



**CENTRO UNIVERSITÁRIO UNIFAMETRO
CURSO DE DIREITO**

LUIZ HENRIQUE PEREIRA FORTE

**FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA
ANALISÉ ALÉM DO DIREITO**

**FORTALEZA/CE
2020**

LUIZ HENRIQUE PEREIRA FORTE

**FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA
ANÁLISE ALÉM DO DIREITO**

Artigo apresentado à banca examinadora e à Coordenação do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO – UNIFAMETRO – como requisito para obtenção do grau de bacharel, sob a orientação da Prof.^a. Anna Claudia Nery da Silva.

**FORTALEZA/CE
2020**

LUIZ HENRIQUE PEREIRA FORTE

**FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA
ANÁLISE ALÉM DO DIREITO**

Este artigo foi apresentado no dia ____ de dezembro de 2020, como requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito do Centro Universitário FAMETRO – UNIFAMETRO – tendo sido aprovada pela banca examinadora composta pelos professores:

Aprovado em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof.^a. Anna Claudia Nery da Silva
Orientadora - Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof. _____
Membro – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

Prof. _____

Membro – Faculdade Metropolitana da Grande Fortaleza

AGRADECIMENTOS

A Deus, por todas as graças que alcancei na vida. Pois, de fato, não me sustentaria até o presente momento sem a graça Dele, apesar de todas as coisas.

Em segundo plano, a minha família, de maneira geral. Porém, em especial a minha mãe, Cristina, amorosa e dedicada, nada seria sem sua presença em minha vida. Ao meu avô, meu grande exemplo de garra e batalha, pois para mim, sempre o tive como pai, além da minha avó, por todo o suporte e carinho que me deu nesta jornada até aqui, curta em seus anos, longa em desafios e experiências. Agradeço também ao meu padraсто, por todo auxílio que recebi, como se fosse verdadeiramente seu filho. E claro, sem deixar de depositar minha gratidão, ademais, ao meu pai, apesar de toda distância que nos separou por muito tempo, sempre que pode, me amparou e me manteve até os dias de hoje.

As boas e velhas amizades, poucas, porém de suma importância na minha formação de vida. Cito em especial, Pétrus, grande ser humano com quem tenho a honra de manter anos de boa convivência, mesmo que muitos momentos de forma virtual.

Agradeço a Juliany, por ocupar um lugar especial no meu coração e estar comigo em muitos momentos nos quais ninguém mais esteve.

Sou grato a minha orientadora, sobretudo por acreditar na minha proposta de projeto, obrigado por fazer parte desse sonho que é me graduar.

Sem mais delongas, a todos que passaram pela minha jornada de vida até então, mesmo os de curto período, pois acredito que tudo tem um propósito final, a vida é uma soma de todas as experiências, e que belo é poder viver todas elas.

“Deus me dê serenidade para aceitar o que não posso mudar,
coragem para mudar o que posso e sabedoria para saber a diferença.”

(Reinhold Niebuhr)

FRAGILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA ANÁLISE ALÉM DO DIREITO

Luiz Henrique Pereira Forte

Resumo: O presente estudo tem como propósito analisar a prova testemunhal de maneira a enxergar suas fragilidades e entender como se dá seu processo de formação. Nesse diapasão, inicia-se trazendo de maneira geral a natureza da prova no processo penal, adentrando em seus princípios norteadores e nos próprios sistemas processuais. A posteriori, visando trazer maior entendimento ao leitor, sobretudo daquele que não detém conhecimento jurídico, perpassa-se por outros meios de prova que incidem na investigação, até o meio de prova testemunhal, tema central da problemática, donde, serão abordadas as características e peculiaridades, bem como a valoração exacerbada, que por sua vez, pode representar uma ameaça para devido processo legal. Por fim, deve-se analisar com maior acuidade a debilidade da prova testemunhal perante as influências psicológicas, como falsa percepção da realidade e o fenômeno das falsas memórias, assim como técnicas de redução de danos, objetivando preservar a verdade real dos fatos.

Palavras-chave: Prova testemunhal. Processo Penal. Memória. Contaminação da prova testemunhal. Falsas memórias.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I – A PROVA NO PROCESSO PENAL	8
1.2 Princípios Norteadores no Processo Penal	9
1.2.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	10
1.2.3 Princípio do Devido Processo Legal	10
1.3 Sistemas Processuais Penais	11
1.3.1 Sistema Inquisitório	11
1.3.2 Sistema Acusatório	13
CAPÍTULO II – ALGUNS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL	14
2.1 Conhecimentos Iniciais	14
2.2 Prova Pericial	14
2.2.1 Exame do Corpo de Delito	15
2.3 Confissão	15
2.4 Interrogatório	16
2.5 Prova Documental	16
CAPÍTULO III - A PROVA TESTEMUNHAL	18
3.1 Noções Básicas	18
3.2 Características da Prova Testemunhal	18
3.2.1 Oralidade	18
3.2.2 Objetividade.....	19
3.2.3 Retrospectividade	19
3.3 Valoração da Testemunha no Processo Penal	20
CAPÍTULO IV – CONTAMINAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E SUA FRAGILIDADE PELAS INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS	22
4.1 Memória	22
4.2 Falsa Percepção da Realidade	23
4.3 Modo de Condução na Colheita de Prova	24
CAPÍTULO V - REDUÇÃO DE DANOS INERENTES A VULNERABILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL	27
5.1 Reconhecimento Sequencial	27
5.2 Entrevista Cognitiva	28
CONSIDERAÇÕES FINAIS	30
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

A prova testemunhal para o sistema processual penal tem uma importância relevante, exatamente por representar um elemento de prova que é materializada pelo relato de terceiros acerca de um fato criminoso. Em razão da sua peculiaridade de discorrer sobre a ocorrência de um crime, acaba tendo uma maior atenção por parte de alguns operadores do direito.

Não obstante ter grande relevância é importante pontuar, que esse meio de prova deve ser complementado com outros meios de provas existentes do direito processual, devendo se evitar, que a prova testemunhal seja utilizada como um único meio probatório capaz de elucidar um crime.

Dito isso, é preciso analisar de forma mais criteriosa todo o processo que origina um testemunho, devendo o operador do direito, ter a sapiência de mesclar a ciência do direito com estudos de psicologia ou psicanálise que, por sua vez, incidem no comportamento humano e podem por conseguinte desencadear fatores contaminatórios na formação da prova testemunhal.

É relevante considerar que ao se tentar reconstruir determinada situação fática o cérebro pode sofrer demasiadas confusões, causando alguns fenômenos que serão melhor expostos a seguir, como o das falsas memórias, que gera uma falsa percepção da realidade, que acaba gerando uma insegurança jurídica.

Essa eventual alteração sofrida pelo cérebro pode se dá tanto por fatores internos, inerentes ao indivíduo que está testemunhando, ou de maneira externa, do qual é sedimentado, em um processo conduzido de maneira errônea que por sua vez pode afetar todos os elementos informativos, acarretando uma situação desastrosa.

Diante dessa real situação, busca-se comprovar que a memória não é capaz de reconstruir todos os fatos exatamente da forma como aconteceram, podendo, por vários fatores, retratar um fato de maneira diversa ao que realmente aconteceu.

CAPÍTULO I – A PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1 Noções Gerais

De maneira geral, prova apresenta várias definições, sejam essas em sentido específico ou amplo. Pode se ter como base a definição do dicionário online onde afirma que prova “vem do verbo provar. O mesmo que: comprovas, fundamentas, justificas, demonstras”. Complementando ainda que significa “demonstrar a verdade, a realidade, a autenticidade de uma coisa com razões, fatos, testemunhos, documentos etc”.

