

FACER- FACULDADES
UNIDADE RUBIATABA
CURSO DE DIREITO

**A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO CAMPO PROCESSUAL
PENAL– SOB O ENFOQUE DO FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS**

MAURÍCIO BALDUINO FERNANDES

RUBIATABA – GO

2015

MAURÍCIO BALDUINO FERNANDES

**A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO CAMPO PROCESSUAL
PENAL – SOB O ENFOQUE DO FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS**

Trabalho monográfico apresentado no curso de Direito da Facer – Unidade de Rubiataba, como requisito de aprovação na disciplina Monografia II e colação de Grau em Bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Mestre Márcio Lopes Rocha.

De acordo e recomendado para a banca.

Mestre Marcio Lopes Rocha

RUBIATABA – GO

2015

MAURÍCIO BALDUINO FERNANDES

**A FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO CAMPO PROCESSUAL
PENAL- SOB O ENFOQUE DO FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS**

Rubiataba, ____ de _____ de 2015.

Banca Examinadora:

Márcio Lopes Rocha _____	FACER _____
Assinatura	Nota
Professor _____	FACER _____
Assinatura	Nota
Professor _____	FACER _____
Assinatura	Nota

*Dedico o presente trabalho inicialmente à minha família,
Na pessoa do meu pai Ernando, minha mãe Maria e minha irmã Maísa,
Meu tio Alencar, tia Daniela, meus avôs Olímpio e Dairo José,
Minhas avós Elza e Tereza, e os familiares em geral,
Que sempre me apoiaram, deram suporte e serviram de esteio,
E não mediram esforços para que eu conseguisse atingir este objetivo
Pois, se consegui chegar até aqui, eles são os responsáveis.
De igual importância nesses cinco anos,
Dedico ainda este trabalho, a todos aqueles que de alguma forma
Contribuíram para minha formação pessoal e intelectual,
Todos aqueles que não estão mais ao meu lado, mas que boa parte da trajetória estive,
A minha companheira Vanessa que nos dias que pensei em desistir ela me deu forças,
Palavras de apoio e mais do que nunca nos dias de total estresse ela sempre me alegrava,
E com algumas palavras me acalmava completamente.
Não poderia deixar de citar dois fundamentais, Rômulo e Luciana,
Amigos para toda a vida.*

AGRADECIMENTO

*Agradeço o meu orientador Marcio Lopes Rocha pela confiança depositada,
E por permitir que este trabalho fosse possível
Obrigado pelo exemplo!*

*Agradeço ainda aos grandes amigos que fiz pelo apoio e incentivo e
À minha família, pelo amor incondicional que me faz
Querer sempre ser uma pessoa melhor e ser
Motivo de orgulho para todos,*

*À minha namorada por todo apoio e por sempre acreditar na minha capacidade.
Pela paciência, compreensão, companheirismo e incentivos,
Por fim, agradeço a Deus pela vida que me foi dada,
E por proporcionar este momento e realização de um sonho.
Sei que sem a graça divina nada disto poderia estar acontecendo,
E a cada um que estive ao meu lado nesta longa caminhada.*

RESUMO

A relevância dessa pesquisa consubstancia em entender e analisar a fragilidade da prova mais comumente utilizada no processo penal, a prova testemunhal. Mais que isso busca demonstrar a importância de estudarmos as possíveis causas dessa fragilidade para, em contrapartida, desenvolver métodos mais eficazes para colhermos os depoimentos daqueles que presenciaram ou irão presenciar uma cena de crime. O procedimento para a oitiva de testemunhas demonstra que, para a sua realização, muito tempo se decorre, interferindo na busca para desvendar, mais aproximadamente possível o que ocorreu ao tempo da infração. O fenômeno estudado, como tentamos mostrar, prejudica o réu, que pode ter um comportamento não realizado narrado como se o fosse, e também prejudica a efetiva tutela jurisdicional do direito processual penal.

Palavras-chave: Falsas Memórias, Fragilidade, Prova Testemunhal.

ABSTRACT

The relevance of this research constitutes in understanding and analyzing the fragility of the evidence most commonly used in criminal proceedings, witness evidence. More than that seeks to demonstrate the importance of studying the possible causes for this weakness, however, develop more effective methods for harvesting the testimonies of those who witnessed or will witness a crime scene. The procedure for the hearing of witnesses shows that, for its realization, was long runs, interfering with the quest to unravel, as closely as possible, what happened to the time of the infraction. The phenomenon studied, we try to show prejudice the defendant, which may have a behavior performed not narrated like one, and also undermines the effective judicial protection of criminal procedural law.

KEYWORDS: False Memories, Fragility, Witnesses.

SUMÁRIO

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS	09
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - TEORIA DAS PROVAS: ESTUDO SOBRE O TRATAMENTO RELACIONADO À ATIVIDADE PROBATÓRIA.	12
1.1 – Provas – Conceito e finalidade	12
1.2 – Sistemas de apreciação da prova	13
1.3 – Princípios relativos à prova no processo penal	16
1.3.1 – Princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade)	16
1.3.2 – Princípio da proporcionalidade	17
1.3.3 – Princípio do <i>nemotenetur se detegere</i>	17
1.3.4 – Princípio da busca da verdade	18
1.3.5 – Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos	19
1.3.6 – Princípio da comunhão da prova	20
1.3.7 – Princípio da autorresponsabilidade das partes	21
1.3.8 – Princípio da oralidade	21
1.3.9 – Princípio da liberdade probatória	22
CAPÍTULO II - PROVAS TESTEMUNHAIS: DISCIPLINA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.	23
2.1 – Prova testemunhal – conceito	23
2.2 – Características	23
2.3 – Deveres das testemunhas	24
2.4 – Procedimento geral para a oitiva	26
CAPÍTULO III: FALSAS MEMÓRIAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERFERÊNCIA DO FENÔMENO DA PSICOLOGIA JURÍDICA NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS	30
CONSIDERAÇÕES FINAIS	39
REFERÊNCIAS	40

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Art.	Artigo
CPP	Código de Processo Penal
CP	Código Penal
<i>i.e</i>	<i>id est</i>
<i>v.g</i>	<i>verbi gratia</i>

INTRODUÇÃO

O trabalho que aqui se inicia busca agregar conhecimentos sobre a prova, as provas testemunhais e o tema “falsas memórias”. O Direito Penal tutela os bens jurídicos fundamentais, por isso deve-se zelar na apreciação de um fato criminoso e a imputação da autoria a alguém, uma vez que o Estado não pode falhar e condenar inocentes, privando-os de sua liberdade injustamente. A liberdade, bem como a presunção de inocência, são garantias constitucionais fundamentais.

Trata-se de trabalho interdisciplinar que abordará a Prova no Processo Penal, trazendo a tona seu conceito, falar-se-á sobre alguns princípios norteadores e os meios de prova. O enfoque será a prova testemunhal e as fragilidades que fazem com que ela seja passível de contaminação, as falsas memórias serão estudadas mediante artigos e livros publicados por neurocientistas e psicólogos.

Será feita uma explanação dos princípios norteadores das provas e o porquê de sua observância ser de suma importância para que os acusados não tenham sufragados os seus direitos, falar-se-á sobre o tarifamento das provas, ou melhor, sobre o não tarifamento das provas e a exceção a regra constante no art. 158 do CPP.

Os processos judiciais buscam a reconstrução de uma verdade pretérita, usando todos os meios que possam provar e esclarecer o que aconteceu. É notório que a prova oral, na esfera processual penal, tem uma incidência muito maior do que os outros meios probatórios.

Abordará os pontos vulneráveis da prova oral e quais seriam as opções a serem dispensadas à prova testemunhal com o intuito de torná-las mais confiáveis.

As contaminações a que a prova oral está sujeita, podem ser dirimidas em função da adoção de algumas medidas, dentre as quais estariam uma colheita do testemunho em prazo razoável, visando amenizar a influência do tempo na memória, uma melhor abordagem das técnicas de interrogatório, lugar propício e pessoas qualificadas e treinadas a extrair tais declarações contribuiriam significativamente para a obtenção de informações verossímeis com a realidade dos acontecimentos fatídicos.

As falsas memórias consubstanciam-se em uma problemática no âmbito do Direito, estudos realizados por neurocientistas e psicólogos mostram que vários fatores podem gerar esquecimentos, reformular situações e descrever fatos não condizentes com a realidade no cérebro humano.

Demonstrar os pontos falhos da prova testemunhal e quais poderiam ser as medidas cabíveis de redução de danos, objetivando a melhoria qualitativa da prova oral.

Com essa intenção de pesquisa surgiu a motivação para confeccionar esse trabalho!

Primeiramente (Capítulo I), falaremos sobre os traços gerais da atividade probatória no nosso ordenamento jurídico. Trataremos de conceitos, características e princípios específicos concernentes à matéria.

