

**A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO:
PROBLEMATIZAÇÃO NA VALORAÇÃO E AS FALSAS MEMÓRIAS**

**THE TESTIMONIAL EVIDENCE IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS:
PROBLEMATIZATION IN VALUATION AND THE FALSE MEMORIES**

Haridyane Oliveira Dos Santos*
Orientador: Prof. Dr. Aury Lopes Jr*

RESUMO

O instituto que veem ganhando mais discussões e dúvidas em relação a sua valoração é o da Prova Testemunhal, conflitante os atos de recolhimento da prova tanto no inquérito quanto no processo, e o reconhecimento testemunhal, ambas matérias do direito que possuem lacunas no Código de Processo Penal Brasileiro, e motivadas ao erro. A presente monografia trata do instituto da prova testemunhal na esfera penal, a forma de seu recolhimento e sua valoração, tendo como objetivo fazer um apanhado geral da prova e de seus aspectos. Irei aprofundar no instituto das falsas memórias – recordação de fatos nunca ocorridos e inflação da imaginação a partir de fatos vivenciados – e condenações somente com prova testemunhal, apresentando pesquisas, características, conceitos e classificações, para que finda a leitura se tenha um entendimento da produção probatória no instituto da prova. Adentro em questões de justiça, imparcialidade e produção de provas com elementos de precisão, objetivando a busca da verdade sempre respeitando os elementos trazidos na Constituição Federal de 1988 em relação ao acusado.

Palavras-chaves: Processo Penal. Sistema Acusatório. Prova Testemunhal. Falsas Memórias.

ABSTRACT

The institute that has been gaining more discussions and doubts regarding its valuation is that of Testimonial Evidence, conflicting acts of gathering evidence both in the inquiry and in the process, and testimonial recognition, both matters of law that have gaps in the Brazilian Code of Criminal Procedure, and motivated by error. The present monograph deals with the institute of testimonial evidence in the criminal sphere, the form of its collection and its valuation, with the objective of making a general overview of the evidence and its aspects. I will go deeper into the institute of false memories - recollection of facts never occurred and inflation of the imagination from facts experienced - and convictions only with testimonial evidence, presenting researches, characteristics, concepts and classifications, so that the reading ends with an understanding of the evidential production in the institute of evidence. It focuses on issues of justice, impartiality and the production of evidence with elements of precision, aiming at the search for truth always respecting the elements brought by the 1988 Federal Constitution in relation to the accused.

Keywords: Criminal Procedure. Accusatory System. False Memories. Witness. Memory.

* Graduanda do curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail para contato: haridyane.o@edu.pucrs.br.

* Professor em Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestrado e Doutorado - em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, e Doutor em Direito Processual Penal pela Universidad Complutense de Madrid. E-mail para contato: aurylopes@terra.com.br

1 INTRODUÇÃO

O processo penal sofreu significativas transformações ao longo dos séculos, e traz até hoje resquícios do mesmo, antes da era inquisitorial, até o século XII vigorava um sistema acusatório, não da forma como existe hoje, porém, não havia os excessos e injustiças que tiveram após ser instaurado o tribunal de inquisição. Um dos pensamentos da justiça na época da inquisição era “Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação.” Pois, apesar de tantos absurdos que foram relatados ao longo de tantos anos, tantas mudanças em leis, e tratados e com o advindo dos direitos humanos, muitos modos de tratar o acusado foram modificados, por conta de excessivos abusos por parte do judiciário e da polícia, porém, apesar de todos os acontecimentos que se permearam até aqui, ainda vislumbramos uma sucessão de erros. No centro do problema, temos condenações baseadas apenas como prova o testemunho, algo que já deveria ter um regramento próprio, com mais observações na lei sobre o modo de ser recolhido tal prova, e sua valoração, e o seguinte trabalho visa adentrar esse instituto.

O que tange ao direito de um processo justo e coeso, no qual limitou-se a Constituição Federal em seus respectivos artigos 5º LV, LVII, LXI, LXII, LXIII, LXIV, LXVIII, LXIX entre outros, deixou claro, o respeito ao devido processo legal, ao direito do acusado não produzir provas contra a si mesmo, e seja tal tratado como inocente até que se prove o contrário. A era inquisitorial ficou marcada no nosso processo penal de tal modo, que mesmo trazendo uma proteção ao acusado como na nossa Constituição Brasileira, ainda sim, dispositivos extremamente problemáticos, são usados para que sejam legitimados excessos na esfera penal, assim como eram os processos no Séc. XVIII onde a testemunha era soberana a qualquer prova em concreto, e como ainda se encontra atual, dado que nosso Código de Processo Penal é de 1941, elaborado em época de ditadura e da Segunda Guerra Mundial.

Acompanhando todo esse instituto do processo, e suas falhas devido ao quão ultrapassado está o código, nasce uma maior preocupação com a prova testemunhal no Brasil, com pesquisas mais recentes sobre a memória, porém com base no que já se vem estudando a décadas, pois comprovado por estudos científicos a falibilidade da memória humana. Os dados que trazem o Innocence Project de Nova York, pioneiro nos estudos dos casos de condenações errôneas, em pelo menos 69% desses casos, estava presente um erro de reconhecimento/identificação por parte de uma vítima/testemunha, ou seja, pessoas que cumpriam pena a mais de dez anos, efeito de uma condenação injusta. Apesar da preocupação da Constituição Federal de 1988 de tornar o processo justo, visando um sistema acusatório, e trazer mais legalidade perante a condutas coercitivas ilegais, ela entra em embate com nosso CPP que infelizmente dispõe de vários artigos vagos e inúmeros resquícios do processo inquisitório, nos restando apenas a decisão em jurisprudências e súmulas.

O instituto da prova testemunhal e seu recolhimento veem sendo estudado a muito tempo, em meados do século XIX, embora a maior parte dos estudos sobre falsas memórias tenha sido realizada a partir da última década do século XX. Pelos anos 90 começou uma preocupação maior, pelo fato das condenações serem motivadas por depoimentos de testemunhas. Ou seja, a prova testemunhal com maior valoração, as vezes até única no julgamento, abandonando qualquer in dubio pro reo que se tenha citado.

Este artigo visa um desdobramento maior em relação à valoração da prova testemunhal e como isso influencia no processo, também centra na reforma do processo penal, que de todo, deve destinar a ser o processo acusatório, e onde se tem lacunas que se preencha de acordo com a Constituição Federal de 1988. O reconhecimento testemunhal usado como prova não deve ser descartado, entretanto, reformulado, pois sendo um problema científico que mostra uma questão necessitando discussão, investigação, decisão e solução.

2 PROVA TESTEMUNHAL NO MARCO DO CPP

O instituto da prova é algo extremamente necessário para reconstituição dos fatos, e a aproximação com a cena crime, para que se tenha um desenho do local, pessoas e suspeitos. É inegável sua importância na fase pré-processual e processual, seja para condenar ou inocentar. Mas assim como tudo na vida, se é feito com técnicas ruins, a prova será frágil, uma das provas mais frágeis é a prova testemunhal, pois apesar de estarmos avançados em termo de tecnologias, estudos e pesquisas, ainda presenciamos processos errôneos por conta de sua valoração, a forma como é recolhida e a forma como o juiz aprecia as provas.

Já se findou o tempo onde dizia que o suspeito apontado pela vítima/testemunha, era consideravelmente culpado. Decisões eram vociferadas com o motivo de que a vítima/testemunha não tinha interesse em mentir, e sua conduta era ilibada. Hoje em dia se tem em mãos, diversos estudos, profissionais em diversas áreas que nos trazem uma forma diferente de se ler o testemunho, não o ignorando e sim, entendendo que o ser humano é complexo e que não precisa necessariamente estar com “más intenções” para fazer um relato que não condiz com a verdade, e que sim, devemos pensar a fidedignidade dos testemunhos com responsabilidade desde a forma de sua coleta, e posteriormente.

No Brasil, não teve uma preocupação maior com instituto pelo código por conta da época, nem se era pensado nesses pontos. Ele está previsto de maneira vaga, somente com algumas normas, e teve uma melhora com algumas ratificações de artigos e com a cadeia de custódia da prova, onde a lei L13964² do pacote anticrime, traz algumas previsões.

Esse capítulo será um aprofundamento da prova testemunhal no ordenamento jurídico do Brasil. Farei um breve resumo dos sistemas que permeiam nosso Código de Processo Penal, e a contrariedade com a Constituição do Brasil de 1988.

2.1 SISTEMA INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

Não há como se falar de prova sem abordar antes os sistemas dos quais temos base nos nossos Códigos que permeiam normas do nosso dia-a-dia. Esses dois sistemas até hoje são de extensas discussões, pois um deveria ter sido totalmente abolido de nosso sistema processual para que o outro fosse totalmente implantado e junto respeitado, porém vemos que nossos dispositivos trazem outra realidade. Cumpre destacar que nem sempre vigorou o sistema inquisitório, ele criou-se a partir do fenômeno igreja católica, até o século XII predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo.³

Entre os séculos XII e XIII foi instaurado o Tribunal da Inquisição, muito bem relatado no livro *O Martelo das Feiticeiras*⁴, esses tribunais eram instituições dentro do sistema jurídico da Igreja Católica Romana, onde seus objetivos eram combater a heresia, blasfêmia, bruxaria e costumes considerados desviantes, tendo mais fulcro na perseguição à hereges e mulheres, as chamadas “bruxas” naquela época. O modo como o instituto das provas foi tratado, invoca alguns artifícios usados atualmente, a carga era toda do julgador, que ia atrás da “verdade”, usando qualquer método que estava ao seu alcance, o que nos remete ao artigo 156 do Código de Processo Penal que falarei a seguir.

² BRASIL. **Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019**. Pacote anti-crime. Brasília, DF: Planalto, 2019.

Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.html. Acesso em: 05 out.2020.

³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019. p.43.

⁴ KRAMER, Henrique; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 17. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos ventos. 2004.

Claro que não se pode comparar aos excessos, mortes e torturas que aconteceram entre os séculos XII e início do XIX, pois o contraditório fora totalmente abandonado, não se tinha direito a advogado, como relatado por FOUCAULT⁵ que seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa, o magistrado tinha direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Então, contextualizando, o juiz constituía sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado, e essa verdade ele mesmo formulava as peças e gerava um documento dos quais os juízes recebiam e tomavam como prova⁶.

Em sua dissertação CRISTINA DI GESU⁷, pontua o que fora observado por Goldschmidt, o fracasso de sistema devido ao erro psicológico de acreditar que uma mesma pessoa, dotada de “imparcialidade”, poderia exercer funções com sentidos completamente opostos, tais como promover a “justiça”, colher provas, valorá-las e depois julgar o feito. Daí vem meu entendimento de que o sistema acusatório que vivemos hoje, não chega nem perto de por inteiro se constituir, pois, apesar de essa aglutinação de poderes ter sido dividido no nosso código, ainda podemos observar dispositivos que legitimam tais ações, como por exemplo, o juiz ordenar a produção antecipada de provas (Art.156 CPP⁸), se é possível problematizar todo envolvimento desse artigo, pois, é exatamente o que acontecia no sistema inquisitório, o julgador correndo atrás de provas para “dirimir a dúvida”.

No momento que se é permitido o juiz agir de ofício, ordenar e determinar no curso da instrução realizações de diligências para que sane suas dúvidas, vai totalmente contra aos princípios ressaltados na constituição, pois não cabe ao juiz o poder investigatório e quem dirá a produção de provas, e fere o princípio da inércia jurisdicional. Para dar corpo aos dois sistemas para um maior entendimento, irei citar algumas características que os diferenciam:

Quadro 1 – Sistemas Processuais

SISTEMA PROCESSUAL INQUISITÓRIO	SISTEMA PROCESSUAL ACUSATÓRIO
<ul style="list-style-type: none"> • Gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz; • Aglutinação das funções nas mãos do juiz; • Juiz pode atuar de ofício; • Juiz parcial; • Desigualdade de armas e oportunidades. 	<ul style="list-style-type: none"> • Distinção entre as atividades de acusar e julgar; • Iniciativa probatória deve ser das partes; • Juiz imparcial; • Igualdade de oportunidades; • Publicidade; • Defesa do contraditório.

Fonte: Lopes⁹

⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora vozes. 2004. p.32.

⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 28.ed. Rio de Janeiro: Editora vozes. 2004. p.32

⁷ GOLDSCHMIDT, 1935, *apud*. DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.19.

⁸ BRASIL. **Decreto de lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666954/artigo-156-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 09 set.2020

⁹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019. p.45.

