

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS**

**GUSTAVO BISOTTO PERETTI**

**A CONFIABILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL E A  
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO  
DE DANOS**

**Porto Alegre**

**2016**

**GUSTAVO BISOTTO PERETTI**

**A CONFIABILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL E A  
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO  
DE DANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial para a obtenção do grau  
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Orientador: Professor Doutor Pablo Rodrigo  
Alflen da Silva

**Porto Alegre**

**2016**

**GUSTAVO BISOTTO PERETTI**

**A CONFIABILIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL E A  
PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS COMO INSTRUMENTO DE REDUÇÃO  
DE DANOS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado  
como requisito parcial para a obtenção do grau  
de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais na  
Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Aprovado em: Porto Alegre, 13 de dezembro de 2016.

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Prof. Dr. Pablo Rodrigo Alflen da Silva (Orientador)  
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

---

Prof. Dr. Mauro Fonseca Andrade  
Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Vanessa Chiari Gonçalves  
Professora Adjunta da Faculdade de Direito da UFRGS

Para ela.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço ao meu Orientador, *Professor Pablo Afllen*, pelo exemplo constante de amor à pesquisa e de compromisso com o debate acadêmico, bem como pela sincera amizade da qual espero que este trabalho venha a ser digno.

Agradeço aos meus pais, *Irene Bisotto Peretti e Evandro Peretti*, por todos os sacrifícios feitos para me permitir o estudo que eles próprios não tiveram. Qualquer vitória que eu alcance na vida será sempre de vocês.

Agradeço à minha irmã, *Andressa Peretti*, pela cumplicidade única que apenas uma infância partilhada poderia propiciar, desde sempre e para sempre.

Agradeço aos amigos da *5ª Seção* pelos bons momentos vividos ao longo da graduação e pelo rosto familiar que emprestaram a esta Faculdade, tornando a caminhada possível.

Agradeço, por fim, à *Viviane Duarte*, pelo propósito que confere aos meus dias e por despertar o que há de melhor em tudo aquilo que toca.

*“– Ele conhece a sentença?  
– Não – disse o oficial, e logo quis continuar com  
as suas explicações.  
Mas o explorador o interrompeu:  
– Ele não conhece a própria sentença?  
– Não – repetiu o oficial e estacou um instante,  
como se exigisse do explorador uma  
fundamentação mais detalhada da sua pergunta;  
depois disse:  
– Seria inútil anunciá-la. Ele vai experimentá-la  
na própria carne.”*

*(Franz Kafka. Na colônia penal.)*

## RESUMO

O presente estudo visa a abordar criticamente a produção e valoração da prova testemunhal no processo penal brasileiro. Nesse sentido, o objetivo foi o de questionar o grau de confiabilidade desse meio de prova a partir de aporte teórico da área da Psicologia do Testemunho. Dessa forma, buscou-se determinar quais fatores influenciam a qualidade da prova testemunhal, bem como quais métodos e procedimentos poderiam ser adotados a fim de elevá-la. A hipótese é a de que a prova testemunhal produzida no processo penal em âmbito nacional costuma ser de baixa qualidade, o que decorreria, principalmente, do largo período de tempo normalmente transcorrido até a colheita do testemunho. O método utilizado foi o dedutivo, consistindo a técnica de pesquisa em análise documental e bibliográfica. A conclusão foi a de que a produção antecipada de provas no processo penal representa mecanismo processual apto a reduzir, ao menos em certos casos, o lapso temporal entre os atos de testemunhar e efetivamente depor em juízo, minimizando a contaminação por falsas memórias da prova resultante. Assim, a parte final do trabalho se volta para tal instituto – ainda parcamente disciplinado no ordenamento jurídico nacional –, buscando estabelecer os critérios mais adequados a balizar sua utilização.

**Palavras-chave:** Processo penal. Prova testemunhal. Confiabilidade. Falsas memórias. Produção antecipada de provas.

## ABSTRACT

The present study aims to critically approach the production and evaluation of testimonial evidence in the Brazilian criminal procedure. In this sense, the objective was to question the degree of reliability of this form of proof based on the theoretical contribution from the field of Psychology of Testimony. Therefore, the intention was to determine what factors can influence the quality of eyewitness testimony, as well as what methods and proceedings could be adopted in order to raise said quality. The hypothesis is that the eyewitness evidence produced within criminal procedure nationwide is usually of low quality, which would follow mainly from the large time period normally elapsed until the collection of the testimony. The deductive method was used, with the research technique consisting of documental and bibliographical analysis. The conclusion was that the anticipated production of evidence in the criminal procedure represents a processual mechanism fit to reduce, at least in certain cases, the time lapse between the acts of witnessing and effectively testifying in court, minimizing the contamination by false memories of the resulting evidence. Thus, the final part of the study is dedicated to that institute – still poorly disciplined in the national legal system –, with the objective of establishing more adequate criteria to guide its use.

**Key-words:** Criminal procedure. Testimonial evidence. Reliability. False memories. Anticipated production of evidence.

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO.....</b>	<b>10</b>
<b>2 A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>14</b>
2.1 NOÇÕES GERAIS.....	14
<b>2.1.1 Conceito.....</b>	<b>14</b>
<b>2.1.2 Fundamento.....</b>	<b>17</b>
2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS.....	18
2.3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS.....	22
<b>2.3.1 Sistema acusatório e sistema inquisitório.....</b>	<b>22</b>
<b>2.3.2 O modelo brasileiro.....</b>	<b>25</b>
<b>2.3.3 Reflexos no sistema de inquirição.....</b>	<b>28</b>
2.4 A PROVA TESTEMUNHAL NO CENÁRIO BRASILEIRO.....	31
<b>2.4.1 Características.....</b>	<b>31</b>
<b>2.4.2 Classificação.....</b>	<b>33</b>
<b>2.4.3 Disciplina legal.....</b>	<b>34</b>
2.5 VALOR PROBATÓRIO DA PROVA TESTEMUNHAL.....	35
<b>3 CONTRIBUIÇÕES DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO.....</b>	<b>41</b>
3.1 O FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA.....	41
3.2 AS FALSAS MEMÓRIAS.....	45
<b>3.2.1 Conceito.....</b>	<b>45</b>
<b>3.2.2 Teorias explicativas.....</b>	<b>47</b>
<b>3.2.3 A sugestionabilidade infantil.....</b>	<b>50</b>
3.3 CONSEQUÊNCIAS PARA A PROVA TESTEMUNHAL.....	53
<b>3.3.1 Fatores causadores de contaminação da prova testemunhal.....</b>	<b>55</b>
<b>3.3.2 Atuação dos operadores do Direito.....</b>	<b>59</b>
<b>3.3.3 Avaliação de confiabilidade da prova produzida.....</b>	<b>62</b>
3.4. A PROBLEMÁTICA DO TEMPO.....	67
<b>4 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>71</b>
4.1 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTO LEGAL.....	71
4.2 MOMENTO DE PRODUÇÃO.....	75

4.3 LEGITIMADOS.....	77
4.4 REQUISITOS.....	80
<b>4.4.1 Hipóteses de cabimento e a prova testemunhal.....</b>	<b>81</b>
<b>4.4.2 O tema na jurisprudência.....</b>	<b>86</b>
<b>4.4.3 O tema no projeto de novo Código de Processo Penal.....</b>	<b>89</b>
4.5 DA NECESSÁRIA BUSCA POR NOVOS CRITÉRIOS.....	91
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>94</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>98</b>

## 1 INTRODUÇÃO

Há forte consenso doutrinário a apontar a prova testemunhal como o meio de prova mais largamente utilizado no âmbito processual penal (a título exemplificativo, ver Aquino<sup>1</sup>, Aranha<sup>2</sup>, Oliveira<sup>3</sup>, Badaró<sup>4</sup>, Lopes Jr.<sup>5</sup>, Ávila<sup>6</sup>). Todavia, à luz de novos conhecimentos advindos da área da Psicologia do Testemunho, seu valor enquanto evidência vem sendo crescentemente questionado. Isso porque a prova testemunhal depende diretamente da memória e, por isso mesmo, seu conteúdo estaria sujeito ao esquecimento ou mesmo à contaminação por falsas lembranças. Logo, do embate entre sua indispensabilidade e um nível de confiabilidade inapto a satisfazer o *standard* probatório característico do processo penal, surge grave conflito<sup>7</sup>.

Dessa maneira, o primeiro desafio que se coloca é o de identificar quais são os fatores capazes de influenciar o grau de confiabilidade atribuído à prova testemunhal. Prosseguindo nesse raciocínio, imperativo perquirir se a prova testemunhal, por tais peculiaridades, necessitaria de tratamento legal diferenciado em relação às demais modalidades de prova. Ainda, em caso afirmativo, questiona-se quais mecanismos e procedimentos poderiam ser adotados a fim de aumentar a qualidade da prova testemunhal produzida.

Partindo do panorama descrito, a hipótese levantada é a de que a prova testemunhal, por suas singularidades, demandaria modo de produção diferente do que lhe é atualmente dispensado. Assim colocado, o baixo grau de confiabilidade via de regra observado não constituiria característica incontornável da prova testemunhal, mas sim uma consequência da aplicação de um mesmo modelo de gestão de prova a evidências de naturezas tão díspares.

---

<sup>1</sup> AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 11-12.

<sup>2</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 157.

<sup>3</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 412.

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 253.

<sup>5</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 669.

<sup>6</sup> ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 3.

<sup>7</sup> No ponto, bem sintetiza Loftus o problema a ser abordado: “*The knowledge that we cannot rely on our memories, however compelling they might be, leads to questions about the validity of criminal convictions that are based largely on the testimony of victims or witnesses. Our scientific understanding of memory should be used to help the legal system to navigate this minefield.*” (LOFTUS, E. F.. Our changeable memories: Legal and practical implications. *Nature Reviews: Neuroscience*, 4, 2003, p. 231).