Após (Capítulo II), adentrando no tema, tratamos sobre as especificidades da prova testemunhal, analisando as características das testemunhas, suas obrigações previstas legalmente e qual o procedimento para que seja colhido o seu depoimento. Esse capítulo é fundamental, pois subsidia o estudo do tema proposto no capítulo seguinte.

Encerrando (Capítulo III), faremos uma análise sobre o recente fenômeno da psicologia jurídica e clínica, chamado de falsas memórias. Conforme explicaremos, o referido fenômeno tem impactos estruturais no processo mnemônico do indivíduo, afetando a maneira como o seu pensamento e sua memória são externados após um decurso razoável de tempo.

CAPÍTULO I

TEORIA DAS PROVAS: ESTUDO SOBRE O TRATAMENTO RELACIONADO À ATIVIDADE PROBATÓRIA.

1.1 Provas – Conceito e finalidade

Podemos entender como prova, tudo aquilo que se destina à formação do convencimento do juiz, demonstrando um fato, ato ou o próprio direito alegado. Aliado ao seu conceito está sua finalidade, qual seja a de obter o convencimento do julgador do litígio, absolvendo ou condenando o réu.

Na obra Teoria Geral do Processo, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco definem prova como “o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoocorrência dos fatos controvertidos no processo”, e ressaltam que apesar de “vários temas sobre a prova venham às vezes tratados na lei civil, trata-se de autêntica matéria processual – porque falar em prova significa pensar na formação do convencimento do juiz, no processo”.¹

Para o termo “prova”, no ensinamento de Guilherme de Souza Nucci, há três sentidos existentes:

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a 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.²

O intuito da prova é, portanto, alcançar uma “verdade” viável, possível (do direito anglo-americano, *probable truth*), dentro do processo, que deve ser elaborado com qualidade, pois só pode haver condenação com a certeza de culpabilidade, sendo insuficiente para tanto suposições ou conjecturas.

Nesse sentido, afirma Eugênio Pacelli de Oliveira:

¹CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. Teoria Geral do Processo. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 373.

²NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 388.

o processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal.³

Para tal tarefa, o Estado conta com diversos meios de prova para se chegar ao mais próximo da realidade dos fatos investigados. Entretanto, a Constituição definiu limites prévios, como a inadmissibilidade das provas obtidas ilicitamente⁴, cujo escopo é o de proteger direitos e garantias individuais do acusado e de terceiros.

1.2 Sistemas de apreciação da prova

No tocante à forma em que o magistrado se vinculará à prova produzida, decidindo por uma ou por outra, haverá variação a depender do sistema adotado.

De acordo com Nestor Távora, “as regras de valoração da prova demonstram a transparência no ato de julgar, revelando o porquê do convencimento que deu ensejo ao provimento jurisdicional”.⁵

Os principais sistemas elencados pela doutrina são: a) da íntima convicção do magistrado; b) da prova tarifada, e; c) do livre convencimento motivado.

No primeiro, o sistema da íntima convicção do magistrado, este está livre para decidir com base em qualquer prova, sendo dispensado de motivar sua decisão. A lei não atribui nenhum valor às provas, tendo total liberdade o julgador.

Apesar de a lei não adotar esse sistema, afirmando o art. 93, IX da Constituição Federal que “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade*” (grifamos), podemos encontrar resquícios desse sistema no Tribunal do Júri, ocasião em que os jurados, ao julgar, não fundamentam sua decisão.

Pelo sistema da prova tarifada, por sua vez, cabia ao juiz apreciar o conjunto probatório lhe atribuindo o valor conforme o estabelecido em lei. Desse modo, o papel do juiz era limitado a uma soma aritmética para sentenciar.

³OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 290.

⁴Para mais informações ver página 22.

⁵TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 398.

Desse sistema surgiram que a confissão era indiscutível, a rainha das provas, e que uma testemunha não é capaz de comprovar determinada situação (*testis unus, testis nullus*). Ou seja, a verdade dita por apenas uma testemunha não teria valor, mas se uma mentira fosse contada por duas testemunhas era possível utilizá-la no processo penal.

Evidentemente que nosso Código de Processo Penal não adotou esse sistema, mas podemos visualizá-lo em alguns dispositivos, como no art. 158, que afirma que “quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito”. Aqui, a lei demanda a realização do exame para se comprovar a materialidade dos crimes que deixam vestígios. Especificar uma prova deixa claro que seu valor é superior, pois é predeterminado. Claro, de acordo com o art. 167 do mesmo diploma, se não for possível a realização do exame por ter desaparecidos os vestígios, a prova testemunhal irá substituí-lo.

Norberto Avena leciona que há dois tipos de tarifação, a absoluta e a relativa. Na tarifação absoluta, o juiz “não possui nenhuma liberdade na formação de sua convicção, ficando restrito aos termos ditados pela lei”⁶, dando como exemplo os artigos 62 e 92 do CPP. De outro lado, a tarifação relativa trabalha com as “hipóteses em que o juiz, embora esteja adstrito a critérios de valoração predefinidos em lei, não fica totalmente limitado aos termos legais”⁷, isto é, a própria legislação lhe dá uma certa discricionariedade.

Por fim, pelo sistema do livre convencimento motivado, ou da livre apreciação judicial da prova, o magistrado tem ampla liberdade para valorar as provas constantes nos autos. Por estas terem o mesmo valor, ao decidir a demanda, o juiz deve fundamentar sua decisão. Com essa consideração, de modo justificado, o magistrado poderá fazer preponderar a prova testemunhal em detrimento da documental e vice-versa.

De acordo com Renato Brasileiro esse sistema é o mais seguro, já que:

em virtude dos extremos dos dois sistemas anteriores, este apresenta a vantagem de devolver ao juiz discricionariedade na hora da valoração das provas, isoladamente e no seu conjunto, aspecto positivo do sistema da íntima convicção, mas desde que tais provas estejam no processo (*id quod non est in actis non est in mundus* – o que não está nos autos não existe), sendo admitidas pela lei e submetidas a um prévio juízo de credibilidade, não podendo ser ilícitas ou ilegítimas.⁸

⁶AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 480.

⁷AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 481.

⁸LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 881-882.

Somado à discricionariedade em avaliar o conjunto probatório há a obrigatoriedade de motivar a sua decisão (aspecto positivo do sistema da prova tarifada). Motivando sua decisão, as partes saberão que sua decisão fora extraída do material probatório e também que as provas levadas por elas ao processo foram analisadas.

Em regra, nosso ordenamento jurídico segue esse sistema pois, como já dissemos acima, a Constituição exige que todas as decisões sejam fundamentadas, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

Com a reforma do Código de Processo Penal trazida pela lei 11.690/08, esse sistema passou a ser tratado também no estatuto infraconstitucional, vejamos o que afirma o artigo 155:

Art. 155. O juiz formará a 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” (grifo nosso).

De acordo com Nucci

o propósito legislativo foi evitar que o magistrado levasse em conta, como fundamento para sua decisão, a prova colhida na fase investigatória (normalmente a fase do inquérito policial), pois não há o contraditório e a ampla defesa.⁹

Continua o professor nos seus ensinamentos dizendo que, a seu ver, a meta não foi atingida a contento. Isso porque o dispositivo inseriu a relativização à regra por meio do termo “exclusivamente”, permanecendo tudo como sempre foi. O que o magistrado não pode é considerar, exclusivamente, os elementos de informação colhidos na investigação, mas se o fizer com provas colhidas no processo, poderá usar os elementos coletados no inquérito.¹⁰

Adotando esse sistema, podemos extrair três importantes conclusões, trazidas por Renato Brasileiro de Lima¹¹: a) não há provas com valor absoluto, isto é, não há hierarquia entre as provas no processo penal, pois todas têm valor relativo; b) o magistrado deve valorar todas as provas produzidas, mesmo que as refutando, pois, como afirma Antônio Scarance Fernandes “de nada adianta assegurar no processo penal ao promotor, ao querelante e ao réu a

⁹NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 397.

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 397.

¹¹LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 882-883.

oportunidade de requererem a prova se, depois de efetivada, o juiz não considerá-la ao motivar a sentença”¹²; c) só serão consideradas válidas as provas constantes no processo, excluindo os conhecimentos particulares do magistrado.

1.3 Princípios relativos à prova no processo penal

Embora disporemos dos princípios em subdivisão própria, isto é, de modo isolado, entendemos que não há como dissociar o tema principal da sua principiologia fundadora. O tema por completo, portanto, será refundado pelos princípios que o sustentam.¹³

No campo probatório, alguns princípios (aqui entendidos como mandamentos nucleares de um sistema) são de grande relevância para compreendermos a criação, a utilização e a inserção de uma prova no campo processual penal.