Existem uns juristas, e algumas doutrinas, onde abordam que o Brasil hoje, vive um Sistema Processual Misto, que a característica dos dois se adequa no nosso sistema de hoje, porém, acredito que seja um equívoco falar em sistema misto se a nossa Constituição Federal defende um sistema acusatório, se temos resquícios do antigo sistema, tais deveriam ser abolidos, pois, ao aceitarmos essa característica como nosso sistema atual, seria dar abertura que tais dispositivos do Código de processo penal tenha validação por parte da doutrina em torno dessa “aprovação”. Nosso sistema não deve ser misto, pois, tais artigos que trazem essa concordância, abrem para significativos abusos do ordenamento jurídico e legítimas ações excessivas por parte do judiciário. Quando se é alegado “misto”, seria a fase pré-processual (inquérito) no sistema inquisitório e a fase processual seria acusatória, o que podemos observar que essa afirmação também está errada, pois, temos resquícios do sistema inquisitório também na fase processual¹⁰.

2.2 DECRETO DE LEI 3.689 DE 1941

O Código de Processo Penal vigente, fora colocado em vigor em 03 de outubro de 1941, decretado pelo então presidente Getúlio Vargas, ainda em sistema ditatorial que se encontrava o Brasil, o que se chamou Estado Novo¹¹. Podemos fazer uma breve análise a partir deste apontamento, ora se, a Constituição de 1937 centralizava todo o poder nas mãos do presidente, o congresso estava fechado a partir do golpe, extinguiu-se todos os partidos políticos, governava-se a partir de decretos-leis, o que poderia se esperar de um CPP baseado nesse contexto histórico do qual estava regido.

Apesar de falar-se em sistema acusatório no que se basearia o novo Código, podemos acompanhar durante os dispositivos do mesmo, vários resquícios do sistema inquisitorial, e principalmente aqueles que deixam muitos poderes na mão do julgador e desrespeitam a defesa do contraditório e a igualdade de armas. Um exemplo trago o Artigo 21 do CPP, onde fala da incomunicabilidade do indiciado¹², sendo este, uma afronta ao princípio de inocência e ao contraditório, ambos respaldados pela Constituição Federal de 1988 e tal artigo não foi recepcionado pela mesma, quando se diz “interesse da sociedade” ou “conveniência da investigação”, tratando de tamanha abrangência algo que pode ser invocado a qualquer momento alegando somente esses dois pontos.

Então em 5 de outubro de 1988 entra em cena a nova Constituição Federal, trazendo em seus artigos à presunção de inocência, o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo, o direito ao contraditório e paridade de armas. Acabando que alguns dispositivos da CF/88 entrando em conflito com o CPP de 1941, o que deveria ser baseado em um sistema acusatório, o CPP sofreu alterações durante o passar dos anos, mesmo assim, ainda não é o bastante, pois continuamos a presenciar abusos no processo, e contradições em jurisprudências, onde temos um Código inteiro extremamente ultrapassado ainda em vigor, que suas normas vão ao viés do que se dita nossa “norma mãe”.

O problema maior, são as lacunas que ficaram em relação à algumas medidas tomadas durante o processo, e como tornar igualdade para os dois lados, se do lado principal temos o Juiz agindo de ofício, correndo atrás de provas e tornando-se parcial no processo. Como

¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2019.

¹¹ LUNGOV, Monica. **História do Brasil**. São Paulo: Gold editora. 2014

¹² Art. 21 do CPP- A incomunicabilidade do indiciado dependerá sempre de despacho nos autos e somente será permitida quando o interesse da sociedade ou a conveniência da investigação exigir. (BRASIL. **Decreto de lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666954/artigo-156-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 09 set.2020)

aborda AURY LOPES JR¹³ que é visível que o modelo constitucional é acusatório, em contraste com o CPP, que é nitidamente inquisitório, e que todos os dispositivos do Código de Processo Penal que sejam de natureza inquisitória são substancialmente inconstitucionais e devem ser rechaçados.

Claro que fazer um breve relato do antigo sistema, se é necessário para que se tenha um vislumbre do que era o processo penal, acompanhei tais relatos pela obra de Michel Foucault¹⁴, onde todo o processo criminal até a condenação era totalmente secreto, ou seja, o acusado ficava “às escuras” durante todo esse tempo, e em muitos casos, não era possível nem ao menos informar o porquê o mesmo estava sendo acusado, já que por ditas vezes, seus crimes eram apenas relatados por algumas testemunhas, e sua condenação baseada em uma testemunha anônima. Assim sendo, opaco não só para o público, mas para o próprio acusado, veja bem, gera-se uma incomunicabilidade e não publicidade do caso, o que a Constituição Federal de 1988, teve todo o cuidado de ressaltar tais direitos, porém, como arguido anteriormente sobre o Artigo 21 do CPP, é uma clara alusão ao antigo processo, onde o acusado ficava a ver navios.

Podemos falar de um autoritarismo do CPP/41, pois podemos comparar dispositivos do código com o sistema inquisitorial e ver tamanha semelhança, pois somente no fim do século XIX que podemos acompanhar o fim da tortura como processo de encontrar a verdade e ver a figura do julgador como simples espectador.

Esse excesso de funções nas mãos do julgador vimos no que se refere ao sistema inquisitório, só que podemos acompanhar também no CPP/41 vide artigos 156¹⁵ e 385¹⁶, “de nada serve a separação inicial das funções se depois se permite que o juiz tenha iniciativa probatória”¹⁷.

Nota-se que ao fazer as normas processuais penais o legislador foi negligente, pois tais normas deveriam proteger o cidadão dos abusos do estado, de tal maneira que as condenações se fundamentariam por meio de provas obtidas legalmente que comprovassem autoria e materialidade do crime, em respeito à dignidade humana, ao invés disso, encontramos dispositivos autoritários e com lacunas, daí podemos entender o porquê dos projetos de reforma do CPP elaborados ao longo dos anos não surtirem tanto efeito, e dar continuidade a tanta controvérsia.

As lacunas preenchem-se com súmulas e jurisprudências, porém, não é suficiente, vista que, pode-se acompanhar tantos erros judiciais durante o inquérito, processo e nas condenações, muitas vezes baseadas em apenas testemunha e ínfima convicção do julgador. Aqui gera-se à importância da Prova Testemunhal no Código de Processo Penal e o quanto ela pode ser prejudicial no âmbito do processo dependendo da forma do seu recolhimento e a sua valoração a fim de condenação.

¹³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 95,96.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora vozes. 2004.

¹⁵ 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*. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008). (BRASIL. **Decreto de lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666954/artigo-156-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 09 set.2020).

¹⁶ Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, *bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada*. (BRASIL. **Decreto de lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666954/artigo-156-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 09 set.2020).

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. Ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 48.

2.3 NORMAS GERAIS DA PROVA TESTEMUNHAL

Ao introduzir no tema central, uso as palavras de FRANCESCO CARNELUTTI¹⁸, que as provas (de probare) são fatos presentes sobre os quais se constroem a probabilidade da existência ou inexistência de um fato passado; a certeza resolve se, a rigor, em uma máxima probabilidade. Não se pode pronunciar um juízo sem provas; não é possível fazer um processo sem provas. Dessas provas que são geradas durante o inquérito policial e o processo, temos a referida prova testemunhal, uma das provas com maior valoração no sistema judiciário brasileiro, mesmo que, não se tenha dispositivo na legislação que legitime tal elevação da prova. Apesar de o CPP não trazer um rol mais claro de normas envolta da prova testemunhal, temos alguns princípios que há norteiam.

Seguindo a mesma linha de raciocínio de CRISTINA DI GESU¹⁹, ela aborda que os princípios não procuram somente regular um caso ou suprimir as lacunas da lei, vai muito além disso, porque através da principiologia da prova almeja-se a sistematização da matéria, diante da necessidade de o intérprete do direito compatibilizar e adaptar os direitos e garantias constitucionais a um sistema atrasado e de origem inquisitorial como o do Código de Processo Penal Brasileiro.

A regulação da Prova Testemunhal encontra-se a partir do artigo 202 ao 225 do CPP. O artigo 202 do Código de Processo Penal, diz “toda pessoa poderá ser testemunha”, algo normal, pois qualquer um de nós tem a capacidade de presenciar um fato e depois falar sobre esse fato, ou seja, sobre algo que aconteceu no passado, apreendido pelos sentidos, onde o testemunho se refere a um fato passado. Falando em toda a pessoa, sim, toda pessoa pode, porém, algumas pessoas passam por um juízo de credibilidade.

Como por exemplo, podemos observar uma criança sem sua formação cognitiva por completo, possui mais probabilidade de fantasiar, ou um doente mental da mesma forma. Essas pessoas podem não conseguir captar aquele fato especificamente da forma como aconteceu, ou então, um parente da vítima envolvida emocionalmente pode exagerar na sua narrativa dos fatos porque deseja que aquela condenação ocorra, o que não torna o depoimento de algumas pessoas fidedigno, e isso deve ser sempre observado.

Também se entende que toda pessoa natural, então, não há o que se falar de pessoa jurídica, não é possível uma empresa testemunhar, porém uma pessoa natural em nome da empresa sim. Já o artigo 206 aborda que a testemunha não pode negar-se de depor, mas com algumas escusas, pois em alguns casos pode recusar-se estando enquadrado no artigo, que segue, o ascendente ou descendente; o afim em linha reta; o cônjuge (ainda que separado); o irmão e o pai; a mãe; ou o filho adotivo do acusado; claro que existe uma ressalva em razão de quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.²⁰

Há uma problemática com o final do referido artigo, onde diz que podem depor se não tiver outro modo de obter a verdade, sendo que seus depoimentos como pessoas próximas a vítima ou ao acusado são totalmente tomado por emoções²¹ e fica longe de ser obtido a tal “verdade”, entende-se que precisaria para chegar à alguns fatos, porém sua valoração deve ser realmente diminuída, porque é de comum acordo que a prova estaria contaminada. Em relação

¹⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur. 2018. p. 52.

¹⁹ DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.55.

²⁰ BRASIL. **Decreto de lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666954/artigo-156-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 09 set.2020.

²¹ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 464.

"não pode negar-se", entende-se que, uma vez arrolada a testemunha, não pode se abster de prestar seu depoimento, há menos que se enquadre no artigo 206 das pessoas que podem recusar-se de prestar suas declarações em juízo.

O artigo 207 traz uma proteção a pessoas que por caráter de função, profissão, ou ministério, que exercem não poderiam prestar testemunho, pois devem guardar segredo, por ser respeitado um código de ética profissional, onde devido a função não se deve depor, um exemplo nítido é o profissional de psicologia. Claro que existe uma ressalva, isso quando a parte interessada desobriga a outra e assim fica legitimada para dar seu testemunho.

Então observa-se os respectivos artigos e chegamos aos princípios norteadores da prova testemunhal, pelas palavras de AURY LOPES²² temos as mesmas regidas pelas regras da oralidade e imediatidade, ou seja, deve ser produzida oralmente e em audiência, na frente do juiz que irá julgar, não sendo permitido o depoimento por escrito, salvo se a testemunha for surda ou muda, teremos intervenção de um intérprete. Portanto, não se pode aceitar como válida a simples ratificação em juízo das declarações prestadas no inquérito, ou seja, LOPES²³ destaca em relação ao depoimento em juízo, que não deve apenas pontuar o que já foi dito antes, que o Juiz deve-se abster de ler as declarações dadas anteriormente na fase inquisitória, porque a produção de prova testemunhal é um tanto complexa, pois avalia-se seu fornecimento oral tanto quanto a credibilidade das informações prestadas.

A redação do artigo 213 do CPP trata da objetividade, onde a testemunha deve-se ater aos fatos, sem dar opiniões pessoais, ou dar juízos de valores, ao menos que isso seja necessário a reprodução dos fatos. A Judicialidade, a prova testemunhal apenas aquela produzida em juízo. Ainda falando sobre tais princípios, temos a retrospectividade, onde o testemunho prestado irá falar sobre os fatos passados e por fim, a individualidade, pois as testemunhas serão inquiridas individualmente, não terá testemunho em coletividade, suas oitivas serão individuais, salvo-se quando tiver acareação.²⁴

DI GESU²⁵ traz uma classificação das testemunhas, existindo as testemunhas indiretas que são aquelas que apenas ouviram falar do fato ou que prestará seu depoimento acerca de fatos acessórios; a testemunha abonatória é aquela que vem aos autos para abonar a conduta do imputado, influenciando na primeira fase da dosimetria da pena; as testemunhas referidas que não estão no rol inicial, porém foram referidas nos depoimentos de outras testemunhas. E por fim, os informantes, que não prestam compromisso em dizer a verdade.

