

UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE - UNESC

CURSO DE DIREITO

JEFFERSON BOTELHO VIEIRA

**VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL DIANTE DAS FALSAS MEMÓRIAS: A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA  
NA FASE DA AÇÃO PENAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO *IN DÚBIO PRO  
REO.***

**CRICIÚMA**

**2013**

# **JEFFERSON BOTELHO VIEIRA**

**VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL DIANTE DAS FALSAS MEMÓRIAS: A INQUIRÇÃO DE TESTEMUNHA  
NA FASE DA AÇÃO PENAL SOB O ENFOQUE DO PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E DO *IN DÚBIO PRO  
REO.***

Trabalho de Conclusão de Curso,  
apresentado para obtenção do grau de  
Bacharel no curso de Direito da  
Universidade do Extremo Sul Catarinense,  
UNESC.

Orientador(a): Prof. Frederico Ribeiro de  
Freitas Mendes

**CRICIÚMA**  
**2013**

**JEFFERSON BOTELHO VIEIRA**

**Verdade real no processo penal diante das falsas memórias: a  
inquirição de testemunha na fase da ação penal sob o enfoque do  
princípio da segurança jurídica e do *in dúbio pro reo*.**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado  
pela Banca Examinadora para obtenção do  
Grau de Bacharel, no Curso de Direito da  
Universidade do Extremo Sul Catarinense,  
UNESC.

Criciúma, 11 de dezembro de 2013.

**BANCA EXAMINADORA**

Frederico Ribeiro de Freitas Mendes - Especialista - Orientador

Anamara de Souza - MSc

João de Mello - Especialista

Inicialmente, agradecer a Deus, sobre  
todas as coisas. Aos meus pais pelo

**incentivo e apoio.**

## AGRADECIMENTOS

Inicialmente agradeço a Deus, por ter iluminado todos os meus passos ao longo da trajetória acadêmica, proporcionando a realização deste trabalho. A minha família, especialmente aos meus pais, Lavina Botelho e Joel Botelho Vieira, meus sinceros agradecimentos, pelo apoio e incentivo durante os meus estudos, tornando este momento possível. Ao professor Frederico Ribeiro de Freitas Mendes, meu orientador e amigo, que sempre me estimulou para concretização e conclusão deste trabalho, privando pela defesa da justiça. Não poderia ainda deixar de agradecer aos professores Anamara e João Mello, que gentilmente aceitaram participar da banca avaliadora. Aos professores e colegas da UNESC, pelo conhecimento e troca de experiências jurídicas transmitidas durante o curso, bem como pela amizade construída. Por fim, e não menos importante, aos meus caros colegas que durante 5 anos foram a minha família, alguns foram meus conselheiros, outros deram uma de psicólogo, enfim, cada um tinha sua peculiaridade na qual se tornaram imensamente importante e fundamental para minha formação. Obrigado Mariah da Rocha Dias, Joziane Eyng, Monique Antunes de Souza, Ronaldo Bussolo, Gabriela Meller de Luca, Rafaela Bento, Rafaela Colares, Cristiane Alves, Tamires Scarpari, Helena Darós, Angélica Possamai, todos que contribuíram de forma direta ou indireta, para realização deste sonho.





**“O conteúdo da memória é a função da velocidade do esquecimento. Isso quer dizer que a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento. Porém, a rapidez do esquecimento é mais importante, porque se esquecemos muito rápido, caímos na amnésia, mas se nós não esquecemos ficamos loucos.”**

**Paul Virilio**

## RESUMO

O presente trabalho foi realizado com intuito de obter uma análise, conceituação, compreensão nas denominadas falsas memórias no processo penal, tendo em vista que os intérpretes do poder judiciário, especialmente, lidam diariamente com coleta de depoimentos dos sujeitos do processo, seja vítima, testemunha ou acusado. Por falsas memórias narra-se a lembrança que um indivíduo confia ter sobre um acontecimento que, de fato, aconteceu de forma parcial ou inexistente. As falsas memórias acontecem tendo como base a capacidade de o cérebro reunir as informações obtidas ou existentes com aquelas recebidas do espaço externo, criando uma cena que não condiz com a realidade. Importante destacar que as falsas memórias não acontecem exclusivamente pelo inconsciente do indivíduo, mas podem ser inseridas em seu imaginário por outrem. Procedeu-se de uma pesquisa descritiva, com enfoque qualitativo, com o intuito de apresentar as teorias localizadas quanto ao tema de pesquisa, além de relacioná-las umas com as outras para que se conseguisse achar os pontos mais acentuados sobre o tema. Sabendo-se que o processo penal ocorre com a finalidade de atribuir uma pena justa e harmônica com a conduta do sujeito, é preciso ficar claro que o emprego de uma testemunha já afetada pelo fenômeno das falsas memórias pode afetar todo o processo, além de levar ao evento de um julgamento injusto, absolvendo ou condenando o acusado.

**Palavras-chave:** Processo Penal. Testemunha. Memória. Falsas Memórias.

## **SUMÁRIO**

### **1 INTRODUÇÃO**

### **2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O RITO ORDINÁRIO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

#### **2.1 RITO PROCESSUAL**

#### **2.2 PROVA**

#### **2.3 DISTINÇÕES ENTRE PROVA E ELEMENTOS INFORMATIVOS**

#### **PRINCÍPIOS DA PROVA**

#### **2.5 PROVAS ILÍCITAS**

##### **2.5.1 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO**

#### **2.6 ÔNUS DA PROVA**

### **3 PROVA TESTEMUNHAL**

#### **3.1 CARACTERÍSTICAS**

#### **3.2 PROCEDIMENTOS PARA OITIVA DA TESTEMUNHA:**

#### **3.3 CONFRONTOS A PROVA TESTEMUNHAL**

#### **3.4 QUEM PODE SER TESTEMUNHA**

#### **3.6 FALSO TESTEMUNHO**

#### **3.7.2 A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA INQUISITÓRIO, SISTEMA ACUSATÓRIO E A BUSCA INCESSANTE DA VERDADE REAL.**

#### **3.8 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

### **4. FALSAS MEMÓRIAS**

#### **4.1 MEMÓRIA**

##### **4.1.1 ESQUECIMENTO E MEMÓRIA**

#### **4.2 O QUE SERIA FALSAS MEMÓRIAS?**

#### **4.3 FALSAS MEMÓRIAS, MENTIRA E CRIPTOMNÉSIA**

#### **4.4 O PECADO DA ATRIBUIÇÃO ERRADA**

#### **4.5 FALSAS MEMÓRIAS E JULGAMENTOS**

#### **4.6 CASOS ENVOLVENDO FALSAS MEMÓRIAS**

#### **4.7 FATORES DE CONTAMINAÇÃO TESTEMUNHAL**

##### **4.7.1 O TRANSCURSO DO TEMPO**

##### **4.7.2 A IMPRENSA**

**4.7.3 A LINGUAGEM E O MÉTODO DO ENTREVISTADOR**

**4.7.4 SUBJETIVISMO DO JULGADOR**

**4.8 A ENTREVISTA COGNITIVA**

**4.9 A BUSCA DE REDUÇÃO DE DANOS**

**4.10 APLICABILIDADE DA REDUÇÃO DE DANOS NO BRASIL**

**5 CONCLUSÃO**

**REFERÊNCIAS**

## 1 INTRODUÇÃO

A redação atual do Código de Processo Penal prevê o adiantamento da audiência de instrução e julgamento com objetivo justamente de evitar o fenômeno do esquecimento ou até mesmo das falsas memórias no colhimento de depoimentos das testemunhas.

Em que pese à tentativa de evitar danos ao processo penal, de fato a realidade processual é diferente do tipificado em lei, haja vista que o decurso temporal entre a data dos fatos e a oitiva da testemunha em juízo muitas vezes é longa e pode ser crucial para a formação da convicção dos julgados. Esse é um dos fatores que separa a lei da realidade vivenciada nos processos penais.

Não sendo caso de absolvição sumária, o juiz designará audiência de instrução e julgamento, permitindo, em tese, a velocidade processual que se tenta imprimir. Entretanto, ocorrem imprevistos que atrasam a designação de audiência como, por exemplo, quando o acusado não é encontrado para responder à acusação. Ainda, a dificuldade de encontrar testemunhas, sendo inquiridos tempos depois dos fatos, dificulta a celeridade processual.

Inúmeros processos são julgados a partir de utilização de provas testemunhais, unicamente nas palavras/lembranças das vítimas ou das testemunhas. Essa prova oral, por consequência, é a única a embasar não só a acusação como também a condenação na falta de outros elementos probatórios.

Para Izquierdo (2006, p.25):

[...] nas primeiras horas de sua aquisição, as memórias declarativas de longa duração são suscetíveis à interferência por numerosos fatores, desde traumatismo craniano ou eletrochoques convulsivos, a uma variedade enorme de drogas e, até mesmo, à uma ocorrência de outras memórias. Ainda, à exposição a um ambiente novo dentro da primeira hora após a aquisição a um ambiente novo dentro da primeira hora após a aquisição pode deturpar seriamente ou até cancelar a formação definitiva de uma memória de longa duração.

As falsas memórias podem ser geradas até mesmo espontaneamente, por auto-sugestão, como resultado do processo normal de

compreensão, “fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas” (STEIN, 2001, p. 354).

Importante ressaltar que a mídia pode ser decisiva na formação da convicção da testemunha. Portanto, se os jornalistas estão apenas proporcionando a informação sobre a ocorrência do crime, estes não estão cometendo falta alguma, pelo contrário, estão cumprindo as suas funções sociais. O que deve se evitar são aqueles juízos de valor que podem influenciar a sociedade.

Logo, a relevância social em se estudar o tema proposto é justamente apresentar medidas cabíveis para diminuir o risco que sofre os depoimentos, sendo possível manter a segurança jurídica no ato da sentença penal com base em depoimentos fortes e ricos em detalhes.

## **2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O RITO ORDINÁRIO NO ATUAL CÓDIGO DE PROCESSO PENAL**

Entre os sistemas processuais penais, quais sejam, o sistema inquisitório, acusatório e o sistema misto ou francês, existentes no processo penal, o adotado no Brasil foi o sistema acusatório, que tem como principais características o comparecimento de partes distintas, a publicidade e oralidade, sendo respeitado o contraditório entre as partes, bem como a paridade entre as mesmas.

O sistema acusatório, sendo o sistema adotado no Brasil, está devidamente explicito na Constituição Federal de 1988, mais precisamente no art. 129, I :

Art. 129: São funções institucionais do Ministério Público:  
I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; (BRASIL, 2013)

Neste sentido, percebe-se que o sistema adotado é o modelo mais adequado e garantir a celeridade processual bem como assegurar os princípios inerentes a garantir os direitos dos acusado.

### **2.1 RITO PROCESSUAL**

No atual Código de Processo Penal, depara-se com o Rito Ordinário (art. 395 a 405); Sumário (art. 531 a 538); Sumaríssimo, este previsto no Código de Processo Penal, entretanto disciplinado pela Lei 9.099/95 e os Ritos Especiais, previstos nos arts. (513 a 530-I e os crimes de competência do Júri art. 406 a 497).

No presente trabalho, será utilizada como referência o Rito Ordinário, em razão da maior amplitude e aplicabilidade.

Basicamente, três leis alteraram o procedimento ordinário, sendo a Lei nº 11.689, Lei nº 11.690. Lei nº 11.719, sendo estas mudanças pontuais.

O procedimento do rito ordinário é aquele cujos crimes tem a pena máxima em abstrato maior ou igual a 4(quatro) anos (art. 394, §1º, I do CPP).

Anterior ao processo no judiciário, é instaurado a investigação preliminar, podendo essa ser instaurada pela autoridade policial ou pelo Ministério Público em casos de “sindicâncias e processos administrativos contra funcionários públicos” (Lopes Jr., 2013, p. 281)

O Inquérito policial é realizado pela polícia judiciária (Polícia Civil, Federal ou Estadual) onde é feito um levantamento de diligências que possam elucidar a prática criminosa. Ademais, o inquérito policial “deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual” (Lopes Jr., 2013, p. 280).

Vale salientar que a participação do Ministério Público é considerada como suplementar. Segundo Fernando da Costa Tourinho Filho (2009, p.74) “não poderá, pois, a Autoridade Policial deixar de atender às requisições da Autoridade Judiciária ou do Ministério Público”

Quanto ao valor probatório do Inquérito Policial, o mesmo tem natureza informativa, onde os elementos colhidos servem como embasamento e produz atos de investigação, tendo seu valor probatório limitado.

Em que pese o inquérito policial não ter o mesmo valor da ação penal, Aury Lopes Jr. defende seu valor:

Sem embargo, devemos destacar que, apesar de “informativo”, os atos do inquérito servem de base para restringir a liberdade pessoal (através das prisões cautelares) e a disponibilidade de bens (medidas cautelares reais, como o arresto, seqüestro etc.). Ora, se com base nos elementos do inquérito o juiz pode decidir sobre a liberdade e a disponibilidade de bens de uma pessoa, fica patente sua importância!” (Lopes Jr., 2013, p. 325)

Concluído o inquérito no prazo legal, este é remetido ao Poder Judiciário com o referente relatório, que é dispensável, elaborado pela autoridade policial competente.

Quanto à discussão, Renato Brasileiro pondera que

[...] de acordo com o Código de Processo Penal (art. 10,§1º), o inquérito policial deverá ser concluído com a elaboração, por parte da autoridade policial, de minucioso relatório do que tiver sido apurado, com posterior remessa dos autos do inquérito policial ao juiz competente. (Lima, 2012, p. 170).



Recebendo os autos, o Poder Judiciário, em se tratando de crime de ação penal de iniciativa privada, deve decidir pela permanência do inquérito em cartório, esperando a iniciativa do ofendido, conforme previsto art. 19 do CPP.

Em se tratando de Ação Penal Pública Incondicionada, depois de recebida a peça acusatória, abre-se vista ao Ministério Público, representado pelo promotor de justiça, abrindo 5 (cinco) possibilidades: 1º - Oferecimento da Denúncia; 2º - Arquivamento dos autos do inquérito policial, com aval do Poder Judiciário; 3º - Requisição de diligências à autoridade policial; 4º - pedido de declinação de competência; 5º- suscitar conflito de competência.