O exame dos meios de prova, isto é, sua idoneidade e capacidade de produção de certeza, deve ser precedido da identificação de princípios e regras gerais a eles aplicáveis.

A intenção, neste trabalho, não é a de afirmar os mandamentos que aqui serão citados, mas de contextualizar o tema, destaca-se, pois, a enorme importância que ocupam no âmbito das provas.

A Constituição Federal de 1988 elencou vários princípios relativos à matéria, mas não podemos deixar de lado a influência de Tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil, que também incluíram diversas garantias ao nosso modelo processual penal brasileiro.

Façamos, agora, um aprofundamento nos estudos relacionados a princípios no campo probatório.

1.3.1 Princípio da presunção de inocência (ou da não culpabilidade)

De acordo com o art. 5º, LVII da CF, ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Podemos extrair, desse mandamento, duas regras fundamentais, uma probatória e uma de tratamento.

¹²FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 74.

¹³Nesse sentido: CARVALHO, Salo de. Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 32.

Pela regra probatória, a acusação tem o ônus de provar a culpa do acusado, e não este a sua inocência. Já pela regra de tratamento, temos que ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado.

1.3.2 Princípio da proporcionalidade

Não pode o Poder Público agir de modo imoderado, sem razoabilidade. O princípio da proporcionalidade funciona como um coeficiente de aferição da razoabilidade dos atos estatais, contendo os excessos do Poder Público.

Sabemos que a inadmissibilidade da prova obtida por meios ilícitos representa um freio ao direito de punir do Estado, entretanto, para proferir uma sentença absolutória, o juiz pode basear-se em uma prova ilícita. Nesse caso, haverá preponderância do direito de defesa (art. 5º, LV, CF) e do princípio da presunção de inocência (art. 5º, LVII, CF) sobre o direito de punir do Estado.

1.3.3 Princípio do *nemotenetur se detegere*

O art. 5º, LXIII da CF, que aduz que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, é apenas uma das facetas do *nemotenetur se detegere*, princípio segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo (direito à não autoincriminação).

Apesar de o dispositivo prescrever o direito (interpretando erroneamente) apenas para o preso, de acordo com Antônio Magalhães Gomes Filho¹⁴, o direito ao silêncio estende-se a qualquer pessoa, em razão do princípio da presunção de inocência, do qual decorre que incumbe exclusivamente à acusação produzir provas de culpabilidade.

Além da previsão Constitucional, esse princípio se encontra previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, §2º, “g” (“toda pessoa acusada de um delito tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”), e no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos, no art. 14, §3, “g” (toda pessoa

¹⁴GOMES FILHO, Antônio Magalhaes. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. In: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 57.

acusada de um delito terá direito “a não ser forçada a testemunhar contra si própria ou a confessar-se culpada”).

O acusado deve ser advertido que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, e que seu exercício não poderá resultar em consequências prejudiciais. Isso porque o art. 5º, LXIII da CF afirma que o preso será *informado de seus direitos*, dentre os quais o de permanecer calado. Assim, não havendo prévia e formal advertência quanto ao direito, a prova será maculada de ilicitude.

Outras decorrências do princípio do *nemotenetur se detegeres* que o acusado, de um modo geral, tem o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo. Desse modo, se a produção da prova pressupõe uma ação do acusado (ex: exame grafotécnico, bafômetro etc.), é indispensável o seu consentimento.

Também tem direito o acusado de não produzir prova incriminadora invasiva, ou seja, aquelas intervenções corporais que pressupõem penetração no organismo humano, como endoscopia e exame do reto.

1.3.4 Princípio da busca da verdade

Pela busca da verdade, sempre prevaleceu que, no âmbito cível, vigorava a busca da verdade formal, pois somente as partes levam material probatório ao processo, enquanto que no processo penal vigorava o princípio da verdade material, já que o magistrado era dotado de poderes instrutórios, determinando provas de ofício na busca pela verdade “real”.

É nesse sentido o ensinamento de Fernando da Costa Tourinho Filho:

enquanto o juiz não penal deve satisfazer-se com a verdade formal ou convencional que surja das manifestações formuladas pelas partes, e a sua indagação deve circunscrever-se aos fatos por elas debatidos, no processo penal, tal qual está no nosso ordenamento, o juiz tem o dever de investigar a verdade real, procurar saber como os fatos se passaram na realidade, quem realmente praticou a infração e em que condições a perpetrou, para dar base certa à justiça.¹⁵

Ocorre que a dicotomia entre verdade formal e verdade material está hoje enfraquecida. No âmbito processual penal temos que é impossível atingir uma verdade absoluta, já que por mais robusto esteja o conjunto probatório o magistrado não tem um juízo

¹⁵TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, volume I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

de certeza absoluta. De outro lado, no processo civil o magistrado também tem o dever de buscar a prova da verdade.

Por este entendimento, afirma Nucci que

não questionamos que a verdade é uma e sempre relativa, consistindo busca inviável, no processo, encontrar a realidade dos fatos tal como ocorreram. A verdade é apenas uma noção ideológica da realidade, motivo pelo qual o que é verdadeiro para uns, não o é para outros.¹⁶

Renato Brasileiro, na mesma esteira, conclui que

o que vai haver é uma aproximação, maior ou menor, da certeza dos fatos. Há de se buscar, por conseguinte, a maior exatidão possível na reconstituição do fato controverso, mas jamais com a pretensão de que se possa atingir uma verdade real, mas sim uma aproximação da realidade, que tenda a refletir ao máximo a verdade.¹⁷

Desse modo, devemos superar o dogma da verdade real, já que aquela perfeitamente equiparada aos fatos ocorridos é um ideal, mas inatingível.

1.3.5 Princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Assim como todo direito fundamental, o direito à prova não tem natureza absoluta. Por este motivo o art. 5º, LVI da Constituição afirma que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Obedecendo o mandamento constitucional, afirma o art. 157 do CPP que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Eugênio Pacelli de Oliveira explica a razão de ser deste princípio:

Mais que uma afirmação de propósitos éticos no trato das questões de Direito, a aludida norma constitucional cumpre uma função ainda mais relevante, particularmente no que diz respeito ao processo penal, a saber; a vedação das provas ilícitas atua no controle da regularidade da atividade estatal persecutória, inibindo e desestimulando a adoção de práticas probatórias ilegais por parte de quem é o grande responsável pela sua produção. Nesse sentido, cumpre função

¹⁶NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 109.

¹⁷LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 925-926.

eminente pedagógica, ao mesmo tempo que tutela determinados valores reconhecidos pela ordem jurídica.

A norma assecuratória da inadmissibilidade das provas obtidas com violação de direito, com efeito, presta-se, a um só tempo, a tutelar direitos e garantias individuais, bem como a própria qualidade do material probatório a ser introduzido e valorado no processo.

Em relação aos direitos individuais, a vedação das provas ilícitas tem por destinatário imediato a proteção do direito à intimidade, à privacidade, à imagem e a honra (art. 5º, X), à inviolabilidade de domicílio (art. 5º, XI), normalmente os mais atingidos durante as diligências investigatórias.¹⁸

Afirma Scarance que o ponto de equilíbrio não é fácil de ser atingido, pois

de um lado, é necessário armar o Estado de poderes suficientes para enfrentar a criminalidade, crescente, violenta, organizada; por outro, deve o cidadão ter garantida a sua tranquilidade, a sua intimidade, a sua imagem, e, principalmente, ser dotado de remédios eficazes para se contrapor aos excessos e abusos dos órgãos oficiais.¹⁹

Como o dispositivo constitucional não conceituou ou que se deve entender por prova ilícita, mesmo que o art. 157 do CPP tenha tentado fazer, dizendo ser aquela que viola direito constitucional ou legal, a doutrina conceituou de modo diferente, distinguindo-a as provas obtidas por meios ilícitos das obtidas por meio ilegítimo. Avólio, de maneira didática, afirma que “a prova ilegítima é aquela cuja colheita estaria ferindo normas de direito processual”²⁰, e, por outro lado, a prova ilícita “é de se entender a prova colhida com infração a normas ou princípios de direito material”.²¹

1.3.6 Princípio da comunhão da prova

Por este princípio, a prova produzida não pertence à parte que a introduziu no processo, é comum, podendo ser utilizada por qualquer das partes. Essa comunhão,

¹⁸OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 303.

¹⁹FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 81.

²⁰AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 42.

²¹AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 43.

entretanto, só se dará após a produção da prova, pois enquanto a mesma não for introduzida, a parte pode desistir de produzi-la.

Um exemplo da possibilidade de desistência é o art. 401, §2º, do CPP, que dispõe que a parte poderá desistir da inquirição de qualquer testemunha arrolada, ressalvada a possibilidade de o juiz, valendo de seus poderes instrutórios, querer ouvi-la como testemunha do juízo, prevista no art. 209 do CPP.