2.3.1 Recolhimento de prova testemunhal

O seu recolhimento se dá na fase pré-processual ou processual. Na fase do inquérito policial se é levado o acusado para realizar o reconhecimento, o que se obrigada, desrespeita o devido processo legal e os direitos do acusado de não produzir prova contra si mesmo, pois muitas vezes é feita também sem a presença do defensor, algo permitido pelo CPP e totalmente refutável, devido a defesa do contraditório. Mas se, de acordo o suspeito estiver de participar, é recolhida a prova, se reconhecido, após, essa mesma prova é levada ao tribunal para julgamento do réu, o que pode se tornar inadmissível a aceitabilidade da prova se possuir violação à normas constitucionais ou legais.

Há dois princípios que a permeiam, um deles é a prova irrepitível, pois não se reconhece o já reconhecido, ou seja, não se é feita uma segunda sessão de reconhecimento. O reconhecimento é prova irrepitível, não se pode simplesmente anular um ato de

²² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 461.

²³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019.

²⁴ Ato que confronta os depoentes, quando houver diferenças nos depoimentos sobre o mesmo fato.

²⁵ DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontifca Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 98.

reconhecimento, haja vista que não se pode renovar tal sessão nos mesmos moldes já definidos. O segundo princípio é o tempo, o art. 6.º do CPP²⁶, em seu inc. VI, determina à autoridade policial que proceda ao reconhecimento de pessoas e coisas assim que tiver notícia e constatar a ocorrência de fato definido como crime, evitando-se, com isso, a influência do tempo sobre a memória de testemunhas e vítimas²⁷.

Nessa questão, FRANÇA²⁸ aborda que ao tempo, virá junto a *percepção*, pois o modo pelos quais os eventos são interpretados pela testemunha/vítima levando-se em consideração seu estado de humor e emoções, depois as *lembranças*, por conta do período de tempo decorrido entre o evento e a descrição feita pela testemunha/vítima sobre ele às autoridades, sendo que incidem sobre a memória desta outros fatores que podem influenciar na identificação, e pôr fim a *articulação*, as mesmas palavras são usadas com significados diversos por pessoas diferentes.

Existe uma sistemática usada pelo CPP para as sessões de reconhecimento, e se inobservado, temos uma grande falta de detalhamento necessário à execução da medida, e também o despreparo de profissionais da área. Temos o erro de a realização da sessão sem presença de defesa, um dos fatos que macula os resultados e prejudica a investigação e vai contra o princípio do *in dubio pro reo*²⁹.

Na sessão de reconhecimento, a testemunha é abordada pelos oficiais de maneira sugestiva, e por diversas vezes se veem na situação de “ter que reconhecer alguém” correspondendo às expectativas dos oficiais. Se reconhecido o suspeito da polícia pela testemunha, logo o comportamento com o suspeito piora ainda mais, pois, conforme já falado anteriormente, nossas emoções são infladas, e temos tendência de agir por elas, no momento que nos deparamos com o possível autor do crime, o pré-julgamento já está feito, e mesmo sem o trânsito em julgado, para todos já é um criminoso.

Podemos observar que algumas práticas usadas não estão no código, como por exemplo, o reconhecimento por meio de foto, já falado anteriormente, e que recentemente teve outra interpretação por parte do STJ³⁰, onde o ministro relator discorre em seu voto que “O ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado”.

Onde se tem mais incidência da prova testemunhal e dos excessos que há rodeiam, são nos crimes de patrimônio, pois para o crime de roubo a 'rainha das provas' é o reconhecimento. SCHIETTI³¹ saliente que por tal motivo, ele deveria ter um grau de confiabilidade que não retirasse qualquer segurança quanto à sua utilização em uma sentença condenatória, porém, o que pode-se observar, é uma praxe policial totalmente divorciada dessa orientação e dessas diretrizes de um código.

²⁶ BRASIL. **Decreto de lei nº 3689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10666954/artigo-156-do-decreto-lei-n-3689-de-03-de-outubro-de-1941>. Acesso em: 09 set.2020.

²⁷ JAMES MARSHALL, 1969, *apud*. FRANÇA, Rafael. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal**. Porto Alegre. REVISTA DOS TRIBUNAIS. vol. 112. p. 331/336. 2015

²⁸ FRANÇA, Rafael. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal**. Porto Alegre. REVISTA DOS TRIBUNAIS. vol. 112. p. 331/336. 2015

²⁹ Na dúvida interpreta-se em favor do acusado.

³⁰ Superior Tribunal de Justiça. **HABEAS CORPUS: HC Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. DJ: 27/10/2020. STJ, 2020. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 02/11/2020

³¹ RECONHECIMENTO por foto não basta para condenação, decide STJ. **Migalhas**, [S. I.], 27 de out.2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/335558/reconhecimento-por-foto-nao-basta-para-condenacao--decide-stj>. Acesso em: 08 nov.2020.

Os maiores erros de provas descartadas na fase de julgamento, são do modo de seu recolhimento, se não coletadas dentro da legalidade, e com veracidade, podem ser inutilizadas, prejudicando todo um processo. Como aborda FRANÇA³², se não forem seguidas regras para a execução das sessões de reconhecimento pessoal, grande se torna a possibilidade de se tornar inócua, quer seja realizado de modo preliminar, por fotografias ou como antecipação de produção de meio de prova, o reconhecimento pessoal deve obrigatoriamente ser envolto em formalidades.

Se for pensar em relação a esse método, antigamente para se acusar uma pessoa, não necessitava muito, falando do processo inquisitório que tínhamos, e que ainda temos resquícios em nosso processo penal, e em todo nosso código, como abordado anteriormente. No processo inquisitório as pessoas eram torturadas e mortas, o aparecimento da prisão começou em meados do Séc XVIII, antes disso, se tinha um processo cheio de falhas, onde a base eram os depoimentos testemunhais. Um exemplo, seria apenas uma pessoa fazer uma “delação”, apenas um depoimento, e o acusado era torturado até confessar.³³

Existem inúmeras falhas no sistema de recolhimento de prova testemunhal, seja na entrevista ou na hora do reconhecimento, ÁVILA³⁴ faz um apontamento sobre algumas dessas falhas, principalmente na entrevista, quando não se é explicado o seu propósito, não explicando as regras básicas da sistemática da entrevista, não estabelecendo a empatia com o entrevistado, não solicitar o relato livre, basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas, fazer perguntas sugestivas/confirmatórias, não acompanhar o que a testemunha recém disse, não permitir pausas, interromper a testemunha, quando ela está falando, e não fazer o fechamento da entrevista.

Quando se fala em alternativas para que se tenham provas com mais fidedignidade, a entrevista é um procedimento crucial, onde deve se respeitar os preceitos para que se tenha um resultado mais preciso. As perguntas abertas³⁵ permitem que a pessoa que está respondendo dê mais informações, como por exemplo: “o que você viu quando entrou na loja? ”. As fechadas, geralmente, somente trazem duas alternativas possíveis de resposta: “sim” ou “não”, “era manhã, tarde ou noite quando o crime aconteceu? ”. É de comum acordo, que nosso sistema falha quando se trata de prova testemunhal, é necessário um procedimento padrão, detalhado e com regramento próprio, respeitando a Constituição Federal Brasileira, porém, se o que temos hoje em dia parasse de ser visto como mera recomendação e sim como regra, evitaria inúmeros equívocos e erros judiciais.

3 DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Para introduzirmos ao tema, é interessante citar que esse capítulo em questão é em razão do reconhecimento ser usado como porta de entrada para a prova, por conta de este assunto trazer diversas informações necessárias para quem pesquisa sobre, ou quer ter um maior entendimento sobre o funcionamento do judiciário nessa matéria.

O reconhecimento de pessoas ou coisas está inserido no título reservado às provas do Processo Penal e tem por finalidade precípua a identificação de um suspeito ou de um

³² FRANÇA, Rafael. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal**. Porto Alegre. Revista dos tribunais. vol. 112. 2015. p.33

³³ GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2018.

³⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro. Editora lumen juris. 2013. p. 138.

³⁵ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010. p. 220.

objeto através da palavra da vítima ou das testemunhas³⁶. Cumpre ressaltar que o investigado, indiciado ou réu não é obrigado a participar de sessões de reconhecimento pessoal, haja vista o exercício do direito a não produzir prova contra si mesmo³⁷, trazido tal defesa pela constituição brasileira. Podemos acompanhar que em diversas vezes tal direito não é reconhecido, devido as lacunas que temos no CPP, principalmente quando citamos julgamentos em que o juiz interroga a testemunha e a questiona se o culpado está presente, ou refere-se diretamente ao acusado perguntado se é o culpado. Prática extremamente ilegal, porém, respaldado pelo livre convencimento motivado. É inegável que o reconhecimento pessoal é um dos meios de obtenção de provas mais usado, e em diversos sistemas processuais, supra valorados, não se compactua com a ideia de que não se tem tal valor, mas que o modo como é feito no Brasil, gera inúmeras dúvidas e é responsável por vários julgamentos errôneos.

Previsto a partir do art. 226 do Código de Processo penal Brasileiro, o reconhecimento trazido far-se a de maneira clara e concisa, respeitando os artigos subsequentes, pois, se ilegal for, chances de a prova não ser reconhecida em juízo. De acordo com AURY LOPES JR³⁸ é reconhecível tudo o que podemos perceber, ou seja, só é passível de ser reconhecido o que pode ser conhecido pelos sentidos. O previsto no CPP é o conhecimento visual, pois o Código é omissivo no que se refere ao reconhecimento que dependa de outros sentidos, como olfato ou tátil.

Em sua pesquisa sobre o reconhecimento testemunhal, RAFAEL FRANÇA³⁹ salienta que a medida cautelar de reconhecimento pessoal durante a fase de investigação policial também se difere em diversos aspectos do reconhecimento feito já na fase processual. Descreve que os principais problemas, são a exposição em definição de direito de não produção de prova contra si mesmos e a possibilidade de ser reconhecido por fotografia, o que delimita o trabalho policial e torna a execução das medidas ainda mais carentes de formalidades e preparo dos agentes responsáveis pela organização e execução das mesmas como abordado anteriormente, o despreparo dos profissionais.

O CPP se torna omissivo em diversas fases processuais, principalmente no que diz questão a prova testemunhal, o reconhecimento de pessoas e o recolhimento da prova, tanto que, não há nada quanto ao modelo a ser seguido, se é o simultâneo ou sequencial, temos só a previsão de mínimo de pessoas que não deve ser inferior a 5(cinco), porém o código traz em sua redação “recomenda-se”, recomendação não é obrigação, acabando que por fim, ficando na mão dos profissionais como deve ser feito o reconhecimento.

Existem algumas formas de se fazer o reconhecimento, entre eles o *sequencial*, onde entra um suspeito por vez, e a testemunha/vítima terá que tomar uma decisão em relação a cada um dos que forem aparecendo à sua frente, podendo inclusive isentar o real autor por não o reconhecer, evitando também falsos positivos. Já o *simultâneo* é onde a vítima/testemunha pode comparar as características físicas de todos os componentes da linha, e escolher qual assemelha-se ao culpado. O método *show up* é exibido um único suspeito para identificação da vítima/testemunha.

³⁶ PUPE NETO, Affonso Celso. **Aspectos relevantes acerca do reconhecimento de pessoas ou coisas segundo o Código de Processo Penal e sua aplicação prática**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3954, 29 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27796>. Acesso em: 16 jan. 2021.

³⁷ Art. 5º, LXIII da CF - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;(BRASIL. Constituição Federal Brasileira de 1988. Brasília, DF: Planalto, 2019. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html). Acesso em: 20 set.2020.

³⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019. p. 487.

³⁹ FRANÇA, Rafael. **Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal**. Porto Alegre. Revista dos tribunais. vol. 112. 2015. p. 331/336.

Um dos pontos que ressalta o reconhecimento testemunhal é a falta de regramento, em uma prova tão importante que é onde se tem a aproximação com o praticante do delito, onde se aprofunda na investigação para chegar-se a um culpado, onde também entra em jogo a liberdade de uma pessoa. A falta de preocupação do código perante ao acusado, remete-se ao sistema inquisitório já citado nesse trabalho, o que ainda se bate no ponto de uma reforma completa no código, pois as jurisprudências e súmulas não tem a mesma preocupação com esses institutos como podemos acompanhar recentemente em diversos julgados.