Sobre o tema, preceitua Renato Brasileiro, que “essas 5 (cinco) providências podem ser adotadas pelo Ministério Público...”. (Lima, 2012, p. 176)

Ofertada a denúncia, o juiz terá 3 (três) possibilidades para rejeitar a mesma, conforme previsto art. 395 do CPP.

Art. 395: A denúncia ou queixa será rejeitada quando:  
I – for manifestamente inepta;  
II – faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou  
III – faltar justa causa para o exercício da ação penal. (BRASIL, 2013).

Ultrapassada o juízo de admissibilidade, o juiz receberá a inicial determinando a citação do acusado.

Explica Válter Kenji Ishida (2012, p.253) que:

Citado pessoalmente (art.367), o réu passa a ter a obrigação de contestar. O prazo é de dez dias contado da data efetiva da citação e não da juntada do mandado.

[...]

Na prática, a resposta do réu ou defesa preliminar tende a se limitar a uma exposição do rol de testemunhas de defesa. Ou seja, a sua importância é mais teórica do que prática.

Devidamente citado e apresentado a resposta à acusação, o juiz poderá absolver sumariamente o acusado se verificada as condições do art. 397 do CPP.

Ausentes os casos ensejadores de absolvição sumária, o juiz

designará a audiência e intimará o acusado e seu defensor, do Ministério Público e testemunhas para audiência de Instrução e Julgamento (art. 399 do CPP).

Nessa audiência, a ideia principal é que sejam realizados todos os atos que caibam a ela, ou seja,

Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizado no prazo máximo de 60 dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela Acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 (quando se expede precatória), bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se por último o acusado. (Tourinho Filho, 2009, p.680).

Caso não existam diligências a serem requeridas, o juiz determinará a apresentação dos memoriais finais oral em audiência com um tempo de 20 minutos prorrogáveis por mais 10 minutos, para ambas as partes ou memoriais escritos. Após a apresentação dos memoriais finais, o juiz proferirá a sentença, lavrado em termo.

Entretanto, caso exista complexidade no caso, o juiz pode dar prazo de 5 (cinco) dias para as partes apresentarem os memoriais escritos finais, sendo posteriormente proferida a sentença no prazo de 10 (dez) dias.

Destaca-se ainda que, após o proferir a sentença as partes terão o prazo de 5 (cinco) dias para apelar, conforme prevê o artigo 593,I do CPP:

Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias  
I - das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular. (BRASIL, 2013)

Em juízo de 1º grau, o processo encerra-se por aqui. Com a juntada dos recursos das partes o processo será remetido juízo de 2º grau.

## **2.2 PROVA**

De uma forma geral, o processo visa à reconstrução dos acontecimentos ocorridos, buscando solucionar o litígio entre as partes. Ocorre que, para que o magistrado forme sua convicção e decida de forma concreta, faz-se necessário a utilização de instrumento probatório, sendo a prova o meio utilizado para que o magistrado se convença em busca da verdade.

Ademais, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci afirma que há três definições da palavra prova, quais sejam:

“a) prova como ato de provar: é o processo pelo qual se verifica exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato” (NUCCI, 2007 ,p. 351).

1) Prova como atividade probatória – [...] Nesse sentido, identifica-se o conceito de prova com a produção dos meios e atos praticados no processo visando ao convencimento do juiz sobre a veracidade (ou não) de uma alegação sobre um fato que interesse à solução da causa. [...].

2) Prova como resultado: caracteriza-se pela formação da convicção de órgão julgador no curso do processo quanto à existência (ou não) de determinada situação fática. [...]

3) Prova como meio – São instrumentos idôneos à formação da convicção do órgão julgador acerca da existência (ou não) de determinada situação fática[...]. (Lima, 2012, p. 820).

É claro que a prova, neste sentido, é um conjugado de atos que são praticados pelas partes, terceiros, juiz com o intuito de levar até o magistrado uma convicção mais próxima possível do fato ocorrido.

### 2.3 DISTINÇÕES ENTRE PROVA E ELEMENTOS INFORMATIVOS

Antes de aprofundar sobre prova, faz-se necessário a distinção entre prova e elementos informativos.

Com o advento da Lei 11.690/2008, que alterou o Código de Processo Penal, principalmente o art. 155 do CPP, percebe-se a distinção entre prova e elementos informativos.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da **prova produzida em contraditório judicial**, não podendo fundamentar sua decisão **exclusivamente** nos **elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas** as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (Grifei). (BRASIL, 2013).

Renato Brasileiro, afirma que:

a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos

de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório (ainda que diferido) e da ampla defesa. (LIMA, 2012, p. 821)

A condição de validade da prova, no entanto, depende do contraditório entre as partes no comparecimento do juiz.

De outra forma, nos elementos de informação não há necessidade do contraditório, pois nesta fase vige o sistema acusatório em geral, sendo dispensado o contraditório.

Ocorre que há questionamento acerca da validade desses elementos colhidos em sentença judicial. De fato, a utilização única e exclusiva destes elementos fere o art. 5º, inc. LV da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (BRASIL, 2013)

Deste modo, tais elementos podem ser aproveitados em complemento a prova colhida na fase judicial, ou seja, serve como elemento de convicção do Juiz.

## **PRINCÍPIOS DA PROVA**

Existem princípios próprios da prova no processo penal, que conceitua Nestor Távora (2013, p. 410/412) e Fernando Capez (2010, p. 382/383).

1. Princípio da auto-responsabilidade das partes: as partes serão responsáveis pela sua falha, inatividade.
2. Princípio da audiência contraditória: as provas produzidas serão submetidas ao contraditório, confrontando sempre com a parte contrária.
3. Princípio da aquisição ou comunhão: a prova produzida é

comum, pertencendo ao processo e não a quem produziu. Deste modo, a desistência da prova produzida deve ser submetida a parte contrária para que esta de sua posição, que ainda será determinado pelo magistrado acerca da prova.

4. Princípio da oralidade: o princípio da oralidade sofreu mudanças com o advento da lei 11.719/2008 e Lei 11.689/2008, onde a mesma passa a ser adotado no procedimento comum, júri e juizado especial, que tem como característica a predominância da palavra falada (testemunhas, depoimentos, alegações, debates). Deste princípio, decorre o princípio da identidade física do julgador, na qual o magistrado que presidiu a instrução processual será, necessariamente, o mesmo que irá julgar a demanda. Ainda, decorre o princípio da concentração (busca a produção de provas em uma única audiência, previsto no art. 400, §1º, CPP) e o princípio da imediatidade (aproxima o juiz ao contexto probatório e as partes).

5. Princípio da Publicidade: de forma geral, todo ato, inclusive as provas colhidas, serão de caráter público, com exceção da interceptação telefônica, que será em segredo de justiça (art. 1º da Lei nº 9.296/1996).

Ademais, importante salientar a Súmula Vinculante 14 do STF, que:

[...] é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimentos investigatórios realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. (BRASIL, 2013).

Tal direito pode ser exercido reclamação constitucional, Mandado de Segurança e Habeas Corpus.

6. Princípio do livre convencimento motivado: O magistrado está livre para forma seu convencimento para decidir sempre de forma motivada.

Com relação à classificação das provas, Fernando Capez (2012, p.393/394) traz a seguinte ordem:

Quanto ao objeto (relação fato e prova produzida), a prova pode ser direta (quando tem relação direta com o fato probando, demonstrada por si só ou indireta (por outro fato, por raciocínio lógico-dedutivos, nos induz ao

acontecimento principal).

Com relação ao efeito ou valor (grau de veracidade pela análise da prova), a prova pode ser plena (o juiz tem a plena convicção das provas obtidas, ou seja, a prova transmite ao magistrado a segurança necessária para aplicação da condenação, caso contrário, aplica-se o princípio do *in dubio pro reo*) ou pode ser não plena ou indiciária (a prova colhida é limitada, prova de mera probabilidade).

Em relação ao sujeito ou causa (é a prova em si), a prova pode ser real (prova distinta da pessoa, externa, como por exemplo o cadáver, a arma) ou, diferentemente da prova real, pode ser pessoal (decorre da pessoa humana, como por exemplo testemunha, depoimentos).

Quanto à forma ou aparência (maneira na qual a prova se demonstra no processo), a prova pode ser testemunhal (depoimento de um indivíduo, sendo ele parte ou não, não qual serve como testemunha), ou documental (através de documentos) ou material (meio que corporifica o esclarecimento do fato).

As provas, via de regra, produzidas destinam-se única e exclusivamente ao juiz, de forma direta. De forma indireta, pode-se afirmar que as partes são destinatárias da prova.

Ainda, o doutrinador Renato Brasileiro afirma que:

O órgão ministerial, detendo a titularidade da ação penal pública, também é destinatário da prova, na medida em que, na fase pré-processual, as provas têm como finalidade o convencimento do órgão ministerial (formação de sua *opinio delicti*). (Lima, 2012, p. 825).

Sendo o Ministério Público detentor da ação penal pública em geral, os elementos probatórios produzidos na fase pré-processual (na qual pode-se chamar de elementos informativos) são destinados a este órgão para que, entendendo necessário, de início ao processo judicial.

Logo, o Ministério Público é destinatário desses elementos informativos que poderão “auxiliar na formação da *opinio delicti* do órgão da acusação” (Lima, 2012, p. 822).

## 2.5 PROVAS ILÍCITAS

Antecipadamente, cabe enfatizar que

A ampla liberdade da prova encontra limites além daqueles estabelecidos no artigo 155 do CPP e em outros dispositivos da lei processual

[...]São inadmissíveis as provas que sejam incompatíveis com os princípios de respeito ao direito de defesa e à dignidade humana, os meios cuja utilização se opõem às normas reguladoras do direito que, com caráter geral, regem a vida social de um povo. (MIRABETE, 2006, p.253).

Em um Estado Democrático de Direito, encontram-se limites a produção de provas, principalmente na Constituição Federal, art. 5º, inciso LVI :

Art. 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LVI : são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 2013)

A Lei 11.690/2008 trouxe novos contornos ao tema prova no Código de Processo Penal, dispondo , assim, sobre a prova ilícita:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas a normas constitucionais ou legais. (BRASIL, 2013).

Entretanto, cabe destacar a diferença entre prova ilegal, ilegítima e ilícita, sendo necessário para elucidação do presente trabalho.

Salienta-se, portanto, que “a prova ilegal é o gênero, do qual são espécies a prova ilegítima e a prova ilícita (Lopes Jr, 2013., p. 593) .

Ademais, a doutrinadora Ada Pellegrini (2012, p. 126) afirma que “a prova ilegal é toda vez que sua obtenção caracterize violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material.

Diferenciando prova ilegítima de prova ilícita, tem-se que esta ocorre quando “viola disposição de direito material ou princípios constitucionais

penais...”, sendo que aquela ocorre quando “viola normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie[...]” (Távora, 2013, p. 392).

Ou seja, a prova ilícita ocorre quando há violação na Constituição Federal, no preceito de direitos fundamentais, tais como, exemplificando: inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), entre outros.

Outra particularidade da prova ilícita é que, em regra, a mesma geralmente é colhida externamente ao processo, ou seja, fora do âmbito processual. Ocorre que a prova ilícita pode ser colhida no processo (ex.: juiz que ao interrogar o réu não faz advertência quanto ao seu direito de permanecer calado, previsto na CF, art. 5º, LXIII).

Acerca da distinção entre provas obtidas por meios ilícitos e provas obtidas por meios ilegítimos, expressivas são as Súmulas nº 48, 49, 50 das Mesas de Processo Penal dirigidas por Ada Pellegrini Grinover, e vinculadas ao Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Dispõe: Súmula nº 48: “*denominam-se ilícitas as provas colhidas com infringência a normas e princípios de direito material*”; Súmula nº 49: “*são processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressar*”; Súmula nº 50: “*podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa*”. (Lima, 2012, p. 870).

Noutra parte, a prova ilegítima é produzida durante a instrução processual, na qual, exemplificando, encontra-se quando o juiz, ao inquirir a testemunha, esquece de compromissá-la, ferindo o art. 203 do CPP.

### **2.5.1 PROVA ILÍCITA POR DERIVAÇÃO**

As provas que derivam da prova ilícita também podem ser consideradas ilícitas por derivação, ou seja, as provas produzidas decorrentes da prova ilícita devem ser desentranhadas do processo.

Preceitua Renato Brasileiro que:



As provas ilícitas por derivação são os meios probatórios que, não obstante produzidos, validamente, em momento posterior, encontram-se afetados pelo vício da ilicitude originária, que a eles se transmite, contaminando-os, por efeito de repercussão causal. (Lima, 2012, p. 875).

Pode-se destacar, deste modo, a teoria advinda da Suprema Corte norte-americana, qual seja a teoria da árvore envenenada, “a prova ilícita produzida (árvore), tem o condão de contaminar todas as provas dela decorrentes (frutos)” (Távora, 2013, p. 395).

Como exemplo, pode-se citar um policial que, mediante tortura, obtém fatos que acredita ele ser lícito, ou seja, uma confissão extorquida. Tais fatos são de origem ilícita.

No mesmo sentido, Ada Pellegrini diz que

na posição mais sensível às garantias da pessoa humana, e consequentemente mais intransigente com os princípios e normas constitucionais, a ilicitude da obtenção da prova ilícita transmite-se às provas derivadas, que são, assim, igualmente banidas do processo. (Grinover, 2001, p. 137).

Ademais, a própria Constituição Federal traz sobre o tema no art.

5º, LVI :

Art. 5º [...]

LVI – São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos. (BRASIL, 2013).

Ainda, o próprio Código de Processo Penal positiva no seu art.

157 acerca das provas ilícitas:

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

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

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

§ 3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente. (BRASIL, 2013).

Ocorre que, o STF já se posicionou sobre o tema, na qual é legítima a prova obtida por meio lícito decorrente de conduta, que em tese, seriam ilícitas, mas que, tendo o objetivo de defesa do interesse próprio, tornam-se lícitas.