Ademais, estando a fidelidade da prova testemunhal diretamente ligada à memória do indivíduo, a dimensão temporal exsurge como fator crucial para sua eficaz preservação<sup>8</sup>. Assim, voltando-se para o ordenamento jurídico nacional, passa-se a avaliar a possibilidade de utilização da previsão legal de produção antecipada de provas como instrumento apto a encurtar o lapso temporal decorrido até a colheita do testemunho, elevando sua fidedignidade. Complementarmente, almeja-se definir quais seriam os critérios aptos a balizar a utilização dessa ferramenta processual. Nesse intento, busca-se realizar breve análise do tratamento dado à matéria na jurisprudência nacional, bem como das disposições constantes do projeto de novo Código de Processo Penal a respeito do tema.

Como bem se vê, o objetivo será o de abordar criticamente a produção e valoração da prova testemunhal no processo penal brasileiro. Almeja-se, assim, questionar a sua confiabilidade nos moldes em que atualmente gerida. De outra banda, na tentativa de solucionar o problema exposto, avaliar-se-á a possibilidade de sua produção antecipada como forma de evitar a perda da prova por esquecimento ou sua contaminação por falsas memórias.

A importância do trabalho, por sua vez, resulta do peso conferido ao testemunho em nosso ordenamento jurídico, uma vez que este não raro constitui fundamento exclusivo a embasar éditos condenatórios, não sendo considerada imprescindível a corroboração de seu conteúdo por outros meios de prova.

Os métodos utilizados serão o dedutivo e o dialético, consistindo a técnica de pesquisa em documental e bibliográfica. Nesse sentido, há de se realizar levantamento da bibliografia nacional e estrangeira sobre o tema, assim como breve análise jurisprudencial. Ainda, conforme referido, inevitável que se proceda a uma abordagem transdisciplinar, dada a necessidade de aliar conhecimentos de Direito Penal e Processual Penal a construções teóricas atinentes ao ramo da Psicologia do Testemunho.

No que tange à estrutura, o desenvolvimento do presente trabalho se apresentará na forma tripartida.

---

<sup>8</sup> No ponto, claramente refere Gustavo Noronha de Ávila que “(...) a qualidade da prova testemunhal pode estar comprometida também quando da ocorrência de lapso temporal exacerbado entre a coleta dos depoimentos policiais e os testemunhos judiciais.” (ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. VI.)

A primeira parte versará sobre os conceitos que se mostram essenciais para a compreensão dos processos de produção e valoração da prova testemunhal. Nesse intento, serão formuladas, primeiramente, definições de caráter geral. Após, realizar-se-á breve incursão pelos princípios constitucionais relacionados à atividade probatória em nosso ordenamento jurídico, bem como breve debate sobre o sistema processual penal aqui adotado. Por fim, será abordada a prova testemunhal conforme o tratamento que lhe é dispensado pelo processo penal brasileiro, examinando-se a disciplina legal afeita à sua produção e o peso conferido a ela quando de sua valoração.

A segunda parte, por sua vez, trará aporte teórico das chamadas “ciências *psi*” a fim de permitir uma melhor compreensão acerca da memória e de seu funcionamento. Realizada essa incursão inicial, aprofundar-se-á o debate em torno das falsas memórias, dada a relevância destas para a acurácia e para a confiabilidade de um testemunho. Por fim, será traçado o paralelo entre a prova testemunhal em sua atual formatação – tema da primeira parte – e tais conhecimentos transdisciplinares, a fim de melhor compreender as deficiências do modelo atual e definir as modificações necessárias para sua adequação às descobertas trazidas pela Psicologia do Testemunho. Desse modo, também esse tópico será dividido em três subitens. As questões a serem abordadas por cada um deles são, respectivamente: a) quais fatores influenciam na qualidade da prova testemunhal, causando sua contaminação?; b) de quais maneiras os operadores do Direito devem atuar para reduzir tal contaminação? e c) uma vez já produzida a prova testemunhal, como avaliar sua confiabilidade?.

Destarte, a parte final do trabalho se debruça sobre o instituto da produção antecipada de provas, ainda pouco debatido pela doutrina nacional. Isso porque, uma vez demonstrado que a dimensão temporal estaria interligada à larga maioria dos fatores de contaminação da prova testemunhal, este mecanismo processual exsurge como ferramenta apta a, presentes certos requisitos, encurtar o lapso de tempo transcorrido até a colheita do testemunho, elevando sua confiabilidade, portanto. Assim, será realizada breve análise do funcionamento do instituto e, posteriormente, problematizada a necessidade de fixação de novos critérios para sua utilização. Em tal busca, a análise se voltará para os parâmetros elencados pela jurisprudência, bem como pelo projeto de novo Código de Processo Penal.

*“A trial without witnesses, when it involves a criminal accusation, a criminal matter, is not a true trial.”*

*(Bill McCollum)*

## 2 A PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL

A presente seção do trabalho visa a desenvolver os conceitos essenciais para a compreensão da prova testemunhal nos termos em que atualmente formatada em nosso processo penal. Para tanto, passa-se, em um primeiro momento, a apresentar aquelas noções de caráter mais universal, isto é, que se aplicam à prova testemunhal como um todo, independentemente do ordenamento jurídico em questão.

### 2.1 NOÇÕES GERAIS

#### 2.1.1 Conceito

A título introdutório, imperativo que se busque conceituar e, com isso, delimitar o que vem a ser a prova testemunhal. Tal esforço nos remete à etimologia da palavra “testemunhar”, que, conforme leciona Aranha, “vem do latim *testari*, significando mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar etc”<sup>9</sup>. Dessa maneira, testemunha seria a coisa ou pessoa “que afirma a verdade de algum fato”<sup>10</sup>, sendo certo que no sentido jurídico o vocábulo se limitará a designar as “pessoas que comparecem ao processo para fazer declarações sobre um fato”<sup>11</sup>. Em sentido similar, Aquino aponta a existência de autores que entendem que o vocábulo “testemunha” “provém de *antesto* ou *antisto*, que quer dizer: uma pessoa que vê diretamente um fato e conserva sua imagem”<sup>12</sup>.

Contudo, a apreensão do conceito etimológico não basta para fornecer uma definição juridicamente aplicável. Assim, prosseguindo na busca de um conceito jurídico, tem-se, de início, a visão de Malatesta, em que são diferenciadas as provas reais das pessoais, tratando-se destas últimas quando a “pessoa produz afirmação, revelando *conscientemente* as impressões psíquicas conservadas em seu espírito, relativamente ao fato a ser verificado”<sup>13</sup> (grifo original). Ainda assim, tal definição não pode ser diretamente transferida para o processo penal contemporâneo, dado que, para o autor, a prova testemunhal compreendia não apenas o

<sup>9</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 156.

<sup>10</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>11</sup> Ibidem, p.157.

<sup>12</sup> AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 12.

<sup>13</sup> MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 280.

chamado “testemunho de terceiro”, mas também o testemunho do ofendido e do acusado, além do testemunho pericial<sup>14</sup>.

Assim, cabe frisar que a doutrina mais moderna restringe a prova testemunhal à prova que tem origem no relato de pessoa “diversa dos sujeitos processuais”, isto é, prova “constituída pelas declarações que *pessoas estranhas à lide* fazem ao juiz”<sup>15</sup> (grifo nosso), sendo que a palavra do ofendido e do acusado recebem tratamento diverso (e nomenclatura diversa, portanto) justamente em razão do diferente crivo ao qual se entende que deverão ser submetidas quando de sua valoração pelo julgador.

Feita essa ressalva, ao analisar a multiplicidade de definições disponíveis atualmente, verifica-se que, em verdade, a maioria delas não apresenta divergências dignas de nota no que toca ao conteúdo. Para ilustrar esse ponto, passamos a destacar brevemente algumas conceituações já consagradas pelo uso.

Primeiramente, destaca-se a visão apresentada por Goldschmidt, que refere ser testemunha “a pessoa, distinta das partes e de seus representantes legais, que depõe sobre percepções sensoriais concretas, relativas a fatos e circunstâncias pretéritas”<sup>16</sup>. Em um segundo momento, aponta-se visão de Carnelutti, para quem “o testemunho é, pois, um ato humano dirigido a representar um fato não presente, quer dizer, acontecido antes do próprio ato”<sup>17</sup>.

Já na doutrina nacional, Aquino nos aponta a definição de Magalhães Noronha, segundo a qual “testemunha é a pessoa que, perante o juiz, declara o que sabe acerca de fatos sobre os quais se litiga no processo penal”<sup>18</sup>. Aranha, por sua vez, dá destaque às visões de João Monteiro (“Testemunha é a pessoa capaz e estranha ao feito chamada a juízo para depor o que sabe sobre fato litigioso”<sup>19</sup>) e de Máximo de Castro (“Testemunha é a pessoa idônea,

<sup>14</sup> MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, passim.

<sup>15</sup> Alusões às definições de testemunha apresentadas, respectivamente, por Chiovenda e Mortara, *apud* ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158.

<sup>16</sup> Goldschmidt *apud* ARANHA, op. cit., loc. cit.

<sup>17</sup> Carnelutti *apud* BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 246.

<sup>18</sup> Magalhães Noronha *apud* AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 14.

<sup>19</sup> João Monteiro *apud* ARANHA, op. cit., loc. cit.

estranha ao pleito e às partes, que é chamada para depor sobre fatos caídos sob o domínio de seus sentidos”<sup>20</sup>).

Por fim, destaca-se ainda a definição fornecida por Gustavo Henrique Badaró, segundo quem “a testemunha é o indivíduo que, não sendo parte nem sujeito interessado no processo, depõe perante um juiz, sobre fatos pretéritos relevantes para o processo e que tenham sido percebidos pelos seus sentidos”<sup>21</sup>.

Conforme referido anteriormente, desse contexto ressaí que a definição do que vem a ser “testemunha” não é cercada por maior dissenso. Todavia, a fim de prevenir que se incorra em qualquer incoerência decorrente da adoção de conceitos diversos, cumpre dizer que será adotada a definição de Badaró no presente trabalho.