Outra forma é o reconhecimento por foto, não previsto em nenhum dispositivo legal de matéria penal, porém, como muitas vezes não são observadas nem a legislação sobre a forma que se dá o recolhimento, novas diretrizes são seguidas, e formas de serem feitas. No último mês de outubro, fora levada em pauta tal questão, apesar de ser frequentes os apontamentos sobre a matéria de reconhecimento testemunhal por foto, o interesse do judiciário era pouco, apenas sendo observado pela defesa.

O julgado no HC 598.886/SC⁴⁰ trouxe uma “luz no fim do túnel” para os advogados do Brasil, porque finalmente fora levada em pauta a valoração na prova testemunhal, e os métodos que não são observados em seu recolhimento. A 6ª turma do STJ decidiu que não é possível condenar alguém exclusivamente com base em reconhecimento por foto, concedendo habeas corpus ao homem condenado por assalto que como prova se tinha apenas a testemunhal. No voto do relator, o ministro Rogerio Schietti, deixou claro que as pesquisas trazidas pelo Innocence Project⁴¹ foram essenciais para o voto. Ressalta-se que o suspeito em questão fora reconhecido por meio totalmente errôneo, com base em reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas, o que não foi corroborado por outros elementos probatórios e destaca-se inobservância do procedimento previsto no art. 226 do CPP.

Como aponta AURY LOPES JR⁴², o art.226 era visto como mera recomendação, e com essa decisão passou desse status para necessária, para que seja cumprido as formalidades para se realizar o ato de reconhecimento. Ele pontua que apesar de respeitada as formalidades, deve se ter em mente que, somente pode ser confiada em seu resultado, se ser conduzida da forma como aponta o artigo em questão, e ainda sim, se é insuficiente, porque, mesmo que observadas todas as formalidades, não se pode perder de vista a falibilidade que acomete a memória humana em seu regular funcionamento.

Respalhando os próximos pontos em pesquisas sobre o reconhecimento testemunhal, coloco em pauta os que se destacaram durante os estudos sobre o tema, colocando em foco o acusado no reconhecimento testemunhal. Observa-se que mesmo com o álibi, ele não consegue superar essa prova de reconhecimento, salvo se, o álibi é corroborado com uma prova de DNA ou por filmagens, e ainda sim, temos provas concretas de que alguns julgamentos persistem na valoração do testemunho, ignorando outras provas. Hoje em dia com tantos recursos que está disponível pela tecnologia, o álibi pode ser provado de diversas formas, e se valer apenas de testemunha para uma prova palpável é inadequado.

O outro ponto são os elementos envolvidos no ambiente e nas pessoas na hora do reconhecimento, pois, se sugestiona a testemunha quem é um dos suspeitos, as chances de o

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: HC nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 27/10/2020. **STJ**, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020.

⁴¹ Dados completos em: <https://www.innocencebrasil.org/>.

⁴² MATIDA, Janaina *et al.* A prova de reconhecimento de pessoas não será mais a mesma. **Conjur**, [s. l.], 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma>. Acesso em: 08 nov. 2020.

reconhecimento ser contaminado são de 90%. ANTÔNIO VIEIRA⁴³ em sua palestra sobre reconhecimento testemunhal aborda uma sessão de reconhecimento onde as pessoas que foram colocadas uma do lado da outra estavam totalmente diferentes do suspeito, eram 5 (cinco) homens, todos bem vestidos, brancos, com altura mediana, e havia um único homem de bermuda e sandália havaianas, negro, e com nenhuma característica semelhante aos demais.

Sendo nítido a sugestividade do ato, pois, como temos pesquisas que respaldam, o estereótipo do criminoso está totalmente ligado a pobreza e a raça, uma construção feita pela sociedade em cima do racismo e preconceito, como diz MOREIRA⁴⁴ o pensamento humano opera por um processo de percepção, categorização e generalização, o que permite a formação de esquemas mentais a partir dos quais as pessoas compreendem a si mesmas e ao mundo, mas esses sentidos não são neutros, pois são produtos de valores.

O reconhecimento deve ter acurácia e confiabilidade, deve-se capacitar as pessoas que trabalham nisso, deve ser feito na forma de igualdade, ninguém pode se destacar, para que ninguém se sobressaia durante o reconhecimento, pois ainda não temos um modelo de reconhecimento padrão, um modo mais correto de se fazer, se é o simultâneo ou sequencial, pois a ciência ainda não chegou a uma conclusão, embora se tenha muita discussão em torno disso. Citando BRIAN CUTLER⁴⁵ “The criminal justice system recognizes that eyewitness testimony in general and eyewitness identification in particular play profoundly important roles in the apprehension, prosecution, and adjudication of criminal offenders”. Porém, é importante ressaltar que ele deixa claro a importância de observar que há uma abundante possibilidade de erro se as sessões não forem desenvolvidas de maneiras a evitar dubiedade e imprecisões.⁴⁶

Ou seja, não se deve tirar a credibilidade do testemunho, mas se colocar sempre em pauta a sua fragilidade, para que não se tenha julgamentos errôneos. A testemunha é muito importante para que sejam preenchidas algumas lacunas do crime, para que se entenda o contexto de como aconteceu, e é indispensável para a investigação, porém a sua forma de obtenção e sua valoração, fragmenta o processo. Como aborda LILIAN STEIN⁴⁷, o cenário se agrava muito quando se tem em conta o grau de confiança que os operadores do sistema de justiça ainda depositam indevidamente neste tipo de prova, o que faz com que, habitualmente, lhe seja atribuído um alto valor provatório.

Alguns estudos apontam que há melhora na fidedignidade do reconhecimento, em questão de a testemunha identificar o acusado, quando se é informada sobre alguns requisitos, um que o suspeito pode ou não estar entre as pessoas a se identificar, que ela pode ficar tranquila se não reconhecer nenhum deles por conta de ele poder estar ou não entre eles, e ser ministrado por autoridades que nada tenham com o caso, ou que também não saibam quem é o suspeito para que não seja sugestionado a vítima/testemunha.

⁴³ [Provas testemunhais em foco]. Antônio Vieira: **Reconhecimento de Pessoas** [s. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (30 min 45s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PVowM74ATso>. Acesso em: 01 out. 2020.

⁴⁴ MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Editora pólen. 2019. p.58.

⁴⁵ CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven D. **Mistaken identification: the eyewitness, psychology, and the law**. United States, New York: Cambridge University Press, 1996. p. 6.

⁴⁶ O sistema reconhece que as sessões de reconhecimento são consideradas importantes para a solução de investigações, sendo a forma mais comum de testemunho em julgamentos criminais.

⁴⁷ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010

4 VALORAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL

Por um lado, uma prova importante para investigação, por outro lado, tão frágil. Agora revertemos isso para o nosso sistema do Brasil, usando como exemplo dois dispositivos, o civil e o penal, em uma prova testemunhal é quase refutada, em outro é prova pesada o bastante para condenar. A diferença é o cargo que traz em cada uma, pois nela se tem a liberdade de alguém. Como dizem várias obras, considera-se sempre como mal menor a absolvição de um culpável, que a condenação de um inocente⁴⁸. Porém acompanhamos todos os dias outra realidade.

Em uma das pesquisas sobre a valoração da prova, Vitor de Paula⁴⁹ compara os dispositivos de outras matérias, como o código civil onde fala que a prova testemunhal não é o bastante se não corroborada com outros tipos de prova, mostrando um julgado onde traz que a prova é muito frágil, que para condenar precisa de uma prova mais robusta, ex: Prova de danos materiais em acidente de trânsito, prova testemunhal refutada. Principalmente se acompanha isso nas decisões onde se tem um alto valor, onde o juiz descarta só o testemunho por receber como prova frágil para que o réu seja condenado a pagar um valor tão alto. Mas então porque no civil a prova testemunhal é refutada e no penal é supervalorada, se ambas são usadas no processo para o mesmo fim, o que vale mais em ambos dispositivos, o dano material ou o imaterial? Não deve se colocar em cheque que em um dos casos o destino de uma pessoa que está em jogo?

Um dos maiores problemas é a credibilidade que se dá a testemunha, o juiz muitas vezes não se abstém de dar suas impressões pessoais tanto do acusado quanto da testemunha, isso porque historicamente a prova testemunhal possui forte aceção religiosa, e temos influência disso em nossa sociedade, caindo inclusive sobre os julgadores, pois alguns mantem a fé em quem jura diante de um suposto livro sagrado, falará só a verdade, ou que, os mesmos não tem a motivação para mentir, presumindo que a testemunha seja dotada de confiabilidade e inocência. Claro que, isso não quer dizer que elas não devam ter essa confiabilidade, o fato é que, mesmo que elas tenham essas características, ainda sim, pode-se cometer erros de reconhecimento, com o instituto das falsas memórias.⁵⁰

Então, a imediação do juiz no processo, muitas vezes contaminam tais provas, porque além de fazer uma valoração sobre a credibilidade da pessoa, e colocar suas impressões pessoais em frente, ainda acreditam que, se a testemunha mentir, pode-se demonstrar a mentira de forma clara e precisa. Um exemplo é um julgado do TJ/RS onde o juiz fundamenta sua decisão de forma totalmente pessoal, ele fala que uma pessoa sem desvios de personalidade, nunca irá acusar desconhecido da prática de um delito, quando isto inoocorreu(...)⁵¹

Não necessita ser jurista, e muitas vezes nem mesmo ser operador do direito, super instruído, para saber que uma testemunha pode mentir deliberadamente ou porque se equivocou na leitura do fato do mundo. O ser humano é fácil de ser enganado, pois, na nossa

⁴⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur. 2018. p. 59.

⁴⁹ [PROVAS testemunhais em foco]. Vitor de Paula Ramos: A Prova Testemunhal [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (33min 04s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cbEbz9SlgWM&list=PLmH2Dq3NmFeGvd4fwfSXzPBKpE8FpeAEw&index=5>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁵⁰ VASCONCELLOS, Marcos de. Provas testemunhais são frágeis, dizem criminalistas. **Conjur**, [s. l.], 6 ago. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/provas-testemunhais-sao-frageis-condenacao-dizem-criminalistas>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁵¹ BRASIL, Tribunal de Justiça. **Estelionatos em continuação**: crimes e co-autoria comprovados.TJ/RS. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 05 set.2020.

vida usamos o chamado presuntivismo⁵², termo usado para o que sempre presumimos, ou seja, o que estamos acostumados no cotidiano.

É uma prova tão superficial, por conta de tudo que nela se há, por exemplo, o acontecimento em si, se houver muita emoção, pouco se lembra de detalhes, a não ser que esse detalhe seja totalmente fora do que se está habituado (um sotaque de uma região que não seja a sua), também pode ser observada as condições, iluminação, se é noite, lugares abertos, etc. Pouco se lembra de características físicas, se tiver detalhes específicos como arma, seu foco será nela, como aborda AURY LOPES⁵³ devido às restrições técnicas enfrentadas pela polícia judiciária brasileira, a prova testemunhal termina por constituir o principal meio de prova no nosso processo criminal, embasando a maioria das sentenças proferidas.

Mas, a fragilidade da prova material é menor do que a prova testemunhal porque aquela independe da vontade humana. Enquanto na prova testemunhal somente o sujeito do testemunho tem acesso ao objeto observado, é um conhecimento de primeira pessoa e aí reside a sua fragilidade, na prova material todos os observadores têm acesso ao objeto observado, é um conhecimento de terceira pessoa e aí reside a sua sustentabilidade⁵⁴.

Também podemos apontar a fragilidade da prova testemunhal, tratando-se de memória, pois temos interferência tanto interna quanto externa, aquilo que estamos acostumados a ver, e estereotipar o crime, e informações que recebemos externamente, seja com perguntas sugestivas ou acontecimentos após o crime. Pensamos em estereótipo do criminoso, e o quanto isso é visível em relação ao reconhecimento testemunhal, e as características que são dadas e as pessoas que são reconhecidas, e podemos colocar isso em números, devido as estáticas de pessoas presas que foram reconhecidas.

Erros de reconhecimento testemunhal, onde se tem interferência da mídia e do inquérito policial, temos tendência a formar um criminoso na nossa mente, a partir de estereótipos adotados pelo que estamos habituados.

Com as palavras de VIEIRA⁵⁵, ele usa o termo sobrevaloración epistemológica⁵⁶, para identificar essa grande confiabilidade que se tem na prova em questões de condenação. Ele continua com a premissa de que a prova de reconhecimento tem efeitos extremamente nocivos aos objetivos institucionais do processo, produzindo uma certa atrofia das investigações, com o frequente descarte de hipóteses alternativas, e o abandono de outras linhas de apuração que poderiam levar a verificação de que pessoa diversa teria sido autora do crime.