Quando se trata de sentido jurídico, mais precisamente no direito processual, define Burgarelli (2000):

No direito processual, provar resume-se na realização de uma tarefa necessária e obrigatória, para constituir estado de convencimento no espírito do juiz, este na condição de órgão julgador, a respeito de um fato alegado e sua efetiva ocorrência, tal como foi descrito. Prova assim, é meio, é instrumento utilizado para demonstração da realidade material. De modo a criar, no espírito humano, convencimento de adequação. (BURGALLERI, 2000, p. 53)

Através do conceito exposto, entre outros estudos, extrai-se que a prova é o meio no qual se busca comprovar a verdade dos fatos, ou seja, alinhar-se com a realidade do ocorrido. Uma vez tendo uma minuciosa descrição dos fatos, pode-se ter uma vitória na demanda em questão, exatamente por entender que aquele que consegue demonstrar com clareza como os fatos ocorreram, terá êxito. Para que assim, em teoria, encontre-se uma justa decisão, vez que juiz utilizará desse meio para solucionar a lide. É através da prova que o convencimento do juiz se perfaz, logo, uma prova falha, não será capaz de preencher com qualidade e perspicácia todas as lacunas que surgem no decorrer de um processo.

Portanto, nessa linha de exposição, entende-se que prova tem como objetivo principal, convencer o juiz. Assim, expõe Renato Brasileiro de Lima (2016)

A finalidade da prova é a convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória

desenvolvida durante o processo. Essa verdade pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão. (p. 578)

Entende-se, então, que a prova, para alcançar a verdade ou aproximar-se dela precisa ter a maior concordância com os fatos ocorridos. Quanto mais convincentes os argumentos apresentados, mais se terá uma decisão favorável.

1.2 Princípios Norteadores no Processo Penal

Os princípios, de maneira geral, servem para nortear diversas ciências, e o processo penal se englobando em uma dessas detém desses meios de organização. Em sentido estrito, são os alicerces das normas.

Assim, define Melo (2009)

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e sentido servido de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (p. 882-83)

1.2.1 Princípio da Presunção de Inocência

Expõe o Art. 5º, LVII da Constituição de 88: “ninguém será culpado até trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Portanto, encontra-se no princípio supracitado um dos pilares do Direito, pois preza pela inocência e conseqüentemente liberdade dos indivíduos. Sendo assim, uma garantia individual e inafastável, pois se entende que até o trânsito em julgado, o acusado deve ser tratado somente como inocente.

Na percepção de Cretella (1990, p. 537), somente “[...] a sentença penal condenatória, ou seja, a decisão de que não cabe mais recurso é a razão jurídica suficiente para que alguém seja considerado culpado. Não mais sujeita a recurso, a sentença penal condenatória tem força de lei, e assim o acusado passa ao estado de culpado”.

O trânsito em julgado consiste no fato de não haver mais nenhuma maneira de recorrer sobre a decisão ora aplicada, seja essa escassez por perca de prazos ou puramente pelo esgotamento de todos os recursos cabíveis.

Para melhor definir o trânsito em julgado, Barbosa Moreira (1971, p. 145) afirma que é “[...] a passagem da sentença da condição de mutável à de imutável”.

Ora, se não há mais a possibilidade de alteração na sentença, transforma-se então em imutável, porém, enquanto existe a possibilidade de recorrer, se beneficia o réu da condição de ser tratado como inocente, pois, como bem narrado, a sentença ainda está na definição de mutável. Não sendo aplicado a réu, nenhuma sanção ou até mesmo tratamento diferente. Logo, podemos concluir que o trânsito em julgado em determinado processo significa a sua imortalidade, e uma vez estando sedimentado a presunção de inocência presente até aquele momento perde a sua capa, donde, aquele indivíduo transmuda da condição de inocente para culpado.

1.2.2 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

Determina o art. 5º, LV, da CF que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

O princípio do Contraditório, deriva-se do latim *audiatur et altera pars* que significa “que a outra parte também seja ouvida”. Garantindo, um justo mecanismo dentro do processo, pois as duas partes serão ouvidas, poderão apresentar alegações e provas e conseqüentemente aproximar-se do julgador para conseguir uma decisão favorável. Então, mesmo que não exercido, esse princípio tem de ser oferecido ao réu.

Por sua vez, a ampla defesa está diretamente ligada ao princípio do Contraditório, ambos buscam a oportunidade da defesa. Pois, o autor ao sustentar suas acusações, abre o direito a ampla defesa do réu, garantindo que ele usufrua de meios de manifestação, seja possível produzir provas e obviamente ser ouvido durante o devido processo legal.

De forma simples sobre ambos princípios, discorre Rosas (1997, p. 48): “É uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico de que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça. As partes interessadas é que devem fornecer a matéria de fato válida, a definir a instrução”.

Assim sendo, só haverá um devido processo legal caso ambos princípios sejam colocados em prática, pois sem eles, não há o correto funcionamento da justiça. Visto que é um direito assegurado pela Constituição Federal, e falta de defesa no processo penal constitui nulidade absoluta.

1.2.3 Princípio do Devido Processo Legal

Pautado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal de 1988: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o Devido Processo Legal”. Garantindo a todo

e qualquer indivíduo um processo justo. Sendo assim, para que haja o devido processo legal, todos os princípios processuais devem ser respeitados, seguindo-se o procedimento descrito na lei.

Considera-se o principal princípio, pois é dele que se deriva todos os outros. Nesse sentido, aponta Moraes (2006)

O Devido Processo Legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção do direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). (p. 93)

Tal princípio traz segurança para o indivíduo, juridicamente falando, por garantir um justo e devido desenvolvimento da ação. Pois está assegurado na nossa Lei Maior, popularmente conhecida como Constituição Federal.

1.3 Sistemas Processuais Penais

Ora, para adentrar no mérito do presente trabalho, não há outra maneira sem antes esclarecer acerca dos sistemas processuais penais, ou, pelo menos, dos dois principais. E conseqüentemente do sistema adotado no Brasil. Assim, em linhas gerais, traça Rangel (2010, p. 49): “Conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto”.

Portanto, uma vez possuindo a noção geral de forma breve e sucinta, (torna-se) fundamental também explicitar as particularidades de cada um, para que, se possa entender o direito nesse sentido e compreender o motivo de adotarmos um deles. Adentrando principalmente no papel do juiz, em particular.

1.3.1 Sistema Inquisitório

Pode se definir como um sistema arcaico, tendo no juiz a figura completa para determinar o curso do processo, desde defender até acusar o réu. Aqui, não se encontra a figura do contraditório, nem mesmo o indivíduo acusado tinha acesso as provas produzidas contra si. Ou seja, o réu não figura como parte do processo, mas apenas como objeto dele.

Em determinado sistema é possível sedimentar na figura de uma única pessoa, qual seja o juiz, a função de acusar, julgar e defender uma pessoa. Nesse diapasão cabe ao juiz em tal sistema gerir todo o processo, conduzindo os elementos informativos que

originam a prova. Ao analisar determinado sistema é possível perceber que o magistrado a depender das suas inclinações sociais, culturais passe a levantar as provas que melhor sedimentam a sua convicção.