1.3.7 Princípio da autorresponsabilidade das partes

Pela autorresponsabilidade das partes, essas se responsabilizam por sua atividade ou inatividade probatória. Assim, as consequências da inatividade, erro ou negligência na produção da prova são experimentadas diretamente pela parte.

Portanto, caso o Ministério Público não comprove a prática de fato delituoso, o acusado será absolvido.

1.3.8 Princípio da oralidade

Com as reformas no Código de Processo Penal, trazidas pelas Leis 11.719/2008 e 11.689/2008, a oralidade, que só era prevista nos Juizados Especiais Criminais (Lei 9.099/1995), passou a ser regra nos procedimentos comum e do Júri.

A adoção desse princípio traz boas consequências, como a concentração do procedimento a uma audiência única, com todas as provas produzidas ao mesmo tempo, como a oitiva do ofendido, de testemunhas e o interrogatório do acusado.

Além disso, o juiz é obrigado a ficar em contato com as provas produzidas, obedecendo, também, o princípio da identidade física do juiz, inserido no processo penal pela reforma realizada pela Lei 11.719/08, alterando o art. 399, §2º, que diz que “o juiz que presidir a instrução deve julgar a causa”.

1.3.9 Princípio da liberdade probatória

No processo penal temos dois interesses conflitantes entre si, o *iuslibertatis* que quer ser mantido pelo acusado, e o exercício do *jus puniendi* pelo Estado, cujo objetivo é o de tutelar os bens jurídicos protegidos pelas normas penais. Diante de valores tão importantes, no processo penal teremos, portanto, uma liberdade probatória maior que aquela do processo civil.

Primeiro porque, em regra, as provas podem ser produzidas a qualquer tempo. Segundo, porque podem ser produzidas provas sobre quaisquer fatos pertinentes ao processo. O juiz, atento ao objeto da prova, poderá, contudo, indeferir a produção de provas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias (art. 400, §1º, do CPP). Por fim, a parte pode usufruir de meios de prova previstos ou não no Código de Processo Penal, isto é, nominados ou inominados, desde que sejam considerados lícitos e éticos (art. 332 do CPC, c/c art. 3º do CPP).

O cuidado em relação à validade na confecção das provas deve ser grande em todas as esferas do Direito, em função da relativização das mesmas e do perigo de que injustiças sejam cometidas, contudo, no Direito Penal, a atenção em relação aos meios probantes há de ser majorada, pois o bem atingido, liberdade, representa uma das maiores garantias que os cidadãos possuem.

A prova testemunhal, por ser corriqueiramente usual, se tornou um instituto importantíssimo e o seu estudo traz controvérsias sobre a utilização da mesma. Repetimos, tamanha importância, que no âmbito do processo penal, a utilização, ou melhor, a má-utilização da prova testemunhal representa sufrágio lesivo à bens jurídicos fundamentais, como o direito à liberdade.

Partindo dessa premissa, nasce a necessidade de que a prova mais utilizada em todo o processo seja ainda mais dissecada, o intuito é verificar os motivos que levam a contaminação da prova testemunhal.

CAPÍTULO II

PROVAS TESTEMUNHAIS: DISCIPLINA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO.

2.1 Prova Testemunhal – Conceito

Testemunha, de acordo com Nucci, “é a pessoa que declara ter tomado conhecimento de algo, podendo, pois, confirmar a veracidade do ocorrido, agindo sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade”.²²

De acordo com Nestor Távora,

é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente, ganham relevo a visão e a audição, porém, nada impede que a testemunha amealhe suas impressões através do tato e do olfato.²³

A testemunha é, por fim, um terceiro desinteressado no processo, portanto, imparcial, que vivenciou determinada situação que interessa ao julgamento de um fato delituoso, podendo, a partir de seu relato, aproximar o julgador da verdade ocorrida.

Assim como a prova documental e a confissão, por exemplo, a prova testemunhal constitui um meio de prova, isto é, instrumento pelo qual as fontes de prova são inseridas no processo. No caso da prova testemunhal, a testemunha é a fonte de prova, pessoa da qual se consegue a prova (o testemunho).

2.2 Características

As principais características da prova testemunhal são: a oralidade, a objetividade e a retrospectividade²⁴. Em regra, o depoimento da testemunha se faz de forma oral (art. 204 do CPP), mas excepcionalmente alguns casos a admitem de forma escrita (art. 192 e art. 223,

²²NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 461.

²³TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 442.

²⁴FERNANDES, Antônio Scarance. Processo penal constitucional. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 75.

parágrafo único, ambos do CPP). Os fatos são descritos de forma objetiva, sempre versando sobre acontecimentos passados.

Além dessas, a prova testemunhal é dotada de judicialidade, isto é, só é testemunha aquela pessoa ouvida em juízo sobre os fatos ocorridos. Por essa característica, mesmo que ouvida na fase investigatória, seu depoimento será repetido no processo, observando os princípios do contraditório e ampla defesa.

Também podemos elencar como característica a individualidade, pois a inquirição das testemunhas é feita separadamente, devendo o magistrado evitar que aquelas que já prestaram o seu depoimento sejam ouvidas por aquelas que ainda não o fizeram. Nesse sentido é o teor do art. 210 do CPP, afirmando que as testemunhas serão inquiridas cada uma *de per si*.

Percebe-se que as testemunhas tem um trato diferenciado em relação ao resguardo das informações atinentes aos fatos. Os princípios que a norteiam primam por blindá-las para que consigam externar em juízo o que realmente viram, ouviram ou sentiram. Durante o julgamento se mantêm separadas uma das outras e ficam isoladas para que não saibam o que se passa durante a audiência, de forma a evitar a análise do que foi dito pelas partes ou por outras testemunhas, mantendo a autenticidade do testemunho.

2.3 Deveres das testemunhas

A partir do momento de sua regular intimação as testemunhas já são dotadas de deveres, como o dever de depor, de comparecer, de prestar o compromisso de dizer a verdade e de comunicar a mudança de residência.

De acordo com o art. 202 do CPP, toda pessoa poderá ser testemunha. Toda pessoa, de acordo com a regra geral, pode ser testemunha, contribuindo para o acerto da decisão acerca de um fato delituoso. Apesar de ser essa a regra geral, o art. 206 do mesmo diploma elenca pessoas que podem se recusar a depor, como alguns familiares, objetivando manter a harmonia familiar, depondo somente se desejarem ou se não houver outro modo de se chegar à verdade eventualmente ocorrida, e o art. 207 traz pessoas proibidas de depor, aquelas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão devem guardar segredo, salvo se desobrigada pela parte interessada.

Pelo dever de comparecimento, se foi regularmente intimada, deve a testemunha comparecer no local, dia e hora acordados. Caso deixe de comparecer sem motivo justificado, poderá o juiz requisitar à autoridade policial que proceda à condução coercitiva, cabendo a imposição de multa de 1 a 10 salários mínimos (art. 458 c/c art. 436, §2º, ambos do CPP), eventual processo criminal pelo crime de desobediência e o pagamento da diligência processual de condução coercitiva (art. 219, CPP).

Esse dever também prevê exceções. As pessoas impossibilitadas por doença ou velhice têm a prerrogativa de serem ouvidas onde estiverem (Art. 220, CPP), e as autoridades elencadas no art. 221 podem ajustar previamente o local, dia e hora que serão inquiridos, regra que objetiva conciliar o dever de testemunhar com as relevantes funções públicas exercidas por aqueles previstos no dispositivo mencionado.

Contudo, a regra prevista no art. 221 não pode ser utilizada para que a autoridade se furte do dever de depor, por exemplo, não estabelecendo dia algum para sua oitiva. Declarou o Supremo que, nesse caso, haverá a perda da sua especial prerrogativa se decorrido tempo razoável sem que ela indique dia, hora e local para sua inquirição. No caso concreto, um Deputado Federal arrolado como testemunha, sem justa causa, não atendera ao chamado da justiça no prazo de trinta dias. O mesmo indicou cinco datas e horários diferentes e não cumpriu nenhuma das indicadas por ele.²⁵

De acordo com o art. 203 do CPP a testemunha tem o dever de dizer a verdade. Deve dizer o que sabe, não podendo se calar sobre o que sabe, nem negar a verdade ou declarar fato inverídico. Esse compromisso de dizer a verdade, porém, não decorre do dispositivo mencionado, cuja natureza é meramente processual, mas do tipo penal do falso testemunho, previsto no Código Penal no art. 342.