Nesse modo, o STF já decidiu:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. PENAL. GRAVAÇÃO DE CONVERSA FEITA POR UM DOS INTERLOCUTORES: LICITUDE. PREQUESTIONAMENTO. Súmula 282-STF. PROVA: REEXAME EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO: IMPOSSIBILIDADE. Súmula 279-STF. I. - gravação de conversa entre dois interlocutores, feita por um deles, sem conhecimento do outro, com a finalidade de documentá-la, futuramente, em caso de negativa, **nada tem de ilícita, principalmente quando constitui exercício de defesa.** II. - Existência, nos autos, de provas outras não obtidas mediante gravação de conversa ou quebra de sigilo bancário. III. - A questão relativa às provas ilícitas por derivação "the fruits of the poisonous tree" não foi objeto de debate e decisão, assim não prequestionada. Incidência da Súmula 282-STF. IV. - A apreciação do RE, no caso, não prescindiria do reexame do conjunto fático-probatório, o que não é possível em recurso extraordinário. Súmula 279-STF. V. - Agravo não provido" (AI 50.367-PR, 2ª. Turma. Rel. Min. Carlos Velloso. J. 01/02/05. DJ 04/03/05.).(Grifei).

Cabe salientar que não se podem confundir as provas obtidas que, através das circunstâncias tornam-se lícitas, com as provas verdadeiramente ilícitas.

Esclarecendo, as provas ilícitas e ilegítimas nunca serão admitidas ante o contexto da norma constitucional.

Ainda, elucidando o assunto, tem-se o posicionamento do Ministro Celso de Melo, no RE nº 251.445:

Assentadas tais premissas, devo reiterar, na linha de diversas decisões por mim proferidas no âmbito desta Corte Suprema, que ninguém pode ser denunciado, processado ou condenado com fundamento em provas ilícitas, eis que a atividade persecutória do Poder Público, também nesse domínio, está necessariamente subordinada à estrita observância de parâmetros de caráter ético-jurídico cuja transgressão só pode importar, no contexto emergente de nosso sistema normativo, na absoluta ineficácia dos meios probatórios produzidos pelo Estado. Impõe-se registrar, até mesmo como fator de expressiva conquista dos direitos instituídos em favor daqueles que sofrem a ação persecutória do Estado, a inquestionável hostilidade do

ordenamento constitucional brasileiro às provas ilegítimas e às provas ilícitas. A Constituição da República, por isso mesmo, tornou inadmissíveis, no processo, as provas inquinadas de ilegitimidade ou de ilicitude.

Deste modo, percebe-se que a ilicitude é aparente, fictícia, pois as excludentes da ilicitude permitem que em caso de necessidade, legítima defesa, com intuito de proteger um bem jurídico, pode-se obter provas por meio ilícitos que as tornariam lícitas.

## 2.6 ÔNUS DA PROVA

Considera-se ônus da prova “o encargo atribuído à parte de provar aquilo que alega” (Távora; Alencar, 2013, p. 405).

Ocorre que quem não alegar está sendo omissivo e sujeitando-se a resultado não favorável.

Explica Badaró que “a não realização da conduta implica a exclusão de tal benefício, sem, contudo, configurar um ato ilícito” (Badaró, 2003, p. 173).

Cabe destacar o art. 156 do Código de Processo Penal, na qual dispõe que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer[...]”

Assim, à acusação é incumbido provar materialidade e a autoria do acusado. Para a defesa, caberá achar alguma excludente de ilicitude, culpabilidade, extinção da punibilidade, eis que, de alguma forma, exclua a culpa (no sentido “latu”).

Esta teoria, majoritária, divide o ônus das provas entre as partes.

Entretanto, uma corrente minoritária, defende que

[...] diante do princípio *in dubio pro reo*, que é regra de julgamento que vigora no campo penal, o acusado jamais poderá ser prejudicado pela dúvida sobre um fato relevante para a decisão do processo, ele menos nos casos de ação penal condenatória. (Lima, p. 853, 2012).

Ou seja, tal corrente defende que o ônus de provas acerca dos

fatos cabe tão somente a acusação, que terá que provar através dos meios disponíveis e lícitos acerca de tal acusação.

Logo, mesmo que o acusado se mantenha inerte no processo, deve-se prosperar o princípio da presunção da inocência, sendo que, ao final do processo, existindo dúvida, deverá o magistrado absolver o acusado.

Em que pesem às provas serem produzidas pelas partes ou somente pela acusação, o juiz pode, apenas para complementar ou esclarecer dúvida, determinar a produção antecipada das provas no inquérito policial (não pode ser de ofício) bem como determinar produção probatória de ofício no curso do processo penal.

O art. 156, incisos I e II dispõe sobre a faculdade do juiz com relação às provas:

Art. 156: A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (BRASIL, 2013).

Importante salientar acerca dos sistemas de avaliação da prova, sistema esse que tem por objetivo a valoração das provas demonstradas e produzidas nos autos com relação ao julgamento proferido pelo magistrado.

Em sua maioria, as doutrinas de Nestor Távora e Rosmar Alencar (2013, p. 408/410); Renato Brasileiro (2012, 862/866); Aury Lopes Jr (2013, p. 560/563) elencam três sistemas de avaliação. Os sistemas são:

1º - Sistema da certeza moral do juiz ou íntima convicção

Esse sistema tem como principal característica o livre convencimento do juiz nas suas decisões, sem a necessidade de fundamentação do seu julgamento, baseando-se apenas em convicções, pré-conceitos e crenças.

Percebe-se que este sistema traz inconvenientes e pontos negativos, entretanto, conforme supracitado, no Tribunal do Júri, na segunda fase, pois os jurados decidem sigilosamente sem precisar fundamentar.

O autor Tourinho Filho (2009, p.537) explica que:

Segundo esse sistema, o julgador não está obrigado a exteriorizar as razões que o levam a proferir a decisão. O juiz atribui às provas o valor que quiser e bem entender, podendo, inclusive, decidir valendo-se de conhecimento particular a respeito do caso, mesmo não havendo prova nos autos.

## 2º - Sistema da prova tarifada

Neste sistema, partindo de uma experiência vivenciada, as provas seriam hierarquizadas, ou seja, o valor de cada prova era tabelado, não permitindo assim a capacidade de interpretação pelo magistrado.

Renato Brasileiro afirma que “cada prova possui um valor preestabelecido, deixando o magistrado vinculado dosimetricamente às provas apresentadas, que deve se limitar a uma soma aritmética para sentenciar”(Lima, 2012, p. 863).

O doutrinador Guilherme de Souza Nucci traz um trecho importante, na qual explica que “era a época em que se considerava nula a força probatória de um único testemunho” (Nucci, 2008, p. 395).

Tanto o sistema supracitado quanto o último trazem sérias dúvidas quanto a sua eficácia. Contudo, o sistema da prova tarifada ainda se faz presente no art. 158 do Código de Processo Penal, na qual a lei, de forma taxativa, a forma “adequada” para que se chegue a verdade dos fatos.

## 3º - Sistema do livre convencimento motivado

Devidamente positivado na Constituição Federal, art. 93,IX, esse sistema foi adotado majoritariamente pelo sistema penal brasileiro.

Dispõe o art. 93, IX da Constituição Federal:

Art. 93: [..]

IX- todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...] (BRASIL, 2013)

Em nobre explicação, Aury Lopes Júnior (2013, p. 562) define que

[...] a liberdade que o julgador tem para formar sua convicção [...]  
[...] Também decorre da própria ausência de um sistema de prova tarifada, de modo que todas as provas são relativas,

nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que as outras, nem mesmo as provas técnicas [...].

Deste modo, percebe-se que entre os 3 (três) sistemas que a doutrina elenca, este parece ser o mais razoável, não qual confere ao juiz uma certa liberdade de convencimento, liberdade esta limitada, para que julgue conforme as provas produzidas e decida de forma fundamentada.

### 3 PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é um dos principais meios de prova que o processo criminal utiliza para basear e fundamentar sentenças condenatórias ou absolutórias.

Prova testemunhal é quando a pessoa, perante a Autoridade Judiciária, declara o que sabe a respeito do fato criminoso e de suas circunstâncias ou ainda sobre a personalidade do réu. Testemunhas são ainda as pessoas arroladas pelas partes ou por determinação do juiz (Ishida, 2012, p.163).

Em obediência aos princípios constitucionais do contraditório e do devido processo legal, proporcionou são direitos das partes a produção de prova testemunhal no litígio. No Rito Ordinário, o número de testemunhas a ser ouvido pode chegar a 8 (oito) pessoas por fato. “O cerceamento desse direito implica nulidade absoluta” (GRINOVER, 2011, p. 148).

#### 3.1 CARACTERÍSTICAS

Destacam-se algumas características da prova testemunhal:

Judicialidade: O depoimento da testemunha deverá ser produzido em juízo, em observância aos princípios da ampla defesa e do contraditório, mesmo que ela tenha prestado depoimento na fase interrogatória.

Oralidade: Em regra, a testemunha deve prestar o depoimento oralmente em juízo, sendo vedado fazê-lo por escrito.

Ademais, no seu art. 204 do Código de Processo Penal, tem-se que “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”

Em que pese a regra ser a oralidade, está previsto no Código de Processo Penal, no art. 221, §1º, apresenta exceções a regra:

Art. 221: [...]

§1º - O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de

depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício. (BRASIL, 2013).

Ocorre que a testemunha pode ser muda ou surda-muda, na qual seguirá o rito do art. 192 do Código de Processo Penal. Deste modo, a inquirição do mudo será feita oralmente com respostas escritas; ao surdo será apresentada por escrito e ele responderá oralmente; ao surdo-mudo, as indagações e respostas serão feitas por escrito; se a pessoa não souber ler e escrever, uma pessoa habilitada sobre compromisso deverá intervir no ato.

Objetividade: “A testemunha não pode, em seu depoimento, fazer apreciações pessoais” (Tourinho Filho, 2012, p. 343).

Corroborando, está previsto no Código de Processo Penal, em seu art. 213 acerca do tema:

Art. 213: O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

Retrospectividade: a testemunha terá que depor sobre fato do passado, não sendo útil alegar sobre fato futuro.

Individualidade: as testemunhas devem ser ouvidas separadamente, evitando o contato entre elas, conforme consta no art. 210 do Código de Processo penal. Caso haja contato, deverá constar no termo de audiência para que o juiz valore os depoimentos.

### **3.2 PROCEDIMENTOS PARA OITIVA DA TESTEMUNHA:**

O procedimento no Rito Ordinário acontecerá da seguinte forma:

a) inicialmente, a testemunha será intimada para depor na data e hora apazada. Não encontrando a testemunha, a parte que arrolou terá um prazo para substituição por uma nova testemunha. Em que pese não haver previsão legal, usa-se em analogia o artigo art. 461, §2º do CPC, onde a substituição da testemunha é viável.



Importante salientar quanto à antecipação de testemunha, que poderá ocorrer nos casos do art. 225 do Código de Processo Penal.

b) as testemunhas deverão ser ouvidas individualmente (art. 210 do CPP), sendo que nenhuma delas pode ter contato com as outras. Caso haja contato, deverá ser levado em consideração pelo magistrado para dar a devida valoração aos depoimentos.

c) a testemunha não está obrigado a se autoincrimar. Ocorre que a testemunha não pode invocar o direito ao silêncio, sendo considerado nesse caso como falso testemunho. Ainda, a testemunha deverá estar compromissada e advertida com relação as penas com relação ao falso testemunho.

d) a testemunha, já compromissada, deverá qualificar-se na forma do art. 203 do CPP:

Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade. (BRASIL,2013).

e) é oportunizado a contradita da testemunha,"ou seja, a impugnação da testemunha a ser ouvida. É o que ocorre se a pessoa está impedida de depor (art. 207, CPP), ou não deve ser admitida a prestar compromisso (art. 208, CPP).

f) no depoimento, as partes deverão fazer as perguntas diretamente a testemunha, sem a necessidade de passar pelo juiz, salvo as especificações do art. 212 do Código de Processo Penal:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (BRASIL,2013)

O doutrinador Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar em sua obra elenca precisamente o real motivo de possível intervenção do Juiz nas

perguntas formuladas à testemunha:

“Percebe-se claramente a preocupação do legislador em evitar que a parte faça perguntas tendenciosas, levando a testemunha a erro, onde a resposta acabe sendo fabricada por argúcia do interpelante, retirando do testemunho a espontaneidade necessária para o esclarecimento da verdade”. (TÁVORA; ALENCAR, 2013, p. 460)

g) o depoimento será reduzido a termo, mais fielmente possível, devendo ser assinada pela testemunha, pelo juiz e pelas partes.

h) se a presença do réu de certa forma intimidar a testemunha, o réu será retirado da sala de depoimento, ficando apenas seu defensor.

Importante salientar que a testemunha depois de arrolada faz parte do processo e não mais da parte. Deste modo, a desistência da oitiva de uma testemunha por uma das partes faz com que seja obrigatório a intimação da outra parte que se manifeste.

Quanto às testemunhas residente em outras comarcas, as mesmas serão ouvidas por carta precatória, conforme o art. 222 do Código de Processo Penal:

Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. (BRASIL,2013)

Tem-se em jurisprudência do STF sobre o assunto:

AÇÃO PENAL. Prova. Oitiva de testemunha. Carta precatória. Réu preso. Requisição não solicitada. Ausência de nulidade. Jurisprudência reafirmada. Repercussão geral reconhecida. Recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Não é nula a audiência de oitiva de testemunha realizada por carta precatória sem a presença do réu, se este, devidamente intimado da expedição, não requer o comparecimento. **Repercussão Geral nº 602543 de STF. Supremo Tribunal Federal, 20 de Outubro de 2011.**

Deste modo, a testemunha residente fora da comarca do juízo do lugar onde está tramitando a ação será ouvida preferencialmente pelo juízo deprecante.

### 3.3 CONFRONTOS A PROVA TESTEMUNHAL

O confronto da prova testemunhal deve ser respeitado tendo em vista tratar-se de um direito fundamental e direito assegurado do acusado.

Sobre o assunto, explica Renato Brasileiro (2012, p.991) que

O acusado tem o direito de confrontar quaisquer pessoas que prestem declarações testemunhais incriminadoras contra ele, ou seja, todo o saber testemunhal incriminador passível de valoração pelo juiz deve ser produzido de forma pública, oral, na presença do julgador e do acusado e submetido à inquirição deste último.

Ainda, o direito ao confronto da prova testemunha está omissa na Constituição Federal e legislações esparsas. Entretanto, tal direito é consagrado em tratados internacionais de Direitos Humanos.