No ponto, demonstra a relevância de sua contribuição para o presente estudo a diferenciação traçada pelo autor entre os atos de testemunhar e depor. Tal observação se mostra vital para esta obra, uma vez que se pretende analisar em maior detalhe ambos os atos. Assim, em suas palavras:

Não se deve confundir testemunhar com depor. Testemunhar é presenciar algo, isto é, ter contato com um determinado fato. Depor é declarar perante o juiz o que foi presenciado, isto é, reproduzir o que os sentidos perceberam. A pessoa que presenciou um fato relevante para o processo é testemunha. Já o depoimento é o ato por meio do qual a testemunha narra em juízo os fatos que presenciou.<sup>22</sup>

Dito isso, cabe destacar que o escopo deste trabalho será justamente o de alcançar meios para melhor preservar o conteúdo desse meio de prova entre a ação de testemunhar e aquela de efetivamente depor. Assim, muito embora tal testemunho por certo só passe a existir no mundo jurídico após a tomada de depoimento em juízo, também é verdade que de nada valerá esse depoimento caso se constate que sua qualidade fora corrompida no interregno entre um ato e outro.

---

<sup>20</sup> Máximo de Castro *apud* ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 158.

<sup>21</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 245.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 245. Também Aranha atenta para o interesse em tal distinção, referindo que “é por demais relevante, no presente tópico, fazer a diferenciação entre testemunhar e depor. A primeira consiste em presenciar um determinado fato, enquanto a segunda resulta na declaração do assistido.” E prossegue: “Quem testemunha presencia; quem depõe reproduz o que seus sentidos perceberam.” (ARANHA, *op. cit.*, p. 162).

### 2.1.2 Fundamento

No que tange ao fundamento da prova testemunhal, sustentou-se historicamente que este residiria na capacidade e na voluntariedade do homem de retransmitir acuradamente determinado fato que porventura tivesse observado. Tanto é o que expressa Malatesta quando diz que

O fundamento, portanto, da afirmação de pessoa em geral, e do testemunho em especial, é a presunção de que os homens percebem e narrem a verdade, presunção fundada, por sua vez, na experiência geral da humanidade, a qual mostra como na realidade e no maior número de casos, o homem é verídico; verídico, pela tendência natural da inteligência, que encontra na verdade, mais facilmente que na mentira, a satisfação de um bem ingênito [...].

.....

A presunção, portanto, de que os homens em geral percebem e narram a verdade, presunção que serve de base a toda a vida social, é também base lógica da credibilidade genérica de toda a prova pessoal e testemunho em particular.<sup>23</sup>

Ao comentar tal posicionamento, Aquino aduz precisamente que tal presunção teria por base dois pontos, a saber, a “capacidade de o homem perceber a ocorrência dos fatos e a veracidade humana”<sup>24</sup>. Destacando doutrina em sentido contrário, o autor em questão passa a expor os pensamentos de Manzini e Fenech, os quais adotariam corrente mais cética ao apontar as graves limitações impostas à prova testemunhal pela própria (in)capacidade humana de objetivamente perceber e fidedignamente narrar os fatos testemunhados. Por esse motivo, Aquino busca sopesar as duas posições, aceitando o testemunho como fonte de prova, mas em grande parte, aponte-se, “pela minguada de melhores meios”<sup>25</sup>.

Por essa razão, entende-se atualmente superada a visão de Malatesta, ganhando força a ideia de que o fundamento da prova testemunhal reside em sua inevitabilidade como instrumento probatório. Tal visão encontra apoio em célebre lição de Tourinho Filho:

A prova testemunhal, sobretudo no Processo Penal, é de valor extraordinário, pois dificilmente, e só em hipóteses excepcionais, provam-se as infrações com outros elementos de prova. Em geral as infrações penais só podem ser provadas, em juízo, por pessoas que assistiram ao fato ou dele tiveram conhecimento.

<sup>23</sup> MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 319-321.

<sup>24</sup> AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 15.

<sup>25</sup> AQUINO, op. cit., p. 16.

**Assim, a prova testemunhal é uma necessidade, e nesta reside seu fundamento.**<sup>26</sup> (grifo nosso)

Por outro lado, tem-se que quaisquer controvérsias levantadas acerca da confiabilidade dos testemunhos necessariamente esbarrarão nesta indispensabilidade. Assim, não há que se cogitar do seu abandono enquanto meio de prova, uma vez que qualquer resolução nessa direção se provaria – além de extremamente limitadora, seja para acusação ou para defesa – absolutamente ineficaz. A questão a ser encarada, portanto, reside em como produzir e gerir a prova testemunhal de modo a torná-la tão fiel aos fatos que retrata quanto possível.

Antes de prosseguir no estudo da prova testemunhal propriamente dita, todavia, faz-se necessária uma incursão pelos mandamentos constitucionais a ela relativos, bem como pelo sistema em que esta se insere, a fim de se desenvolver uma abordagem holística do problema a ser abordado.

## 2.2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS RELACIONADOS

Não é possível compreender a produção da prova testemunhal sem que primeiro se discuta quais são os princípios constitucionais a ela atrelados. Partindo desse pressuposto, passa-se a examinar o tema.

Nesta senda, sustenta Canotilho que “os princípios são multifuncionais”<sup>27</sup>. Prosseguindo, refere serem eles “verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas — as regras jurídicas”<sup>28</sup>. Realça, pois, que os princípios poderão ser diferidos das regras de acordo com três critérios, consistentes no seu grau de abstração, grau de determinabilidade e caráter de fundamentalidade. Nesse sentido, os princípios possuiriam caráter mais abstrato, não seriam diretamente aplicáveis (uma vez que “carecem de mediações concretizadoras”<sup>29</sup>) e possuiriam posição hierárquica mais elevada, notadamente em razão de seu propósito estruturante.

---

<sup>26</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. V. 3, p. 315.

<sup>27</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993, p. 167.

<sup>28</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>29</sup> *Ibidem*, p. 166.

Dito isso, tem-se que, conforme aponta Di Gesu ao valer-se de classificação feita por Lopes Jr., “cinco são os princípios que regem a matéria probatória: jurisdição, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e livre convencimento motivado”<sup>30</sup>. Resguardado o merecido respeito à classificação apresentada, limitar-se-á a análise aqui realizada aos dois últimos (contraditório e livre convencimento motivado), por entender-se serem estes aqueles que mais profundamente afetam, respectivamente, a produção e a valoração da prova testemunhal, objeto desta monografia.

Destarte, adentrando no tema da garantia constitucional do contraditório, destaca-se advertência de Carnelutti no sentido de ser esse “o mais delicado dos dispositivos do processo”<sup>31</sup>. Ainda nos termos do autor, o contraditório “se desenvolve à maneira de um diálogo”<sup>32</sup>. Assim, é em tal estrutura dialética, com a possibilidade de cada uma das partes “apresentar as provas dos fatos dos quais depende que o juiz lhe dê razão”<sup>33</sup>, que reside a característica diferenciadora do processo jurisdicional, sem a qual sequer haveria que se falar em processo, mas tão somente em procedimento<sup>34</sup>.

Prosseguindo, Carnelutti faz ainda relevante distinção entre a natureza do contraditório no processo penal e no processo civil:

O processo penal, grosso modo, sustenta-se sobre uma perna somente. Deve pôr-se-lhe outra para que possa se manter em equilíbrio: a este ofício serve o ministério público. Com ele se restabelece o contraditório. O processo cível, diríamos, opera com o contraditório natural; o processo penal, com um contraditório artificial.

.....

Poder-se-ia dizer: o contraditório existe porque existem o autor e o demandado; o ministério público e o defensor existem porque deve existir o contraditório.<sup>35</sup>

De tal excerto, resta claro o papel de destaque ocupado pelo princípio do contraditório no processo penal, uma vez que serve de princípio norteador para o próprio estabelecimento das partes a fim de vê-lo efetivado. Por outro lado, caberá ao órgão jurisdicional assegurar o contraditório, o que seguramente não se confunde com fazer-se contraditor<sup>36</sup>.

<sup>30</sup> DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2.ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 58.

<sup>31</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Como se faz um processo*. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2005, p. 85

<sup>32</sup> Ibidem, p. 100.

<sup>33</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>34</sup> DI GESU, op. cit., p. 68-69.

<sup>35</sup> CARNELUTTI, op. cit., p. 102-103.

<sup>36</sup> DI GESU, op. cit., p. 69.

Em decorrência de tais características é que Gomes Filho sustenta a existência de um direito à prova no processo penal<sup>37</sup>. Para ele,

O direito à participação contraditória nas atividades relacionadas à prova se manifesta, em primeiro lugar, de forma *preventiva*, através da faculdade que deve ser assegurada às partes de dialogar a respeito da admissão das provas; a seguir, significa a necessidade de participação em todos os atos de *aquisição* probatória, seja através de manifestação referente à introdução de provas preconstituídas, seja pelo acesso efetivo aos atos de elaboração das provas que se formam em juízo; por derradeiro, corresponde ainda a um direito de influir, com críticas e argumentos, no momento final de *valoração* do resultado das atividades probatórias.<sup>38</sup>

Como bem se vê, do direito ao contraditório decorreria um direito à prova, não estando este limitado, como se poderia pensar, a influir na produção das provas por oportunidade da audiência de julgamento, estendendo-se, isso sim, desde o debate acerca de sua admissibilidade até o processo de avaliação do valor probatório dos elementos uma vez que já tenham sido carreados aos autos.

Por fim, há de se atentar para a existência de autores que defendem uma diferenciação das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mormente em razão dos efeitos de tal diferenciação para o campo das nulidades processuais, haja vista que, ainda que do desrespeito ao contraditório necessariamente decorra um desrespeito ao direito de defesa, nem sempre se verificaria o contrário. Em outros tópicos, todavia, fato é que ambas garantias se encontram via de regra imbricadas.<sup>39</sup>

Inicia-se, desta feita, a análise do princípio do livre convencimento motivado. Assim, tal princípio reflete, antes de mais nada, uma escolha metodológica no que tange à verificação dos fatos.<sup>40</sup> Dessa maneira, ao dispor acerca da necessidade ou não de motivação das decisões judiciais, diz respeito também ao critério adotado para valoração das provas.

No tópico, tem-se que ao modelo de livre convencimento motivado – também denominado “da persuasão racional” – contrapõem-se o sistema baseado nas “provas legais”

<sup>37</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

<sup>38</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 173.

<sup>39</sup> DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2.ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 67.

<sup>40</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 161.