Mas nem todas as pessoas prestam esse compromisso. Aquelas previstas no art. 206 (familiares próximos), não são obrigadas a depor, mas se forem ouvidas, não prestam o compromisso de dizer a verdade. Assim como acontece com os doentes e deficientes mentais e os menores de 14 anos (art. 208 do CPP).

O último dever, de comunicar a mudança de residência, está previsto no art. 224 do CPP, que determina a obrigação de, dentro de um ano contado do seu depoimento, comunicar ao juiz qualquer mudança de residência, pois pode ser necessário ouvi-la novamente. Caso não haja a comunicação, obstando eventual oitiva, a testemunha será sujeitada às penas do não comparecimento mencionadas acima (multa de 1 a 10 salários-

²⁵Informativo n 564 do STF: AP n 421 QO/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, 22/10/2009.

mínimos, pagamento da diligencia de sua condução coercitiva e responsabilização pelo crime de desobediência).

2.4 Procedimento geral para oitiva

O início do processo penal se dá com o oferecimento e o recebimento da denúncia ou queixa e lá, na peça inicial, constará o rol de testemunhas, com o quantitativo máximo oscilando conforme os vários procedimentos cabíveis. A contagem das testemunhas se dará da seguinte forma: no procedimento comum ordinário e na fase de acusação e instrução preliminar dos processos do Tribunal do Júri serão oito testemunhas; no procedimento sumário, no Plenário do Júri e no procedimento da lei de drogas (11.343/2006, art. 55, §1º) serão cinco testemunhas.

Nos Juizados Especiais Criminais, ante a falta de regra expressa adota-se o entendimento de que serão utilizadas cinco testemunhas, em analogia ao art. 531 CPP, sendo inaplicável o art. 34 da lei 9.099/95, específico aos juizados especiais cíveis²⁶. Apesar da controvérsia²⁷, deve ser adotado o entendimento que mais privilegie a boa formação da prova, e quanto mais testemunha, maior o acervo para ser comparado e confrontado.

O número de testemunhas refere-se aos fatos imputados, de acordo com a quantidade dos delitos, o limite é para cada fato. Da mesma forma acontece quando um fato é imputado a mais de um corréu, ocasião em que o número limite de testemunhas será observado em relação a cada suposto autor do fato delituoso.²⁸

Além dessas testemunhas (arroladas pelas partes), caso o juiz julgue necessário ao esclarecimento de algo que esteja em dúvida, ou alguma testemunha mencione terceiro não arrolado naquela condição, poderá ser determinada sua oitiva como testemunha referida (art. 209, §1º, CPP), que não integra o número máximo imposto às partes.

²⁶Nesse sentido: AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 589.; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 368.

²⁷Pensam TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 447, e LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1001, que o número de testemunhas no procedimento sumaríssimo deve ser de 3, utilizando uma analogia de proporcionalidade entre os diferentes procedimentos.

²⁸Com esse entendimento: LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1001; OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 369; TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 446.

Quem não se encontra na sede do juízo poderá prestar o depoimento por meio de carta precatória. Nesse caso, a inquirição poderá ser feita por videoconferência, facilitando a participação das partes na inquirição, sobretudo da defesa. A testemunha não é obrigada a comparecer à sede de juízo fora da cidade em que reside, por isso, a ação penal deve ser de competência do lugar do crime, de modo a facilitar a colheita probatória.

De maneira geral, afirma Pacelli que

todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado.

Isso ocorrerá por uma razão muito simples. O sujeito, portador de conhecimento dos fatos, é homem, titular de inúmeras potencialidades, mas também de muitas vulnerabilidades, tudo a depender das situações concretas em que estiver e que tiver diante de si.

Por isso, a noção de verdade, que vem a ser o objeto a ser buscado na prova testemunhal, em regra, poderá não ser inequívoca.²⁹

O depoimento se traduz na colaboração que essas pessoas dão para a elucidação dos fatos ocorridos. Acontece que durante o curso do processo as testemunhas encaram situações novas no seu meio de convivência e deparam-se com várias novas versões acerca do fato ocorrido, aliado a isso, à morosidade na colheita do testemunho, à influência midiática e outros pressupostos fáticos, tais situações poderão corroborar para que haja contaminação da prova testemunhal acometendo a uma redução do valor probatório dispensado à mesma.

Desse modo, o depoimento da testemunha segue, de maneira geral, a cronologia exposta a seguir.

Inicialmente, ela é convocada para comparecer para depor no dia e horário marcado. Caso não compareça, será ordenada a sua condução coercitiva, aliada às demais sanções. Apesar de, normalmente, o depoimento ser dado em dia e hora aprazados, é possível que o mesmo seja feito antes da audiência una, de maneira antecipada, quando a testemunha tenha de ausentar-se, viajar para o exterior ou morar em outra localidade, ou quando houver o receio de que ao tempo da instrução já não mais exista, como prevê o art. 225 do CPP (depoimento *ad perpetuam rei memoriam*).

²⁹OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 362.

Após sua convocação e comparecimento, deve o juiz prezar pela incomunicabilidade das testemunhas que serão ouvidas, de modo a preservar o conteúdo de seu depoimento. Para este fim, deve ser reservado espaços separados para que não tenham contato entre si.

Iniciado o depoimento, a testemunha é compromissada, sendo advertida pelas penas cominadas ao crime de falso testemunho, conforme previsão do art. 210, *in fine*, do CPP. O direito ao silêncio só pode ser invocado se o fato incriminar a própria testemunha, caso contrário, calando-se à verdade também há a caracterização do crime de falso.

Após o compromisso de dizer a verdade, esta será qualificada, declarando, conforme determina o art. 203 do CPP, seu nome, idade, estado e residência, profissão, lugar onde exerce sua atividade, e se é parente (se sim, de que grau) de alguma das partes ou suas relações com qualquer delas.

De acordo com Nestor Távora³⁰, essa qualificação faz parte do depoimento da testemunha e, portanto, caso falte com a verdade nesse aspecto, deve responder pelo crime de falso testemunho (art. 342 do CP). De outro lado, acredita Nucci³¹ que o crime ao qual a testemunha incorrerá será o de falsa identidade, previsto no art. 307 do CP.

Com entendimento diversos dos apresentados, pensa Rogério Greco³² que a recusa ao fornecimento de dados para sua identificação perante à autoridade acarreta na responsabilização nos termos do art. 68 da Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n 3.688/41), crime anão sujeito a pena de multa, que diz:

Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência.

Conforme a disposição do art. 205 do CPP, caso haja dúvida com relação à identidade da testemunha, o juiz utilizará os meios disponíveis para esclarecer o questionamento, podendo, inclusive, consultar a autoridade policial para verificar a identidade, sem prejuízo de ouvi-la desde logo.

Após a qualificação da testemunha, abre-se espaço para a contradita, isto é, impugnação da testemunha que será ouvida. Se a pessoa está impedida de depor (caso do art.

³⁰TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 450.

³¹NUCCI, Guilherme de Souza. Código de processo penal comentado. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004. p. 415.

³²GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial, volume IV. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012. p. 331.

207 do CPP), ou não presta compromisso (caso do art. 208 do CPP), a contradita será utilizada para trazer a verdade à tona. A contradita será julgada na própria audiência pelo magistrado, que ouvirá a parte contrária e a testemunha contraditada, decidindo sobre sua exclusão ou manutenção no processo.

Não sendo caso de eliminação do processo, a testemunha deporá, prestando suas considerações sobre os fatos arguidos. A reforma no Código de Processo Penal trazida pela lei 11.690/2008 alterou o personagem que formulava as perguntas às testemunhas. Antes da reforma, a previsão era de que o juiz formulava as perguntas, era o chamado exame direto (*direct-examination*), previsto no art. 212 com a seguinte redação:

Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

Esse dispositivo se alterou e deu lugar ao exame cruzado (*cross-examination*) presente no atual art. 212 do CPP com a seguinte redação:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Apesar do teor do artigo, Nucci³³ e Luiz Flávio Gomes³⁴ comungam do pensamento de que a nova redação do art. 212 não impede o magistrado de iniciar as perguntas às testemunhas e, após, passar às partes a faculdade da inquirição, já que essa sempre foi a praxe utilizadas nas inquirições, mesmo que nunca prevista expressamente no Código de Processo Penal. Pensam, portanto, que a nova redação não alterou o costume, continuando o juiz como presidente dos trabalhos e da colheita de prova.

Apesar da grandeza dos autores do pensamento exposto, pensamos que o dispositivo é de clareza óbvia, alterando o panorama atual. Portanto, a partir da entrada em vigor da Lei 11.690/2008, no dia 09 de agosto de 2008, as partes devem formular as perguntas

³³NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

³⁴GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Comentários às reformas do Código de Processo Penal e da Lei de Trânsito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 302. In: AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 608.

diretamente às testemunhas. Após o que, o juiz poderá formular perguntas sobre os pontos não esclarecidos. De acordo com essa corrente pensam o STJ³⁵, Renato Brasileiro de Lima³⁶, Nestor Távora³⁷, Eugenio Pacelli de Oliveira³⁸, Norberto Ávena³⁹ e Aury Lopes Júnior⁴⁰.