Se deve pensar muito no nosso sistema processual penal, pois ele precisa de uma reforma, precisa se encaixar na nossa CF/88, pois ele é anterior a ela, mesmo tendo jurisprudências, súmulas, ainda assim ele está tendo pouco efeito positivo, pois existem muitas lacunas, e falamos de ainda ter resquícios do processo inquisitório.

Deve-se um respeito aos princípios norteadores da CF que faz referência ao acusado, sendo inadmissíveis provas obtidas por meios ilícitos, o direito de silêncio (*nemo tenetur se*

⁵² [PROVAS testemunhais em foco]. Vitor de Paula Ramos: A Prova Testemunhal [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (33min 04s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cbEbz9SIgWM&list=PLmH2Dq3NmFeGvd4fwfSXzPBKpE8FpeAEw&index=5>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁵³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019.

⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva educação. 2019.

⁵⁵ VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. **Boletim revista do instituto baiano de direito processual penal**, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

⁵⁶ GASCÓN ABELLÁN, 2013 *apud* VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. **Boletim revista do instituto baiano de direito processual penal**, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

detegere) e ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, o que nos remete ao tratamento do acusado, e como as provas da defesa são desvalorizadas no curso penal. Porque o nosso código de processo penal não possui uma hierarquia de provas, não há uma valoração maior de uma prova, ou há apreciação maior da outra. O juiz é livre para valorizar e apreciar quaisquer provas constantes nos autos, então é livre essa convicção, claro devendo ser fundamentada, porém ainda não há no ordenamento jurídico brasileiro regras específicas e pré-estabelecidas para valoração das provas.

Em casos de violência de gênero⁵⁷ temos um viés da valoração da prova testemunhal, sendo ela vítima/testemunha, um depoimento sem corroboração de provas contundentes são rechaçadas, e muitas vezes até com DNA, vídeos, e conversas no WhatsApp, não são valorados para uma condenação. Um exemplo cito o caso recente da Mariana Ferrer⁵⁸, onde o acusado fora absolvido pela justiça com a fundamentação de que as provas não eram o bastante, tendo depoimento e vídeos da segurança do local. O abuso foi constatado por meio de exames realizados na influenciadora, fora encontrado sêmen do empresário na calcinha de Mariana, além da ruptura do hímen comprovada pelo exame, ou seja, tem testemunho, e provas que corroboram com toda a narrativa da vítima.

O juiz entendeu pela falta de “provas contundentes nos autos a corroborar a versão acusatória”, aceitando a versão de André Aranha, que passou de que nunca teve qualquer contato físico com Mariana a admitir que teve, porém não tinha intenção e não sabia que ela não estava bem. A professora JANAINA MATIDA⁵⁹ tem um artigo bem esclarecedor sobre isso, onde também defende sobre a valoração da prova testemunhal em questão da parte acusatória, e sua diferença quando trata-se da defesa ou em casos de violência de gênero. Ou seja, a palavra da mulher é calada mais de uma vez nesses casos, e ainda não vemos uma melhora disso no judiciário apesar de ser um assunto colocado em pauta todos os dias.

O entendimento do STJ em mais de 114 acórdãos⁶⁰, é de que a palavra da vítima é suficiente para fundamentar a condenação em crimes de gênero, trazendo uma discussão em torno do princípio da presunção da inocência, como se nesses casos, se esvaziasse tal princípio, só que não se tem nenhuma norma revogando à presunção de inocência, ela ainda está ali, só que inobservada. Então acaba que nesse caso, vive-se um paradoxo, pois se tem uma maneira contraditória de tratar essas formas, pois os juízes falam que a palavra da vítima é o bastante, quando a mesma chega em uma unidade policial é tratada sempre como mentirosa, encontrando um ambiente inóspito. O que MATIDA⁶¹ traz é que não se deve baixar o standard de prova, para que a palavra da vítima seja maior valorada, indo contra o

⁵⁷ [Provas Testemunhais em Foco] Janaina Matida: **O Valor Probatório da Palavra da Vítima**[S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (22min 50s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LHu1DrvcRuk&list=PLmH2Dq3NmFeGvd4fwfSXzPBKpE8FpeAEw&index=6>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁵⁸ CASO Mariana Ferrer. **Gaucha ZH**, Porto Alegre, 10 set. 2020. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/donna/gente/noticia/2020/09/caso-mariana-ferrer-acusado-de-estuprar-jovem-em-boate-de-santa-catarina-e-absolvido-e-gera-revolta-na-internet-ckex32snz002q0161q1p08b41.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

⁵⁹ MATIDA, Janaina. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero**. Coluna elas no front. Junho de 2019. IBADPP. pg 07/09. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 10 out.2020.

⁶⁰ MATIDA, Janaina. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero**. Coluna elas no front. Junho de 2019. IBADPP. pg 07/09 Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf . Acesso em: 10 out.2020.

⁶¹ [Provas Testemunhais em Foco] Janaina Matida: **O Valor Probatório da Palavra da Vítima**[S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (22min 50s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LHu1DrvcRuk&list=PLmH2Dq3NmFeGvd4fwfSXzPBKpE8FpeAEw&index=6>. Acesso em: 10 set. 2020

princípio da inocência, e sim que na fase pré-processual, para que sejam iniciados a investigação, a palavra dela seja o bastante. Nota-se que de um lado se valoriza demais e de outro menos, não havendo equilíbrio e desrespeitando princípios cruciais para o respeito de um processo legal.

Cada vez temos uma realidade onde nos caminha para o diálogo entre as outras áreas de conhecimento, se tem uma necessidade da contribuição de outras áreas, pois um dos fenômenos estudados em relação a prova testemunhal são as falsas memórias, este que veio pela psicologia, que trouxe inúmeras pesquisas, porque era algo que sequer era questionado pelos juristas de antigamente. Atualmente consegue-se entender do que se trata e a fragilidade da prova testemunhal. Nesse entendimento, BADARÓ⁶² confirma se o contexto jurídico possui autoridade quando o que importa é a determinação do que seja o conteúdo normativo de suas disposições (premissa maior), na mesma toada, não há razão para não se admitir, de uma vez por todas, a necessidade de diálogo no que se refere à determinação dos fatos (premissa menor) dos casos que provocam resposta jurisdicional e concluiu, que o isolamento da prova como fenômeno exclusivamente jurídico perde lugar, pertinência, racionalidade no momento em que transbordam tantas conquistas cognitivas resultantes dos esforços de disciplinas como a psicologia experimental, a epistemologia do testemunho, e a neurociência.

4.1 PARTE PROBATÓRIA E TESTEMUNHAL DO CONTRADITÓRIO

Então todo esse apontamento, observa-se que por um lado a valoração da prova testemunhal é prova quase que plena quando se trata da acusação, perdendo de imediato seu valor quando se volta ao suspeito, ou seja, a prova testemunhal da defesa. O artigo 5º, LV da CFB traz a paridade de armas, um embate da defesa e acusação na parte probatória com os mesmos direitos e admissão de provas, e o julgador um mero espectador, dando o devido valor em ambas as provas e estudando elas minuciosamente, bom, isso é o que deveria ser.

Tal artigo deixa bem claro que as provas produzidas pelas partes, devem possuir igual valor, não devendo haver distinção entre elas, porque ambos podem relatar os fatos ocorridos. Há um viés diferente quando trata-se da defesa, as provas testemunhais produzidas por ela, não recebem a especial atenção, essa atenção que é assolada pelas provas da acusação, sejam ambas originárias do inquérito policial ou não⁶³. Há diversos motivos desse descrédito tratando-se do relatado anteriormente, pois temos o fato social da criminalidade, o pré-julgamento, o juiz parcial, juiz viciado pelas provas produzidas em sede inquisitória, alienação midiática, misoginia e racismo.

CARNELUTTI⁶⁴ em suas obras, trazia um pensamento sobre a forma probatória das partes, dizendo que a dúvida se resolve em favor daquele a quem a existência do fato incerto irrigaria prejuízo, ou seja, o prejuízo maior seria do acusado que seria privado de sua liberdade sobre a incerteza de sua culpabilidade, se há dúvida, a acusação não tem provas o bastante para que se dirima, e nisso CARNELUTTI⁶⁵ conclui que os juízes formulam estes princípios dizendo que a parte tem a carga de abastecer as provas dos fatos dos quais depende o efeito jurídico que pede ao juiz que constitua ou certifique, se não as fornece, sua demanda deve ser rechaçada.

⁶² VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. **Boletim revista do instituto baiano de direito processual penal**, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

⁶³ GARBIN, Aphonso Vinicius. A desvalorização da prova testemunhal da defesa no processo penal. **Canal Ciências Criminais**, [S. l.]. 25 set.2015. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/a-desvalorizacao-da-prova-testemunhal-da-defesa-no-processo-penal/>. Acesso em: 07 set. 2020

⁶⁴ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur, 2018. p. 59.

⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur,2018. p. 59.

O que complica mais o judiciário, é suas apreciações direcionadas, onde um lado desde o princípio possui maior valoração, como se a busca da verdade dependesse de a parte da acusação precisar de mais “ajuda” ou fosse mais “vulnerável”, se tem toda uma comoção compreensível nos casos penais, só que isso não deveria chegar ao julgador, com respeito ao devido processo legal. Pois de princípio a testemunha da acusação já se tem uma presunção de veracidade⁶⁶, salvo prova em contrário, não entrando em questão a falha da memória, por ser extremamente frágil, e apesar de existir inúmeros estudos, ainda não se tem nenhuma forma concreta de detectar mentiras. Indo então ao viés da testemunha de defesa, totalmente desacreditada, devido muitas vezes ao contexto social em que vive, e os estereótipos impostos pela sociedade já falados anteriormente.

5 MEMÓRIA E FATO

A memória é um fenômeno biológico⁶⁷ fundamental e complexo, pois apesar de ser estudado por diversas áreas como a psicologia, neurologia, psiquiatria, genética, neuroanatomia, também pela filosofia, história e muitas outras, contudo, continua sendo um dos grandes enigmas da natureza. E para o processo, ela atinge um certo grau de relevância, por que através dessa atividade cognitiva, faz-se uma retrospectiva ao passado⁶⁸, podendo aproximar-se do que pode realmente ter acontecido no crime.

O começo das pesquisas em relação a memória humana, eram direcionados as suas potencialidades de recordação e reconhecimento de forma correta, porque os erros que eram detectados no processo mnemônico, eram considerados como resultado de falhas no procedimento experimental, estando centrado nos erros de omissão, ou seja, quando a pessoa esquecia de um fato importante, e não do erro de comissão, quando a pessoa tinha uma recordação distorcida dos fatos ocorridos ou lembrava de situações que nunca ocorreram.⁶⁹ Se tinha uma reluta até então de entender esse erro de comissão, porque a memória era muito valiosa, e encarar um processo de que a memória poderia ser falsa, somente com provas contundentes para refutar, porque as pessoas afirmam que tem certeza, e é extremamente difícil ir contra esse entendimento que há muito tempo está envolto do painel judiciário com uma intensa proteção. Então a assunção de que uma determinada memória pode ser falsa é um processo encarado com relutância e aceite apenas perante evidências irrefutáveis⁷⁰.

O envolto desse problema em relação as memórias, é que se tem uma ilusão de que ela funciona como um filme ou arquivo de fotos, onde em algum lugar na nossa mente fica guardado um arquivo com todas as informações ocorridas no dia, todos os rostos, detalhes, visões panorâmicas de onde estivemos etc., e que é possível acessar a qualquer momento, principalmente quando algo importante acontece e temos que relembrar um fato. Alguma vez na história, foi pensado dessa maneira, que a memória ganhou contexto central nos processos, impossível de ser refutada, se a pessoa lembra desse fato, ele ocorreu mesmo, era afirmado.

⁶⁶ [PROVAS testemunhais em foco]. Vitor de Paula Ramos: **A Prova Testemunhal** [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (33min 04s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cbEbz9SIgWM&list=PLmH2Dq3NmFeGvd4fwfSXzPBKpE8FpeAEw&index=5>. Acesso em: 08 out. 2020.

⁶⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: LUMEN JURIS.2013.

⁶⁸ DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.106.

⁶⁹ OLIVEIRA, Helena Mendes *et al.* **O Estudo das Falsas Memórias: Reflexão Histórica**. Trends Psychol. vol.26 no.4 Ribeirão Preto oct./dec. 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v26n4/v26n4a03.pdf>. Acesso em: out.2020.

⁷⁰ OLIVEIRA, Helena Mendes *et al.* **O Estudo das Falsas Memórias: Reflexão Histórica**. Trends Psychol. vol.26 no.4 Ribeirão Preto oct./dec. 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v26n4/v26n4a03.pdf>. Acesso em: out.2020.