Para melhor definir, Aury Lopes Jr expõe (2008)

O sistema inquisitório muda a fisionomia do processo de forma radical. O que era um duelo leal e franco entre acusador e acusado, com igualdade de poderes e oportunidades, se transforma em uma disputa desigual entre o juiz inquisidor e o acusado. O primeiro abandona sua posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, atuando desde o início também como acusador. Confundem-se as atividades do juiz e acusador, e o acusado perde a condição de sujeito processual e se converte mero objeto da investigação. (LOPES, 2008, p. 61)

Como já exposto, não há um contraditório, nem mesmo o respeito aos demais princípios. O juiz tinha para si todo o poder, conduzindo o processo que muitas vezes era totalmente fragilizado, até mesmo pelo meio de obtenção de provas, pois um dos instrumentos utilizados era inclusive a tortura.

Para melhor esclarecer a fragilidade de tais provas, explica Souza Netto (2003)

Especificamente com relação às provas, é importante ressaltar que elas eram tarifadas por lei (sistemas de prova legal), ou seja, cada prova possuía um valor probatório diverso, e a confissão era denominada a 'rainha das provas', suplantando qualquer outra, mesmo que obtida mediante tortura. Quanto as provas documentais e testemunhais, havia uma tarifação, que observava, principalmente, a condição da testemunha (sexo, parentesco com a vítima etc.). Havia até mesmo uma graduação para a comprovação de determinados fatos – por exemplo, um roubo se provava com número específico de testemunhas masculinas, ou, então, femininas, sendo que um homicídio tinha sua autoria comprovada por um número diverso. (NETTO, 2003, p. 30)

Destarte, extrai-se que o modelo em tela apresenta diversas falhas, isso porque a aplicação de um processo justo não se harmoniza com um sistema em que todo o poder inerente a condução daquele conflito, bem como a obtenção de prova, estão concentradas ao crivo de uma única pessoa. Como falar em preservação de direitos e garantias diante de uma situação que, de forma cristalina, impulsiona um processo do qual pode estar eivado de subjetivismo daquele quem lhe conduz. Ao se falar em um processo efetivamente justo pois se para haver um processo justo e com devidas garantias para todos, não se pode valer de um sistema em que dispõe não somente da figura do juiz como um carrasco julgador, ou melhor dizendo, inquisidor, mas também de um andamento do processo altamente duvidoso, tratando o réu apenas como um objeto da ação, principalmente no tocante a obtenção de provas.

1.3.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório, separa as funções de acusar, defender e julgar, descentralizando a figura do juiz como responsável por todo andamento processual. Sendo o magistrado, apenas um órgão imparcial para aplicar a lei que cabe ao caso concreto. Além do mais, não há uma hierarquia sobre provas, pois adota-se o princípio do livre convencimento motivado.

Para melhor detalhar as particularidades do sistema, explica Rangel (2008)

O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial da aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado; o autor é quem faz a acusação (imputação penal + pedido), assumindo, segundo nossa posição, todo o ônus da acusação, e o réu exerce todos os direitos inerentes à sua personalidade, devendo defender-se utilizando todos os meios e recursos inerentes à sua defesa. Assim no sistema acusatório, cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu. (RANGEL, 2008, p. 48)

Portanto, traz-se uma segurança processual para o réu, pois ele passa de apenas objeto e mero expectador, para uma parte ativa, tendo total direito a ampla defesa e obviamente ao contraditório.

Tal sistema é o adotado no Brasil, assegurado pela Constituição Federal, pois está exposto que as funções de acusar e defender foram designados a órgãos diferentes, além do fato de estabelecer os princípios processuais, como os já supracitados.

Na mesma linha de raciocínio, afirma Capez (2008)

O sistema acusatório pressupõe as seguintes garantias constitucionais: da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII). (CAPEZ, 2008, p. 45)

Deste modo, por haver todas as demais garantias expressas na nossa Lei Maior, ratifica com clareza o sistema adotado pelo sistema processual no país, ou seja, o sistema acusatório.

CAPÍTULO II – PRINCIPAIS MEIOS DE PROVA NO PROCESSO PENAL

2.1 Conhecimentos Iniciais

Como já anteriormente exposto, prova vem do verbo provar, demonstrar a verdade de determinada situação, em linhas gerais, obviamente. E os meios de prova, são os objetos que servem para demonstrar a veracidade do fato.

Sendo assim, melhor define Nucci (2017)

a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo; b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo; c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2017, p. 499)

Em suma, os meios são fontes probantes, onde o magistrado recebe os meios que o nortearão em seu veredito, por exemplo: documentos, depoimento e testemunhas.

2.2 Prova Pericial

A prova pericial é o meio técnico onde se pode comprovar a veracidade do alegado na lide, é um auxiliar da justiça onde se transmite os fatos devidamente comprovados, com embasamento científico, ao magistrado.

De acordo com Costa Filho (2012, p. 31), “Diligência que possui a finalidade de estabelecer a veracidade ou a falsidade de situações, fatos ou acontecimentos, de interesse da justiça, por meio de provas. É a análise de toda matéria colhida como vestígio de uma infração, ou seja, o exame do corpo de delito”.

O documento expedido pelos peritos não pode conter valoração dos fatos, ficando limitado a apresentar apenas as questões técnicas solicitadas.

Esse meio probatório está elencado entre os artigos 158 a 184 do Código de Processo Civil, onde se pode observar todas as suas particularidades. Como por exemplo, o fato da perícia ser realizada por dois peritos oficiais, havendo então discordância entre eles, será nomeado um terceiro perito. Como bem explícito na letra da lei (Artigo 180 do Decreto Lei nº 3.689 de 1941), “Se houver divergência entre os peritos, serão consignadas no auto do exame as declarações e respostas de um e de outro, ou cada um redigirá separadamente o seu laudo, e a autoridade nomeará um terceiro; se este divergir de ambos, a autoridade poderá mandar proceder a novo exame por outros peritos.”

Outra peculiaridade a respeito, é o fato do juiz não estar vinculado ao laudo pericial, ou seja, poderá resolver a lide de maneira contrária aos fatos expostos pelo

mesmo, tal possibilidade está prevista no art. 182 do Código de Processo Penal.

2.2.1 Exame do Corpo de Delito

Dentro da prova pericial, há essa subespécie, assim se possa chamar, do corpo de delito, pois quando se fala de prova técnica é uma das principais e mais fortes fontes probatórias, pois diz respeito ao exame realizado nos vestígios de uma situação fática, ou seja, é o próprio objeto do crime.

Assim, disposto no Código de Processo Penal, traz também suas particularidades. A exemplo de algumas:

Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Parágrafo único. Dar-se-á prioridade à realização do exame de corpo de delito quando se tratar de crime que envolva: (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

I - violência doméstica e familiar contra mulher; (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

II - violência contra criança, adolescente, idoso ou pessoa com deficiência. (Incluído dada pela Lei nº 13.721, de 2018)

Art. 161. O exame de corpo de delito poderá ser feito em qualquer dia e a qualquer hora.

Em suma, é uma prova técnico-científica assim como a pericial em geral, porém com suas particularidades.

2.3 Confissão

De forma sucinta, a confissão, em regra, é o ato de réu de assumir a autoria do delito, podendo assim, ser responsabilizado penalmente por seus atos. Para que se configure de forma devida tal ação, deve ser feita de forma voluntária pela parte, sem qualquer amedrontamento e que seja feita a autoridade competente, como por exemplo o delegado e o magistrado. Além, de obviamente, ser um fato pessoal, e não de terceiro, pois desconfiguraria o ato da confissão.