(ou “prova tarifada”) e aquele fundado na “íntima convicção”.<sup>41</sup> Em brevíssima síntese, no sistema das provas legais a atribuição do valor da prova era tarefa que cabia ao legislador, incumbindo ao juiz meramente aplicar o disposto por este. Nos demais modelos atribuía-se ao julgador tal tarefa, permitindo a ele maior liberdade, portanto.<sup>42</sup>

A diferenciação entre o método da íntima convicção e do livre convencimento, por sua vez, reside na fixação de limites à liberdade de valoração do conjunto probatório pelo magistrado. Assim, “enquanto na *íntima convicção* a solução das questões de fato decorre de uma tomada de posição pessoal, em face das provas apresentadas, o *livre convencimento* pressupõe uma liberdade *racionalizada*”<sup>43</sup> (grifo original). Isso significa que, se no primeiro modelo o magistrado não se encontra restrito por qualquer necessidade de justificar o valor atribuído às provas produzidas, no segundo sistema manterá sua liberdade de valoração, mas se verá obrigado a expor o raciocínio que o levou a agir de uma ou de outra maneira.

Nesse sentido, a escolha por um ou por outro modelo decorrerá diretamente do “grau de preocupação com o subjetivismo inerente ao ato de julgar e, daí, com as possíveis arbitrariedades que dele possam resultar”<sup>44</sup>.

No contexto apresentado, a necessidade de exposição da motivação das decisões judiciais se justifica por ser ela instrumento “para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência”<sup>45</sup>. Em outras palavras, é somente por intermédio dela que se possibilita o “controle da racionalidade da decisão judicial”<sup>46</sup>, haja vista permitir que qualquer interessado refaça o percurso mental realizado pelo julgador<sup>47</sup>.

Finda a apertada análise dos aspectos constitucionais da matéria, sucedâneo lógico é que se passe a examinar os sistemas processuais penais existentes, bem como a controvérsia acerca de seus critérios diferenciadores.

---

<sup>41</sup> Cf. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 339-341.

<sup>42</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 161.

<sup>43</sup> GOMES FILHO, op. cit., p. 162.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 340.

<sup>45</sup> LOPES JR., Aury Lima. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 234.

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 235.

<sup>47</sup> GOMES FILHO, op. cit., loc. cit.

## 2.3 SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

### 2.3.1 Sistema acusatório e sistema inquisitório

A fim de melhor compreender a posição ocupada pela prova testemunhal no processo penal, imperativo que se analise o sistema processual em que ela está inserida. Isso se explica pelo fato de que “as regras acerca da prova penal sofrem influência direta pela escolha de um ou outro modelo”<sup>48</sup>, uma vez que tais sistemas refletem a ideologia que reveste certa visão de processo, traduzindo a concepção que dada sociedade possui a respeito de seus elementos e de seus objetivos<sup>49</sup>.

Já de início, o estudo do tema se mostra extremamente complexo, mormente em razão da existência de grave discordância, se não disputa, entre diferentes setores da doutrina. Explica-se: se há consenso quanto à existência, historicamente, de um sistema processual inquisitório e de um sistema acusatório, a tentativa de estabelecimento de um critério de identificação que permita diferenciar entre um e outro, por sua vez, é o cerne de controvérsia surgida há mais de cento e sessenta anos no meio doutrinário internacional<sup>50</sup>.

Assim, antes de se ingressar no debate, é essencial que se perceba que, ainda que seja vital identificar os traços constitutivos a demarcar cada um dos sistemas, estes mesmos sistemas se limitam a “abstrações ou modelos ideais. Atualmente não existem sistemas acusatórios ou inquisitórios ‘puros’. Ora o processo é prevalentemente acusatório, ora apresenta maiores características inquisitoriais.”<sup>51</sup>

Feita essa ressalva, na tentativa de elencar as principais características dos modelos acusatório e inquisitório, colaciona-se ensinamento de Badaró:

O **processo acusatório** é essencialmente um processo de partes, no qual acusação e defesa se contrapõem em igualdade de posições, e que apresenta um juiz sobreposto a ambas. Há uma nítida separação de funções, que são atribuídas a pessoas distintas,

<sup>48</sup> DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2.ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 24.

<sup>49</sup> ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 7.

<sup>50</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. p. 2. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

<sup>51</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 36.

fazendo com que o processo se caracterize como um verdadeiro *actum trium personarum*, sendo informado pelo *contraditório*. E, além de suas características históricas de oralidade e publicidade, vigora, no processo acusatório, o princípio da *presunção de inocência* [...].

Já no *processo inquisitório*, as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em *uma única pessoa*, que assume assim as vestes de um juiz acusador, isto é, um inquisidor. O réu não é parte, mas um *objeto do processo*. A ação iniciava-se *ex officio*, por ato do juiz. Em tal processo não havia contraditório, que não seria nem mesmo concebível devido à falta de contraposição entre acusação e defesa. Excluída a dialética entre acusação e defesa, a investigação cabia unilateralmente ao inquisidor. Inconcebível, em tal sistema, a existência de uma relação jurídica processual. O processo normalmente era *escrito e secreto*.<sup>52</sup> (grifos originais)

Adicionalmente, Badaró busca definir qual seria a essência do processo penal acusatório, com o que penetra, portanto, no ponto controvertido supracitado, isto é, o da busca por um núcleo que sirva de baliza para identificar, em um caso concreto, o sistema de que se trata. Para ele, tal essência reside na “nítida separação entre as funções de acusar, julgar e defender”<sup>53</sup>.

O que se observa é que a separação entre as funções de acusação, julgamento e defesa, embora, sem dúvida, reconhecida pelo restante da doutrina<sup>54</sup> como uma característica do processo acusatório, é tida por certa corrente como insuficiente para inferir o caráter acusatório de um sistema. Para tal vertente, a distinção entre os dois modelos deverá se basear naquilo que se costumou chamar “teoria da gestão da prova”. Segundo essa teoria, o critério mais adequado para diferenciação entre os dois sistemas residiria na forma de atuação do juiz no que tange à produção de provas. No ponto, bem sintetiza Andrade:

Em termos simples, ela prega que a diferença entre os sistemas acusatório e inquisitivo estaria na postura do juiz durante a fase probatória. Assim, nas legislações em que o juiz está autorizado a adotar uma postura ativa nessa fase – portanto, autorizado, ainda que sob determinadas condições, a questionar e produzir prova *ex officio* –, o sistema seria inquisitivo; e nas legislações em que o juiz tem o dever de adotar uma postura completamente inerte, figurando como um mero árbitro da atuação das partes, o sistema seria acusatório.<sup>55</sup>

52 BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito processual penal: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p 37.

53 Ibidem, p. 38.

54 Cf., entre outros, DI GESU, op. cit., p. 37; ÁVILA, op. cit., p. 17; bem como LOPES JR., Aury Lima. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. I. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 60.

55 ANDRADE, Mauro Fonseca. Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma. p. 2-3. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

Assim, para os adeptos dessa teoria, o critério deixa de ser tão somente a separação das funções de acusar e de julgar, passando a ser a possibilidade ou não de produção de prova de ofício pelo magistrado<sup>56</sup>. A justificativa para essa mudança de paradigma é fornecida por Khaled Jr., quando aduz que

Por outro lado, **muitos – contrariamente a um sistema acusatório – entendem que o juiz pode determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, ou proceder novos interrogatórios e reinquirir testemunhas**, pois ele deve decidir, deve perseguir a verdade real. **No entanto, se o juiz desloca-se de seu papel de julgador, comporta-se como um juiz inquisidor** e abandona seu lugar de árbitro, elemento imprescindível a um processo penal democrático e acusatório. **Se não há separação entre as funções de acusar e julgar, o sistema se torna inquisitório.**<sup>57</sup> (grifo nosso)

Contanto, entende-se que tal raciocínio realiza um salto lógico. Isso porque, embora seja seguro afirmar que, inexistindo separação entre as funções de acusar e julgar, o processo assumirá feição inquisitorial inevitavelmente, daí não decorre que a produção de prova *ex officio judicis* viole tal separação de atribuições.

Ao analisar o tópico, Andrade destaca que a totalidade dos teóricos nacionais adeptos da teoria da gestão da prova tomam como base argumentativa a obra de Franco Cordero.<sup>58</sup> Assim, tece crítica extremamente pertinente ao destacar que a posição defendida não encontraria real amparo na obra deste, tratando-se, em verdade, de erro interpretativo, notadamente de trecho em que Cordero refere que o juiz inquisidor desenvolveria “quadros mentais paranoicos”. Nas palavras de Andrade:

Cordero mantém sua posição de o juiz inquisidor ser um paranoico, mas é contrário ao entendimento de que o juiz que produz prova de ofício somente está inserido no sistema inquisitivo, o que o levaria a ser, portanto, paranoico e produtor de prova somente contra o réu. **Ou seja, o juiz inquisidor seria paranoico, mas juiz que produz prova de ofício não é necessariamente inquisidor e, por óbvio, paranoico.**<sup>59</sup> (grifo nosso)

<sup>56</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. I*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 71-82.

<sup>57</sup> KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro – acusatório, misto ou inquisitório? Porto Alegre: *Revista Civitas*, v. 10, n. 2, 2010, p. 305.

<sup>58</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da (Indi)Gestão da Prova Penal*. p. 2. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-indigestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

<sup>59</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. p. 41. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

Dessa maneira, exsurge que a doutrina apontada como embasamento para a teoria da gestão de prova apresenta conclusão diametralmente oposta àquela por esta defendida.<sup>60</sup> Assim, ao menos no que diz respeito à obra de Cordero, não há que se falar em inquisitorialidade como decorrência lógica da atividade probatória de ofício da parte do julgador.

Todavia, há que se enfrentar ainda a ideia de que se o julgador entender que não há provas bastantes a fundamentar decisão condenatória, deverá absolver o réu, de modo que a produção de provas de ofício só poderia atuar em prejuízo do acusado.<sup>61</sup> No ponto, sustenta Badaró que mesmo que a prova produzida venha a atuar em desfavor do acusado, “isto não significa perda da imparcialidade, mas sim privilegiar um modelo que permita uma mais eficiente reconstrução dos fatos”<sup>62</sup>, o que se justificaria por tratar o processo penal de temas de direito público, e, portanto, de caráter indisponível<sup>63</sup>. Assim posta a questão, conclui que “modernamente, o processo acusatório admite que o juiz seja dotado de poderes instrutórios, ou seja, é compatível com um juiz dotado de poderes para determinar *ex officio* a produção de provas”<sup>64</sup>.