BECCARIA⁷¹ em sua obra do século XVIII, deixou claro a única maneira de descaracterizar um testemunho naquela época, dizia ele: “é por motivos frívolos e absurdos que as leis não admitem em testemunho nem as mulheres, por causa da sua fraqueza, nem os condenados, porque estes morreram civilmente, nem as pessoas com nota de infâmia, porque, em todos esses casos, uma testemunha pode dizer a verdade quando não tem interesse algum de mentir.”

Então até pouco tempo, era pensado exatamente dessa forma, e infelizmente, temos ainda no judiciário, profissionais que endossam essa forma de agir com o testemunho de antigamente, desqualificando testemunhas quando se tem algumas das características acima, e valorando aqueles conhecidos por não ter intenção de mentir⁷², como temos julgados com tal fundamentação. Como cita LOFTUS⁷³ em sua palestra, só porque a pessoa alega com certeza, com confiança, riqueza de detalhes e com emoção que aquilo é verdade, não quer dizer fato fidedigno, “memory like liberty is a fragile thing”⁷⁴.

A memória age de uma maneira diferente da que pensamos, ela é potencializada por sentidos quando estimulada, o que chega até nós, sendo através deles. Então a realidade exterior não está na nossa mente como exatamente vimos ou ouvimos, porque ela é recebida por cada um dos sentidos, e interpretada de nossa maneira. Por isso muitas vezes, em uma roda de amigos, por exemplo, ouvimos um deles contar uma história de algum lugar que também estivemos, e alguns fatos relatados são estranhos para nós, ou interpretados de forma superelevada ou com menos elevação, isso porque, a forma como recebemos difere, ou seja, a história contada nunca será 100% de forma igual.

Isso decorre da impossibilidade de armazenarmos tudo o que vemos e ouvimos em um dia, acrescido do fato de que vivemos em uma sociedade hiperacelerada, com milhares de estímulos visuais e informativos diários, que fazem com que a velocidade dos fatos não permita que eles se fixem na memória⁷⁵.

DI GESU⁷⁶ diz que deve-se ter uma alerta maior para a problemática em questão, pois devido a tais estudos, a lembrança da testemunha acerca do fato delituoso não é capaz de reconstituí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade, o estudo da percepção, do mesmo modo, seja pelo viés filosófico, antropológico ou psicológico, justifica, outrossim, a tese da impossibilidade de reconstrução do todo. Com isso, temos um panorama de como a memória funciona, ou seja, a percepção é relativa, tendo potencialidade maior ou menor conforme o momento, como por exemplo, se estou cansado, ou já em alerta, se está noite ou dia, chuvoso ou sol, etc.

O esquecimento também é fisiológico⁷⁷, pois ele se adapta na nossa mente de forma como se enquadra em importância, por exemplo, já citei aqui o foco na arma, pois então, como centramos o nosso foco em um objeto que nos causa mais tensão e alerta, acabamos nos esquecendo de outros detalhes, que por mais que sejam perceptíveis aos olhos, os nossos

⁷¹ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro. 2015. p. 34.

⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 1216354 SP 2010/0192954-8 (Sexta Turma)**. Relator: Ministra Marilza Maynard. Data de Julgamento: 27/03/2014, T6. Brasília, DF, 14 abr. 2014.

⁷³ [Até onde pode-se confiar na memória]. Elisabeth Loftus: **Falsas memórias** [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 24s). Publicado pelo canal TED Global. Disponível em:

https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-br. Acesso em: 07 set. 2020.

⁷⁴ A memória, assim como a liberdade, é algo frágil.

⁷⁵ LOPES JR., Aury. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. **CONJUR**. Set. 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>>. Acesso em: 29 set.2020.

⁷⁶ DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p. 107-108.

⁷⁷ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010.

sentidos não estão voltados se não para a arma. Também não se deve esquecer o fator tempo, que é um dos intensificadores do esquecimento, quanto mais tempo passa do acontecido, ficamos sujeitos tanto ao esquecimento quanto as falsas memórias, pois quando perguntados sobre algum assunto importante, tem-se a tendência de preencher lacunas, e essas lacunas podem ser preenchidas com falsas memórias. Nesse ponto, ressalta-se a importância da colheita de prova oral em um prazo razoável, a fim de evitar uma passagem de tempo que acabe como extinguir a lembrança ou infamá-la com algum vício.

5.1 FALSAS MEMÓRIAS

Podemos olhar para o passado, e nos lembrarmos de acontecimentos diários que nunca aconteceram, ou o modo de nossa percepção de alguma história difere com ao do seu amigo em relação a essa mesma história, o que acontece quando temos muitos episódios similares estocados na memória é que acabamos nos lembrando do que todos eles têm em comum, mas a lembrança é fraca sobre os detalhes do episódio em particular, e isso nos deixa com muitas lacunas, encaixa-se também a rotina, o que se presume, e as informações que recebemos de forma externa e como a interpretamos. Nossas lembranças são feitas de pedaços do passado, é por isso que duas pessoas podem acabar com lembranças diferentes do mesmo acontecimento, essas recordações do que nunca aconteceu, ou de distorções de memória, são chamadas de Falsas Memórias.

O estudo das falsas memórias obteve um grande avanço nos últimos tempos, em virtude de acontecimentos fatídicos no judiciário na década de 80/90, em relação a testemunhos de crianças, mais aproximadamente com o CASO MCARTIN⁷⁸, onde começou a se ter uma preocupação com os erros em testemunhos e os excessos do judiciário e mídia em torno deste. Esse caso é comparado com o CASO ESCOLA BASE⁷⁹ que ocorreu aqui no Brasil, onde também pessoas foram acusadas por um grupo de pais, em casos de abuso, com grande repercussão midiática, erros no inquérito, e principalmente na investigação.

Então começou essa preocupação extrema porque pacientes faziam terapia por conta de algum problema⁸⁰, talvez por depressão ou um transtorno alimentar e saia da terapia com um problema diferente, memórias extremas de brutalidades horríveis, até mesmo em rituais satânicos, as vezes envolvia elementos bizarros e incomuns, pessoas saindo da terapia e lembrando de ter suportado anos de abusos ritualísticos em que tinha sido forçada a engravidar e após teve o bebê arrancado de sua barriga, quando claramente, não se tinha nenhum vestígio de que aquilo havia ocorrido, ou algo que corroborasse com seu relato.

Importante ressaltar que já vinha sendo estudado desde o final do século XIX e início do século XX, pesquisas realizadas na maioria por países europeus, trazendo os termos falsas memórias espontâneas e sugeridas. Os estudos começaram com os primeiros experimentos demonstrando a ilusão ou falsificação da lembrança em crianças, feito por BINET em 1900 na

⁷⁸ TORTAMANO, Caio. De rituais satânicos a abuso de menores: o bizarro julgamento da pré-escola mcmartin. **A História**, [S. l.], 18 ago. 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/de-rituais-satanicos-abuso-de-menores-o-bizarro-julgamento-da-pre-escola-mcmartin.phtml>. Acesso em: 13 out. 2020.

⁷⁹ BARROS, Gabriela de. Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos. **Canal Ciências Criminais**, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁸⁰ [Até onde pode-se confiar na memória]. Elisabeth Loftus: **Falsas memórias** [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 24s). Publicado pelo canal TED Global. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-br. Acesso em: 07 set. 2020.

França e com STERN em 1910 na Alemanha, e BARTLETT começou a investigar isso em adultos⁸¹.

Apesar de o tema ser estudado algum tempo, ainda sim, havia uma reluta por conta de deslegitimar aquilo que a pessoa estava contando, não presumindo sempre sua veracidade, porém, não é sobre isso o estudo, o interesse não é “descobrir mentiras”, até porque, não se tem como distinguir com certeza as memórias reais das falsas memórias, ou seja, não há o que se falar em mentira quando trata-se desse assunto, por que no caso em questão, a pessoa não sabe se aquilo realmente aconteceu ou não, por isso o nome, falsas memórias.

LOFTUS⁸² já tinha adentrado esse mundo, estudando a memória a décadas, e se aprofundando nesse fenômeno das falsas memórias, divulgando pesquisas desde 1970, trazendo para o judiciário a preocupação para com esse tema, que até então somente era abordado por outras áreas. Ela explica que as pessoas têm uma falsa ilusão de que a memória funciona como um gravador, que você simplesmente grava a informação, e depois acessa e reproduz quando quer responder perguntas ou identificar imagens, o que não condiz com a realidade, pois as nossas memórias são construtivas e reconstrutivas, funciona quase como uma página do Wikipédia, onde você pode visita-la e modifica-la, mas outras pessoas também podem.

Esses estudos feitos por ELISABETH LOFTUS⁸³ começaram a se aprofundar no instituto das FM porque seguidamente ela se deparava com questionamentos em relação a como alguém poderia se lembrar de algo que não aconteceu. O caso que ela pegou e se deparou com esse tema, foi o de STEVE TITUS⁸⁴, condenado por estupro com base em prova testemunhal, onde ele fora reconhecido pela vítima por meio de *foto*, onde a mesma dizia que ele seria o que mais se “aproximava” do suspeito. Ele fora condenado e preso, e com desconfiança no judiciário, decidiu recorrer a um jornalista que investigou o seu caso e descobriu o verdadeiro culpado, que após um tempo se entregou e confessou o crime, colocando em liberdade Titus. O que fez LOFTUS aprofundar-se no caso, foi a vítima confirmar, com certeza, na audiência que era ele o criminoso. Ela se questionou de como uma pessoa passa do “esse é o que mais se parece” para “tenho absoluta certeza que é esse o cara”.

As falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica⁸⁵, elas somente se diferenciam pelo fato das falsas memórias serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade, sendo frutos do funcionamento normal da nossa memória. As falsas memórias basicamente é quando pessoas se lembram de coisas que não aconteceram, ou quando a lembrança contém detalhes que não correspondem à realidade, e por isso, que se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando pois, a sugestão é externa, ou interna mas inconsciente, chegando a sofrer com isso.⁸⁶ Então elas funcionam de uma forma

⁸¹ DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. pg. 107/108. 2008.

⁸² [Até onde pode-se confiar na memória]. Elisabeth Loftus: **Falsas memórias** [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 24s). Publicado pelo canal TED Global. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-br. Acesso em: 07 set. 2020.

⁸³ [Até onde pode-se confiar na memória]. Elisabeth Loftus: **Falsas memórias** [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 24s). Publicado pelo canal TED Global. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-br. Acesso em: 07 set. 2020.

⁸⁴ HENDERSON, Paul. Looking back at Titus case. **The seattle times**, [S. l.], 1981. Disponível em: <https://special.seattletimes.com/o/news/local/tituscas/lookingback.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

⁸⁵ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010.

⁸⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p.479.

que, falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas de outros e durante o processo, os indivíduos podem esquecer a fonte da informação.⁸⁷ Os estudos levaram a conclusão que a memória pode sofrer distorções, tanto fruto de processos internos quanto externos, dando origem as Falsas memórias sugeridas e espontâneas.⁸⁸

STEIN⁸⁹ explica as FM sugeridas como um advento da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido, podendo se dar tanto de forma acidental como deliberada, um exemplo seria os testes feitos por LOFTUS⁹⁰ em adultos, plantando uma falsa memória de que eles haviam se perdido dos seus pais em um shopping quando tinham entre 5 e 6 anos, e após isso, esses adultos incorporaram essa falsa informação na sua memória e recordam o fato como se houvesse acontecido. No caso da sugestão acidental, ela pode acontecer no caso, se você é testemunha ou vítima de um crime, e após o acontecido, tem acesso as informações da mídia ou até de outras pessoas comentando o caso, ou algumas testemunhas falarem que viu algo que você aparentemente não viu acontecer, são muitas as chances de essa falsa informação incorporar na sua memória, ocorrendo sua aceitação, e assim, fazer parte do seu relato, algo que você se quer viu, mas acredita que sim.

As FM espontâneas⁹¹ são aquelas resultantes de distorções endógenas, ou seja, internas ao sujeito, sendo denominadas também de auto sugeridas, elas ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem interferência de uma fonte externa. STEIN explica que uma inferência ou interpretação pode passar a ser lembrada como parte da informação que era original e assim, comprometendo a fidedignidade do que é recuperado, citando um exemplo de uma lembrança de sua colega que tinha certeza de ter trazido seus óculos de grau presos no cordão do pescoço, e que lembrava vividamente ter ajeitado os óculos no cordão, quando saía do carro para chegar na universidade, ela não conseguia achar os óculos, e após não achar, ela comprou óculos novos, alguns dias depois, outro professor achou os óculos em uma sala que ela tinha tido reunião uns dias atrás. Ou seja, ela lembrou falsamente dessa recordação, como se fosse naquele dia, pois é algo que está constante na sua rotina, sendo uma outra distorção endógena comum quando se é recordado de uma informação que se refere a um determinado evento que pertence a outro, quando você lembra que alguém lhe contou uma história sobre um determinado assunto, mas na verdade você leu em algum lugar ou viu na tv.