A confissão pode se dar tanto pela modalidade simples, onde a parte apenas reconhecerá que praticou o delito, como de forma qualificada, “quando o agente admite a autoria dos fatos, mas suscita, em seu favor, uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade.” (Acórdão 1226377. CRUZ MACEDO, 1ª Turma Criminal)

De acordo com o artigo 200, do Código de Processo Penal, “a confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto.” (Artigo 200 do Decreto Lei nº 3.689 de 1941). Ou seja, a parte que realizar confissão, de acordo com a lei, terá como desistir, sem prejuízo, além

do mais, pode confessar de maneira integral ou apenas determinada parte.

2.4 Interrogatório

Consiste no ato de se ouvir o réu sobre o fato do qual está sendo acusado. Há grande divergência se pode ser considerado meio de prova ou meio de defesa, tendo em vista que o acusado pode dizer o que desejar a respeito do delito em apreciação.

O réu, por sua vez, tem garantia constitucional de não se defender, caso deseje, sem causar prejuízo, de acordo também com o artigo 186 do Código de Processo Penal, “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.” (Artigo 186 do Decreto Lei nº 3.689 de 1941).

Nesse mesmo sentido, temos o ensinamento de Paulo Rangel (2002, p. 785) de que “O ônus da prova, no processo penal moderno, pertence todo ao Ministério Público, não sendo admissível que o indiciado tenha que suportar o encargo de municiar o órgão de acusação para que este ofereça denúncia contra aquele”.

Esse meio probatório, assim como outros, tem suas particularidades, como o fato de ser um ato personalíssimo, ou seja, só poderá ser realizado pelo próprio réu, só ele poderá ser interrogado, além da oralidade, não se admitindo a maneira escrita, salvo em hipótese de mudez.

Via de regra, o interrogatório só poderá ser realizado com a presença de um defensor, caso o réu não possua, deverá haver nomeação apenas para a ocasião, de acordo com a Lei nº 10.792/03.

2.5 Prova Documental

De acordo com Código, são os escritos, instrumentos ou papéis públicos ou particulares. O conceito de documento, pode ser utilizado de maneira amplo, não figurando apenas aqueles de escrita, como também outros meios probatórios, como por exemplo áudios.

Nessa linha de pensamento, Aury Lopes Jr (2014, p. 1754-1755) explica que “[...] além de ser considerado documento qualquer escrito, abre-se a possibilidade da juntada de fitas de áudio, vídeo, fotografias, tecidos e objetos móveis que fisicamente possam ser incorporados ao processo e que desempenhem uma função persuasiva (probatória)”.

Os públicos, dizem respeito a pessoa que possui função pública, ou seja, lavrado

por um escrivão, por exemplo, o particular por sua vez é aquele feito por particular, como o próprio nome afere.

CAPÍTULO III - A PROVA TESTEMUNHAL

3.1 Noções Básicas

Adentrando ao tema principal do presente artigo, tem-se a prova testemunhal. Testemunha, pode ser basicamente definida como alguém alheio ao processo, um terceiro, que dará sua versão dos fatos sobre o delito ali em questão, a partir do que viu e sabe, ou que acredita ter visto. No ordenamento jurídico, está pautada no Código de Processo Penal, mais precisamente nos artigos 202 ao 225. Como define SÁ (2016, p.461) "A prova testemunhal é o meio de prova em que um terceiro estranho à causa deponha em juízo sobre fatos que presenciou e sejam pertinentes ao deslinde do processo."

Originada do latim, a palavra 'testemunha' advém de *testari*, cujo significado é mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar. Portanto, na figura da testemunha deposita-se uma enorme responsabilidade em cima do andamento processual, pois o depoimento da mesma há de configurar imensa riqueza probatória para o processo.

Logo no art. 202 do CPP expressa que qualquer pessoa pode ser testemunha, desde que tenha condições físicas e mentais suficientes para depor sobre o ocorrido, ou seja, até mesmo crianças poderão ser arroladas.

3.2 Características da Prova Testemunhal

3.2.1 Oralidade

Conforme o art. 204 do CPP, o testemunho deverá ser obrigatoriamente feito de forma oral, não há de se falar em depoimento por escrito nem mesmo a leitura de um previamente escrito.

Assim, pode nos explicar Malatesta:

A oralidade do testemunho em debates públicos garante a sua legitimidade, afastando a suspeita de que ele possa derivar de sugestões violentas, fraudulentas ou culposas, e serve para formar justamente o convencimento social que, quando se harmoniza com o convencimento do magistrado que julga, constitui sua força, prestígio e eficácia moralizadora. (MALATESTA, 2004, p. 326)

Porém, mesmo sendo característica obrigatória, há duas exceções em relação a oralidade da prova testemunhal. A primeira trata-se de quando a testemunha é muda, apesar das perguntas serem feitas de maneira oral, obviamente, as respostas serão dadas de maneira escrita e se tratando da condição de surdez-mudez haverá um intérprete para

extrair o depoimento.

3.2.2 Objetividade

Com fulcro no art. 213 do Código de Processo Penal, a objetividade nada mais é do que ater-se apenas aos fatos sobre o que está em discussão, sem mais detalhes inoportunos, como por exemplo discorrer sobre vida pessoal, salvo quando necessário, nem emitir juízo de valor, com exceção quando de for requisitado, ou seja, apenas narrar os fatos de maneira objetiva.

3.2.3 Retrospectividade

Na presente característica, a testemunha, deve narrar de forma detalhada os fatos passados acerca do que viu, ou como já exposto, acredita ter visto, não se atendo a eventos futuros, pois nada importa para a ação, somente narrar os fatos já vivenciados que estão presentes em sua memória.

Nesse ponto, é interessante avaliarmos com maior cuidado tal característica, isso por que, as possíveis falhas de memórias acerca do corrido, bem como a própria falsa percepção da realidade podem gerar uma insegurança na retrospectividade dos fatos. O fenômeno da chamada falsa memória ocorre quando há uma confusão ou falha na recuperação das informações anteriormente armazenadas, ensejando, dessa forma a contaminação daqueles fatos transcorridos e conseqüentemente a verdade real dos fatos.

Acerca disto, afirma Altavilla (1946, p. 54) que a testemunha “[...] não se define pelo texto do seu depoimento, mas do que é em si mesma, na sua qualidade de ser humano, sujeita a inúmeros fatores que entram na sua formação físico-psíquica-social. As influências internas ou externas fazem de si um agente da verdade ou elemento pernicioso e confuso na engrenagem processual”.

Ora, se todo processo de relembrar os fatos, passam por diversos fatores, até chegarem naquilo que acredita ser a realidade ocorrida, é imprescindível que seja feita uma análise mais profunda acerca de tais fatores, não sendo ponderável que o operador do direito se prenda somente na versão exposta pela testemunha, mas em todo o conjunto que robustecem a investigação. Neste diapasão, se entendemos que a versão exposta pela testemunha é suficiente, sem levar em consideração os fatores que fragilizam esse elemento informativo, poderíamos entender que o magistrado não estaria interpretando os fatos diretamente ocorridos, e sim os fatos narrados.

3.3 Valoração da Testemunha no Processo Penal

No nosso sistema jurídico, não se adota a valoração de uma prova acima de outra, sendo assim, todas as provas têm o mesmo valor e juntas contribuirão para uma decisão justa. Porém, apenas na teoria. Na prática, não há como negar a supervalorização da prova testemunhal, o que acaba ensejando em certos casos condenações injustas baseadas unicamente nessa espécie de prova, ignorando outros elementos informativos que detém a mesma importância daquela. Cite-se as provas periciais, por exemplo.