### 2.3.2 O modelo brasileiro

Do debate acima exposto, resulta como consequência inevitável que também na tentativa de definir qual seria o sistema processual penal adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro reside grave controvérsia. As hipóteses levantadas são, portanto, da adoção de um sistema inquisitório, acusatório ou, até mesmo, misto.

---

<sup>60</sup> Em publicação diversa, Andrade reitera: “Em obra publicada em 2000, e de conhecimento de diversos autores que defendem e propagam a teoria da gestão da prova, ninguém menos que Franco Cordero afirma que o processo penal italiano aderiu ao sistema acusatório, e que a atividade probatória de ofício do juiz é necessária. Em outros termos, este mesmo autor admite a possibilidade – de resto, admitida pela imensa maioria dos autores europeus contemporâneos – de convivência do sistema acusatório com a atividade probatória *ex officio judicis*, dentro, por óbvio, de certos limites.” (ANDRADE, Mauro Fonseca. *Sobre a Processualística Universitária: o ensino do direito processual penal no Brasil e seu atual estágio*. p. 109. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1473363144.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363144.pdf)>. Acesso em: 27/10/2016.)

<sup>61</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 39.

<sup>62</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>63</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. p. 6. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016. O argumento em questão foi extraído de trecho em que o autor analisa a reforma do Código de Processo Penal Italiano de 1930, operada na década de 80, oportunidade em que teria sido suscitado por doutrinadores de relevo daquele país, dentre os quais Paolo Tonini.

<sup>64</sup> BADARÓ, op. cit, p. 39.

Impende ressaltar, já de início, a existência de diversas manifestações do Supremo Tribunal Federal (doravante STF) a apontar que o sistema processual acusatório teria sido o escolhido, ainda que não de maneira explícita, por nossa Constituição Federal de 1988 (doravante CF/88).<sup>65</sup>

A doutrina mais convencional, contudo, “costuma referir-se ao modelo brasileiro de sistema processual [...] como um sistema de natureza *mista*, isto é, com feições acusatórias e inquisitoriais”<sup>66</sup> (grifo do autor). Esse posicionamento se justificaria em face da existência de um inquérito policial de caráter inquisitório seguido do processo, este sim de viés acusatório.

A linha doutrinária ligada à já anteriormente citada teoria da gestão da prova, por sua vez, entende que a ideia de um sistema misto seria falaciosa.<sup>67</sup> Isso porque, segundo tal visão, a cada sistema processual corresponderia um “princípio unificador” a estruturá-lo. Assim, não sendo possível pensar como misto tal princípio fundante, não haveria que se falar em um modelo híbrido.<sup>68</sup> Tal visão é bem sintetizada por Andrade:

[...] encontrado seu princípio unificador, igualmente encontrado estará o sistema de processo penal. Essa linha de pensamento permite a Coutinho definir os sistemas acusatório e inquisitivo a partir da identificação dos princípios dispositivo e inquisitivo, por considerá-los o princípio reitor de cada sistema referido. E, como não haveria um princípio misto, disso derivaria a inexistência do sistema misto.<sup>69</sup>

Para tal doutrina, pensar um sistema processual como misto pouco informa sobre sua real natureza, pois o que importaria, em verdade, é que “essa mistura será, em sua essência, inquisitória ou acusatória, a partir do princípio que informa o núcleo”<sup>70</sup>. Por essa razão é que o sistema processual adotado pelo Brasil, para esse setor doutrinário, embora acusatório em

<sup>65</sup> Há referência nesse sentido em diversos julgados, sendo que na ementa da ADI 5104 MC/DF, por exemplo, fez-se constar: “A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5104 MC, Relatoria: Min. Roberto Barroso, julgado em 21/05/2014, *DJe-213* 30/10/2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 29/10/2016).

<sup>66</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 13-14.

<sup>67</sup> KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro – acusatório, misto ou inquisitório? Porto Alegre: *Revista Civitas*, v. 10, n. 2, 2010, p. 299.

<sup>68</sup> ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 23.

<sup>69</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. p. 33-34. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

<sup>70</sup> ÁVILA, op. cit., loc. cit.

aparência, seria “claramente inquisitório na sua essência”<sup>71</sup>. No ponto, Khaled Jr. chega ao ponto de afirmar que,

Embora em outros casos sistemas mistos possam ser majoritariamente acusatórios, **o fato é que qualquer comprometimento na estrutura acusatória do sistema já basta para caracterizá-lo como inquisitório. Inclusive pode ser dito que não há efetivamente nenhum sistema acusatório em vigor em escala mundial**, seja na estrutura de *civil law* (continental) ou na estrutura de *commom law* (anglo-americana), como será visto posteriormente.<sup>72</sup> (grifo nosso)

Porém, tal entendimento, com a devida vênia, também nos parece reducionista ao considerar que qualquer desvio de um modelo abstrato (cuja função principal deveria ser a norteadora) bastaria para que o sistema fosse rotulado como inquisitorial. Se a etiquetagem genérica de um sistema como misto não serve a um bem-vindo e necessário propósito crítico, certo será que a denominação de todos os sistemas como inquisitoriais também peca ao colocar em pé de igualdade sistemas processuais extremamente diferentes entre si.

De outra banda, há quem critique a ideia de que o Brasil teria adotado o sistema misto com base em razões diversas. Nesse sentido é que se situa Andrade ao referir o que segue:

Em relação aos defensores de que nosso país adotou o sistema misto, há o esquecimento de que os *sistemas de processo penal* dizem respeito à fase *processual* da persecução penal, o que leva à exclusão do inquérito policial (de natureza administrativa) como fator determinante para a identificação daquele sistema.<sup>73</sup>

Assim, resulta claro que, para tal autor, não há que se falar em sistema misto no Brasil com base nas características atribuídas ao inquérito policial, simplesmente porque não se poderia tentar classificar o sistema processual, note-se, a partir de elementos que não compõem a fase processual. Importante que não se confunda, portanto, processo com procedimento.

Prosseguindo em seu raciocínio, Andrade coloca em xeque ainda a noção de “sistema”, aduzindo que “nosso país não segue um sistema de processo penal em

<sup>71</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. I*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011, p. 75.

<sup>72</sup> KHALED JR., op. cit., loc. cit.

<sup>73</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *O Sistema Acusatório proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo*. p. 3. Disponível em: < <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/O-Sistema-Acusatorio-no-Projeto-de-Novo-CPP1.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

específico”<sup>74</sup>. A seu ver, o Brasil possuiria tão somente “*modelos de processo*, ao invés de um *sistema de processo*, graças à absoluta ausência de unidade sistêmica (também chamada de *principium unitatis*)”<sup>75</sup> (grifos do autor).

À guisa de fechamento no tópico, uma vez que não se tem aqui a pretensão de fornecer uma resposta definitiva a celeuma tão árida, exsurge a certeza de que um sistema acusatório – ou cada vez mais acusatório – deverá ser buscado, no que se ressalta a sua adoção, agora de maneira explícita, pelo projeto de novo Código de Processo Penal.<sup>76</sup>

### 2.3.3 Reflexos no sistema de inquirição

Como bem se viu, a escolha por um ou outro sistema processual penal – ou, melhor dizendo, a diferente gradação de um sistema, pendendo mais para um ou outro pólo<sup>77</sup> – traz consigo o debate acerca de quem estaria legitimado a atuar (e de que forma) no processo de produção da prova.

Assim, no campo da prova testemunhal esse debate se centra no sistema de inquirição adotado, isto é, a técnica utilizada na colheita das informações testemunhais. Os posicionamentos a esse respeito se dividem em duas vertentes.<sup>78</sup>

Para alguns, deve prevalecer o sistema presidencial, regra nos ordenamentos continentais, em que a inquirição das perguntas é feita pelo juiz, que, além disso, será responsável por averiguar a admissibilidade das perguntas realizadas pelas partes, sendo ele quem de fato as dirigirá a elas.

Outros, porém, defendem a adoção do sistema comumente verificado nos ordenamentos jurídicos de origem anglo-saxônica, consistente na utilização das técnicas de

<sup>74</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. *O Sistema Acusatório proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo*. p. 4. Disponível em: < <http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/O-Sistema-Acusatorio-no-Projeto-de-Novo-CPP1.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

<sup>75</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>76</sup> Vide artigo 4º do referido diploma. (BRASIL. Projeto de Lei n. 156 de 2009. *Senado*. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>> Acesso em: 29/10/2016.)

<sup>77</sup> Caso, conforme elaborado anteriormente, se considere que não há que se falar em um sistema verdadeiramente “puro”. Nesse sentido, ver KHALED JR, op. cit., p. 299, bem como ÁVILA, op. cit., p. 22.

<sup>78</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 152.

“*direct examination*” e “*cross examination*”. Neste modelo, a testemunha é inquirida diretamente pelas partes. Assim, perguntará primeiro a parte que a arrolou, sendo este o exame dito direto, após o que terá oportunidade a parte contrária de formular as suas perguntas, aí residindo o exame cruzado.

Acerca do funcionamento e eventuais vantagens da “*cross examination*”, destaca Gomes Filho:

Na técnica da *cross examination* evidenciam-se as vantagens do contraditório na coleta do material probatório, uma vez que após o exame direto, abre-se à parte contrária, em relação à qual a testemunha é presumidamente hostil, um amplo campo de investigação; no exame cruzado, é possível fazer-se uma reinquirição a respeito dos fatos já abordados no primeiro exame (*cross examination as to facts*), como também formular questões que tragam à luz elementos para a verificação da credibilidade do próprio depoente ou de qualquer outra testemunha (*cross examination as to credit*).<sup>79</sup>

Assim, conforme refere, o sistema da “*cross examination*” asseguraria uma maior eficácia à garantia do contraditório, por permitir que as partes explorassem com maior liberdade as versões dos fatos trazidas ao processo pelas testemunhas.

No tema, tem-se que o embate entre os dois sistemas não é estranho ao cenário brasileiro. No que tange ao processo penal, viu-se surgir grande discussão acerca da interpretação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal (doravante CPP) por ocasião da reforma legislativa deste no ano de 2008.