Além de simplificar a colheita de prova, já que o exame será direto, o objetivo também foi o de garantir maior neutralidade ao magistrado, dando maiores responsabilidades às partes do processo, protagonistas na produção probatória. De acordo com Renato Brasileiro, a importância do novo regramento é ainda maior, pois

esse novo regramento vem, ademais, ao encontro do sistema acusatório adotado no ordenamento pátrio (CF, art. 129, I), deixando a cargo das partes a primazia da produção da prova, sem olvidar da iniciativa probatória do juiz, a ser exercida de maneira subsidiária, para complementar a prova e dirimir dúvida sobre pontos relevantes. Além de contribuir para uma apuração mais correta dos fatos delituosos e atesta a correção do debate dialético entre as partes, a adoção desse método de exame direto e cruzado serve igualmente a legitimação das decisões. De mais a mais, não se pode esquecer que uma das grandes diretrizes da reforma processual penal de 2008 é o prestígio do sistema acusatório, por meio do qual se valoriza a imparcialidade do juiz, que deve ser o destinatário da prova, e não seu produtor, na feição inquisitiva.⁴¹

CAPÍTULO III

FALSAS MEMÓRIAS: CONSIDERAÇÕES SOBRE A INTERFERÊNCIA DO FENÔMENO DA PSICOLOGIA JURÍDICA NAS RESOLUÇÕES DE CONFLITOS.

A falsa memória é um processo de assimilação de um dado, com a interferência de uma informação falsa, ou seja, que não corresponde à realidade. Tal assimilação pode ser total ou parcial.

³⁵5ª Turma HC 210.703/SP, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 10/10/2011, info 485. Na mesma linha: STJ, 5ª Turma, HC 145.182/DF, Rel. Min. Jorge Mussi, *DJe* 10/05/2010,

³⁶LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1008.

³⁷TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de direito processual penal. 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2012. p. 451.

³⁸OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009. p. 370.

³⁹AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 607.

⁴⁰LOPES JR., Aury. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 602 *In*: AVENA, Norberto. Processo penal esquematizado. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2010. p. 607.

⁴¹LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011. p. 1008.

Diferentemente do que acontece na mentira, no processo de formação das falsas memórias, o agente crê fielmente que o que ele está relatando é verídico e que os fatos ocorreram de acordo com a ordem cronológica relatada. São diversas as formas com que o cérebro humano pode ser influenciado e as lembranças modificadas.

O processo de desenvolvimento das falsas memórias pode ocorrer de forma natural, em função de falha na interpretação de uma informação falsa, ou ainda por influência externa, acidental ou deliberada, que se apresenta ao indivíduo.

Os riscos que são apresentados a partir do surgimento das falsas memórias podem ter desdobramentos prejudiciais ou até mesmo irreais, que podem envolver tanto as vítimas quanto os autores e/ou testemunhas nos casos de processos judiciais, especialmente os criminais, onde esses participantes, ao assimilarem dados inverídicos, irão influenciar equivocadamente no julgamento.

Memória é tudo aquilo que você angaria, adquire, forma ou conserva de informações no seu cérebro.

Demasiadas são as formas de criação das falsas memórias, elas podem originar-se a partir de uma oitiva inadequada, ambiente que não dê suporte e crie alguma forma que possa induzir alguma resposta das testemunhas ou vítimas, bem como pela percepção errônea quando do acontecimento casuístico, da sugestionabilidade perante notícias, argumentos, esquecimentos e preenchimento de lacunas, mas primordialmente pela ação do tempo, quando a colheita não for efetiva e se der após meses ou anos depois dos fatos.

O magistrado tem de se ater aos mínimos detalhes quando da colheita dos testemunhos de todos os envolvidos, de forma a interpelar quaisquer possibilidades de que o que é narrado não condiz com os outros elementos probantes, conduzindo o julgamento para o desfecho que se espera do poder Judiciário: seja feita justiça.

Esquecer torna-se uma arte que se baseia na perda de neurônios e sinapses, entre outros. Acontece que nas sinapses e neurônios perdidos podem residir memórias, e quando aquelas se esvaem, as memórias também se perdem.

O esquecimento talvez seja o mais predominante aspecto da memória, porém os seres-humanos conservam e utilizam o suficiente de fragmentos de memória e memória para ter um desempenho satisfatório, funcional e ativo como pessoas.

Ivan Izquierdo, médico e neurocientista, em relação ao esquecimento latente nos seres-humanos, preceitua, após diversos estudos realizados, que:

Esquecemos porque os mecanismos que formam e evocam a memória são saturáveis. Não podemos fazê-los funcionar constantemente de maneira simultânea para todas as memórias possíveis, as existentes e as que adquirimos a cada minuto. Isso obriga naturalmente a perder memórias preexistentes, por falta de uso, para dar lugar a outras novas.

Não sabemos ainda se os mecanismos através dos quais se guardam no cérebro os elementos principais de cada memória são ou não saturáveis.

Mas há evidências recentes de que, na hora de sua formação e na hora de sua evocação, os sistemas cerebrais que se encarregam das memórias de longa duração, que envolvem fundamentalmente uma estrutura do lobo temporal chamada hipocampo, são altamente saturáveis. O mesmo ocorre com os sistemas encarregados de analisar on-line as informações correspondentes à aquisição e à evocação das memórias.

E, além do mais, para que precisamos esquecer? Simplesmente para não ficar loucos e poder conviver e sobreviver.⁴²

Verifica-se que os esquecimentos que ocorrem com os seres humanos são corriqueiros e quase inevitáveis, o cérebro humano não é capaz de guardar com exatidão e por um longo lapso temporal tudo o que vai acontecendo com informações exatas e a proporção em que vão acontecendo várias outras situações o processo mnemônico pode não ser fidedigno.

Diante de hipóteses, em tese, explicativas e viáveis, mas contraditórias ou improváveis, o juiz não deve optar pela condenação do acusado, haja vista a observância dos princípios *in dubio pro reo* (benefício da dúvida a favor do réu) e estado de inocência (todos devem ser considerados inocentes até que se prove sua culpabilidade).

Segundo o entendimento jurisprudencial vigente e, de acordo com as teses doutrinariamente aceitas no ordenamento jurídico pátrio, é latente a opção de absolver um culpado a condenar um inocente.

Nesse sentido, DE ÁVILA e GAUER, no trabalho intitulado “Falsas Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha, escreveram:

A prova testemunhal é notadamente das mais utilizadas no âmbito processual, em que pese as controvérsias naturais relacionadas a ela. O seu estudo encontra ponto nevrálgico no processo penal, onde sua má-utilização pode significar a supressão de bens jurídicos supremos de ordem democrático-constitucional, como a liberdade.

Nos processos que tentam (re)construção do fato criminoso pretérito, podem existir entranhas do cérebro ou informações armazenadas como verdadeiras que, no entanto, não condizem com a realidade. Estas são as chamadas “falsas” memórias, processo que pode ser agravado quando de utilização de técnicas por repetição, exemplificadamente, empregadas de forma notória no âmbito criminal.

⁴² IZQUIERDO, Ivan. A Arte de Esquecer. 1.ed. rev. e atual. Ed: Vieira e Lent. . Rio de Janeiro, 2004. p. 79.

A qualidade da prova pode estar comprometida também quando da decorrência de lapso temporal exacerbado entre a coleta dos depoimentos policiais e os testemunhos judiciais, favorecendo a produção de memórias falsificadas. Foi o que reconheceu o Desembargador do Tribunal de Justiça Gaúcho, Gaspar Marques Batista. Parte da prova oral colhida em juízo, cinco anos depois, certamente foi prejudicada pela ação do tempo, que opera esquecimento dos fatos e até a inclusão de falsas memórias.