Para ficar mais claro o modo como nossa memória pode lembrar-se de algo ou associar imagens, é um caso que traz DI GESSU⁹² um exemplo de legítima defesa putativa, onde se imagina que aquela pessoa em situação hostil tenha retirado do paletó um instrumento brilhante, que a suposta vítima acreditou ser uma navalha, inclusive, descrevendo-a nos mínimos detalhes e ocasionando uma reação por parte desta, quando na verdade, tratava-se de uma caneta. O objeto que fora observado na mão do suspeito era uma coisa imprecisa,

⁸⁷ LOFTUS, Elisabeth F. **Criando Memórias Falsas**. University of Washington. Ateus. [S. l.]. Disponível em: <http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>. Acesso em: 10 out.2020.

⁸⁸ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010. p.25.

⁸⁹ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010. p.26.

⁹⁰ [Até onde pode-se confiar na memória]. Elisabeth Loftus: Falsas memórias [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 24s). Publicado pelo canal TED Global. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-br. Acesso em: 07 set. 2020.

⁹¹ STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010. p.26.

⁹² DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008. p.106.

contudo, a associação da percepção com as imagens anteriores o fez acreditar ser o objeto brilhoso uma arma branca.

Há partes diferentes do cérebro para processar a informação pessoal, uma informação auditiva, informação emocional, então o que temos é uma combinação de grupos separados de neurônios trabalhando juntos como as diferentes partes da memória, elas são conectadas no cérebro em uma estrutura chamada hipocampo, que deve ajudar a uni-las⁹³. Para significar, pode-se pensar em todas aquelas bolhas de neurônios como bexigas diferentes flutuando, então imagine que o hipocampo pega todos os fios dessas bexigas e dá o nome a eles você só precisa puxar esse nó e todos os balões necessários desce e você está efetivamente lidando com a lembrança que viveu em algum lugar do passado, mas é um pouco mais complicado que isso.

Apesar do que muitos acham, a intenção desses estudos não é desvalorizar a sua memória ou lembranças, ou dar impressão de que todas as memórias são falsas, ainda que nossas memórias sejam passíveis de ser distorcidas, há uma gama de lembranças que retratam fielmente fatos realmente ocorridos⁹⁴. O intuito é a percepção de que um relato, mesmo apresentando traços de fidedignidade, pode conter falhas, e se basear somente em testemunhos sem prova que corrobore tais acontecimentos, induz o caso a erro, colocando pessoas inocentes atrás das grades.

5.2 A PRESERVAÇÃO DA MEMÓRIA COMO DESAFIO PARA O PROCESSO PENAL

Com estudos em várias áreas do conhecimento, ainda não se tem algo concreto que consiga preservar a memória, pois como vimos no capítulo anterior, não é assim que ela funciona. A memória possui gatilhos, quando se depara com algo já conhecido, ou algo que já fez, já viu, já leu, se tem, que quando é ativado esse gatilho, pode-se reconhecer som, cheiros, sabor, sensações, e mesmo assim, a memória do momento que você viu aquilo pela primeira vez não é completa.

A memória de objetos, coisas, e pessoas, vem com características que nos diferem ou nos prendem a atenção, porém reconstituir todos os detalhes e formas daquilo que aconteceu e está na sua memória é quase impossível⁹⁵. Pois, um exemplo, estou pela primeira vez nessa praia, areia branca, sol quente, mar limpo e azul, compro um sorvete, nunca comi sorvete igual, a sensação está ali, logo após um tempo você irá em algum outro lugar, vai pedir um sorvete, e não será do mesmo jeito, e você irá comentar com seus amigos, o lugar onde você comeu o sorvete, você lembrara da sensação, e alguns detalhes somente, porém você lembrara do rosto de quem lhe vendeu?

As pessoas trabalham sua memória todo o tempo, não de uma maneira proposital, mas como as informações não ficam do jeito que se imagina (como um arquivo podendo ser acessado a qualquer momento de qualquer forma, para que se tenha uma informação de algo que nos perguntem, para acessar nossas memórias) tentamos recuperar algo, para que possa ser possível relatar coisas, objetos, pessoas e fatos.

⁹³ [Falsas Memórias]. Elisabeth Loftus, Ken Norman: Falsas memórias [S. l.: s. n.], 28 jan.2016. 1 vídeo (29min 10s). Publicado pelo canal Psyche Videos. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ao0TVODH_iE. Acesso em: 20 out. 2020.

⁹⁴ STEIN, Lilian Milnitsky [et al.]. **Falsas memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed. 2010. p.37.

⁹⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas memórias e sistema penal**: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen juris.2013.

PRADO e CALDAS⁹⁶ traz que o testemunho e o reconhecimento, nada mais é que um teste de recuperação da memória, e que o processo de memorização, por sua vez, passa por três etapas: codificação, armazenamento e recuperação. Para um melhor entendimento desses três fatores, elas trouxeram a visão de BADDELEY⁹⁷ que a codificação é a transformação do fato vivenciado em uma forma que possa ser retida pelo nosso cérebro, já o armazenamento é a etapa de retenção da informação codificada, estando a memória armazenada sujeita a perdas e distorções em razão do que ocorreu após a codificação e armazenamento e por fim, a recuperação que é processo de busca da memória que foi armazenada após sua codificação.

O estudo sobre a memória é exatamente esse, mesmo vindo os questionamentos de, como lembro daquilo que li para prova, e como lembro exatamente como montar esses quebra cabeças, isso acontece por que não é uma lembrança ou uma ação motorizada, e sim, algo que você aprendeu. Isso não acontece em um crime, pois você está sobre tensão, as coisas acontecem de maneira rápida, e se tiver com emprego de arma, a situação se agrava. A facilidade de reconhecimento se dá somente se é algo que você já conhece, ou então detalhes que você possa se aproximar do suspeito, como sotaque distinto da região que aconteceu o crime, nacionalidade e etc. e ainda sim, deve-se prevenir o falso positivo, pois, se tiver a questão raça, e classe social, as chances de erros são nitidamente maiores.

Ao longo do tempo, outras áreas do conhecimento trouxeram contribuições para um entendimento sobre a memória, e o testemunho, sabendo que as formas como são conduzidas, pode mudar totalmente o resultado. A entrevista com a testemunha/vítima, é um dos pontos-chaves para se reconstruir o fato, e a entrevista cognitiva é um avanço nessa coleta de provas, onde se é pensado em como reconstruir os fatos de forma mais verídica possível, sem aquele anseio em cima da testemunha para apontar um acusado. A psicóloga e professora LILIAN STEIN⁹⁸, traz em seu livro uma técnica de entrevista cognitiva, onde é composta por cinco etapas sucessivas, o primeiro momento é transformar o ambiente da entrevista em acolhedor, receptivo, sendo chamado de construção do *Rapport*, buscando desenvolver uma atmosfera favorável, para que a testemunha consiga relatar minuciosamente o evento vivido.

Em um segundo momento, O entrevistador dá orientações explícitas, para reelaboração do contexto original, onde o evento ocorreu, utilizando todos os sentidos possíveis (visuais, auditivos, táteis, olfativos e gustativos). Quanto maior o número de sentidos, maior será a chance de fornecer pistas significativas à sua memória. Também utilizar das pausas, para que facilite na reconstrução do contexto original uma vez que elas fornecem mais tempo para o entrevistado acessar as informações sobre o evento⁹⁹. A narrativa livre também afasta a entrevista sugestiva, deixando livre para o entrevistado recordar dos fatos, sem pressão com liberdade para contar, da sua maneira, todas as informações que puder acessar na memória, sem interrupções. A penúltima fase é a do questionamento, na qual o entrevistador fará perguntas baseadas nas informações trazidas no relato livre¹⁰⁰. E por último o fechamento da entrevista, onde será fornecido o resumo das informações obtidas, e eventuais amenidades voltarão a ser conversadas até a despedida.

⁹⁶ CALDAS, Fernanda Furtado. PRADO, Alessandra Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 166, p. 85-127. abr.2020.

⁹⁷ BADDELEY et al, 2011 apud BRASIL. Ministério da Justiça; IPEA. In: STEIN, Lilian (coord.). **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF: IPEA, 2015.

⁹⁸ STEIN, Lilian Milnitsky [et al.]. **Falsas memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed. 2010. p. 210.

⁹⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro. EDITORA LUMEN JURIS. 2013. p. 141.

¹⁰⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro. EDITORA LUMEN JURIS. 2013. p. 142.

Nesse sentido CARNELUTTI¹⁰¹ traz que é exatamente por que as provas são um modo de ser de homens e de coisas e esse modo de ser está sujeito a continua mutação, uma das precauções em matéria de provas é sua apreensão o mais rápido possível. Pois a única forma eficaz de preservação é a coleta de provas de imediato, para que se aproxime com mais clareza dos fatos, o entrevistador deve estar instruído para conduzir as sessões tanto de reconhecimento quanto depoimento, para que a vítima/testemunha se sinta à vontade no ambiente, e sem sugestões, seja informado para ela que o suspeito pode não estar entre os acusados, pode se sentir confortável em dizer que não sabe quem é o suspeito¹⁰², e que ela não é obrigada a fazer o reconhecimento. É de extrema importância que se tenha todas essas informações claras para testemunha/vítima para que ela não se sinta na obrigação de reconhecer algum deles, e que não se tenha os famosos feedbacks feito por alguns profissionais, o que se caminha para uma prova contaminada. Por isso, DORA CAVALCANTI¹⁰³ apresentou uma defesa contundente em um processo que atuou como amicus curie pelo Innocence Project Brasil, ela fala que o reconhecimento feito de forma frágil não deve, isoladamente, à míngua de outras provas de corroboração independentes, servir para lastrear uma sentença condenatória.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tem como fulcro demonstrar como a falta de procedimentos cerceados pela lei, e de profissionais capacitados para a coleta de provas, faz com que o processo decaia, e com que condenações sejam feitas de formas pouco fundamentadas, e com base em apenas provas impalpáveis.

Existem casos de confissões, reconhecimentos, e condenações, desacreditadas posteriormente, e reconhecidas como erros jurídicos, sendo porque foram coagidas, ou então tiradas do contexto ou naturalmente induzidas. Se uma pessoa inocente é capaz de confessar um crime que não cometeu, o que sobrar para testemunhas e vítimas em uma sessão de reconhecimento ou entrevistas? São casos reais, que acompanhamos inclusive, tanto pela tv, quanto cinema ou plataformas de streaming, onde testemunhas e vítimas, autores do crime, investigadores e juízes, faltam com a verdade, com o respeito ao contraditório e a Constituição e acabam cometendo erros inimagináveis no judiciário.

Quando o sujeito confessa, tem por pressuposto que é o autor do crime, que este está falando a verdade, nunca admitiria algo que não fez, as versões do fato podem não bater com o que realmente aconteceu, mas se ele confessou é culpado. Isso muda, quando o suspeito não se declara culpado, se presume que ele está mentindo, que nunca iria admitir algo que fez, e que todos sabem que está mentindo. E o núcleo do problema é o desinteresse pelas outras provas, que podem ou não corroborar com o testemunho ou a confissão, e como já fora abordado antes, dependendo do caso. Não se pode simplesmente abandonar as outras provas, e os fatos que as rodeiam somente porque temos uma confissão ou um testemunho forte. Incontáveis as vezes que a investigação é abandonada após conseguir uma confissão ou um reconhecimento, são esquecidas provas contundentes para corroborar com o

¹⁰¹ CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: Edijur, 2018. p. 52.

¹⁰² CRIMINAL PLAYER. **Reconhecimento de pessoas no processo penal**: William Cecconello. Alexandre Moraes. [S.l.]. 23 jul.2020. Podcast. Disponível em: <https://open.spotify.com/episode/3ZspWSf8vUJ0FonochHQoqW?si=dAsaT2vxTSa7NeFIU9iUWg>. Acesso em 14 set.2020.