Assim, se no regramento anterior<sup>80</sup> figurava o juiz como intermediário entre as partes e as testemunhas, agora<sup>81</sup> as perguntas passavam a ser formuladas diretamente. Contudo, a ordem de inquirição permaneceu como alvo de controvérsia, uma vez que o dispositivo

<sup>79</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997, p. 152-153.

<sup>80</sup> Vide redação anterior à reforma:

“Art. 212. As perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha. O juiz não poderá recusar as perguntas da parte, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 05/11/2016.)

<sup>81</sup> Conforme redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008:

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

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.” (Ibidem)

reformado permite que o magistrado siga realizando perguntas de sua autoria às partes, contanto que em caráter complementar<sup>82</sup>.

Assim, formou-se interpretação no sentido de que, se o caráter de suas perguntas era complementar, deveria vir necessariamente após as perguntas das partes, do que se verificaria nulidade absoluta nos casos em que o juiz iniciasse a inquirição.<sup>83</sup> Vertente diversa afirma que a ordem de inquirição não teria sido alvo da reforma, a qual se limitaria à execução direta ou indireta das perguntas, não havendo que se falar em qualquer violação.<sup>84</sup> Por fim, originou-se posição intermediária entre as anteriores, afirmando que a ordem de inquirição teria sido alvo de modificação, devendo a inquirição das testemunhas ser iniciada pelas partes, mas assegurando, em contrapartida, que da eventual inversão exsurgiria apenas nulidade relativa, devendo ser demonstrada a existência de prejuízo ao acusado.<sup>85</sup>

Nessa seara, importa destacar que o STF já se pronunciou<sup>86</sup> no sentido de reconhecer a existência de nulidade relativa nos casos de inversão na ordem de inquirição, isto é, quando esta houver sido iniciada pelo magistrado. Todavia, aponta-se que tal visão traz consigo a dificuldade de, em se tratando de nulidade relativa, efetivamente demonstrar-se a presença de prejuízo.

Não pretendendo exaurir o problema, tem-se ainda que, ao menos do ponto de vista da confiabilidade da prova testemunhal produzida, a questão pode ser colocada de maneira diversa. Nesse sentido, observa-se que o regramento atual da matéria mantém a incumbência do juiz de indeferir aquelas perguntas que se mostrarem indutivas da resposta. Atua, assim, no sentido de fiscalizar<sup>87</sup> um suposto “grau de indutividade” das perguntas realizadas.

---

<sup>82</sup> Essa permanência do caráter atuante do juiz é o que impede que o sistema atualmente adotado por nosso CPP seja de fato caracterizado como “*cross examination*”, conforme leciona Ávila: “O sistema de oitiva de testemunhas, adotado na legislação brasileira, a partir da reforma processual de 2008, é semelhante ao *cross examination* [...]. Porém, existe importante diferença: o processo penal brasileiro não limitou a atuação do juiz, no sentido de somente presidir o ato, mas também permitiu a ele a faculdade de complementar a inquirição acerca dos pontos não esclarecidos.” (ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 62).

<sup>83</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 669-675.

<sup>84</sup> Vide, em rol meramente exemplificativo, diversos julgados recentes do TJRS: Apelação Crime nº 70066354283, Recurso em Sentido Estrito nº 70071408884 e Apelação Crime nº 70070969951.

<sup>85</sup> Ver, por exemplo, OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 423.

<sup>86</sup> Vide os seguintes julgados: HC nº 103.525/PE e HC nº 110.936/RS, ambos de relatoria da Ministra Carmen Lúcia.

<sup>87</sup> Giacomolli *apud* ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 63.

Por outro lado, resulta certo que também o magistrado, por mais que intente o contrário, poderá incorrer ele mesmo em perguntas indutivas<sup>88</sup>, situação na qual não terá suas perguntas inadmitidas por ninguém, por óbvio<sup>89</sup>. Assim, há forte interesse no sentido de que o juiz realize apenas as perguntas que se mostrem realmente necessárias justamente para que possa fiscalizar a atividade das partes, que, por isso mesmo, deverão inquirir primeiro, na tentativa de esgotar o conteúdo trazido pela testemunha.

## 2.4 A PROVA TESTEMUNHAL NO CENÁRIO BRASILEIRO

Uma vez já discutidos os conceitos considerados gerais referentes à prova testemunhal, retoma-se sua análise do ponto de vista específico, adentrando na disciplina legal que lhe é dispensada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

### 2.4.1 Características

Acerca das características da prova testemunhal, colaciona-se ensinamento de Antonio Scarance Fernandes, do qual não parece haver dissenso<sup>90</sup>:

São três as características da prova testemunhal: **a oralidade, a objetividade e a retrospectividade**. Em regra, a prova testemunhal é colhida por depoimento oral (art. 204), sendo excepcionais os casos em que se admite depoimento escrito (art. 192 e parágrafo único do art. 223, ambos do CPP). Incumbe ao depoente pronunciar-se de forma objetiva, sem fazer apreciações pessoais a respeito do que está declarando (art. 213). Por fim, as testemunhas referem-se a fatos passados.<sup>91</sup> (grifo do autor)

Assim, passamos a analisar sucintamente cada uma dessas características.

<sup>88</sup> ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 63. Importa destacar que, quando a pergunta indutiva advém do magistrado, a situação é ainda mais grave, dado o peso atribuído à sua figura enquanto autoridade. Tanto é o que expressa Malatesta: “Geralmente, diante de uma resposta inspirada pela pergunta do juiz, esta é adotada, quer por levandade, quer para ser dispensado mais depressa e ver-se livre de embaraços, quer por timidez, quer, ainda, porque, julgando estar o juiz informado de tudo, melhor do que ela está, prefere a testemunha compartilhar suas convicções e teme contradizê-lo. E, em todos estes casos, como nos análogos, a sugestão conduz à falsidade.”. (MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 369).

<sup>89</sup> Cabe citar aqui a famosa locução latina: “*Quis custodiet ipsos custodes?*” (em tradução livre: “Quem irá vigiar os próprios vigilantes?” ou, ainda, “Quem fiscaliza os fiscalizadores?”).

<sup>90</sup> Cf., por exemplo, ARANHA, LOPES JR. e ÁVILA.

<sup>91</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 83.

Quanto à oralidade, observa-se ser ela um pressuposto lógico para que certo elemento probatório venha a ser considerado “prova testemunhal”, tendo em vista que eventual “declaração escrita prestada por alguém, mesmo sob a forma de ato público e trazida ao processo, valerá somente como prova documental e nunca como testemunho”<sup>92</sup>.

Já a característica da objetividade se justifica pela finalidade da prova testemunhal, consistente na reprodução de fatos, e não de juízos de valor acerca desses fatos.<sup>93</sup> A ideia por trás dessa disposição parece ser a de que a manifestação da opinião pessoal da testemunha poderia vir distorcer a percepção das partes ou mesmo do julgador acerca do conteúdo por ela proferido. No ponto, considera-se extremamente pertinente a crítica realizada por Lopes Jr., a considerar a objetividade do testemunho uma ilusão, notadamente por ser impensável dissociar a testemunha daquilo que foi observado.<sup>94</sup>

A retrospectividade, por sua vez, tem por base o fato de que o delito se encontra sempre no passado. Em face disso, “a atividade do juiz é recognitiva (conhece através do conhecimento de outro) e o papel da testemunha é o de narrador da historicidade do crime”<sup>95</sup>. Não por acaso, Taruffo traça analogia entre o magistrado, destinatário da prova, e o historiador, dado que ambos enfrentam “o problema de reconstruir um fato individual do passado, irrepetível e não diretamente conhecido”<sup>96</sup>.

Por fim, frisa-se a existência de uma característica adicional, apontada por Badaró: a judicialidade.<sup>97</sup> Com ela, o autor pretende destacar a obrigatoriedade de produção da prova em contraditório, sem o que sequer poderá ser denominada prova testemunhal. Nessa esteira, depoimentos prestados em sede de inquérito policial não constituem prova testemunhal justamente por se tratar de procedimento administrativo em que não são asseguradas tais garantias constitucionais.

---

<sup>92</sup> ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 161

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>94</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 682-684. Em nota de rodapé, o autor faz menção a uma lição de Cernelutti que bem ilustraria essa impossibilidade ao afirmar que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”. O ponto será aprofundado na sequência da presente obra, uma vez que a impossibilidade de objetividade referida está umbilicalmente ligada à volatilidade das memórias e afeta, portanto, o valor atribuído à prova testemunhal.

<sup>95</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>96</sup> Taruffo, *apud* DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2.ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 49.

<sup>97</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 245-246.

## 2.4.2 Classificação

Há diversas tentativas de classificação de testemunhas, o que se dá em face dos diferentes critérios que podem ser adotados para tanto, não se afigurando possível abordar todas elas<sup>98</sup>.

Assim, a título mais geral, utilizando-se como critério quem requer sua oitiva, bem como a prestação ou não do compromisso de dizer a verdade, entende-se que as testemunhas podem ser numerárias (arroladas pelas partes, prestam compromisso), extranumerárias (ouvidas de ofício pelo juiz, também prestam compromisso) e informantes (não prestam compromisso, independentemente de quem as chama a juízo).<sup>99</sup>

Todavia, a classificação da prova testemunhal que se mostra mais útil para o objetivo deste trabalho é aquela que a divide quanto ao seu conteúdo, podendo a testemunha ser direta (também dita “presencial”) ou indireta. Destarte, será testemunha direta aquela que presenciou os fatos de que fala, enquanto as testemunhas indiretas transmitem aquilo de que apenas tomaram conhecimento por intermédio de outras pessoas (sendo por isso chamadas de “testemunhas de ouvir dizer”).<sup>100</sup> Quanto à valoração da palavra das testemunhas indiretas, bem refere Badaró:

Todavia, nenhum valor pode ser dado a tal testemunho. [...] No testemunho indireto há uma cognição reflexa, que não fornece elementos seguros de informação, até mesmo porque a testemunha direta não terá qualquer responsabilidade pelo que a testemunha indireta tenha dito.<sup>101</sup>

Dessa forma, tem-se que a valoração do conteúdo trazido pela testemunha “de ouvir dizer” deverá se limitar ao fato de que ela verdadeiramente ouviu dizer algo, não se transmitindo a esse “algo”, isto é, ao conteúdo do qual ela apenas teve conhecimento indiretamente. Por outro lado, caso esse conteúdo se mostre de especial relevância para a resolução do caso concreto, nada obsta que seja requerida pelas partes (ou determinada pelo

<sup>98</sup> Nucci chega a afirmar ser “incabível uma classificação de testemunhas, como se elas pudessem ser separadas por grupos autônomos, com funções e metas diferenciadas”. (NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 98).