[...] A falsificação de memórias é muito mais frequente do que se pensa, e muitas coisas que pensamos recordar costumam ser verdadeiras só em parte ou ser totalmente falsas. Enquanto “dormem” no cérebro, as memórias sofrem misturas, combinações e recombinações, até o ponto em que o que lembramos não é mais o verdadeiro. [...] ⁴³

A prova testemunhal, como qualquer outro meio probatório é relativa, sabe-se que vários fatores podem influenciar e contaminar as lembranças alterando na memória a veracidade acerca dos fatos reais, neste sentido aduz Fernando da Costa Tourinho Filho que:

Sabe-se que os fatos são aprendidos pelos sentidos que geram os estímulos. Estes, uma vez levados aos centros cerebrais, determinam as sensações e, de conseqüente, as percepções. A percepção “é o efeito da fusão de uma sensação com outras, também atuais, ou então, previamente fixadas na memória”. Assim, se uma pessoa nunca houvesse visto um avião e ouvisse, pela primeira vez, à noite, um deles sobrevoar sua casa, certamente não saberia o que estava acontecendo, mas, naquele exato momento, tal fato foi apreendido pelo sentido da audição, gerando estímulos que foram levados ao centro cerebral. No dia seguinte, ela ouve o mesmo som e vê o avião passando... nova sensação, novo estímulo. Aí as duas sensações se fundem e geram a percepção. Já agora ela afirma que aquele som foi desse aparelho... E sempre que ouvi-lo, mesmo sem ver a aeronave, saberá identificar sua origem...

Pois bem: a Ciência já demonstrou que as percepções dos sentidos, sobre serem imprecisas, podem ser alteradas por circunstâncias e fatores vários, como a maior ou menor duração dos estímulos, o maior ou menor grau de iluminação, o silêncio, a falta de atenção, o desvio da associação de ideias do seu curso normal, a imaginação, a emoção, as ilusões, as alucinações, a perturbação da memória, a falta de interesse, a paixão, a paranoia, as fobias, a imbecilidade, a histeria, a epilepsia, a melancolia, a falta de capacidade em decorrência de deficiências emocionais e sentimentais e, finalmente, o tempo, entre outras causas, internas e externas, que podem levar o indivíduo, ainda que queira dizer a verdade, a desvirtuar os fatos. Donde se concluir que a prova testemunhal, como qualquer outro meio de prova, é de valor falível e precário. ⁴⁴

Tem-se, a partir da explanação de Tourinho Filho, que o processo mnemônico que é auxiliar na construção da memória, pode não ser suficiente para que as pessoas gravem com exatidão todos os acontecimentos presenciados por ela durante sua vida. Geralmente esses processos de aquisição de informações são substanciais quando acrescidos de alguma

⁴³ DE ÁVILA, Gustavo Noronha. GAUER, Gabriel José Chittó. “Falsas Memórias e Processo Penal: (RE)discutindo o Papel da Testemunha –disponível em: <http://www.uniritter.edu.br>.

⁴⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal: 15ªed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p.608.

relevância pessoal sobre o que está sendo visto, ouvido ou lido. As pessoas tendem a gravar com mais facilidade informações que tenham alguma correlação com os seus gostos, estilos de vidas, formação acadêmica, pessoas próximas e etc.

Os estudos acerca da construção das falsas memórias vêm sendo desenvolvido desde o início do século XX, contudo ganhou destaque a partir da década de 60 com a professora Elizabeth Loftus e seus colaboradores. Em um artigo publicado, Elizabeth explica a forma com que essas construções são feitas no cérebro humano adulto, segue:

As pesquisas estão começando a nos dar uma compreensão de como falsas recordações de experiências emocionalmente envolventes e completas são criadas em adultos. Primeiro, há uma exigência social para que os indivíduos se lembrem; por exemplo, num estudo para trazer à tona as recordações, os pesquisadores costumam exercer um pouco de pressão nos participantes. Segundo, a construção de memórias pelo processo de imaginar os eventos pode ser explicitamente encorajada quando as pessoas estão tendo dificuldades em se lembrar. E, finalmente, os indivíduos podem ser encorajados a não pensar se as suas construções são reais ou não. A elaboração de falsas recordações é mais provável de acontecer quando estes fatores externos estão presentes, seja num ambiente experimental, terapêutico, ou durante as atividades cotidianas.

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

Está claro que não é porque podemos implantar falsas recordações de infância em alguns indivíduos que todas as recordações que surgirem após a sugestão serão necessariamente falsas. Dizendo de outro modo, embora o trabalho experimental na criação de falsas recordações possa levantar dúvidas sobre a validade de recordações remotas, como um trauma recorrente, de nenhuma maneira os desmente. Sem corroboração, há muito pouco que possa ser feito para ajudar até mesmo o mais experiente observador a diferenciar as verdadeiras recordações daquelas que foram sugestivamente implantadas.⁴⁵

De acordo com o que é abordado por Loftus, baseado em estudos desenvolvidos com adultos, quando estimulados (o experimento se dava com a introdução de um novo paradigma, chamado de paradigma da falsa informação ou sugestão) e inquiridos sobre algumas situações ocorridas no passado entre algumas verídicas e outras nunca existentes, as pessoas começaram a lembrar, falsamente, das situações que nunca aconteceram com elas e que elas descreviam os fatos acreditando fielmente que tais situações ocorreram em suas vidas.

⁴⁵ LOFTUS, Elizabeth. professora de psicologia e professora auxiliar de Direito na Universidade de Washington. Ela recebeu o Ph.D em psicologia da Universidade de Stanford em 1970. <http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>.

De acordo com Stein e Neufeld, em um didático artigo sobre psicologia jurídica e clínica, o experimento com a sugestão de uma falsa informação, corrente chamada de construtivismo, se dava da seguinte forma:

...uma cena original era apresentada aos sujeitos, apresentando, por exemplo, um acidente de carro devido ao avanço inapropriado de um dos motoristas na placa de “dê a preferência”. Numa segunda etapa, o experimentador sugeria, para metade do grupo de participantes do experimento, alterações quanto ao que havia sido visto na cena original (por exemplo: ao invés da placa de “dê a preferência”, era sugerido que a placa era de “pare”). Num terceiro momento, quando a memória para a cena original era testada, a grande maioria dos sujeitos que havia sofrido a sugestão da informação falsa, respondiam de acordo com ela, ou seja, afirmavam terem visto a placa de “pare”, apesar de terem sido instruídos a responderem com base somente na cena original, apresentada anteriormente na sequência de slides.⁴⁶

Outra teoria propõe uma explicação para o fenômeno das falsas memórias, é a teoria do traço difuso, elaborada por Reyna e Brainerd em 1995. De acordo com os autores, as falsas memórias podem se originar de forma externa, por meio da sugestão, como afirmou Loftus alguns anos antes, mas também podem surgir de forma espontânea, de maneira interna, por meio da autossugestão, que acontece quando o indivíduo só se lembra da essência do fato ocorrido, sendo a memória literal do ocorrido apagada pelas condições naturais do funcionamento do cérebro, que recebeu novas informações para serem processadas após o evento ocorrido. Quando esse fenômeno ocorre, indagado sobre o evento anterior, cuja lembrança só restou a essência, haverá a mistura dela com informações posteriores, acreditando lembrar inteiramente do ocorrido por ser, as informações posteriores, similares à do evento vivido, isto é, havia uma proximidade lógica entre os dois eventos que os fazem misturar nas lembranças do indivíduo.

Essa corrente explicativa é chamada de teoria do traço difuso, segundo a qual a memória não funciona como um sistema unitário, mas dois sistemas independentes: o da memória literal e o da memória da essência. A memória literal armazena a lembrança de detalhes dos eventos, enquanto a memória da essência guarda somente o significado do ocorrido⁴⁷. Exemplificando, a memória literal configura-se em lembrarmos a exata posição de um objeto em um armário, enquanto a memória da essência refere-se ao fato de lembrarmos que guardamos aquele objeto em algum armário.

⁴⁶STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? *Arq. Ciênc. Saúde Unipar*, 5 (2): 179-186., 2001. p. 180.

⁴⁷BRAINERD, C. J., REYNA, V. F. Autosuggestability in memory development. *Cognitivepsychology*, 28, 65-101, 1995. In: STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? *Arq. Ciênc. Saúde Unipar*, 5 (2): 179-186., 2001. p. 182.

As formas de incidência das falsas memórias dizem respeito a todas e quaisquer formas de alteração das lembranças do que as pessoas presenciaram, alguns aspectos não de ser levados em consideração, tais quais viés do entrevistador, ambiente propício, influência da mídia e, principalmente, pelo decurso do tempo.

O viés do entrevistador diz respeito à forma com que as pessoas serão inquiridas, o entrevistador não pode ser tendencioso para que as respostas sejam “plantadas”. Treinamentos para a reciclagem deveriam ser implementados corriqueiramente para que as pessoas aptas a colher o testemunho se mantenham o mais imparcial possível e consiga extrair a verdade “real” sobre o que aconteceu.

Os ambientes não podem gerar receio ou intimidação nas testemunhas, caso acarretem algum clima de insegurança nos depoentes, as pessoas se sentirão coagidas intrinsecamente. Fatalmente não farão a reconstrução dos fatos da forma impessoal e transparente a que o direito necessita para os julgamentos.

Outro ponto a ser revisto se trata da morosidade da colheita da prova oral, morosidade esta que ocasiona outro grave problema: a exposição dos fatos à mídia e o conseqüente julgamento social.