### 3.4 QUEM PODE SER TESTEMUNHA

Nos termos do art. 202 do Código de Processo Penal, todos podem ser testemunhas:

Art. 202. Toda pessoa poderá ser testemunha. (BRASIL,2013)

Grande discussão em relação às testemunhas policiais. Inclusive existe jurisprudência no sentido de dar veracidade ao depoimento do agente público<sup>1</sup>.

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. CONCURSO DE AGENTES. USO DE ARMA. NULIDADE DO RECONHECIMENTO DO RÉU PELAS VÍTIMAS EM DESACORDO COM O ARTIGO 226 DO CPP. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO E COESO. RECONHECIMENTO FEITO PELAS VÍTIMAS CONFIRMADO PELA TESTEMUNHA POLICIAL. **PALAVRA DA VÍTIMA E DEPOIMENTO DE POLICIAL. VALIDADE PROBATÓRIA.** RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. I. CONFORME É CEDIÇO, O ENTENDIMENTO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL MAJORITÁRIO É NO SENTIDO DE QUE AS FORMALIDADES PRESCRITAS NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL NÃO POSSUEM CARÁTER COGENTE, E SIM CARÁTER DE RECOMENDAÇÃO, RAZÃO POR QUE O EVENTUAL NÃO ATENDIMENTO ESTRITO DE SEUS DITAMES NÃO TEM O CONDÃO DE GERAR A NULIDADE DA PROVA. II. O FATO DE NÃO TER SIDO LOCALIZADO O COMPARSA, ENCONTRADA A ARMA DO CRIME E OS BENS DAS VÍTIMAS, POR SI SÓ, NÃO DESCARACTERIZAM A PRÁTICA DO CRIME ATRIBUÍDO AO RÉU, SE AS PROVAS SÃO SUFICIENTES QUANTO À MATERIALIDADE E A AUTORIA, EM ESPECIAL, PELO RECONHECIMENTO DO RÉU FEITO PELAS VÍTIMAS NA DELEGACIA TER SIDO CONFIRMADO PERANTE A AUTORIDADE JUDICIAL E CORROBORADO, EM JUÍZO, PELAS DECLARAÇÕES DO POLICIAL QUE EFETUOU A PRISÃO EM FLAGRANTE. III. EM

CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, A PALAVRA DA VÍTIMA TEM ESPECIAL RELEVÂNCIA PROBATÓRIA QUANDO CORROBORADA POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. IV.

Ocorre que, ao sentenciar, o magistrado deve valorar com cautela os depoimentos prestados pelos policiais tendo em vista a contaminação que sofrem com o passar do tempo e esquecimentos pelas várias ocorrências atendidas diariamente.

A recusa de depor é vedada, com exceção do art. 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.

Cabe destacar que há pessoas que são impedidas de depor em razão de sua função, conforme previsto no art. 207 do CPP:

Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho. (BRASIL,2013)

Além das pessoas impedidas a depor, existe as testemunhas suspeitas, ou seja “é aquela que, por motivos psíquicos ou morais, não pode ou não quer dizer a verdade” (CAPEZ, 2010, p. 419).

Cumprido destacar que a testemunha, em geral, não pode eximir de testemunhar a não ser pelos casos previstos conforme supracitado.

### **3.5 DEVER DE COMPROMISSO**

As testemunhas em geral devem prestar depoimento sempre dizendo a verdade, ou seja, é um dever de compromisso. Não observando tal preceito, poderá infringir no art. 342 do CPP, ocorrendo em falso testemunho.

**IV. SOBRE A VALIDADE DO DEPOIMENTO DO POLICIAL, TRATANDO-SE DE AGENTE PÚBLICO NO EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO, O DEPOIMENTO É DOTADO DE PRESUNÇÃO DE VERACIDADE QUANDO INEXISTENTE, NOS AUTOS, QUALQUER CONTRADIÇÃO COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS. V. RECUSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. SENTENÇA MANTIDA. (TJ-DF - APR: 20120810077704 DF 0007484-56.2012.8.07.0008, Relator: HUMBERTO ADJUTO ULHÔA, Data de Julgamento: 04/07/2013, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação:**

Ocorre que há testemunhas que não são compromissas, como as pessoas “pelos laços de proximidade e parentesco com o réu, não são compromissadas” (TÁVORA, 2013, p. 454).

Dispensada do dever de compromisso também estão as testemunhas

menores de 14 anos[...]. Também são isentos do dever de prestar compromisso o ascendente ou descendentes, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe e o filho adotivo do acusado, quando tais pessoas quiserem depor ou, então, quando não puderem recusar-se a fazê-lo” (TOURINHO FILHO, 2012, p. 359).

Deste modo, as pessoas que não se encontram nas exceções supracitadas e, ao testemunhar não dizerem a verdade, incidirão no crime de falso testemunho.

### **3.6 FALSO TESTEMUNHO**

A testemunha que fizer “afirmação falsa, cale ou negue a verdade, cabe ao magistrado, uma vez proferida a sentença e constatada tal circunstância, remeter cópia do depoimento à autoridade policial [...](TÁVORA, 2013,p. 462).

Ponto importante a ser destacado é o caso do advogado que instiga a testemunha a mentir no seu depoimento. Neste caso, o advogado também responde pelo crime de falso testemunho na hipótese do artigo 343 do CPP:

Art. 343. Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:  
Pena - reclusão, de três a quatro anos, e multa.

Ainda, a jurisprudência é clara no sentido de punição ao

advogado que instiga sua testemunha a mentir em troca de algumas das hipóteses do artigo supracitado<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> "PENAL. CONCURSO DE AGENTES. NA TUREZA JURÍDICA. TEORIA UNITÁRIA. EXCEÇÃO PLURALÍSTICA. FALSO TESTEMUNHO. PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O ordenamento jurídico pátrio adotou, no concernente à natureza jurídica do concurso de agentes, a teoria unitária ou monista, segundo a qual todos aqueles que concorrem para o crime, incidem as penas a ele cominadas (art. 29, do CP).

A instauração do inquérito policial para apuração do falso testemunho é desnecessária caso o promotor convencido instaure de plano a ação.

A retratação da testemunha antes de proferida a sentença retira a responsabilidade de falso testemunho. Prevê o §2º, art. 342 do CP:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

A prisão em flagrante da testemunha que infringir o art. 324 do CP ocorre no caso quando o depoimento da testemunha e a sentença ocorrem no mesmo ato, sendo impossível a retratação.

### **3.7 A “VERDADE REAL” NO PROCESSO PENAL**

Inicialmente, cabe destacar que o processo penal é uma “maneira” de constituição do convencimento do magistrado para que o mesmo aplique uma sentença ao réu a partir das provas colhidas.

De acordo com a história, tem-se que sempre que o processo penal busca uma “verdade real” de forma dura tendo assim uma “verdade” de pior qualidade. Tem-se como exemplo a tortura, na qual levaram muitos a confessar

algo que não cometeram.

Entretanto, exceções pluralísticas há em que o próprio Código Penal, desmembrando as condutas, cria tipos diferentes. É, Por exemplo, o caso do falso testemunho, hipótese em que a testemunha que faz afirmação falsa responde pelo delito do art. 342 e quem dá, oferece ou promete dinheiro ou outra vantagem para que aqui ela cometa o falso no processo penal, incide nas penas do art. 343. Precedente da Corte. 2. Na espécie, a conduta da recorrida (advogada,.) é atípica, porquanto limitou-se a instruir a testemunha a dizer isso ou aquilo em juízo trabalhista sem, frise-se, conforme restou consignado pelo acórdão recorrido, dar, oferecer ou prometer qualquer vantagem. 3. Recurso especial não conhecido.” (STJ - RESP 169212/PE - 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 23.8.99, p. 157).

É visto que a verdade real não há que ser levantada e muito menos buscada no processo penal tendo em vista que a reconstrução de um fato passado é defeituosa, instável e isso fica muito longe da realidade, da verdade.

O doutrinador Aury Lopes Júnior destaca um exemplo que se encaixa perfeitamente acerca do tema “real” e “imaginário”, onde “podemos ver duas, no máximo três face de um cubo. O cubo só é real no imaginário, pois somente assim conhecemos as seis faces” (LOPES Jr. 2013, p. 573).

Portanto, fica claro que a verdade no processo penal, principalmente na fase da sentença, é um mito, onde o juiz é “detentor” de uma “revelação”.

O Princípio da Verdade Real, muitas vezes, visa fundamentar uma atitude jurisdicional condenatória, ou seja, de forma arbitrária o juiz tenta a qualquer custo buscar a verdade.

Isso não quer dizer que ao proferir a sentença o magistrado não chegue à verdade, muito pelo contrário, a verdade é que não pode ser considerado “norte” ou função do processo. Logo, indaga-se qual a função da sentença se não buscar a tal “verdade real”?

Basicamente, o juiz forma sua convicção com as provas colhidas respeitando alguns princípios indispensáveis (contraditório e devido processo penal) e com isso proferirá a sentença com base no seu convencimento.

Atualmente o Brasil adota o Sistema Acusatório trazido pela Constituição Brasileira de 1988 onde visa dividir as funções (órgão julgador, órgão acusador e defesa). Ademais, os interesses em produzir provas são das partes que tem, necessariamente, a intenção, principalmente corroborar com o que está alegando (seja na acusação ou defesa). Nesse sentido, se cada parte

produz prova com um intuito, não há necessidade (se não pela busca de uma “verdade”) o juiz, por exemplo, determinar a intimação de uma testemunha para a “solução” do caso. O juiz, deste modo, está produzindo prova.

A solução do processo se dá pelo juiz com base nas provas que lhe são apresentadas. As provas são necessárias apenas para a fundamentação do processo, não sendo requisito essencial para a prolação de uma sentença, pois o Juiz não pode se escusar da decisão sob qualquer alegação.

Ainda, cabe esclarecer que há diferença entre produção de provas pelo juiz e o pedido de esclarecimento sobre ponto obscuro. Na primeira o juiz pede, solicita, ordena que se faça uma nova prova. Já no segundo caso, por exemplo, o juiz (re)faz uma pergunta em juízo para esclarecer sobre ponto obscuro.

A verdade processual é a legítima, pois ela não almeja ser a verdade em si, pois, ao contrário das indagações inquisitivas, ela acata os procedimentos e garantias de defesa e não permite uma verdade arbitrária ou sintética.

Nesse sentido, em caso de dúvida é aplicada a presunção da inocência e o princípio do *in dubio pro reo*.

### **3.7.2 A RELAÇÃO ENTRE O SISTEMA INQUISITÓRIO, SISTEMA ACUSATÓRIO E A BUSCA INCESSANTE DA VERDADE REAL.**

Conforme o supracitado, já foi esclarecido que a busca a qualquer custo para se obter uma verdade real (não qual não se têm como conseguir) é usando medidas abusivas na qual desrespeitam o princípio do contraditório e um processo democrático e tais atos sempre se estruturaram no processo inquisitório.

Em meados de 1808 surge o Código de Napoleão que traz consigo um sistema misto.

Tal sistema tinha como objetivo na fase pré-processual reconstituir de forma clara acerca dos fatos ocorridos, onde o responsável por



determinar a verdade dos fatos estaria em posse do inquisidor que, estando mais próximo da época/fato do crime, poderia esclarecer muito melhor o que teria ocorrido sem a presença do contraditório.

No processo, quando o juiz fosse dar aplicação plena ao direito, observando todos os princípios jurídicos processuais e constitucionais, ele já teria a história dos fatos pronta e caberia apenas ser o famoso juiz-boca-da-lei.

O problema está em que a história já estaria montada na fase processual, ou seja, a verdade não estaria na mão das partes e sim com os responsáveis pelos órgãos da fase pré-processual (Delegado) e processual (Juiz).

Seria, sem dúvida, um perigo para o acusado ter sua história pré-definida e com “cartas marcadas” na fase processual. Na maioria das vezes, o juiz acaba por cair na “armadilha” de se basear no núcleo do sistema inquisitório.

Logo, o inquérito policial deveria ser utilizado apenas como atos de verificação.

O papel do juiz, desse modo, não deveria ser de historiador e sim de mero expectador. Ary Lopes Júnior (2013, p. 580) define o papel do juiz em sendo “[...] guardião da Constituição e da máxima eficácia dos direitos fundamentais do réu a ele submetido. Daí por que não se lhes incumbe, democraticamente, a missão de reveladores da verdade [...]”.

A cultura do sistema misto deve ser desmantelada e em caso de dúvida o juiz deve proferir sempre pela absolvição não optando pelo caminho da dor, sofrimento.

### **3.8 DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO**

Inerente ao Estado Democrático de Direito, tem-se que a justiça não pode ser lenta, demorada, pois deste modo evita-se um processo prolongado.

Neste sentido que a Emenda Constitucional nº 45/04 acrescentou no art. 5º, LXXVIII :

Art 5º : Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer

natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[..]

LXXVIII : a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL,2013)

A inserção do dispositivo supra tem como objetivo buscar uma maior celeridade processual para a efetivação da prestação jurisdicional.

Em que pese o Princípio da Duração Razoável do Processo estar expressamente positivado apenas pela emenda 45/04, o referido princípio já se encontrava expressamente no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos que foi adotado pelo Congresso Brasileiro em 24/04/1992 sendo recepcionado como Lei Ordinária. Preceitua a Convenção Americana sobre direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) no seu artigo 7º e 8º:

Art. 7º - Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgado dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo, Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

Art. 8º - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (grifei) ( Disponível em <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em 01/11/2013)

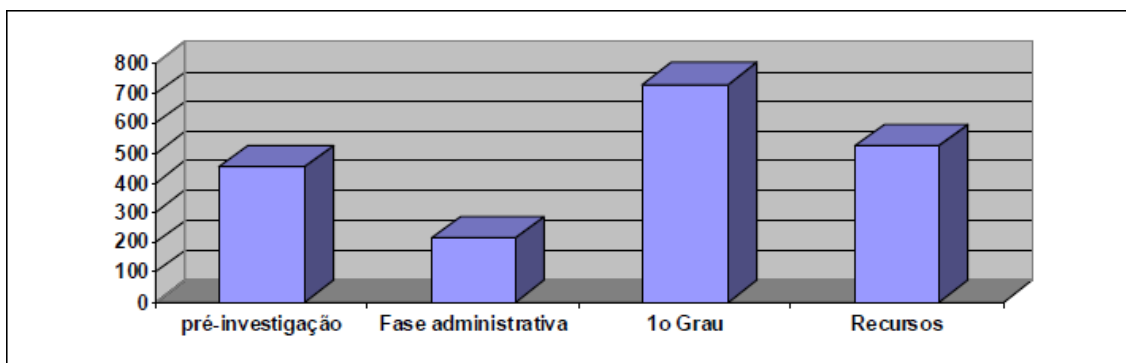
Ainda, criou-se, com a inserção do art. 5º, LXXVIII, uma espécie de tempo virtual do processo, ou seja, uma média para que o processo chegue ao fim, como por exemplo, um prazo de noventa dias para o encerramento da primeira fase do júri (art. 412, CPP) e sessenta dias para o procedimento comum ordinário (art. 400, CPP).

