiste nas respondidas com poucas palavras, sendo que o entrevistador fornece escolhas e o entrevistado responde fundamentado nas suas lembranças.

A realização de perguntas abertas evita a formação das falsas memórias, pois quanto mais se restringe a pergunta, maior a probabilidade de indução da resposta. É o que ocorre nas perguntas fechadas, onde o entrevistador restringe a pergunta ou a formula de modo tendencioso, aumentando o risco de contaminação do depoimento.

Nesse contexto, o entrevistador deverá obter o relato da testemunha utilizando estratégias para motivar e auxiliá-la a descrever o evento em detalhes e com maior precisão possível. Visando minimizar as falhas apresentadas pela memória surgiu a entrevista cognitiva, que obtém as informações de modo quantitativa e qualitativamente superiores aos interrogatórios tradicionais.

A entrevista cognitiva envolve uma abordagem organizada em cinco etapas. A primeira etapa consiste na construção do *rapport*, momento em que se personaliza a

entrevista, o entrevistador constrói um ambiente acolhedor, por estar lidando com uma vítima ou testemunha de situações, em muitos casos, traumática. O entrevistador estabelece uma relação interpessoal com a testemunha, discutindo assuntos neutros. Após o entrevistador explica os objetivos da entrevista e transfere o controle para o entrevistado, de modo que a testemunha assuma um papel ativo na entrevista.

A segunda etapa refere-se a restabelecer mentalmente o contexto no qual a situação ou crime ocorreu, baseando-se no postulado de que as lembranças são formadas por uma rede de associações, existindo diversos caminhos pelos quais pode ser recuperada. Pelas informações armazenadas na memória estarem associadas ao contexto em que foram apreendidas, o entrevistador auxilia a recriar o contexto ambiental, perceptual e afetivo, colocando a testemunha novamente no fato ocorrido.

A terceira etapa envolve a narrativa livre, onde a testemunha relata tudo aquilo que conseguir lembrar sobre o fato, de forma livre, sem interrupções. Nesse momento cabe ao entrevistador manter uma postura de interesse, atenção, escutando a testemunha e, se necessário, fazer breves anotações.

A quarta etapa será o momento dos questionamentos pelo entrevistador, que buscará informações compatíveis com o nível de compreensão da testemunha, baseados nos elementos trazidos no relato livre. O entrevistador deverá priorizar o uso de perguntas abertas, sem ser sugestivo nas indagações, de modo a obter esclarecimentos e detalhamento do relato. Nesse momento, o entrevistador deverá possibilitar múltiplas recuperações, como por exemplo, solicitar à testemunha que relate o evento como se estivesse na posição de uma outra pessoa presente.

A quinta, e última etapa diz respeito ao fechamento da entrevista, momento em que o entrevistador fornece uma síntese das informações obtidas. Ademais, deixa-se disponível no caso da testemunha lembrar algum fato não relatado, estendendo a vida útil da entrevista.

A entrevista cognitiva evita que a vítima ou testemunha precise revivenciar a situação traumática, por conta de dúvidas ou lacunas no depoimento, além de principalmente, evitar a contaminação dos relatos com falsas memórias.

Tendo em vista a limitação do sistema penal brasileiro em disponibilizar treinamento para que policiais e psicólogos conduzam a técnica apropriadamente, bem como disponham tempo para realizar essas entrevistas, por serem mais demoradas que outros tipo de entrevistas, a substituição das antigas formas de entrevista pela entrevista cognitiva ainda

possui muitas barreiras, contudo, percebe-se uma ponta de interesse por parte de promotores, psicólogos, policiais e demais operadores do direito por essa mudança.

CONCLUSÃO

No sistema processual brasileiro existe uma enorme deficiência na investigação preliminar. As consequências disso são percebidas na baixa qualidade das provas colhidas, pela carência técnica em perícias, exames e colheita de digitais.

O reflexo dessa deficiência ocorre nos julgamentos processuais, que dependem quase que exclusivamente da prova testemunhal, a qual constatou ser uma prova extremamente frágil, sugestionável e maculada por falsas lembranças.

Neste contexto, o processo penal deve ser encarado como instrumento neutro da jurisdição, devendo ser abandonada a concepção de ser um direito de punir do Estado, e priorizada a dignidade do ser humano. A forma de preservar as garantias individuais, sob o aspecto da ocorrência das falsas memórias, é através do fornecimento de técnicas que minimizem as chances de ocorrência de erros nos julgamentos.