<sup>99</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 246-247.

<sup>100</sup> Ibidem, p. 247. Nucci critica tal nomenclatura, pois, em suas palavras “não é a testemunha que deve ser classificada como *direta* ou *indireta*, mas os fatos sobre os quais ela depõe”. (NUCCI, op. cit., p. 99).

<sup>101</sup> Ibidem, loc. cit.

magistrado) a oitiva da pessoa referida, esta sim presencial e, portanto, “fonte de prova originária”<sup>102</sup>.

### 2.4.3 Disciplina legal

Necessário ainda que se examine o tratamento legal dispensado à prova testemunhal a fim de se determinar, enfim, quem está apto a atuar como testemunha em um processo criminal.

De início, tem-se que qualquer pessoa poderá ser testemunha, conforme dispõe o artigo 202 do CPP. Tal regra surge, no entender de Lopes Jr, como uma “recusa a discriminações historicamente existentes em relação a escravos, mulheres e crianças, ou ainda às chamadas ‘pessoas de má-reputação’”<sup>103</sup>.

Em sentido contrário, o artigo 206 do CPP determina que ninguém poderá recusar-se a depor. Há, contudo, exceções a essa regra, isentando da obrigação de depor certas pessoas que, possuindo fortes laços de parentesco ou afinidade, não poderiam ser forçadas a dizer a verdade. Nucci ressalta, todavia, que tais laços “devem ser constatados no momento do depoimento e não na data do fato criminoso”<sup>104</sup>.

De outra banda, há certas pessoas que poderão se ver proibidas de depor. É o que se depreende da leitura do artigo 207 do CPP, que tem por objetivo tutelar o sigilo profissional, evitando que certas pessoas se vissem obrigadas a depor contra clientes seus, obrigando-se a revelar segredos aos quais obtiveram acesso apenas em função do cargo ocupado. Mesmo uma pessoa nessa situação poderá depor, contudo, caso o interessado a desobrigue. No ponto, impende destacar posição de Pacelli de Oliveira no sentido de considerar necessária a presença denexo causal a unir o conhecimento do fato à relação profissional<sup>105</sup>.

Merece destaque ainda o fato de que certas pessoas, caso venham a depor, não serão obrigadas a prestar o compromisso de dizer a verdade. Dentre elas estão, além daquelas

<sup>102</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 247.

<sup>103</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 676.

<sup>104</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 102.

<sup>105</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 416.

peessoas que não são obrigadas a depor, os doentes e deficientes mentais e os menores de quatorze anos. A essas testemunhas costuma-se denominar informantes. Nucci, porém, tece crítica a essa classificação, aduzindo não se tratarem de testemunhas, uma vez que “para ser testemunha, é indispensável o compromisso. Logo o informante não é testemunha, mas apenas, como o próprio nome diz, um mero *informante*.”<sup>106</sup>

Por fim, importa destacar a possibilidade de arguição de suspeição ou inidoneidade da testemunha caso estas sejam consideradas pela parte contrária como suspeitas de parcialidade ou indignas de fé. O momento para tanto será, via de regra, anterior à tomada de depoimento, tão logo seja feita a qualificação. Haverá exceção, contudo, naqueles casos em que o motivo a ensejar a contradita apenas tenha ficado explícito ao longo de sua oitiva em juízo. No campo da motivação, tem-se que “o legislador não estabeleceu um rol de hipóteses ou motivos que autorizem a contradita”<sup>107</sup>, de maneira que caberá à parte fundamentar sua posição com base nos elementos presentes no caso concreto, os quais serão, então, avaliados pelo julgador.

## 2.5 VALOR PROBATÓRIO DA PROVA TESTEMUNHAL

Finalizando esta seção, cumpre abordar a problemática da valoração da prova testemunhal, dando destaque para o quadro nacional. Trata-se de esforço, portanto, no sentido de verificar de que forma é percebido esse meio de prova no que diz respeito à sua confiabilidade e como esta é comumente aferida.

É cediço que pairam dúvidas sobre a confiabilidade da prova testemunhal, o que já restou demonstrado, inclusive, quando do estudo de seu fundamento. Por outro lado, no que tange aos esforços para valorá-la, cabe aqui a advertência ainda atual de Malatesta de que “tem sido bem vãs, e assim devem ser, as tentativas feitas para reduzir a cálculo numérico a força probatória de depoimentos”<sup>108</sup>.

---

<sup>106</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 99.

<sup>107</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252.

<sup>108</sup> MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, p. 337.

Todavia, o autor passa a examinar alguns critérios para verificação da credibilidade de depoimentos, separando-os a partir de ponto de vista tríplice, conforme se refiram ao sujeito, à forma ou ao conteúdo.<sup>109</sup>

Quanto ao sujeito, divide-os em inidôneos e idôneos, sendo que estes últimos se subdividiriam em suspeitos ou insuspeitos. Assim, seriam inidôneas as crianças até certa idade, parentes do acusado, bem como, por exemplo, os detentores de segredo em razão da profissão. As causas de suspeição, por sua vez, poderiam resultar, por exemplo, de fraqueza da inteligência e dos sentidos, ou ainda de amizade ou inimizade com acusado ou ofendido. Como bem se percebe, fato é que as condições determinantes elencadas a respeito do sujeito já se encontram hoje em sua maioria codificadas, conforme estudado no tópico anterior ao tratar de recusas, impedimentos, etc. No que diz respeito à forma, por sua vez, tem-se a necessidade de sua produção em juízo, o que é explicitado pela também já referida característica da judicialidade.

É, portanto, na avaliação do testemunho quanto ao seu conteúdo que reside a principal dificuldade, a persistir inclusive nos dias de hoje. Para Malatesta, haverá quanto ao conteúdo critérios intrínsecos e extrínsecos de avaliação. Os intrínsecos dizem respeito à sua credibilidade ou incredibilidade, verossimilhança ou inverossimilhança, natureza enganadora ou não dos fatos afirmados, natureza dubitativa ou positiva da afirmação, maior ou menor determinação dos fatos afirmados, bem como a ter ciência própria ou ter apenas ouvido dizer os fatos que afirma. De outra banda, a contradição do testemunho com outros relatos anteriores daquela mesma testemunha, bem como sua contestação com outros testemunhos ou meios de prova consistiriam em critérios extrínsecos.<sup>110</sup>

Dito isso, resta claro que a dificuldade de valoração dos testemunhos quanto ao seu conteúdo constitui problema há muito identificado, sendo que os critérios elencados por Malatesta, embora possam ser classificados de maneiras diversas, se mantêm atuais em sua essência. Persistindo o problema mesmo após apontados tais critérios, claro está que a dificuldade diz respeito à implementação destes.

---

<sup>109</sup> MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005, passim.

<sup>110</sup> *Ibidem*, p. 371-372.

Tal dificuldade decorre em parte do fato – facilmente perceptível, diga-se – de que a lista de critérios a serem considerados é de grande extensão, o que se traduz em dever de difícil cumprimento pelo julgador pressionado a dar solução ao caso concreto.

Todavia, o obstáculo principal parece ser o fato de que a avaliação da confiabilidade dependerá sempre de elementos de difícil aferição para o magistrado, que tem acesso aos fatos discutidos no feito apenas indiretamente<sup>111</sup> e, por isso mesmo, de maneira paradoxal, depende do relato de terceiros para decidir o mérito da causa.

De uma maneira ou de outra, fato é que não se pode pretender obter uma fórmula matemática precisa a indicar um suposto grau de confiabilidade de dado testemunho<sup>112</sup>. Também por essa razão é que, modernamente, não mais se aplica o brocardo “*testis uno, testis nullo*”, segundo o qual a existência de uma única testemunha contra o acusado não poderia conduzir à condenação. Assim, em um sistema calcado no livre convencimento motivado, o julgador é livre para atribuir a cada prova o peso que entender correto, contanto que o faça fundamentadamente. É nesse sentido que aponta a frase atribuída a Bacon: “os testemunhos não se contam, pesam-se”<sup>113</sup>.

Nesse espírito, há que se atentar para dois casos práticos que tem atraído o foco do debate doutrinário nacional no período mais recente. São eles: i) o caso de depoimentos prestados por crianças; e ii) o caso de depoimento prestado por policiais que tenham atuado na fase de investigação preliminar do crime ora em julgamento.

---

<sup>111</sup> DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2.ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 49.

<sup>112</sup> Ao comentar as tentativas de utilização de cálculos probabilísticos, nomeadamente do teorema de Bayes, Taruffo comenta: “A principal razão para a sua popularidade é que essa teoria dá a impressão de ser objetiva e dedigna em um terreno onde o subjetivismo e a incerteza estão sempre presentes. Em geral, acredita-se que se algo é expresso por um número, pode ser tomado por certo, e que avaliações subjetivas tornam-se «menos subjetivas» e estão sob controle, expressando-se mediante uma quantidade numérica. [...] Infelizmente, todos esses esforços não produziram – ao menos até agora – resultados satisfatórios. De fato, essa forma de aproximar os problemas dos meios de prova e do valor da prova segue sendo duvidosa e controversa. Em verdade, diversas críticas têm sido lançadas contra a teoria da prova calcada na probabilidade quantitativa ou estatística. Diz-se, por exemplo, que em muitos casos essa não pode ser aplicada; que essa produz imagens pouco confiáveis de diversas situações probatórias; que seu instrumental matemático é por vezes incorreto, inútil e fictício, entre outras críticas.” (TARUFFO, Michele. *A prova*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.)

<sup>113</sup> BACON *apud* RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias. *A Credibilidade do Testemunho – A verdade e a mentira nos tribunais*. 2011. 276 f. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Universidade do Porto, Porto, 2011.