O Juiz Federal Substituto, Vilian Bollmann (BOLMANN, 2012), traz em seu artigo alguns dados de duração do processo penal no Brasil, onde usou como método a escolha de 50 processos aleatórios da Vara de Execuções Fiscais e Criminal da Subseção de Blumenau (SC) e analisou-os individualmente.

Dentre os dados colhidos, percebeu-se que “o tempo médio entre os fatos e o trânsito em julgado da questão foi de 1430 dias, com um desvio padrão de 797 dias” (Disponível em [http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg\\_VilianBollmann.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/apg_VilianBollmann.pdf). Acesso em 16/09/2013).

Ainda, o Juiz Federal traz por meio de tabela, que em média o tempo de duração de cada ato processual penal:

Macro Etapa	Explicação	Média (em dias)	Desvio padrão
Prazo para iniciar a apuração	Data entre os fatos e a instauração do IP	452	430
Fase administrativa	Data entre o relatório do IP e a abertura	214	187
1º Grau	Data entre a sentença e a denúncia, excluído o prazo de suspensão do processo.	732	424
Recursos	Data entre o trânsito em julgado e a sentença.	524	205



Percebe-se que o retardamento do andamento do processo encontra-se em maior número na fase processual, ou seja, na Justiça de 1º grau, tendo em vista que o Poder Judiciário sofre com alguns problemas, nas quais destacam-se a morosidade (demora na “solução” do conflito) e a Prevaricação (juízes que não tomam providências para corrigir erros processuais).

Com a morosidade no processo penal, além do tempo despendido para assegurar os direitos fundamentais, acontecem diversas violações as garantias que o réu possui.

“A primeira garantia que cai por terra é da Jurisdicionalidade [...], porque o processo se transforma em pena prévia à sentença,

através da estigmatização, da angústia prolongada, da restrição de bens e, em muitos casos, através de verdadeiras penas privativas de liberdades aplicadas antecipadamente (prisões cautelares).

A continuação é fulminada a Presunção da Inocência, pois a demora e prolongamento excessivo do processo penal vão, paulatinamente, sepultando a credibilidade em torno da versão do acusado [..].

O direito de defesa e o próprio contraditório também são afetados, na medida em que a prolongação excessiva do processo gera graves dificuldades para o exercício eficaz da resistência processual, bem como implica um sobre-custo financeiro para o acusado, não apenas com os gastos em honorários advocatícios, mas também pelo empobrecimento gerado pela estigmatização social. (LOPES JR. 2006, p.101)

Ocorre que o razoável tem que ser visto como controlador do excesso e ao mesmo tempo respeitando as fases do processo e garantias fundamentais. Preceitua Nestor Távora (2013, p. 73) que

O tempo do processo, qualquer que seja ele, deve ser visto como garantia, e não como meta, vinculado à cláusula do *due process of Law*, pois correlato ao processo justo. Evita excessos, pois a existência do processo já traz desastrosas conseqüências ao réu, inclusive de caráter econômico, e, por essa razão, é indubitoso que existe interesse do imputado na solução da incerteza.

Salienta-se que, com a (de)mora da tramitação do processo pode ferir alguns fundamentos básicos que garantem a celeridade processual.

Entre os principais fundamentos que garantem a celeridade processual, Aury Lopes Júnior (2006, p.103) destaca três:

1º- Respeito à dignidade da pessoa humana, inclusive o acusado: Tendo em vista os elevados custos, tanto processuais, familiares, físicos, entre outros, a dilação indevida é prejudicial ao acusado, pois esse “custo” é praticamente multiplicado proporcionalmente enquanto o processo dura.

2º- Outro fundamento importante é o interesse probatório, pois é

Inegável que o tempo que passa é a prova que se esvai, na medida em que os vestígios materiais e a própria memória em torno do crime, enquanto acontecimento histórico, perdem sua eficácia com o passar dos anos. A atividade probatória como um todo se vê prejudicada pelo tempo, pois se trata de juntar os resquícios do passado que estão no presente (na verdade, um presente do passado, que, é a memória) e que tendem naturalmente a desaparecer quando o presente do presente (intuição direta) passa à presente do futuro. (LOPES JR, 2006,

3º- A terceira e quarta fundamentação são importantes e correlatas, pois tratam-se do interesse coletivo e a confiança na capacidade da Justiça, onde tem como principal característica o adequado funcionamento das instituições bem como decidir os assuntos que são levados até a justiça em um prazo razoável, respectivamente.

Na mesma linha segue Rogério Lauria Tucci, onde afirma que a demora no processo pode ser de difícil reparação:

tendo-se na devida conta as graves conseqüências psicológicas (no plano subjetivo), sociais (no objetivo), processuais, e até mesmo pecuniárias, resultantes da persecução penal para o indivíduo nela envolvido, imperiosa torna-se a agilização do respectivo procedimento, a fim de que elas, tanto quanto possível, se minimizem, pela sua conclusão num prazo razoável. (2004, p.254)

O doutrinador Aury Lopes Júnior (2006, p.105) elenca um curioso pensamento acerca da duração razoável do processo:

Trata-se de um paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois o histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena e seu presente no futuro será um constante reviver o passado.

O processo não pode seguir o tempo social, ou seja, o tempo social determina à rapidez, o imediato, a aceleração, na qual entra em conflito com os direitos fundamentais garantidas ao réu (contraditório e ampla defesa).

É notório ainda que o Judiciário esteja abarrotado de processos na qual demandam análises, muitas vezes, minuciosas e que fica praticamente impossível a efetivação da prestação jurisdicional tendo em vista o número de funcionários reduzidos nos órgãos públicos e o número elevado de processo.

A garantia de celeridade de tramitação dos processos constitui um modo de impor limites à textura aberta da razoabilidade, de

sorte que, se o magistrado demora no exercício de sua judicatura por causa, por exemplo, de excesso de trabalho, a questão se põe quanto à busca de meios para dar maior celeridade ao cumprimento de suas funções, prevendo-se mesmo que o Congresso Nacional promova alterações na legislação federal objetivando tornar mais amplo o acesso à Justiça e mais célere a prestação jurisdicional (DA SILVA, 2010, p.432).

Entretanto, tal argumento não deve ser utilizado para demorar injustificável de alguns atos.

No âmbito judicial encontra-se uma sábia decisão do Des. Luiz Gonzaga da Silva Moura da 5ª Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, da Apelação nº 70007100902, j. 17/12/2003, onde traz especificamente acerca do tema da duração razoável do processo:

Penal. Estupro e Atentado violento ao pudor. Autoria e materialidade suficientemente comprovadas. Condenação confirmada. Redimensionamento da pena. Atenuante inominada do artigo 66 do Código Penal caracterizada pelo longo e injustificado tempo de tramitação do processo (quase oito anos) associado ao não cometimento de novos delitos pelo apelante. Hediondez afastada. Provimento parcial. Unânime. (Disponível em: [http://wbcache.googleusercontent.com/search?q=cache:z--24oOp0sJ:www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php%3Foptio n%3Dcom\\_phocadownload\\$26view%3Dcategory%26download%3 D81:dilao-indevida-i%26id%3D5:jurisprudncia-nacional%26Itemido %3D12+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.](http://wbcache.googleusercontent.com/search?q=cache:z--24oOp0sJ:www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php%3Foptio n%3Dcom_phocadownload$26view%3Dcategory%26download%3 D81:dilao-indevida-i%26id%3D5:jurisprudncia-nacional%26Itemido %3D12+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.) (Acesso em 01/11/2013)

No presente caso, em grau de recurso, o réu conseguiu redimensionar sua pena aferida pela justiça de primeiro grau tendo em vista a dilação do processo que foi de oito anos injustificadamente.

Ainda, o relator proferiu dois aspectos que se fazem de suma importância destacar:

Um, que a excessiva duração da demanda penal, como na espécie presente, por culpa exclusiva do aparelho judicial, viola direito fundamental do homem - o de ter um julgamento rápido (artigo 1.º da Declaração dos Direitos do Homem da Virgínia) -, pelo que tal situação deve ser valorada no momento da individualização da pena. Aliás, já há na jurisprudência europeia decisões no sentido de atenuar o apenamento, em razão da exorbitante duração do processo criminal (ver Daniel R. Pastor, *in* “**EL PLAZO RAZONABLE EN EL PROCESO DEL ESTADO DE DERECHO**”, pág. 177/180).

Dois, se a pena tem na prevenção e retribuição seus objetivos, é

de se concluir que, na hipótese, a finalidade preventiva restou atendido só pelo moroso tramitar da lide penal - sem sentido se falar em prevenção de novos delitos, quando, durante os quase oito anos de "andamento" do processo, o apelante não cometeu nenhum novo crime -. E se isto aconteceu, evidente que, em respeito ao princípio da proporcionalidade e necessidade, tal deve refletir na definição do apenamento a ser imposto ao acusado. ( Disponível em [É pacífica a jurisprudência no STF, em todas suas turmas recursais, acerca da duração razoável do processo no sentido de respeitar a razoabilidade bem como não permitir a extrapolação de prazos processuais penais:](http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:rz--24oOp0sJ:www.paginasdeprocessopenal.com.br/index.php%3Foptio n%3Dcom_phocadownload%26view%3Dcategory%26download% 3D81:dilao-indevida-i%26id%3D5:jurisprudncia nacional%26Itemid%3D12+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 01/11/2013)</a></p></div><div data-bbox=)

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. DEMORA NO JULGAMENTO DE HABEAS CORPUS NO STJ. PRETENSÃO DE JULGAMENTO CÉLERE (CB, ART. 5º, INC. LXXVIII). QUANTIDADE EXCESSIVA DE PROCESSOS NOS TRIBUNAIS. REALIDADE PÚBLICA E NOTÓRIA. 1. Constrangimento ilegal face à demora no julgamento de habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça. 2. A Constituição do Brasil estabelece que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação" (CB, art. 5º, inc. LXXVIII). 3. A realidade pública e notória enfrentada pelo STJ e por esta Corte, marcada pela excessiva carga de processos, impede a plena realização da garantia constitucional do julgamento célere. 4. O HC foi impetrado no STJ em novembro de 2007, a questão é simples e há parecer da PGR pela concessão da ordem. A peculiaridade do caso leva a impor a realização do julgamento reclamado na primeira sessão subsequente à comunicação desta decisão. Ordem concedida. (HC 100498, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 29/09/2009, DJe-204 DIVULG 28-10-2009 PUBLIC 29-10-2009 EMENT VOL-02380-04 PP-00645 LEXSTF v. 31, n. 371, 2009, p. 500-502) ( Disponível em [Ainda, no mesmo sentido:](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docl D=605084. Acesso em 20/09/2013 )</a></p></div><div data-bbox=)

EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE DEMORA NA REALIZAÇÃO DO JULGAMENTO DE MÉRITO DE HABEAS CORPUS NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM CONCEDIDA. 1. A comprovação de excessiva demora na

realização do julgamento de mérito do habeas corpus impetrado no Superior Tribunal de Justiça configura constrangimento ilegal, por descumprimento da norma constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, da Constituição da República), viabilizando, excepcionalmente, a concessão de habeas corpus.

2. Deferimento do pedido, para determinar à autoridade impetrada que apresente o habeas corpus em Mesa na primeira sessão da Turma em que oficia subsequente à comunicação da presente ordem (art. 664 do Código de Processo Penal c/c art. 202 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça).

(HC 101896, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 27/04/2010, DJe-091 DIVULG 20-05-2010 PUBLIC 21-05-2010 EMENT VOL-02402-05 PP-01033). (Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=611557>. Acesso em 20/09/2013)

Entretanto, mesmo contendo na Carta Magna a garantia da Duração Razoável do Processo não tem regulamentação definitiva e de forma clara.

O doutrinador Alexandre de Moraes (2008, p.106) preceitua uma série de mecanismos para tentar “solucionar” o problema da celeridade processual:

A vedação de férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, a proporcionalidade do número de juizes à efetiva demanda judicial e à respectiva população, a distribuição imediata dos processos, em todos os graus de jurisdição, a possibilidade de delegação aos servidores do Judiciário, para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório, a necessidade de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso para fins de conhecimento do recurso extraordinário, a instalação da justiça itinerante, as súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Em que pese não haver um prazo definido para que o processo chegue ao fim, as questões jurisprudenciais existem e que ainda surgirão darão conta de massificar a idéia de que há a necessidade de estipulação de um prazo razoável. Neste sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco (2008, p.502) diz que

Essa evolução no tratamento jurisprudencial da duração razoável do processo configura-se como passo decisivo para que a própria regularidade da tramitação de procedimentos investigatórios e criminais possa ser vindicada como uma garantia fundamental que, nos termos do inciso LXXVIII, deve ser assegurada “a todos, no âmbito judicial e administrativo”.



Com relação à prova testemunhal, a demora no processo pode causar problemas irreversíveis para o acusado, tendo em vista que com o passar do tempo as lembranças ficam mais difíceis de serem recordadas. Nesse sentido, é confirmado que

[...] os avanços das pesquisas em Psicologia Experimental Cognitiva, na última década, possibilitaram a confirmação científica e, hoje em dia, inquestionável, de que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais) (STEIN, 2003)

Percebe-se uma relação muito próxima entre a duração razoável do processo e a inquirição de testemunhas com relação aos problemas que a demora pode causar na obtenção da prova testemunhal. É visto ainda que uma medida cabível para redução dos danos seria a colheita da prova testemunhal em um tempo razoável.