Os julgados apresentados retrataram os equívocos das testemunhas presenciais de um evento, pela implantação de falsas lembranças. Com relação aos depoimentos obtidos de crianças, a cautela deve ser maior, por serem altamente sugestionáveis, em função da vontade de corresponderem às expectativas do entrevistador.

É necessário conhecer os pontos frágeis deste tipo de prova, para poder trabalhar e melhorar as deficiências comprometedoras de sua confiabilidade, através da utilização de medidas de redução de danos, como por exemplo, a entrevista cognitiva.

Por isso, a utilização da técnica da entrevista cognitiva, consiste na melhor solução para evitar a formação de falsas lembranças em testemunhas e vítimas traumatizadas. O empreendimento desta técnica, pelo menos naquelas vítimas e testemunhas mais frágeis, como as crianças, já seria um início de mudança das entrevistas investigativas.

Ressalta-se que já foi descoberto, através de avançadas técnicas de escaneamento do cérebro, haver diferença nos padrões de ativação quando há recordação de um fato verdadeiro e de uma falsa memória. Isso não significa que deverá utilizar em todos, porém o fato de saber que é possível identificar as falsas memórias, já causa um certo conforto.

Não se deve desconsiderar o aspecto subjetivo da testemunha, como ocorre no processo penal brasileiro. Desconsiderar o fato da memória ser altamente sugestionável e a percepção de um fato ser parcial e facilmente modificada é preocupante, pois se está lidando

com a liberdade do acusado. A produção de uma prova testemunhal deficitária, pode causar (e causa) danos irreparáveis, tanto ao acusado injustamente, como ao portador da falsa lembrança.

Percebe-se que o Tribunal de Justiça de Santa Catarina ainda trata muito pouco desse tema, considerado ainda novo pelos magistrados. Isso ocorre, pela falta de bibliografias atualizadas, desconhecimento dos professores da graduação e cursos especializantes e falta de novos estudos sobre o tema, que como se pode perceber do presente trabalho, são estudos muito antigos, que datam da década de 70.

Destarte, não se quer desacreditar a prova testemunhal, apenas demonstrar que, dependendo do contexto, ela não pode ser suficiente a derrubar a presunção de inocência, pois os riscos da indução e sugestionamento no processo penal podem acarretar na condenação de pessoas inocentes.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **Manual de processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1997

BINDER, Alberto M. **O Descumprimento das Formas Processuais. Elementos Para um Crítica da Teoria Unitária das Nulidades do Processo Penal**, 2003.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

_____. **Código Penal**: Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

_____. **Código de Processo Penal**: Lei nº 3.931 de 11 de dezembro de 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 nov. 2012.

CARRARA, Francesco. **Programma di diritto criminale**, v. 3, 1859.

CARVALHO, Luis G. Grandinetti Castanho de. **Processo Penal e Constituição: Princípios Constitucionais do Processo Penal**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2009.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Tomo II, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios Gerais do Processo Penal Brasileiro**. Revista de Estudos Criminais, vol. 01, nº 01. Porto Alegre: Editora Notadez, 2001.

_____. **O papel do novo juiz no processo penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DELLEPIANE, Antonio. **Nueva teoria general de La prueba**. Bogotá: Ed. Temis, 1961

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón. Teoria Del Garantismo Penal**. 2ª ed. Madri: Trotta, 1997.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas Jurídicos y Políticos Del Proceso Penal**. Barcelona, Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**, 1997.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Porto Alegre: Artemed, Reimpressão, 2006.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol. 1. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MIRANDA, Claudia. **Falsas Memórias não são mentiras**. Disponível em <<http://oglobo.com/especiais/vivermelhor/mat/246704970.asp>>. Acesso em 11 jun. 2012

PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças**. Dissertação de Mestrado, Programa de Pós-Graduação em Psicologia, Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade, PUCRS, Orientadora Lílian M. Stein. Porto Alegre, julho de 2006.

PISA, Osnilda; STEIN, Lílian Milnitsky. **Entrevista Forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho**. Revista Ajuris. Vol. 33, nº 104. Porto Alegre: dezembro de 2006.

SCHAFF, Adam. **A teoria da verdade**, Ed. Lautaro, Buenos Aires: 1964

SILVA, Germano Marques da. **Curso de Processo Penal**. Lisboa, Ed. Verbo, 1993, v. 2

Roediger, H. L., III, & McDermott, K. B. (1995). Creating false memories: Remembering words not presented on lists. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, 21, 803-814.

STEIN, Lílian M., et al. **Memória, humor e emoção**. In: Revista de Psiquiatria. Porto Alegre, jan/abr, 2006.

_____. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artemed, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 33ª ed. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2011.