Assim, nos esclarece Di Gesu (2014p. 104) que “[...] é inegável que o processo penal valha-se das testemunhas como o mais fácil e mais comum meio de prova. Infelizmente, a prova pericial e demais meios – pelo menos no âmbito da Justiça Estadual – é muito pobre, considerando ser a investigação, muitas vezes, despida de recursos que lhe confeririam qualidade técnica”.

Portanto, o magistrado, ao determinar referida sentença, pauta sua decisão baseada somente na hipótese demonstrada pela testemunha, deixando de esclarecer demais elementos probatórios que também possibilitem a resolução do conflito,

Nesse sentido, segue o julgado, de relatoria do magistrado Francisco Cardozo de Oliveira, do Tribunal de Justiça do Paraná, declarando nulidade da sentença pelo fato do juiz não ter observado todos os requisitos supracitados. Relata:

"No caso em apreço, quanto à prova testemunhal produzida pelo apelante, na sentença constou apenas que, em razão da ausência de 'elementos de convicção capazes de comprovar os fatos alegados no petitório inicial', eles não seriam utilizados. Como se observa, a sentença não foi devidamente justificada neste ponto, porquanto não expôs as razões concretas pelas quais o conteúdo da prova não seria utilizado. Da forma como posta, a sentença não permite, inclusive, aferir se o conteúdo da prova foi devidamente valorado. Em razão da necessidade de uma fundamentação adequada, a sentença deveria ter relacionado o conteúdo da prova testemunhal produzida pelo recorrente com as demais provas e, a partir de razões concretas, se fosse o caso, afastar a sua incidência. Verifica-se, portanto, a presença de vício de fundamentação, merecendo prosperar o recurso de apelação nesta parte, devendo ser decretada a nulidade da sentença".

Importante consignar que a prova testemunhal tem uma relevância robusta, mas não pode ser considerada, em razão dos pontos acima levantados, como se fosse uma prova absoluta, isso porque a falibilidade da memória leva o ser humano muitas vezes a falar o que não houve, mas que ela acredita ter ocorrido. Vários são os exemplos que podem ser sintetizados, a saber:

A Defensoria Pública do Rio de Janeiro, expôs recentemente 58

reconhecimentos indevidos no estado, com ajuda de informações prestadas por defensores públicos de 19 varas criminais, que resultaram em acusações injustas e até mesmo prisões. O reconhecimento foi feito baseado em registro fotográfico, ignorando outros meios cruciais de prova.

Nessa linha de raciocínio, afirma, Emanuel Queiroz, defensor e coordenador de defesa criminal da DPRJ: “O Ministério Público, de forma acrítica, promove acusações com base nesse material falho e, via de regra, o Judiciário não só admite a imputação, como decreta a prisão processual do acusado. Tanto MP quanto Magistratura não se dão conta que essas investigações pífiás só acontecem porque eles ratificam essa postura policial. Não cumprem com seu dever de controlar a atividade policial, tornando o sistema de justiça injusto”.

Antonio Cláudio, preso em 2014 sob alegação de ser o ‘maníaco da moto’, um abusador sexual de mulheres. O único meio de prova utilizado foi o testemunhal. Ao analisar, percebe-se a tamanha falha do nosso sistema criminal para com este indivíduo, pois ao analisar imagens do verdadeiro ‘maníaco da moto’, nota-se diferenças absurdas entre eles, como por exemplo a altura de 1,80m flagradas por câmeras em um dos ataques, Antonio por sua vez, possui 1,59m.

Outro fato curioso, é que das 4 testemunhas que haviam o reconhecido por foto e apontado como criminoso, 3 desistiram, restando apenas uma criança de 11 anos, assegurando que ele era, de fato, o ‘maníaco da moto’. Antonio só foi liberado 5 anos depois, em 2019, passando então, todos esses anos privado da liberdade por um gravíssimo erro de valoração da prova testemunhal, ignorando outros quesitos técnicos.

Entre muitos casos, se pode citar o Douglas Moreira, acusado injustamente por duas vezes baseado somente em prova testemunhal, mais precisamente reconhecimento por foto. O rapaz foi preso após ter sido acusado pela testemunha de roubo de carro em Nova Iguaçu. A polícia apresenta foto de Douglas, retiradas de uma rede social, e a vítima do roubo, de forma errônea, o reconhece como autor.

Após 30 dias de prisão injusta e comprovação de sua inocência, Douglas volta a liberdade. Porém, sua foto ao ficar no banco de imagens, viria a causar nova confusão, tendo em vista que em 2015 foi novamente acusado de maneira injusta de tentativa de homicídio. Passou mais dois meses encarcerado, mesmo apresentando outras provas da não autoria do crime.

Desta maneira, nota-se, ainda que de maneira implícita, há uma grande valoração da prova testemunhal se colocada ao lado das demais, e por muitas vezes tal

conduta compromete o devido processo legal em busca de uma condenação justa, deixando em aberto um questionamento: a busca é pela real justiça ou apenas condenar alguém?

CAPÍTULO IV – CONTAMINAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL E SUA FRAGILIDADE PELAS INFLUÊNCIAS PSICOLÓGICAS

4.1 Memória

Como brevemente exposto, o intuito principal do presente trabalho é analisar de forma crítica a prova testemunhal e sua fragilidade como único meio probatório. Dito isso, é preciso analisar a construção desse meio de prova, portanto, faz-se necessário discorrer, mesmo que de maneira rasa, sobre a memória, tendo em vista ser o mecanismo que nos faz reconstruir os acontecimentos.

Sobre o assunto, discorre Izquierdo (2006, p. 9) que a memória “[...] é a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações e [...] o acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é, [...] um ser para o qual não existe outro idêntico”.

A memória, em suma, é o armazenamento de nossas experiências, é nossa visão sobre determinado acontecimento, o que lembramos dele. Portanto, é de muita importância entender que ao evocar essas lembranças, pode se fazer de maneira falha, pois é um processo maleável, possível de contaminação, por diversos fatores que, serão expostos a seguir, podendo causar o que se conhece como fenômeno das falsas memórias.

Para melhor explicar, Di Gesu (2014, p. 86)

A neurologia destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores internos e externos, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou judicial, pode também ocorrer alteração da lembrança da testemunha ou vítima. Isso vem a justificar o estudo das Falsas Memórias.

Conseqüentemente, é imprescindível entender melhor o fenômeno supracitado, para que se possa compreender o quanto o meio testemunhal pode ser corrompido, trazendo assim uma insegurança jurídica quando usando de maneira única no meio probatório.

4.2 Falsa Percepção da Realidade

Feita a abordagem inicial, é notório quanto esse processo memorial pode ser afetado, tanto por fatores externos como por internos, fazendo com que o cérebro possa criar hipóteses sem nexos da realidade, sejam essas absolutamente inexistentes, como uma realidade paralela, ou danificar a realidade existente a modo de que ela fique desconexa com a veracidade do acontecido.

Sobre o tema, narram Di Gesu e Aury Lopes Jr (2007, p. 2)

O delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar apenas a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).

Por isso, ter a prova testemunhal como “rainha das provas”, pode ser absurdamente prejudicial para o devido processo legal, tendo em vista sua fragilidade, pois para se atribuir tamanha responsabilidade, necessita-se de uma análise mais profunda a respeito, indo além do direito e buscando respostas em outras ciências humanas.