## **4. FALSAS MEMÓRIAS**

O processo penal brasileiro fica pendente quase que exclusivamente da prova testemunhal para “solucionar” o litígio.

Sabe-se que o ser humano não é perfeito (e está longe de ser) e muitas vezes cometem erros que podem prejudicar outras pessoas, erros até involuntários.

Ademais, importante destacar a impossibilidade de o olho humano conseguir captar todas as informações e acontecimentos que ocorrem em sua presença tendo em vista a complexidade que alguns casos tem.

A pouca credibilidade que é encontrada na prova testemunhal mostra a necessidade de se obter um olhar crítico com relação ao processo penal principalmente no quesito de prova testemunhal, tendo em vista os riscos e danos que podem causar um depoimento sobre o efeito da falsa memória.

Em que pese se tratar de seres humanos e ser inviável a mudança com relação a falibilidade da memória humana existe algumas alternativas nas quais é possível reduzir consideravelmente o dano provocado por uma testemunha que é “vítima” da falsa memória, levando assim a uma justiça mais adequada.

### **4.1 MEMÓRIA**

A memória, segundo Izquierdo (2006, p.09) é a “aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações”, ou seja, pode ser descrita como a capacidade de registrar sentimentos, imagens, informações, acontecimentos, etc. O que se passa na vida de uma pessoa é armazenado através da memória, inclusive medos, sonhos, histórias.

A medicina conceitua memória como sendo

A capacidade que têm o homem e os animais de armazenar informações que possam ser recuperadas e utilizadas posteriormente. Difere da aprendizagem, pois esta é apenas o processo de aquisição das informações.

São vários os processos da memória. O primeiro deles é a aquisição (aprendizagem), seguindo-se a retenção durante tempos variáveis. A retenção por tempos curtos pode ser transformada em retenção de longa duração pelo processo da consolidação da memória. Em ambos os casos, entretanto, pode haver evocação (lembança) ou esquecimento das informações memorizadas (LENT, 2005, p. 588).

O que acontece é que histórias de uma pessoa, de algum fato dependem da memória de alguém, ou seja, caso essa memória venha a ser perdida em todo ou em parte, muita coisa pode fazer falta para outrem.

Para Izquierdo (2011, p.06):

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

Ainda, a memória é responsável por fazer uma ligação direta entre o passado e o presente, tanto em situações de curto ou longo prazo bem como fatos históricos da sociedade.

Define muito bem Sternberg (2000, p. 204) que é através da memória que o indivíduo “[...] recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refere-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação”.

Através da memória é possível perpetuar uma idéia ao longo de gerações na qual se reconstrói acontecimentos pretéritos.

Importante destacar ainda que nas civilizações mais antigas a memória era transmitida única e exclusivamente de forma oral. Ao longo dos anos, com o surgimento da escrita, a conservação da memória começou a ser conservada através da escrita.

Respeitável ressaltar que, segundo Cristina Di Gesu (2010, p. 167), a memória é “um processo complexo, o qual pode ser dividido em três momentos: aquisição, retenção e recordação”.

A fase da aquisição acontece em meio a turbulências e as percepções sobre o fato criminoso são limitados pelo caráter do fato (tempo, noite, chuva) ou pela própria pessoa (assistiu o crime sobre forte emoção,

estresse).

Já a segunda etapa – retenção – é uma das fases mais precárias tendo em vista que é caracterizado como o lapso temporal entre a presença do crime e o momento de recordar sobre o mesmo fato.

As informações pós-evento abrem uma brecha à formação de falsas memórias, na medida em que acabam por confundir a testemunha, a qual não distingue mais o evento original, daquilo que foi incorporado (DI GESU, 2010, p. 168).

Em caso de perda de memória, seja parcial ou total, perde-se também a aptidão de manter histórias vivenciadas e impossível de serem transmitidas aos povos ou no caso à autoridade responsável pela colheita de depoimentos de testemunhas/vítimas.

Deste modo, percebe-se que a memória é de extrema importância para dar continuidade ou transmitir uma ideia e imagens percebidas.

#### **4.1.1 ESQUECIMENTO E MEMÓRIA**

Tendo em vista que a memória representa a capacidade do ser humano de manter vivas as lembranças ou recordações presencias a vividas, é importante fazer uma análise entre a memória e o esquecimento dessas informações.

É habitual de o próprio ser humano o esquecimento de várias informações e detalhes do cotidiano, como por exemplo, esquecer onde colocou a chave do carro ou até mesmo do que almoçou no dia anterior. Tendo em vista que simples coisas são esquecidas, as que exigem mais complexidade de informações, por analogia, tendem a ser esquecidas mais facilmente.

O que ocorre é que o esquecimento é advindo, geralmente da pouca importância que o indivíduo dá ao fato ou a maneira negativa que as mesmas acontecem.

Izquierdo (2011, p. 31) salienta que “seria impossível se lembrássemos de todos os detalhes de nossa interação com todas as pessoas e de todas as impressões que tivemos de cada uma dessas interações”

Mesmo o esquecimento ser prejudicial, dependendo do que se esqueceu o mesmo ainda é natural e perfeitamente aceitável, tendo em vista que é um processo natural. Lembrar-se de tudo é humanamente impossível e o esquecimento apresenta um benefício, segundo Stein Pergher

Uma vantagem do esquecimento diz respeito a sua função auto-protetora. Se lembrássemos de tudo o que já nos aconteceu, de tudo o que já ouvimos ou vimos, nossa memória seria um grande emaranhado de conhecimentos inúteis e dispensáveis, causando-nos grande dificuldade em acessar determinadas informações e atrapalhando em muito nossa atividade cognitiva. Assim sendo, o fato de esquecermos determinados eventos, em especial aqueles de menor relevância, proporciona uma grande economia cognitiva. ( Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-65642003000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-65642003000100008&script=sci_arttext), acesso em 20/09/2013)

Outro benefício do esquecimento é o equilíbrio mental e físico, sendo que o indivíduo consegue esquecer-se de lembranças vivenciadas que foram negativas e que as recordações das mesmas poderiam ser prejudicial ao ser humano, pois não poderia progredir em algumas ideias e ficaria atrelado ao passado.

Muitas pessoas acreditam que o esquecimento seja algo ruim, indesejado, e afirmam que gostariam de ter uma memória melhor. Isso é perfeitamente compreensível, se pensarmos nas diversas vezes em que ficamos frustrados por esquecermos de algumas coisas, como um conteúdo que caiu numa prova ou o telefone de uma pessoa que conhecemos. ( Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010365642003000100008&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S010365642003000100008&script=sci_arttext), acesso em 20/09/2013).

Sem dúvidas, o esquecimento está longe de ser a parte mais importante da memória. Entretanto, a breve análise deu-se preferencialmente pelo fato de se demonstrar que o esquecimento é absolutamente normal.

A memória é formada ao longo de anos e vivenciadas no cotidiano de cada um, logo, não se pode dizer que um indivíduo já nasce com a memória formada.

## 4.2 O QUE SERIA FALSAS MEMÓRIAS?

Tendo em vista a imensa gama de informações, imagens, fatos, história que o ser humano carrega consegue ao longo de sua vida, seria “humanamente” incapaz reter todos os tipos de informações com a nitidez e detalhes de todas.

O que ocorre é justamente isso, onde a falsa memória

[...] pode nascer de uma confusão mental, de uma informação inicial verdadeira, mas que sofre uma poluição em decorrência de um processo de mistura com o imaginário, gerando uma confusão de dados por parte do sujeito, que passa a tomar como verdadeiro o fato distorcido. (LOPES JR. 2013, pg. 678)

Percebe-se que é comum esse fenômeno acontecer no cotidiano de cada um. O problema é quando esse fenômeno acontece no âmbito judicial onde muitas vezes precisa-se de clareza e detalhes para condenar ou absolver um réu.

“As falsas memórias (FM’s) podem ser definidas como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento” . (ALVES;LOPES, 2007, p. 46).

Importante salientar que a falsa memória não decorre unicamente de uma lembrança parcial, mas pode advir de uma situação jamais presenciada ou vivida.

Em que pese as falsas memórias acontecer no dia a dia, tal aplicabilidade desse fenômeno tem mais repercussão no âmbito judicial:

Em virtude de suas implicações na área legal, tal fenômeno tem sido mais conhecido junto à comunidade forense. Neste sentido, avanços nessa área têm impactado, por exemplo, práticas de entrevistas para a obtenção de testemunhos e técnicas de reconhecimento de suspeitos por testemunhas, o que, inclusive, gerou modificações na legislação de muitos países com relação a essas práticas. Por outro lado, no campo da psicoterapia, essa ainda é uma área pouco explorada, embora algumas técnicas psicoterapêuticas estejam sendo revistas em função do que se sabe hoje sobre os mecanismos que podem reduzir ou aumentar as falsas memórias (GRASSI-OLIVEIRA, 2010, p.204)

Nesse sentido, conclui-se que o fenômeno das falsas memórias ainda é um assunto a ser discutido com mais veemência pelas autoridades no assunto e que as falsas memórias no âmbito forense é prejudicial ao processo, principalmente ao réu.

### **4.3 FALSAS MEMÓRIAS, MENTIRA E CRIPTOMNÉSIA**

Ao falar sobre o fenômeno das falsas memórias tem-se a ideia de que o sujeito está mentindo, está falsificando informações, distorcendo fatos.

Ocorre que as falsas memórias se diferenciam da mentira uma vez que

nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. (LOPES JR. 2013, pg. 677).

No mesmo sentido, Elizabeth Loftu (2007, p. 46) afirma que

É preciso diferenciar este tipo de memórias de uma mentira deliberada. Nas FM's a pessoa sinceramente acredita que viveu aquele fato, e na mentira ela está consciente de que o narrado por ela não aconteceu, mas sustenta a história por algum motivo particular.

Em percentual de gravidade, as falsas memórias levam “vantagem”, pois dificilmente o julgador ou pessoa que está interrogando a testemunha percebe que ela está “deslizando” nos fatos. Já a mentira é fácil de ser descoberta pois existem várias atitudes onde demonstram que o depoente está encobrindo com a verdade.

Já a criptomnésia pode ser entendida como um subtipo da atribuição errada. O que acontece na realidade é que as pessoas, quando estão no efeito da criptomnésia, atribuem uma percepção de novidade a alguma coisa que deveria ser familiar, ou seja, entende-se como um plágio desprovido de má-fé. É comum acontecer quando, por influência do inconsciente, a pessoa

repete ou plagia algo já feito.

#### **4.4 O PECADO DA ATRIBUIÇÃO ERRADA**

Quando se trata de fatos rotineiros e que não tenham aplicação jurídica, os acontecimentos que são captados por atribuição errada são irrelevantes.

Explica o autor Daniel Schacter (2003, p. 116), que

“a atribuição errada pode ocorrer de diversas maneiras, as mais contundentes são:

- a) Lembrar de fatos que jamais ocorreram, atribuindo erroneamente o processamento rápido de novas informações ou imagens vividas que nos vêm à mente à lembranças de eventos passados que não aconteceram;
- b) Lembrar equivocadamente o que aconteceu, mas confundir a hora ou local (transferência inconsciente);
- c) Atribuir equivocadamente uma imagem ou pensamento que surge espontaneamente na nossa imaginação, quando, na realidade, a lembrança inconscientemente veio de alguma coisa que lemos ou ouvimos (criptomnésia).

Ocorre que é comum acontecer casos de pessoas inocentes que são condenadas, sofrem abalo psicológico intenso e muitas vezes irreversível.

#### **4.5 FALSAS MEMÓRIAS E JULGAMENTOS**

A falsa memória ainda é, entre muitos juristas, desconsiderada, ou seja, aplicadores do direito pouco preocupados que não enfrentam a complexidade na qual se encontra a sociedade que vive.

Em julgado recente, Geraldo Prado trouxe em Apelação Criminal nº 2007.050.044 um julgamento na qual é perceptível o respeito aos princípios do *in dubio pro reo* e estado de inocência (todos são considerados inocentes até o término do processo):

“Em se tratando de crime de roubo, delito transeunte, a versão apresentada pelas vítimas e o reconhecimento realizado em juízo podem constituir elemento de prova para a condenação,



mormente quando corroborados por outras provas, igualmente produzidas em juízo. No entanto, da análise dos autos, verifica-se que o conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório revela-se incapaz de alicerçar decreto condenatório. Conjunto probatório constituído por declarações de uma das vítimas, que não reconheceu o apelante como sendo o autor do roubo, e pelo depoimento da outra vítima, que afirma o reconhecimento, porém realizado em condições pessoalmente desfavoráveis. Prova testemunhal que teve a sua credibilidade afetada. **Probabilidade de ocorrência de falsas memórias.** 'E isso ocorre quando falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com conteúdos das sugestões recebidas por outros'. Nestas, diferentemente do que ocorre na mentira, o agente 'crê honestamente no que está relatando'. Neste tocante, havendo fortes dúvidas a respeito da autoria, assim como da dinâmica fática do evento delituoso, o princípio do in dubio pro reo deve funcionar como critério de resolução da incerteza, impondo-se como expressão do princípio da presunção de inocência. Note-se que diante de hipóteses explicativas viáveis, mas contraditórias e excludentes entre si, não pode o juiz optar por aquela posta em desfavor do acusado. A dúvida conduz o magistrado inexoravelmente à absolvição. Apelação Criminal 2007.050.044/RJ. Julgamento em: 29/11/2007 (grifei) (Disponível em [http://www.pucrs.br/edipucrs/Vmostra/V\\_MOSTRA\\_PDF/Ciencias\\_Criminais/82935-GUSTAVO\\_NORONHA\\_DE\\_AVILA.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/Vmostra/V_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/82935-GUSTAVO_NORONHA_DE_AVILA.pdf), acesso em 02/10/2013)

O Lapso temporal também já foi levantado em julgamento na Corte Gaúcha, foi o que reconheceu o Desembargador do Tribunal de Justiça Gaúcho, Gaspar Marques Batista, onde considerou que "*Parte da prova oral colhida em juízo, cinco anos depois, certamente foi prejudicada pela ação do tempo, que opera o esquecimento dos fatos e até a inclusão de falsas memórias*". (Disponível em: [http://www.tj.rs.gov.br/site\\_php/consulta/exibe\\_documento.php?ano=2007&codigo=1382594](http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=1382594) Acessado em 15/09/2013).