¹⁰³ CAVALCANTI, Dora. Reconhecimento por foto não basta para condenação, decide STJ. **MIGALHAS**. 27 out.2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/335558/reconhecimento-por-foto-nao-basta-para-condenacao--decide-stj>. Acesso em: 08 nov.2020.

testemunho/confissão, sendo não só culpa da parte pré-processual, quanto processual, isso porque no momento que essas provas são aceitas para culminar uma condenação, legítima esses tipos de ações. A defesa sofre, pois mesmo se esforçando para juntar provas ou não admitir provas que foram coletadas ilegalmente durante o inquérito, está na maioria das vezes em desvantagem, principalmente se quem defende está dentro do estereótipo do criminoso criado pela sociedade.

Um exemplo é o caso dos Cinco do Central Park, uma clara violação dos direitos humanos e da constituição, contabilizada com o racismo que fortemente habitava o seio de Nova York nos anos 80. A acusação dos cinco réus restantes no caso de estupro e agressão foi baseada principalmente nas confissões que eles fizeram após interrogatórios policiais. Nenhum teve suporte jurídico durante esses interrogatórios. Dentro de semanas, cada um deles retirou essas confissões, declarou-se inocente e recusaram acordos com as acusações de estupro e agressão.

Nenhum dos DNA's dos suspeitos correspondia ao DNA coletado na cena do crime: duas amostras de sêmen que pertenciam a um homem não identificado. Nenhuma evidência física substantiva ligou nenhum dos cinco adolescentes à cena do estupro, mas cada um foi condenado em 1990 por agressão e outras acusações. Mesmo todos tendo acesso as gravações das confissões, sendo observado inúmeros excessos e formas arbitrárias e criminosas para se ter uma confissão por parte dos meninos.

Eles receberam sentenças que variaram de 10 a 15 anos. Em 2001, Matias Reyes, um assassino condenado e estuprador em série que cumpria pena de prisão perpétua, confessou às autoridades que havia estuprado a atleta. Seu DNA combinava com o encontrado na cena, e ele forneceu outras evidências confirmatórias, e afirmou que cometeu o estupro sozinho. O tribunal renunciou suas condenações em 2002, e o estado retirou todas as acusações contra os cinco homens. O caso foi retratado em 2019, como minissérie na plataforma de streaming Netflix chamada *When They See Us – Olhos que Condenam*. Além dos excessos na hora de obter depoimentos das vítimas/testemunhas, e nas confissões, adentramos o julgamento, onde acompanhamos em diversos casos, o promotor tirar coisas do fundo do baú para tirar a credibilidade do suspeito, e até mesmo das testemunhas de defesa, para que seja contraditada suas falas e defesas. Então temos um julgador que supervaloriza a prova testemunhal e a confissão em alguns casos, sem pedir corroboração das provas.

Um dos motivos que podem fazer com que a pessoa confesse sem ao menos ser autor do crime, é a pressão e as mentiras na hora do interrogatório, sugerindo que o suspeito já está condenado, e que é pior se ele não confessar. Este efeito foi demonstrado em um estudo de SAUL M. KASSIN e seus colegas da Williams College que investigaram as reações de indivíduos acusados falsamente de danificar um computador apertando a tecla errada. Os participantes inocentes inicialmente negaram a acusação, mas quando uma pessoa associada ao experimento disse que havia visto eles executarem a ação, muitos participantes assinaram uma confissão, absorveram a culpa pelo ato e continuaram a confabular detalhes que fossem consistentes com aquela convicção. Estas descobertas mostram que uma falsa evidência incriminante pode induzir as pessoas a aceitarem a culpa por um crime que não cometeram e até mesmo a desenvolver recordações para apoiar os seus sentimentos de culpa. Os juízes acreditam na polícia, vêm do mesmo sistema, sendo ex promotores, ou sempre foram juízes, a defesa se torna defasada no processo, mesmo indo atrás de novas provas, trazendo testemunhas e corroborando com os fatos, ainda sim, perto das provas que a acusação traz, mesmo sendo mínimas, estará sempre atrás.

Pensamos em como poderia ser resolvido todos esses encaixos, não se tem um método 100% eficaz ainda, porque o direito corre como podemos chamar de carreira solo, quase sempre ignorando o quanto outras áreas contribuem para com nossas matérias, um exemplo é a Psicologia, que fez inúmeros testes sobre a memória, e falsas memórias, trazendo essa

inconstância que seria o testemunho, algo que ainda se ignora pelo nosso judiciário que continua usando métodos ineficazes, tendo inúmeros livros, teses e artigos em nossas mãos sobre tal tema, onde fica claro, que o Direito precisa conversar com outras áreas. Nesse sentido, se é obrigado a fazer uma releitura da interpretação dos nossos dispositivos que tratam dessa matéria. Como diz DESCARTES “Se você for uma pessoa que busca realmente a verdade, é necessário que ao menos uma vez na vida duvide de todas as coisas da maneira mais profunda possível.”.

REFERÊNCIAS

- [Até onde pode-se confiar na memória]. Elisabeth Loftus: Falsas memórias [S. l.: s. n.], 2013. 1 vídeo (17min 24s). Publicado pelo canal TED Global. Disponível em: https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-br. Acesso em: 07 set. 2020.
- [Falsas Memórias]. Elisabeth Loftus, Ken Norman: Falsas memórias [S. l.: s. n.], 28 jan.2016. 1 vídeo (29min 10s). Publicado pelo canal Psyche Videos. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ao0TVODH_iE. Acesso em: 20 out. 2020.
- [Provas Testemunhais em Foco] Janaina Matida: O Valor Probatório da Palavra da Vítima[S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (22min 50s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=LHu1DrvcRuk&list=PLmH2Dq3NmFeGvd4fwfSXzPBKpE8FpeAEw&index=6>. Acesso em: 10 set. 2020
- [Provas testemunhais em foco]. Antônio Vieira: Reconhecimento de Pessoas [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (30 min 45s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=PVowM74ATso>. Acesso em: 01 out. 2020.
- [PROVAS testemunhais em foco]. Vitor de Paula Ramos: A Prova Testemunhal [S. l.: s. n.], 2020. 1 vídeo (33min 04s). Publicado pelo canal Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cbEbz9S1gWM&list=PLmH2Dq3NmFeGvd4fwfSXzPBKpE8FpeAEw&index=5>. Acesso em: 08 out. 2020.
- Artigo 156. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Planalto, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 09 set. 2020.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.
- BRASIL. Ministério da Justiça; IPEA. *In*: STEIN, Lilian (coord.). **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF: IPEA, 2015.
- BARROS, Gabriela de. Como o caso Escola Base enterrou socialmente os envolvidos. **Canal Ciências Criminais**, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/caso-escola-base/>. Acesso em: 25 out. 2020.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: Edipro. 2015.

CALDAS, Fernanda Furtado. PRADO, Alessandra Mascarenhas. A presunção de veracidade dos testemunhos prestados por policiais: inversão do ônus da prova e violação ao princípio da presunção da inocência. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, [S. l.], v. 166, p. 85-127. abr. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **Como se faz um processo**. São Paulo: EDIJUR. 2018.

CAVALCANTI, Dora. Reconhecimento por foto não basta para condenação, decide STJ.

Migalhas, [S. l.], 27 out. 2020. Disponível em:

<https://migalhas.uol.com.br/quentes/335558/reconhecimento-por-foto-nao-basta-para-condenacao--decide-stj>. Acesso em: 08 out.2020.

CRIMINAL PLAYER. Reconhecimento de pessoas no processo penal: William Cecconello.

Alexandre Morais. [S. l.]. 23 jul.2020. Podcast. Disponível em

<https://open.spotify.com/episode/3ZspWSf8vUJ0FonocHQoqW?si=dAsaT2vxTSa7NeFIU9iUWg>. Acesso em 14 set.2020.

CUTLER, Brian L.; PENROD, Steven D. **Mistaken identification: the eyewitness, psychology, and the law**. New York: Cambridge University Press, 1996.

DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 28.ed. Rio de Janeiro: Editora Vozes, 2004.

FRANÇA, Rafael. Meios de obtenção de prova na fase preliminar criminal. **Revista dos Tribunais**, Porto Alegre, v. 112, p. 331-336, 2015.

GARBIN, Aphonso Vinicius. A desvalorização da prova testemunhal da defesa no processo penal. **Canal de Ciências Criminais**, [S. l.], 25 set. 2015. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.com.br/a-desvalorizacao-da-prova-testemunhal-da-defesa-no-processo-penal/>. Acesso em: 07 set. 2020.

VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. **Boletim revista do instituto baiano de direito processual penal**, Salvador, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Disponível em:

http://www.ibadpp.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.

CASO Mariana Ferrer. **Gaucha ZH**, Porto Alegre, 10 set. 2020. Disponível em:

<https://gauchazh.clicrbs.com.br/donna/gente/noticia/2020/09/caso-mariana-ferrer-acusado-de-estuprar-jovem-em-boate-de-santa-catarina-e-absolvido-e-gera-revolta-na-internet-ckex32snz002q0161q1p08b41.html>. Acesso em: 10 set. 2020.

DI GESU, Cristina. **Prova testemunhal e falsas memórias**. 2008. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

GOLDSCHMIDT, James. **Problemas jurídicos e políticos do processo penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

HENDERSON, Paul. Looking back at Titus case. **The seattle times**, [S. l.], 1981. Disponível em: <https://special.seattletimes.com/o/news/local/tituscase/lookingback.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL, Tribunal de Justiça. Estelionatos em continuação: crimes e co-autoria comprovados.TJ/RS. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em: 05 set.2020.

KRAMER, Henrique; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. 17. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Ventos, 2004.

BRASIL. Lei nº 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Pacote Anti-Crime. Brasília, DF: 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.html. Acesso em: 05 out.2020.

LOFTUS, Elisabeth F. Criando Memórias Falsas. University of Washington. **Ateus**. [S. l.]. Disponível em: <http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>. Acesso em: 10 out.2020.

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

LOPES JR., Aury. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela. **Conjur**, [S. l.], set 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>. Acesso em: 29 set.2020.

LUNGOV, Monica. **História do Brasil**. São Paulo: Gold editora. 2014.

MATIDA, Janaina. **O que deve significar o especial valor probatório da palavra da vítima nos crimes de gênero**. Coluna elas no front. Junho de 2019. IBADPP. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 10 out. 2020.

MATIDA, Janaina *et al.* A prova de reconhecimento de pessoas não será mais a mesma. **Conjur**, [S. l.], 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma>. Acesso em: 08 nov. 2020

MOREIRA, Adilson. **Racismo recreativo**. São Paulo: Editora Pólen, 2019.

OLIVEIRA, Helena Mendes [et al]. O Estudo das Falsas Memórias: Reflexão Histórica. **Trends Psychol.**, Ribeirão Preto, v.26, n.4 oct./dec. 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/tp/v26n4/v26n4a03.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

NETO, Affonso Celso. **Aspectos relevantes acerca do reconhecimento de pessoas ou coisas segundo o Código de Processo Penal e sua aplicação prática**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3954, 29 abr. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27796>. Acesso em: 16 jan. 2021.

RECONHECIMENTO por foto não basta para condenação, decide STJ. **Migalhas**, [S. l.], 27 de out.2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/quentes/335558/reconhecimento-por-foto-nao-basta-para-condenacao--decide-stj>. Acesso em: 08 nov.2020.

STEIN, Lilian Milnitsky *et al.* **Falsas memórias**: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no REsp: 1216354 SP 2010/0192954-8 (Sexta Turma)**. Relator: Ministra Marilza Maynard. Data de Julgamento: 27/03/2014, T6. Brasília, DF, 14 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas corpus: HC nº 598.886 - SC (2020/0179682-3)**. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. DJ: 27/10/2020. STJ, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em: 02 nov. 2020

TORTAMANO, Caio. De rituais satânicos a abuso de menores: o bizarro julgamento da pré-escola mcmartin. **A História**, [s. l.], 18 ago. 2020. Disponível em: <https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/reportagem/de-rituais-satanicos-abuso-de-menores-o-bizarro-julgamento-da-pre-escola-mcmartin.phtml>. Acesso em: 13 out. 2020.

VASCONCELLOS, Marcos de. Provas testemunhais são frágeis, dizem criminalistas. **Conjur**, [s. l.], 6 ago. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-ago-06/provas-testemunhais-sao-frageis-condenacao-dizem-criminalistas>. Acesso em: 13 out. 2020.

VIEIRA, Antonio. Riscos epistêmicos no reconhecimento de pessoas: contribuições a partir da neurociência e da psicologia do testemunho. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal**, ano 2, n. 3, p. 13-16, jun. 2019. Disponível em: http://www.ibadpp.com.br/novo/wpcontent/uploads/2019/08/TRINCHEIRA_JUNHO_WEB.pdf. Acesso em: 13 out. 2020.