Não é incomum que testemunhas tenham sua memória falhada ou apresentem falsas memórias, possuindo assim uma falsa percepção da realidade, percepção essa que influenciará diretamente na decisão do magistrado ao julgar a ação. Para entender de forma mais didática como essas falsas memórias são criadas, explica Stein (2010, p. 27):

As falsas memórias espontâneas ou autossugeridas são resultantes de distorções endógenas e ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interposição pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado. [...]. No que tange às falsas memórias sugeridas, elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento e a subsequente incorporação na memória original. Esse fenômeno, denominado efeito da sugestão da falsa informação, pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada. Nas falsas memórias sugeridas, após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz. Essa informação sugerida pode ou não ser apresentada deliberadamente com o intuito de falsificar a memória. O efeito da falsa informação tende a produzir uma redução das lembranças verdadeiras e um aumento das falsas memórias.

Contudo, não se pode confundir falsa percepção da realidade ou falsas memórias

com o conceito de mentiras ou falso testemunho, há um abismo entre suas definições.

Mais uma vez, socorre Aury Lopes Jr:

As falsas memórias diferenciam-se (sic) 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. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo. (LOPES JR, 2011, p. 658)

Tampouco se pode embaralhar com o conceito esquecimento, pois apesar da singela aparência entre si, existem notórias diferenças.

Nos ensina, Cantarino:

No uso popular, a palavra esquecer é empregada sempre que ocorre falha de memória. Mas as falhas de memória têm muitas causas e, por isso, não podem ser rotuladas sob a mesma palavra. Algumas falhas estão relacionadas com a codificação; outras surgem quando há aquisição insuficiente; outras, ainda, aparecem no momento da recuperação. Gleitman, Fridlund e Reisberg afirmam que as falhas de memória devem ser analisadas levando-se em conta dois aspectos: a passagem do tempo, que faz com que as informações sejam mais probabilisticamente esquecidas, e os erros de memória propriamente ditos, aqueles em que as pessoas se lembram do passado de forma diferente do que realmente aconteceu. (CANTARINO, 2007, p. 181)

Portanto, pode-se entender falsa memória como algo que, acredita-se que aconteceu, porém não há veracidade, mesmo que de forma parcial, já o esquecimento diz respeito a falha de memória, propriamente dita, onde não temos exatidão do que acontece.

4.3 Modo de Condução na Colheita de Prova

Todavia, o fato da prova testemunhar ter diversas fragilidades não ficam restritos apenas a fatores psicológicos, mas também a maneira como se conduz a investigação e por fim o processo judicial.

Entre inúmeras condenações injustas baseadas somente na prova testemunhal, tem-se o caso do americano Charles Ray Finch, acusado injustamente e julgamento embasado numa série de erros na condução da colheita de meios probatórios. Sobre o assunto, pode se destacar:

O crime pelo qual Finch foi injustamente condenado ocorreu em fevereiro de

1976. Richard "Shadow" Holloman, proprietário de um posto de gasolina e loja de conveniência em Black Creek, lugarejo de 769 habitantes na zona rural da Carolina do Norte, foi morto a tiros em uma tentativa frustrada de assalto.

Um funcionário do estabelecimento, Lester Floyd Jones, disse que os agressores eram três homens negros, um deles vestindo um casaco comprido, e que o assaltante puxou uma espingarda de cano serrado de dentro do casaco e atirou em Holloman. Jones disse que buscou abrigo embaixo de um balcão e que identificou a arma por meio do som dos tiros.

Depois do ataque, naquela mesma noite, policiais abordaram Finch. Ele permitiu que revistassem seu carro, e os policiais encontraram um cartucho de espingarda.

A polícia então colocou Finch ao lado de outros homens negros para que Jones identificasse quem era o criminoso. Enquanto os outros homens vestiam roupas normais, os policiais ordenaram que Finch vestisse um casaco longo, semelhante ao usado pelo assaltante, e ele acabou sendo identificado por Jones.

Apesar de manter sua inocência e de ter três testemunhas que confirmaram seu álibi de que, no momento do crime, estava em outro local, jogando pôquer com amigos, Finch foi condenado pelo júri.

Na época, a lei da Carolina do Norte previa pena de morte obrigatória para esse tipo de crime, e Finch foi para o corredor da morte, aguardar execução. No ano seguinte, porém, a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou essa lei estadual inconstitucional e a sentença de Finch foi comutada para prisão perpétua.

De toda forma, esse processo errôneo de condução de provas pode se dar também pelos fatores memoriais supracitados, como por exemplo a sugestibilidade dos fatos, causando uma confusão na mente e fazendo surgir fatos inverídicos.

Em mais detalhes, explica Schacter:

A sugestibilidade é preocupante por várias razões: perguntas tendenciosas podem ajudar a levar testemunhas a fazer identificações erradas; técnicas terapêuticas sugestivas podem ajudar a criar falsas lembranças; e interrogatórios agressivos de crianças pequenas podem resultar em lembranças distorcidas de supostos abusos por professores e outros adultos. As consequências para os indivíduos envolvidos em casos como esses são muito sérias e, portanto, a compreensão e o combate à sugestibilidade são importantes tanto para evitar problemas sociais e jurídicos quanto para o avanço da teoria psicológica. (SCHACTER, 2003, p. 143)

Portanto, a maneira como se conduz a prova testemunhal também interfere de maneira direta no seu testemunho, tendo em vista o quanto esse fator da mente humana pode ser maleável, levando a inúmeros caminhos inexistentes, onde o magistrado desconhece de maneira direta, pois somente os absorve de maneira indireta, através das experiências vividas por outros. Sobre isso, explica Prado:

Os fatos nunca são observados diretamente pelo juiz, que tem deles um conhecimento indireto, através dos depoimentos das testemunhas, da análise dos documentos, das opiniões dos peritos, etc. [...] o juiz, ao analisar um depoimento, deixa-se influir, inconscientemente, por fatores emocionais de

simpatia, de antipatia, que se projetam sobre as testemunhas, os advogados e as partes. (PRADO, 2003, p. 19)

Por tais razões, onde se existe somente a prova testemunhal, terá o magistrado que conduzir o processo com devido cuidado, para que ao julgar a demanda, não fira os princípios do devido processo legal.

Para melhor contextualizar, ensina Avena:

Só a prova assim considerada, a partir de exame conjunto e universal, será capaz de fundamentar, com a necessária segurança, a decisão do juiz. Por isso, é a afirmação doutrinária no sentido de que as provas possuem um valor relativo, de sorte que, apenas se analisadas globalmente, terão força bastante para levar o juiz a um veredicto condenatório. Diz-se condenatório porque, para absolver, não é preciso que haja provas de inocência, bastando, no mais das vezes, que não haja provas suficientes para condenar o acusado (art. 386, VII, do CPP). (AVENA, 2017, p. 326)

É de extrema importância ressaltar, portanto, que o único embasamento usado pelo magistrado para condenar alguém torna determinada sentença repleta de insegurança jurídica, pois entende-se que para haver condenação devem existir elementos suficientes e não somente um testemunho em que muitas vezes pode sofrer com contaminações.

CAPÍTULO V - REDUÇÃO DE DANOS INERENTES A VULNERABILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL

5.1 Reconhecimento Sequencial

Objeto de estudo doutrinário, o reconhecimento sequencial consiste no fato dos suspeitos do delito serem apresentados um por vez, para que a vítima melhor analise suas características e afirmar se seria ou não o autor, em caso negativo, entrará o próximo suspeito.