#### **4.6 CASOS ENVOLVENDO FALSAS MEMÓRIAS**

Como visto, a atribuição de uma falsa memória pode ocorrer diariamente, entretanto, levado ao meio jurídico, pode ocorrer sérios danos.

Destaca-se que no Brasil o estudo acerca das falsas memórias ainda é novo e pouco explorado, logo, não há tantos relatos famosos de casos envolvendo falsas memórias.

Entretanto, tal assunto já está sendo mais bem estudado e mais

divulgado no exterior. Neste modo, traz o autor Daniel Schacter dois casos famosos e curiosos:

Bem exemplifica esse erro de memória o famoso caso de meados de 1950, quando um agente de viagem britânico, assaltado à mão armada, identificou um marinheiro inocente como ladrão. O marinheiro havia comprado passagens do agente, que atribuiu erradamente o rosto familiar do marinheiro ao ladrão (SCHACTER,2003, p. 117/118)

Em um incidente posterior, o psicólogo Donald Thomson foi acusado de estupro em virtude da recordação detalhada que a vítima teve de seu rosto. Thomson foi inocentado porque tinha um álibi irrefutável: estava prestando uma entrevista à televisão (ironicamente sobre a falibilidade da memória) no momento em que aconteceu o estupro. A vítima tinha assistido à entrevista e atribuiu erradamente a lembrança do rosto de Thomson ao rosto do estuprador (SCHACTER,2003, p.118).

Neste sentido, a presença das falsas memórias em casos cotidianos no âmbito do Poder Judiciário é viável pelos casos supracitados.

#### **4.7 FATORES DE CONTAMINAÇÃO TESTEMUNHAL**

Nos processos que dependem quase que exclusivamente do depoimento oral – ou pelo fato de ausência de elementos da prova que não foram colhidos ou não deixaram vestígios – precisa ser reconstruído através da memória que narra.

Não há dúvidas que, inicialmente, um dos maiores problemas no processo penal é justamente a reconstrução de fatos decorridos em busca da “verdade real”.

A captura e memorização de um evento/fato estão rodeadas de vários fatores exógenos e endógenos que mudam significadamente a situação percebida.

As falsas memórias podem surgir através de duas formas: endógenos e exógenos

Os fatores endógenos são justamente decorrentes de distorções das memórias humana, ou seja

Ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do

próprio funcionamento das memórias, sem a interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interpretação pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado. (STEIN,2010, p. 25-26).

Os fatores exógenos podem ser classificados, conforme Cristina Di Gesu (2010, p. 138): o transcurso do tempo, a imprensa, o viés (normalmente acusatório) do entrevistador bem como o próprio subjetivismo do magistrado.

Tendo em vista fundamental análises dos fatores supracitados, faz-se necessário uma análise separadamente de cada fator.

#### **4.7.1 O TRANSCURSO DO TEMPO**

Encontra-se devidamente positivado na Constituição Federal o princípio da duração razoável do processo, ou seja, não pode o processo sofrer dilações exacerbadas ou ser julgado muito rapidamente ao ponto de ferir outros direitos fundamentais (ampla defesa, p.ex).

Neste contexto, preceitua o art. 5º, LXXXVIII da Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:  
[...]  
LXXXVIII: a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (BRASIL, 2013).

Ademais, cumpre destacar que com relação à prova testemunhal, a demora no colhimento deste meio de prova pode ocasionar modificações com relação aos fatos percebidos. É o que anota Lilian Stein, onde afirma que

[...] os avanços das pesquisas em Psicologia Experimental Cognitiva, na última década, possibilitaram a confirmação científica e, hoje em dia, inquestionável, de que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais). (STEIN, 2003, p. 153 ).

Em uma linha de raciocínio lógico, percebe-se que a demora

para a inquirição da testemunha ou depoimento da vítima é diretamente proporcional a linha de esquecimento dos detalhes dos fatos.

Portanto, deve-se existir, além do já positivado na Constituição Federal, uma regulamentação mais concisa do que seria realmente um processo que durasse razoavelmente, buscando o equilíbrio em seus julgados.

#### **4.7.2 A IMPRENSA**

Não se pode negar que o sensacionalismo que a mídia traz ao publicar a notícia de certo fato pode afetar as pessoas envolvidas no panorama dos fatos e que influenciam diretamente o processo penal.

Explica Cristina Di Gesu (2010, p.156) que

Não é a toa que os telejornais ocupam grande parte da sua programação com notícias acerca de crimes, quando na insiste, por semanas, em divulgar todas as etapas de investigação de um mesmo caso (como o foi, por exemplo, com a morte da menina Isabela, supostamente jogada do 6º andar do prédio onde moravam o pai e a madrasta [...])

A mídia acaba por familiarizar a população com as investigações policiais [...], sem que se tenha conhecimento acerca dos autos, gerando um imenso grau de contaminação. Pelo conteúdo das matérias veiculadas na televisão, o pai e a madrasta das vítimas Isabela, sem sombra de dúvidas, culpados ou inocentes, já foram condenados pelo Júri Popular, mesmo antes do término das investigações. E o grau de contaminação é tal quem nem sequer o desaforamento solucionaria o problema.

A mídia pode confundir a testemunha sobre o que realmente ela presenciou dos fatos. Percebe-se que o crime não importa apenas para a vítima, testemunha, acusado ou Estado e sim para a sociedade inteira, pois a mídia faz do crime um espetáculo.

Di Gesu (2010, p.157) reafirma que “disso resulta mais uma vez a necessidade de a prova ser coletada em um prazo razoável, tendo em vista que quanto mais o tempo passa, maior será o grau de contaminação da testemunha pela mídia”.

Neves (1977, p. 407-408), discorreu sobre a deformação dos atos do processo pela mídia, conforme demonstra-se:

A imprensa conhece o processo criminal muito por baixo, muito elementarmente. Joga, quase sempre, apenas com informações, sempre tendenciosas ou parciais (resultantes de diálogos com autoridades ou agentes policiais, advogados e parentes das partes etc.). Ora, se assim é, a crônica ou a crítica, em tais circunstâncias, é, por via de consequência, às vezes injusta, não raro distorcida, quase sempre tendenciosa. Portanto, à vista de episódios que serão encaminhados ao Judiciário, ou que neste já se encontrem, cabe ao jornalista, por sem dúvida, a tarefa de aperfeiçoar sua prudência.

Portanto, se os jornalistas estão apenas proporcionando a informação sobre a ocorrência do crime, estes não estão cometendo falta alguma, pelo contrário estão cumprindo as suas funções sociais. O que deve se evitar é aqueles juízos de valor que podem influenciar a sociedade e o próprio juiz.

Nesse sentido diferencia Odone Sanguiné (2001, p. 268) as situações citadas:

Quando os órgãos da Administração de Justiça estão investigando um fato delitivo, a circunstância de que os meios de comunicação social proporcionem informação sobre o mesmo é algo correto e necessário numa sociedade democrática. Porém uma questão é proporcionar informação e outra realizar julgamentos sobre ela. É preciso, portanto, partir de uma distinção entre informação sobre o fato e realização de valor com caráter prévio e durante o tempo em que se está celebrando o julgamento. Quando isso se produz, estamos ante um juízo prévio/paralelo que pode afetar a imparcialidade do Juiz ou Tribunal, que, por sua vez, se reflete sobre o direito do acusado à presunção de inocência e o direito ao devido processo.

Além da mídia, outro fator que está inclusivo na contaminação de um depoimento sobre os fatos são os comentários de vizinhos, familiares e amigos.

Tais comentários geram, muitas vezes, uma dúvida no que realmente presenciou, tendo em vista que diversos comentários (comentários esses que divergem um do outro) confundem a pessoa que presenciou o crime, gerando, na hora de prestar o depoimento o fenômeno das falsas memórias.

#### **4.7.3 A LINGUAGEM E O MÉTODO DO ENTREVISTADOR**

Outro fator de contaminação nos depoimentos está no âmbito e na forma com que o entrevistador (geralmente órgão acusatório representado pelo Promotor de Justiça) faz as indagações a testemunha ou vítima.

Através da entrevista o entrevistador busca com a testemunha ou vítima saber ou esclarecer sobre fatos presenciados e através da manipulação das perguntas busca satisfazer aquilo que ele (promotor) busca.

O estudo acerca desse ponto é de extrema importância tendo em vista que a prova testemunhal é um dos principais elementos de prova colhido no processo penal e fundamental para o juiz formar sua convicção. Logo, uma entrevista cheia de “segundas intenções” prejudicaria muito o processo penal de uma forma geral, especial o réu que sairia prejudicado.

Salienta-se que ao tomar o depoimento de uma criança, a possibilidade de macular a entrevista é ainda mais fácil, pois

“(1) as crianças não estão acostumadas a fornecer narrativas elaboradas sobre suas experiências, (2) a passagem do tempo dificulta a recordação dos eventos e, (3) pode ser muito difícil reportar informações sobre eventos que causam estresse, vergonha ou dor” (STEIN; PISA, 2006, p. 219-220).

A fragilidade de uma criança ao ser entrevistada é perceptível quando, por exemplo, sendo indagada mais de uma sobre o mesmo assunto, leva a criança a crer que sua resposta anteriormente dada não está “correta” e reformula sua resposta. Assim, percebe-se a vontade do entrevistador em atender suas expectativas e buscar o que quer ouvir.

Quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, a fim de obter respostas condizentes com suas convicções. São, portanto, desprezadas as respostas incompatíveis com a hipótese inicial ou, então, as respostas são reinterpretadas com o intuito de serem adaptadas a ela (DI GESU, 2010, p. 149).

Entretanto, cabe destacar que o entrevistador, ao fazer uma pergunta às testemunhas ou à vítima, pode estar agindo tendenciosamente com intenção de buscar das mesmas o que o entrevistador já está convicto, ou seja, pode estar agindo sem a intenção de prejudicar o depoimento da testemunha. O

único mecanismo de controle nesse meio de produção de provas é justamente o contraditório.

Ocorre que o contraditório não está presente na fase pré-processual e a manipulação das perguntas com o intuito de obter um depoimento com as informações que se desejam é mais frequente.

Ainda, importante destacar que o modo pelo qual o entrevistador usa ao fazer suas perguntas ao entrevistado pode influenciar nas respostas proferidas.

Com efeito, o viés do entrevistador pode ser observado não somente através do modo como os questionamentos são formulados, mas também em comportamentos sutis, como um sorriso, um movimento de cabeça ou pelo tom de voz (DI GESU, 2010, p. 149) .

Logo, percebe-se que um dos principais meios de influencia nos depoimentos prestados pela vítima ou testemunha é justamente o modo com quem o entrevistador utiliza seus métodos para obter informações de fatos e acontecimentos presenciados pelos entrevistados.

#### **4.7.4 SUBJETIVISMO DO JULGADOR**

Inicialmente, cabe destacar que é dever do magistrado agir perante as partes com imparcialidade para que a decisão tenha validade sob a luz da suspeição e impedimentos dos atos processuais.

Ademais, a imparcialidade é uma das maiores garantias para assegurar uma realização da justiça de forma plena, pois, caso contrário, os direitos fundamentais, especialmente os voltados aos indivíduos, estaria fragilizado.

Ainda, dentre as características do sistema acusatório encontra-se a equidistância que o juiz tem que ter entre o órgão acusador e o acusado.

Como forma de garantir a imparcialidade do juiz, o Código de Processo Penal prescreve nos artigos 252, 253 e 254 causas de suspeição e

## impedimento do magistrado:

Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que:

I - tiver funcionado seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, como defensor ou advogado, órgão do Ministério Público, autoridade policial, auxiliar da justiça ou perito;

II - ele próprio houver desempenhado qualquer dessas funções ou servido como testemunha;

III - tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão;

IV - ele próprio ou seu cônjuge ou parente, consangüíneo ou afim em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive, for parte ou diretamente interessado no feito. (BRASIL,2013)

Art. 253. Nos juízos coletivos, não poderão servir no mesmo processo os juízes que forem entre si parentes, consangüíneos ou afins, em linha reta ou colateral até o terceiro grau, inclusive. (BRASIL,2013)

Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consangüíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for credor ou devedor, tutor ou curador, de qualquer das partes;

VI - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo. (BRASIL,2013).

Ressalta-se a importância da distinção entre um juiz imparcial e um juiz neutro.

A imparcialidade refere-se em afirmar que o magistrado não tem interesse no processo, partes, sendo que única preocupação do juiz é que a justiça seja efetivada.

A imparcialidade do julgador é elemento integrante do devido processo legal. Não é devido, justo ou equo, um processo que se desenvolva perante um julgador parcial. Bastaria isso para que se afirmasse que a Constituição tutela o direito de ser julgado por um juiz imparcial. Aliás, a imparcialidade é *conditio sine qua non* de qualquer juiz. Juiz parcial é uma contradição em termos.

[...]

Em suma, é inegável que a imparcialidade do juiz é uma garantia constitucional implícita. (Disponível em <http://www.badaroadvogados.com.br/?p=331>, acesso em 19/10/2013).



Já a neutralidade é quando o magistrado deixa de lado o subjetivismo, as experiências já vivenciadas.

Afirma Cristina di Gesu (2010, p. 158) que a neutralidade é “a projeção das experiências, dos sentimentos, das vivências pessoais do magistrado sobre o processo, configurando a neutralidade em um mito”.

Explica GIACOMOLLI e DUARTE (2006, p.290) que

o juiz, por mais fracionado que esteja, por mais imbuído de sua postura profissional, ainda leva consigo, ainda projeta no processo o seu eu particular. O profissional que muitas vezes fala é o agente social, é a classe que representa (com seus valores únicos), é o pai, ou filho, é sua singularidade.

É claro que o réu pode ser prejudicado por esse subjetivismo do julgado na hora de proferir a decisão.

Deste modo, Cristina di Gesu suscita muito bom acerca do tema afirmando que

Isso vem demonstrar que a avaliação de toda prova produzida no processo, embora não seja feita de forma discricionária – observância do princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional – pode ser contaminada pelo próprio subjetivismo do julgador que acaba por trazer suas vivência, suas postura ideológica para dentro do processo ao analisar a prova (DI GESU, 2010, p.160).