O decurso do tempo é o principal motivo de contaminação da prova testemunhal. O estado deve viabilizar mecanismos que propicie aos cidadãos o cumprimento do princípio constitucional da duração razoável do processo. A falibilidade do testemunho é latente se o mesmo for tomado depois de meses ou anos do ocorrido, as pessoas não tem capacidade de descrever perfeitamente o que viram.

Nos julgamentos dos processos já existem magistrados que reconhecem o perigo latente da incidência de falsas memórias nos testemunhos e sua contaminação no curso do processo, eis a ementa da APELAÇÃO CRIMINAL: 2007.050.02898

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO

APELADO: (1) MARCOS VINICIUS SILVA (MARCUS VINICIUS SILVA) (2) WANDERSON DA SILVA BRITO

JUÍZO DE ORIGEM: 2.^a VARA CRIMINAL DO FÓRUM REGIONAL DE MADUREIRA

JUIZ SENTENCIANTE: CLÁUDIA GARCIA COUTO MARI

RELATOR: DESEMBARGADOR GERALDO PRADOEMENTA: APELAÇÃO. APELADOS DENUNCIADOS E ABSOLVIDOS DA PRÁTICA DOS CRIMES DEFINIDOS NOS ARTIGOS 288, PARÁGRAFO ÚNICO, 157, § 2.º, INCISOS I E II, E 157, § 3.º, IN FINE, TODOS DO CÓDIGO PENAL. FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO REALIZADO PELA VÍTIMA, TANTO EM SEDE POLICIAL QUANTO EM JUÍZO. RISCO DE FALSA MEMÓRIA. PROVA

INSUFICIENTE A ENSEJAR DECRETO CONDENATÓRIO. Apelados denunciados pela prática do ilícito penal previsto nos artigos 288, parágrafo único, 157, § 2º, incisos I e II, e 157, § 3º, in fine, todos do Código Penal. Conjunto probatório constituído por declarações de uma das vítimas, que afirma ser impossível a identificação dos agentes, pois no momento do fato eles estavam vestidos de preto e com toucas, e pelo depoimento da outra vítima, que afirma o reconhecimento, porém realizado sem observância ao disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal. Considerando, ainda, que um deles estava preso no dia do fato, tal reconhecimento tem sua credibilidade afetada.

Observada a apelação exposta acima, fica caracterizado o perigo real de que o estado pode cometer injustiça de grau imensurável caso julgue baseado somente na prova testemunhal. Os riscos de contaminação deste meio probatório são extremamente perigosos.

Partindo desta premissa, o poder judiciário tem que estudar e implementar meios eficazes para dirimir eventuais contaminações do meio mais usado como prova no Brasil.

De acordo com Stein e Neufeld

As manipulações experimentais aqui apresentadas têm importantes implicações jurídicas e clínicas, uma vez que revelam fatores que contribuem para falsificação da memória. A morosidade do sistema judiciário, os sucessivos questionamentos sobre um evento, o modo de fazer os questionamentos são alguns exemplos dos fatores que propiciam uma maior ocorrência de falsas memórias.⁴⁸

O cérebro humano não consegue armazenar, de forma perfeita, acontecimentos ocorridos durante toda uma vida e o estudo das falsas memórias se mostra muito válido para que se compreenda quais opções podem ser viáveis à implementação de meios para que o Estado aprimore os seus procedimentos na busca pela paz social.

As contaminações a que a prova oral está sujeita podem ser dirimidas em função da adoção de algumas medidas, dentre as quais estariam uma colheita em prazo razoável da mesma, visando amenizar a influência do tempo na memória, uma melhor abordagem das técnicas de interrogatório, lugar propício e pessoas qualificadas e treinadas a extrair tais declarações contribuiriam significativamente para a obtenção de informações verossímeis com a realidade dos acontecimentos fáticos.

Contudo, a medida principal a ser adotada pelo Estado para dirimir a falibilidade da prova testemunhal seria a antecipação cautelar do testemunho.

Sem dúvida, representaria um avanço dentro do processo penal. O tempo é o principal fator de contaminação do testemunho e da incidência de falsas memórias, uma vez

⁴⁸STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? *Arq. Ciênc. Saúde Unipar*, 5 (2): 179-186., 2001. p. 184-185.

que decorrendo lapso temporal significativo, as pessoas ficam sujeitas ao esquecimento, as influências da mídia acerca dos fatos ocorridos e a reconstrução natural que o cérebro humano faz sobre fatos ocorridos durante a vida.

Não obstante, a prova documental e as perícias representam meio mais eficazes de provar, com a verossimilhança necessária que o direito penal requer, a materialidade e a autoria dos crimes ocorridos.

Na busca pela verdade fática o julgador há de contrapor as demasiadas formas de provar, umas com as outras, com o intuito de poder julgar convicto de que esteja dispensado aos acusados o tratamento adequado previsto legalmente e inerente aos atos por ele praticados.

As decisões prolatadas no direito penal devem ser revestidas de legalidade, para que cumpra o fim almejado, mas, principalmente, devem ser dotadas de justiça para que o Estado não lese direitos e garantias dos cidadãos sentenciando inocente ou que deixe sem punição um culpado, absolvendo-o.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo foi importante para a comunidade acadêmica e para o mundo jurídico. Foi versado sobre a prova, seus conceitos os principais princípios que a norteiam e suas características, quais são meios de prova de forma sucinta, enfatizando a prova testemunhal.

Viu-se que a prova testemunhal é a mais utilizada no processo penal e que seu valor, como qualquer outro meio de prova, é relativo. A falibilidade da prova testemunhal tem fundamento nas pesquisas de neurocientistas e psicólogos que afirmam ser muito difícil as pessoas, na reconstrução da realidade fática de fatos ocorridos preteritamente, conseguirem buscar a verdade real do ocorrido.

O processo penal brasileiro é regido pelo sistema do livre convencimento motivado do Juiz, por isso dá a entender que o julgamento é baseado em quem consegue demonstrar para o juiz com mais fundamentos ou que transmita a melhor história, e não a verdadeira história, para o magistrado pode ser absolvido de algo em que era culpado ou acusado de algo que não fez.

Estudos mostraram que o cérebro humano é uma máquina que tem uma capacidade x de armazenamento, ao longo da vida é impossível guardar todas as informações do que foi vivenciado. E a retenção dessas informações está intimamente ligada ao quão expressivo os acontecimentos são para as pessoas envolvidas, para adquirir informações de forma mais concisa, os fatos devem interessar ou chamar a atenção de alguma forma dos envolvidos.

Mostrou algumas possibilidades de ocorrência de lesividade a direitos e garantias dispensadas aos acusados e que o Estado tem meios, caso tenha boa vontade, de diminuir consideravelmente as contaminações existentes nesse importante meio probante, que é a Prova Testemunhal.

Terminou dando mostras de que os outros meios probatórios devem ser levados em consideração para que, contrapostos à prova testemunhal, consigam realmente apresentar a verdadeira versão sobre o fato ocorrido preteritamente.

O presente estudo, contudo, não é terminativo, longe disso, a discussão acerca do uso da Prova testemunhal em âmbito do Direito tão importante, acarretará profundos questionamentos e discussões acadêmicas interessantes.

REFERÊNCIAS

- AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Método, 2010.
- AVÓLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BRAINERD, C. J., REYNA, V. F. Autosuggestability in memory development. *Cognitivepsychology*, 28, 65-101, 1995. In: STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?** *Arq. Ciênc. Saúde Unipar*, 5 (2): 179-186., 2001.
- CARVALHO, Salo de. **Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de direito**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CINTRA, Antônio Carlos Araújo, DINAMARCO, Candido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- DE ÁVILA, Gustavo Noronha. GAUER, Gabriel José Chittó. “Falsas Memórias e Processo Penal: (RE)discutindo o Papel da Testemunha –disponível em:< <http://www.uniritter.edu.br>>, acesso em 08 de maio de 2015.
- FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte especial, volume IV**. 8. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2012.
- IZQUIERDO, Ivan. **A Arte de Esquecer**. Rio de Janeiro: Vieira e Lent, 2004. p. 79.
- LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**, volume I. Niterói, RJ: Impetus, 2011.
- LOFTUS, Elizabeth. professora de psicologia e professora auxiliar de Direito na Universidade de Washington. Ela recebeu o Ph.D em psicologia da Universidade de Stanford em 1970. Disponível em <<http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>> acesso em 22 de março de 2015.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- _____. **Código de processo penal comentado**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

_____ ; FISCHER, Douglas. **Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro (Coord.) **Direito processual penal esquematizado** – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. **Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?** *Arq. Ciênc. Saúde Unipar*, 5 (2): 179-186., 2001.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**, volume I. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Manual de Processo Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.