Mais uma vez, Lopes Jr nos explica sobre (2014, p. 514)

No reconhecimento sequencial os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que, antes de ver o próximo suspeito, responda se foi esse o autor do fato ou não. Isso implica uma tomada de decisão por parte de quem está reconhecendo, sem que saiba quantos participam do reconhecimento. Diminui-se, assim, o nível de indução, e potencializa-se a qualidade do ato, pois, se no reconhecimento simultâneo a vítima ou testemunha.

Desta forma, o reconhecimento sequencial traria menos dano ao ato de reconhecimento, somando de maneira positiva ao sistema processual penal brasileiro, pois não haveria mais que se falar no modelo de reconhecimento simultâneo, o qual é absurdamente propício para erros pelo seu método sugestivo.

Em que pese, o método sequencial é indicado pela psicologia forense, pela qualidade do ato, priorizando realmente um reconhecimento justo, livre de confusões e contaminações externas, principalmente por fatores psicológicos comparativos. Dito isso, corrobora Márcia Irigonhê:

Dados cumulativos recentes têm revelado que, em comparação com o lineup simultâneo, o procedimento sequencial produz uma média de 8% menos identificações corretas, mas também uma percentagem de 22% menos falsos alarmes. Tais resultados têm sido atribuídos à eliminação do juízo comparativo, bem como à utilização de um maior padrão de julgamento, por parte das testemunhas, ao analisarem as faces uma a uma. Assim, a utilização de um formato sequencial pode ser interpretada através de uma análise de custo-benefício, cabendo a cada sistema criminal ponderar se lhe sai mais caro um número menor de culpados condenados ou de inocentes livres. (IRIGONHÊ, 2014, p. 72)

Portanto, valer-se do reconhecimento sequencial, reduziria os danos inerentes ao meio probatório testemunhal, tendo em vista sua maior segurança científica, pelo não induzimento de reconhecimento, prática comumente vista no simultâneo, técnica atualmente utilizada e devidamente expressa na lei.

5.2 Entrevista Cognitiva

Esse método, sem dúvida, é o que tem mais potencial para reduzir os danos inerentes a prova testemunhal, pois visa melhorar a capacidade interrogatória, a tratando de maneira mais complexa e não apenas como um protocolo padrão.

Nesse sentido, nos explica Pinho:

A entrevista cognitiva surgiu como resposta à necessidade de melhorar a recordação (evocação) das testemunhas, centrada, naturalmente, em aspectos que possam promover a recuperação mnésica. [...] Trata-se de uma entrevista não diretiva a qual está subjacente uma estratégia geral de maximização dos resultados possibilitados por técnicas individuais. Tal estratégia consiste em guiar a testemunha ocular de modo que a recuperação se baseie em códigos mnésicos mais ricos em informação relevante e também tornar mais fácil a comunicação, uma vez ativados esses códigos. (PINHO, 2006, p. 259-261)

Se faz necessário entender todo o processo interrogatório, para comprovar como tal método possui eficiência no que se propõe, para isso, de forma mais detalhada, Casares (2013) sintetizou todas as particularidades da entrevista cognitiva, baseado nos estudos de Kuckartz e Stein. Observemos:

1) Estabelecimento de rapport e personalização da entrevista: Essa etapa serve para a familiarização do entrevistador com o entrevistado. Deve o entrevistador criar uma atmosfera relaxante, transmitindo os sentimentos de segurança, confiança e conforto para o entrevistado. Essa personalização da entrevista é importante para o entrevistado saber que é um indivíduo único e que a entrevista será conduzida conforme as suas particularidades e necessidades específicas. O entrevistador deve manter uma postura de empatia, se colocando no lugar do entrevistado.

2) Explicação dos objetivos da entrevista: Para a maioria das pessoas, a situação de prestar um depoimento é absolutamente nova. Por isso, deve o entrevistador familiarizar o entrevistado no que diz respeito aos objetivos daquela interação que acabou de começar. O entrevistado coloca-se numa posição de passividade, esperando que o entrevistador conduza todo o processo. Essa posição está associada ao denominado “efeito do status do entrevistador”: o entrevistado acredita que o entrevistador é uma figura de autoridade que tudo sabe, conhecedor pleno daquilo que deve ser feito. Se o entrevistado for criança, pode confundir essa sensação de autoridade com onisciência. Por isso, é importante que ocorra o contrário. Deve haver a “transferência de controle” do processo, incumbindo ao entrevistador enfatizar o caráter colaborativo da entrevista, para que haja um trabalho conjunto. Desde o início, é preciso deixar claro que o entrevistado é quem possui as informações sobre o acontecimento em questão e o entrevistador vai atuar apenas como agente colaborador. Também é importante, nessa etapa, que o entrevistador deixe claro ao entrevistado que ele tem o direito e o dever de dizer “não entendi” diante de questões de difícil compreensão.

3) Relato livre: Inicia-se um processo de recuperação de lembranças. Nesta etapa, o entrevistador solicita ao entrevistado que retorne mentalmente ao ambiente em que ocorreu o evento em questão, recuperando o maior número de detalhes possíveis. Trata-se de fazer com que a testemunha ou vítima forme uma imagem mental do ocorrido. Estimula-se o entrevistado a recordar-se de algum som, cheiro, sentimento que tenha ocorrido no momento em que vivenciou o evento que está buscando recordar. Quando o entrevistado tiver conseguido recolocar-se no contexto original, ele é

estimulado a relatar livremente tudo o que conseguiu se lembrar, independente da relevância do que for lembrado. Nesse momento, o entrevistado fará uma narrativa livre, acessando na memória o número máximo de informações que for possível. Importante que o entrevistador não o interrompa durante esse momento, respeitando inclusive, eventuais pausas que fizer na fala. A partir da “recriação do contexto”, espera-se que o depoente tenha o maior número de pistas possíveis à sua disposição, maximizando a quantidade e a qualidade das informações recordadas.

4) Questionamento: Nessa etapa, algumas informações trazidas no relato livre serão investigadas de forma mais detalhada. É um momento de aprofundamento. Para tanto, o entrevistador ativa imagens mentais no entrevistado, questionando-o acerca de mais informações. Segundo Nygaard: (...) “o ideal é fazer perguntas abertas cujas respostas se alicercem na narrativa do entrevistado. Por limitar a quantidade de informações que o entrevistado traz, as perguntas fechadas, que propiciam respostas curtas e definidas, devem ser evitadas, porém, podem ser úteis desde que venham a verificar uma informação específica trazida por uma descrição... (...) As perguntas devem ser compatíveis com a mesma figura mental e, somente após ter sido explorado todo o conteúdo dessa figura, é que perguntas sobre uma figura diferente podem começar a ser feitas.”

5) Recuperação variada e extensiva: A recuperação variada baseia-se no princípio de que existem diversos caminhos de acesso para as informações armazenadas. O fato do indivíduo não ter conseguido se lembrar de algo em um primeiro momento, não significa que não possa consegui-lo em uma nova tentativa. Neste caso, pode o entrevistador utilizar estratégias tais como solicitar que a situação seja relatada de trás para diante, pedir que o entrevistado coloque-se no lugar de outra pessoa que tenha passado pelo mesmo evento e descreva-o sob esta perspectiva, entre outros

6) Síntese: Nessa etapa, o entrevistador faz uma síntese dos principais pontos abordados naquela interação, utilizando as palavras do entrevistado. Esta é uma oportunidade do entrevistado conferir a precisão de sua própria recordação, além de poder funcionar como uma nova tentativa de recuperação de informações.