Logo, percebe-se que, em que pese o juiz atuar com imparcialidade seria humanamente impossível o mesmo deixar de lado a sua neutralidade, seus sentimentos, suas emoções.

#### **4.8 A ENTREVISTA COGNITIVA**

Antes de adentrar na busca de redução de danos, importante ressaltar que o modo com que a pessoa é entrevistada/inquirida é de grande valia para que as influências do meio externo não sejam prejudiciais no momentos da prestação do depoimento.

O ponto que se deve buscar é justamente a produção de uma prova (oral) mais robusta e confiável a ponto de convencimento do magistrado.

A doutrinadora Cristina di Gesu (2010, p. 169) afirma que

O emprego de técnicas inadequadas nas entrevistas pode limitar a quantidade de informações proporcionais pelas vítimas e testemunhas durante suas recordações dos fatos presenciados no passado. Sobre as aludidas técnicas, comumente os atores do sistema legal – polícia, advogados, juízes, psicólogos – adotam a chamada “entrevista *stándar*”, dividida em duas etapas que, de certa forma, se complementam: a narrativa e a interrogativa.

Sendo destacadas as duas formas de entrevista atualmente utilizadas, cabe destacar as características de cada uma delas.

A primeira etapa, mais conhecida como narrativa, é onde ocorre o menor risco de danos do depoimento tendo em vista que as perguntas proferidas pelo entrevistador são mais objetivas e as respostas, por consequência, é mais exato. Entretanto, sendo perguntas e respostas totalmente objetivas, não há uma riqueza nos detalhes dos fatos.

A segunda parte – interrogatório – ao contrário da primeira etapa, busca uma maior formação e colhimento de detalhes dos fatos. Como explicado, a busca desses detalhes pode ser prejudicial quando entrevistado da forma incorreta.

Na fase do interrogatório existem dois tipos de questionamentos: os abertos e fechados.

Os questionamentos abertos refere-se as perguntas abertas, ou seja, perguntas que deixam o entrevistado falar a vontade sobre o tema. Um exemplo de pergunta desse gênero seria “o que aconteceu naquela manhã em frente ao Banco?”.

Já as perguntas classificadas como fechadas têm como características as respostas em escassas palavras e subdivide-se em

[...] Identificadores (requerem a descrição de pessoa, lugares, momentos, etc.), de seleção (perguntas de alternativas múltiplas, tal como: o ladrão usava revólver ou faca) e, por fim perguntas sim-não (respondidas satisfatoriamente com qualquer um deles) (DI GESU, 2010, p. 169).

É óbvio que todas as classificações das perguntas fechadas têm seu risco. Entretanto, traz Cristina Di Gesu que o risco maior encontrasse

justamente nos questionamentos que tem como característica a seleção, pois

Pode ocorrer que o ladrão sequer estivesse armado; contudo, o depoente, ao ser questionado se ele usava faca ou revólver, é induzido a acreditar que o imputado efetivamente portava uma arma.

A obtenção da resposta pela indução pode ocorrer com base no depoimento de uma outra testemunha, ouvida previamente, a qual fornece uma descrição do suspeito, sem que tal definição seja necessariamente confiável. Mais uma vez abre-se uma “zona cinzenta”, passível de falsificação da lembrança, tendo em vista não ser a descrição do acusado espontânea, mas induzida pelo entrevistador. E o pior: com fundamento em informações infieis a realidade, comprometendo a confiabilidade da prova (DI GESU, 2010, p.170).

Ainda, há as perguntas identificadoras que tem como características a colheita de informações pós-eventos (como era a arma utilizada?).

Ficou demonstrado que o modo com que se pergunta influencia a resposta do entrevistado, pois uma pergunta tendenciosa alude o caminho da resposta e logo surge uma necessidade de uma entrevista alternativa, uma entrevista que supre as falhas das entrevistas atualmente aplicadas. Nesse contexto surge a chamada entrevista cognitiva.

O objetivo primordial da entrevista cognitiva é a obter informações quantitativas e qualitativamente superiores a dos interrogatórios tradicionais [...] Trata-se de um procedimento composto por quatro técnicas gerais, acrescido de estratégias complementares para a recordação de detalhes específicos [...] (DI GESU, 2010, p.171).

As técnicas trazidas pela autora Cristina Di Gesu (2010,p. 171) são: (a) Reinstauração do contexto; (b) Informar sobre tudo; (c) mudança de perspectivas; (d) diferente ordem.

Analisando-as pontualmente, (a) a Reinstauração do contexto tem como intuito a reconstrução do crime mentalmente, através de aparências pessoais e físicas; (b) a informação sobre tudo consiste justamente na testemunha relatar tudo que presenciou do crime, desde os fatos mais importantes até os detalhes ínfimos; (c) a mudança de perspectiva acontece quando é solicitado ao depoente que saia da sua zona de mero informante de

fatos para outra posição na data do crime e que o mesmo tente imaginar o que teria visto dessa nova posição; (d) já na diferente ordem ocorre quando a testemunha/vítima tem que contar sobre os ocorridos em ordens diferentes, como por exemplo, de frente para trás.

Em que pesem estarem clara as vantagens que a entrevista cognitiva traz ao processo penal em geral (obtenção de conhecimentos mais ricos, minimização dos riscos inerentes as falsas memórias, fabricação de prova oral com qualidade), a entrevista cognitiva tem seu lado negativo e de difícil alcance no sistema processual atual.

O lado negativo é que de uma certa forma tem-se que levar em consideração da entrevista cognitiva encontra-se justamente o lapso temporal, entrevistadores devidamente treinados para aplicação dessa entrevista bem como um alto custo financeiro com relação ao treinado e tempo despendido.

Em comparação com o sistema adotado atualmente e a entrevista cognitiva, é claro que esta seria uma medida cabível para redução do impacto das falsas memórias.

Bem destaca Cristina Di Gesu (2010, p. 173) ao afirmar que

Nessa relação custo/benefício, acreditamos serem os benefícios muito maiores, considerando, como já referimos em oportunidades anteriores, será prova oral um dos principais meios utilizados no processo penal brasileiro. Se a prova técnica (perícia) não tem muita qualidade, pelo menos que se tente obtê-la na prova testemunhal, através da entrevista cognitiva.

A entrevista cognitiva (se aplicada) diminuiria muito as chances de um direito fundamental (liberdade, traumas) que sofre um acusado na seara criminal dependendo dos depoimentos da vítima/testemunha para que o juiz forme sua convicção.

#### **4.9 A BUSCA DE REDUÇÃO DE DANOS**

Milhares de processos já foram julgados a partir de provas testemunhais, unicamente nas palavras/lembranças das vítimas ou das

testemunhas. Essa prova oral, por consequência, é a única a embasar não só a acusação como também a condenação, na falta de demais elementos.

O estudo das falsas memórias no processo penal é novo. Entretanto, alguns doutrinadores já conseguem apresentar medidas cabíveis para diminuir o risco que sofre os depoimentos, sendo possível manter a segurança jurídica no ato da sentença penal com base em depoimentos fortes e ricos em detalhes.

É perceptível que uma das medidas cabíveis seria a colheita de prova em um prazo razoável com o objetivo de resguardar o que realmente o depoente presenciou dos fatos sem sofrer as influências exógenas (mídia, vizinhos, parentes entre outros) ou até mesmo de fatores endógenos (esquecimento).

Outra medida cabível seria a gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual para que o magistrado possa analisar as gravações e observar se houve contaminação na realização das perguntas, possibilitando um maior grau de certeza ao proferir sua decisão.

Ademais, a Lei 11.719/2008, que modificou alguns métodos penais, trouxe no seu artigo 405, §1º a seguinte redação:

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

§ 1º Sempre que possível, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações. (BRASIL,2013).

Percebe-se que houve uma tentativa de buscar junto aos meios que a tecnologia oferece para que busque uma redução nos danos dos depoimentos.

Ainda, a colheita de prova através de técnicas de interrogatório e entrevista cognitiva seria mais uma medida cabível, tendo em vista que “permitem a obtenção de informações quantitativas e qualitativamente superiores a das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas. (DI GESU, 2010, p. 173)

#### 4.10 APLICABILIDADE DA REDUÇÃO DE DANOS NO BRASIL

No Brasil, o depoimento sem dano começou a ser trabalhado em 2003 na 9ª Vara Criminal e na 2ª Vara do JIJ de Porto Alegre<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Disponível em <http://jjj.tjrs.jus.br/paginas/material-de-apoio/edicao-17.pdf>. Acesso em 09/09/2013)

O depoimento sem dano trata-se de um procedimento auxiliar e alternativo na inquirição de vítima, testemunha ou criança que fizeram parte de um delito sexual.

Ademais, tramita o Projeto de Lei 4.126/2004 que foi substituído pelo Projeto 524/2006 no Senado justamente com o intuito de acrescentar ao Código de Processo Penal uma medida alternativa.

O projeto supracitado pretende acrescentar o art. 161 – A do Código de Processo Penal com a redação abaixo:

Art. 161- A . No caso de crime contra a liberdade ou o desenvolvimento sexual a envolver criança ou adolescente como vítima, o exame pericial será realizado em local separado, preservando-se sua imagem e intimidade, garantido o acompanhamento dos pais ou responsáveis legais. (BRASIL, 2013).

Parágrafo único. O juiz solicitará ainda a elaboração de laudo psicossocial pela equipe interprofissional de que trata o art. 151 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente, com vistas a apurar outros elementos indicativos do abuso sexual.

Percebe-se que o projeto de lei visa diminuir os riscos que se pode ter ao tomar um depoimento de alguém que foi vítima ou presenciou algum crime sexual. Deste modo, salienta Cristida Di Gesu (2010, p. 162), que

Segundo o projeto, a inquirição da criança ou do adolescente, vítima ou testemunha de delito sexual, não será realizada na sala de audiências, mas sim em recinto diverso, especialmente projetado para esse fim, contendo equipamentos próprios adequados à idade e à etapa evolutiva

do depoente (artigo 197-B,I ).

Também não será feita do modo tradicional, isto é, na presença do juiz e das partes, mas por intermédio de um profissional devidamente designado pela autoridade.

O Projeto traz inúmeros benefícios para a celeridade que o processo penal necessita a fim de buscar a justiça.

Entretanto, em que pese o Projeto parecer ser uma ótima forma de redução de danos nos depoimentos, este traz alguns pontos que transgrediria algumas regras processuais.

A doutrinadora Cristina Di Gesu traz sobre o tema e ressalta que

a técnica utilizada pelo Depoimentos sem Dano é extremamente prejudicial não só à suposta vítima, pelo fato de poder ser induzida a acreditar em um abuso não ocorrido, devido à intermediação e à possibilidade de formulação de questionamentos tendenciosos; mas também ao processo, pelas graves violações apontadas, concernentes ao contraditório e direito de defesa, à identidade física do juiz e à imediação e, principalmente ao imputado que mal saberá do que se defender (DI GESU, 2010, p. 167).

Ainda, a votação do Projeto no Senado encontrasse suspenso devido a moção proposta pelo Conselho de Psicologia para rejeitar o desempenho do psicólogo no processo criminal como apenas inquisidores.

## 5 CONCLUSÃO

Ao comentar sobre a memória adentra-se num campo onde abrange a capacidade de armazenar informações e fatos para que possam ser lembrados futuramente. Além da memória individual, ou seja, de cada pessoa, existe uma memória coletiva, aquela que diz respeito a uma sociedade, país ou povo.

A importância da memória reside na capacidade de receber e armazenar dados, de modo que se possa recordar de acontecimentos, entender cálculos, aprender conteúdos, entre tantas outras tarefas.

Todavia, lembra-se de tudo que já se passou pode ser negativo e até prejudicial ao indivíduo, pois este ficaria atrelado à conceitos, experiência e medos passados, evitando o desenvolvimento de sua criatividade e capacidade de mudar de opinião sobre diferentes situações.

Nesse sentido, compreende-se que a memória é essencial para o homem e para a sociedade, porém, o esquecimento também trata-se de uma ocorrência benéfica, considerando-se sua característica de liberar espaços para novos conhecimentos, percepções diferenciadas e visões novas sobre acontecimentos que, algumas vezes, já tenham acontecido.

Tratando das falsas memórias, há que se recordar que as mesmas realmente integram a memória, a lembrança do indivíduo, que acredita ser aquele um fato real. Todavia, tais memórias podem ter sido desenvolvidas por seu inconsciente, com base em expectativas, medos, frustrações ou experiência anteriores, ou podem ter sido introduzidas por outras pessoas.

Apesar de não poder citar as falsas memórias como mentiras, pois não são uma conduta proposital do indivíduo, há que se reconhecer que no que tange o processo penal, cujo intuito é a verificação de culpa ou dolo e penalização do infrator, tais memórias podem ser grandemente prejudiciais, pois alteram a percepção da testemunha quanto ao que realmente aconteceu, podendo prejudicar uma pessoa inocente ou auxiliar a absolver uma pessoa culpada.



## REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Richi Ivahy. **Ônus da prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 20 mai. 2013

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689. Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decretolei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del3689compilado.htm)> Acesso em: 20 mai. 2013

DI GESU, Cristina. **Prova penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 33. Ed.rev.,atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 12.ed.rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LENT, Roberto. **Cem bilhões de neurônios: conceitos fundamentais de neurociência**. Ed. rev. e atual São Paulo: Atheneu, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 2.ed. ver., atual. e ampl.,vol. I, Niterói,RJ: Impetus,2012

LOPES Jr. Aury. **Direito processual penal**. 10.ed. São Paulo: Saraiva,2013

\_\_\_\_\_. **Introdução crítica ao processo penal: (fundamentos da instrumentalidade constitucional)**. 4. ed. rev., atual. e ampl Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 3. ed., rev. e atual São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 18.ed. ver. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. atual. até a EC n.56/07 São Paulo: Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. rev., atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SCHACTER, Daniel L. **Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra**. Tradução de Sueli Anciães Gunn; revisão técnica de Gilberto Ottoni de Brito. Rio de Janeiro: Rocco, 2003

STEIN, Lilian M. e NYGAARD, Maria Lúcia C.. **A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais - IBCCRIM. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, nº 43, ano 11.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 11.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva,2009

TUCCI, Rogerio Lauria. . **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 3. ed. rev. atual. e ampl São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.