7) Fechamento: No fechamento, é importante que o entrevistador deixe o entrevistado com uma imagem positiva da entrevista. Agradecer pelo seu esforço no trabalho conjunto ali desenvolvido, ressaltando a importância do papel ativo do entrevistado, é uma estratégia muito interessante para este momento, principalmente se houver a necessidade futura de uma nova entrevista. Também é interessante que o entrevistador coloque-se à disposição para esclarecer eventuais dúvidas, demonstrando respeito e consideração ao entrevistado. (CASARES, 2013, p. 93)

Por conseguinte, mesmo com a fragilidade da prova testemunhal, possuem maneiras e estudos possíveis de reduzir determinados danos, evitando assim, mais condenações injustas e fazendo com que a justiça seja, de fato, feita.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, compreende-se a obscuridade que envolve a prova testemunhal, meio probatório riquíssimo, porém, muitas vezes arditoso e demasiado perigoso por sua exacerbada valoração no nosso sistema pátrio, por toda complexidade acerca do tema, há a necessidade de uma análise mais profunda e cuidadosa e não de maneira rasa e mecânica.

Ora, pode agregar para o processo de forma absurdamente positiva, desde que colocada de maneira não errônea, pois as informações que a memória disponibiliza, desde que corretas, formarão grande valor para que o magistrado emita uma sentença realmente justa, tendo em vista que esse é o intuito principal do direito na sociedade, não somente brasileira, mas mundial.

Todavia, não se pode esquecer os fatores em que é pauta essa reconstrução dos fatos, a memória, onde se armazena tudo que está para ser exposto. Pois, há uma complexidade a respeito do cérebro que, nem mesmo a ciência consegue explicar da maneira detalhada.

Ademais, é preciso entender que ao evocar a prova testemunhal, trabalha-se com o ponto de vista indireto por meio do magistrado, pois o mesmo tem acesso as informações apenas por terceiros, não tendo assim, vivenciado os fatos narrados. Ou seja, esse meio probatório passa por dois juízos de valor, tal qual pela testemunha, como pelo julgador, este último por sua vez, fará um juízo de valor acima de um já anteriormente feito, por não ter sentido a experiência do fato narrado.

Por todo o exposto, é preciso entender o quão arditosa pode ser a mente humana, como o fato anteriormente citado de criar uma falsa percepção da realidade, causando assim, o fenômeno das falsas memórias, contaminando o testemunho. Fenômeno esse, que pode se dar através de muitos fatores, não existindo apenas um motivo, seja o decurso do tempo, as condições em que a testemunha presenciou o fato ou até mesmo a maneira com que o processo é conduzido.

Assim, para evitar, ou no mínimo, reduzir os danos que podem ser causados pela prova testemunhal, é preciso compreender e dar mais atenção ao presente tema abordado, mesmo que nos ensinamentos de outras ciências, como a psicologia. Inclusive, alguns métodos apresentaram êxito em minimizar essa contaminação da prova testemunha, como por exemplo, o reconhecimento sequencial e a entrevista cognitiva.

Cada vez mais, existem condenações injustas no sistema penal brasileiro, com

base exclusivamente na prova testemunhal. Isso, para os profissionais do direito, se dá de forma inadmissível, pois em hipótese alguma um cidadão deve ser condenado por algo que jamais cometeu. Portanto, para isso, se faz necessário uma análise mais profunda deste meio probatório, como também, a junção dele com outros meios, trazendo assim, a devida segurança jurídica que deve haver no devido processo legal.

Neste diapasão, e por todos os argumentos até o momento apresentados, o presente estudo, possa cumular, de forma positiva, para a fomentação acerca do tema, e entender a complexidade que o cerca. Não aspirando, de forma alguma, a exclusão do meio probatório, mas sim, aumentar de forma devida, sua credibilidade perante os tribunais. Pois, as decisões judiciais devem sempre ser alicerçadas nas garantias expostas nos nossos códigos de processo, se firmando de uma vez por todas, que ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário, e não o oposto disto.

REFERÊNCIAS

‘Vida travada’: preso com base em foto, inocente fica até 3 anos na cadeia. Anelise Gonçalves, Colaboração para UOL, do Rio, 20 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2020/09/20/vida-travada-pres-com-base-em-foto-inocente-fica-ate-3-anos-na-cadeia.htm>>. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

Acórdão 1226377, 00007147320198070017, Relator: CRUZ MACEDO, 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 23/1/2020, publicado no PJe: 4/2/2020.

ALTAVILLA, Enrico. MIRANDA, Fernando de (Trad.). **Psicologia Judiciária**. 2ª ed. v. I. São Paulo. Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 1941.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988.

BURGALLERI, Aclibes. **Tratado das provas cíveis**. São Paulo: J. de Oliveira, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

CASARES, Nicole Araujo Lima. **Falsas Acusações em Crimes de Estupro: Memórias Distorcidas e outras Perspectivas Negligenciadas**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

COSTA FILHO, P. E. G. da. **Medicina legal e criminalística**. Brasília: Vestcon, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**, V. I. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Salvador: JusPodivm, 2016. Disponível em: <<https://www.dicio.com.br/provas/>>. Acesso em: 28 de setembro de 2020.

GESU, Cristina di. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho: Considerações sobre o reconhecimento de pessoas na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2014.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual e a sua Conformidade Constitucional**. v. I. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, 2007.

LOPES, Aury Jr. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei; CAPITANIO, Paolo (Trad.). **A lógica das provas em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 2004.

MELO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2009.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19ª edição, São Paulo: Atlas, 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Ainda e sempre a coisa julgada. Direito Processual Civil (ensaios e pareceres)**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

NETTO, José Laurindo de Souza. **Processo Penal: Sistemas e Princípios**. Curitiba: Juruá, 2003.

No Ceará, homem preso injustamente por cinco anos deixa a cadeia. Jornal Nacional, 30 de julho de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2019/07/30/no-ceara-homem-presos-injustamente-por-cinco-anos-deixa-a-cadeia.ghtml>>. Acesso em: 11 de novembro de 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

O homem que foi condenado à morte e passou 43 anos na prisão até provar sua inocência. BBC News Brasil, 01 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/geral-48824288>>.

PINHO, Maria Salomé. **A Entrevista Cognitiva em Análise**. In: FONSECA, António Castro et. al.. Psicologia Forense. Coimbra: Almedina, 2006.

PRADO, Lúcia Reis de Almeida. **O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial**. Campinas: Editora Millennium, 2º edição, 2003.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. ed. Lúmen Júris, 2002.

Relatório revela 58 acusados injustamente identificados por engano. Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 14 de setembro de 2020. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/10660-Relatorio-revela-58-acusados-injustamente-identificados-por-engano>>. Acesso em: 28 de novembro de 2020.

ROSAS, Roberto. **Direito processual constitucional: princípios constitucionais do processo civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SÁ, Renato Montans de. **Manual de direito processual civil**, ed. 2ª. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

SCHACTER, Daniel L. **Os Sete Pecados da Memória: Como a Mente Esquece e Lembra**. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

STEIN, Lilian Milnitsky et. al.. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

TJ-PR, Ap. 1338338-7, 11ª Câmara Cível, j. 25/11/2016, rel. Francisco Cardozo Oliveira, DJe, 24/1/2017.