No que tange ao depoimento prestado por crianças, tem-se que não há qualquer vedação a impedir a valoração de sua palavra (vide artigo 202 do CPP, já examinado), o que não significa que esta não deva ser tomada com especial cuidado. Isso porque as crianças estariam sujeitas a um elevado grau de sugestibilidade, circunstância que será posteriormente aprofundada a partir dos estudos psicológicos sobre o tema. Assim, há posicionamento no sentido de negar a possibilidade de condenação com base exclusiva em depoimento infantil<sup>114</sup>. Contudo, embora tal entendimento possa não apresentar maiores complicações em se tratando de prova testemunhal propriamente dita, ressalta-se que negar essa possibilidade também ao ofendido traria consigo a dificuldade de comprovar certos crimes cometidos contra crianças, como os casos de abuso sexual infantil, em que frequentemente a palavra da vítima constitui o único meio de prova disponível.

Passando ao caso do depoimento de policiais, há três correntes principais acerca de sua admissibilidade e valor probatório. Primeiramente, há parcela da doutrina a considerar que, inexistindo qualquer impedimento legal, a palavra dos policiais deveria ser considerada como a de qualquer outra testemunha. Em sentido contrário, há visão a sustentar que, por sua atuação na investigação preliminar, isto é, na ocorrência ou no decorrer do inquérito policial, sua visão seria necessariamente parcial, de modo que deveriam ser considerados suspeitos. Por fim, há corrente intermediária a ponderar o peso da atuação como fiscais da lei no testemunho, mas nem por isso inadmitindo-o. Como representante desse entendimento, sustenta Badaró que “não se pode esquecer que as testemunhas são, por definição, terceiros imparciais, sem qualquer interesse no processo, o que não é exatamente o caso dos policiais em relação aos crimes por eles investigados”<sup>115</sup>. Com base nisso, conclui que tal prova deve ser admitida e produzida, sendo imperativa, porém, sua corroboração por outros elementos de prova, pois “não se deve admitir que seja proferida uma sentença condenatória com base exclusiva no depoimento de policiais, ainda que estes se mostrem harmônicos entre si”<sup>116</sup>.

Referidos esses casos de natureza especial, resta clara a imensa dificuldade de valoração da confiabilidade da prova testemunhal, que, há muito se sabe, não é certa mesmo quando quem depõe o faz de boa-fé e tem toda a intenção de retratar apenas “a verdade”, conceito esse tão controvertido. Ante o exposto, e a título de conclusão, cabe transcrever, sem

---

<sup>114</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 252.

<sup>115</sup> *Ibidem*, p. 254.

<sup>116</sup> *Ibidem*, loc. cit.

qualquer reforma, o magistério de Carnelutti a respeito da prova testemunhal e da árdua tarefa de valorá-la:

Todos sabem que a prova testemunhal é a mais enganosa de todas as provas; a lei a rodeia de muitas formalidades, que desejavam prevenir os perigos; a ciência jurídica chega até o ponto de considerá-la um mal necessário; a ciência psicológica regula e inventa inclusive instrumentos para sua valoração, ou seja, para distinguir a verdade da mentira, mas o melhor modo de garantir o resultado tem sido e sempre será o de reconhecer um homem e conceder-lhe o respeito que todo homem merece.<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Pilares, 2006, p. 67-68.

*“Los recuerdos verdaderos parecían fantasmas,  
mientras los falsos eran tan convincentes que  
sustituían a la realidad.”*

*(Gabriel García Márquez, Extraños Peregrinos)*

### 3 CONTRIBUIÇÕES DA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

Sendo as lembranças elemento base da prova testemunhal, esta seção terá o intuito de apresentar aporte teórico advindo da Psicologia – e, mais especificamente, da Psicologia do Testemunho – a fim de possibilitar uma visão científica acerca da memória e sua falibilidade, bem como dos caminhos disponíveis a fim de (tentar) superá-la.

#### 3.1 O FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA

Não há como se falar em confiabilidade da prova testemunhal sem que, com isso, se fale também em confiabilidade da memória. Afinal de contas, o ato de depor sobre determinado fato presenciado passa, necessariamente, pelo processo mental de recuperação daquilo que se viu e pela reinterpretação desse material à luz do que é perguntado. Assim, antes de abordar os diferentes problemas que podem surgir desse processo, indispensável que se busque compreender – de acordo com a visão científica mais atual, via de regra contrária ao que prega o senso comum – como a memória realmente funciona (bem como, tão importante quanto, de que formas ela não funciona<sup>118</sup>), delimitando assim o que se pode ou deve esperar dela.

Nesse sentido, Elizabeth Loftus – considerada por muitos a estudiosa de maior relevo na história recente do tema – refere que, apesar de ninguém negar a existência do que denominamos “esquecimento”, o senso comum parece ser o de que, uma vez vivida dada experiência, suas memórias estariam para sempre armazenadas na mente, ainda que não acessíveis em todos os seus detalhes de maneira imediata. Nesse cenário, mesmo seus pormenores nunca estariam perdidos de maneira definitiva, mas apenas reprimidos ou momentaneamente obliados pela presença de novas lembranças na mente consciente, podendo ser recuperados, portanto, por intermédio de métodos como o da hipnose e da livre-associação, entre outras técnicas especiais.<sup>119</sup>

---

<sup>118</sup> LOFTUS, Elizabeth F. *Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget*. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980, p. 35 et seq.

<sup>119</sup> *Ibidem*, p. xviii e p. 43.

Tal visão, contudo, não é corroborada pelos experimentos realizados no campo da Psicologia do Testemunho. Em verdade, os estudos demonstram que “há diferentes maneiras de armazenar informação, a depender de por quanto tempo queremos lembrar dela”<sup>120</sup>.

Assim, em um primeiro momento, importa destacar que o processo de armazenamento e recuperação de uma dada memória envolverá três fases distintas. Desse modo, qualquer informação deverá ser primeiro percebida, isto é, absorvida pelo indivíduo. Após, dá-se a fase de sua efetiva retenção, equivalente ao lapso de tempo pelo qual a lembrança permanecerá guardada na memória. Por fim, a memória será recuperada (ou evocada) quando o indivíduo dela fizer uso. Nesse sentido, aponta-se:

Para colocar a complexidade em maior perspectiva, é útil considerar o processo geral pelo qual informação é armazenada na memória e subsequentemente recuperada. Quase todas as análises teóricas do processo dividem-no em três estágios (ver, por exemplo, Crowder, 1976; Loftus, 1979). Primeiro há o estágio de aquisição – a percepção do evento original – no qual a informação é codificada na memória. Nesse momento, as pessoas armazenam apenas fragmentos da sua experiência. Em segundo lugar, há o estágio de retenção, o período de tempo que passa entre o evento e a eventual rememoração de dado pedaço de informação. Por terceiro, há o estágio de recuperação, durante o qual uma pessoa recorda informação armazenada. A memória pode falhar em razão de uma ruptura em qualquer um dos três estágios.<sup>121</sup> (tradução nossa)

Dessa maneira, a duração da segunda fase – referente ao período de retenção das lembranças –, estaria, por sua vez, intrinsecamente ligada à estrutura interna da memória. De acordo com a teoria vigente, essa estrutura estaria alicerçada em um sistema também com três estágios diferenciados, estando cada um deles adaptado a melhor desempenhar certas atividades, a depender do lapso temporal pelo qual armazenadas as informações. Para que uma informação seja lembrada, portanto, deveria passar por todos eles. É o que indica Loftus quando diz que:

<sup>120</sup> Tradução livre nossa a partir do original: “*There are different ways to store information depending upon the length of time we want it remembered.*” (LOFTUS, Elizabeth F. *Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget*. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980, p. 13).

<sup>121</sup> No original: “*To put the complexity into a larger perspective, it is useful to consider the overall process by which information is stored in memory and subsequently retrieved. Nearly all theoretical analyses of the process divide it into three stages (see for example Crowder, 1976; Loftus, 1979). First there is the acquisition stage—the perception of the original event—in which information is encoded into memory. At this time people store only fragments of their experience. Second, there is the retention stage, the period of time that passes between the event and the eventual recollection of a particular piece of information. Third, there is the retrieval stage, during which a person recalls stored information. Memory can fail because of a breakdown in any of the three stages.*” (LOFTUS, Elizabeth F.; DAVIES, Graham M. Distortions in the memory of children. *Journal of Social Issues*, v. 40, n. 2, p. 51-67, 1984, p. 54).

Cada evento e novo pedaço de informação não se grava imediata e indelevelmente em nossas memórias. Em vez disso, há pelo menos três estágios distintos para um sistema de memória, e a informação deve passar através de todos eles para ser lembrada por mais de meio minuto, aproximadamente. Os três estágios de memória do sistema são chamados: registro sensorial, memória de curto prazo (STM) e memória de longo prazo (LTM).<sup>122</sup> (tradução nossa)

Dessa forma, o registro sensorial se prestaria tão somente à captação dos estímulos externos, sendo que a informação apreendida apenas poderia ser lembrada por mais do que alguns breves instantes se transferida para a memória de curto prazo. Já a memória de curto prazo conteria aquelas informações para as quais a atenção do indivíduo está voltada. Nesse sentido, seu nome pode causar confusão, já que uma dada memória pode ali permanecer longos períodos de tempo, contanto que o indivíduo pense nela constantemente. Por fim, a memória de longo prazo seria a responsável por de fato armazenar as informações em caráter definitivo.<sup>123</sup>

Delineado esse esquema de funcionamento, tem-se que as informações podem ser facilmente extraviadas antes que se dê a transferência para o estágio seguinte, cenário no qual não poderão ser posteriormente recuperadas. Nesse sentido, pode ser que um dado estímulo seja captado pelo registro sensorial sem, todavia, vir a ser alvo da atenção da pessoa, situação na qual não será gravado sequer na memória de curto prazo. O mesmo será observado na transferência de dados entre a memória dita de curto prazo e a de longo prazo.

Assim, mostra-se possível a situação inicialmente idealizada, em que, apesar de a informação estar contida na memória de longo prazo, o indivíduo não consegue evocá-la a seu desejo. Porém, tal possibilidade não atua no sentido de refutar, por outro lado, o fato de que muitas das informações uma vez detidas por uma pessoa não podem mais ser nela encontradas, não importando o quanto se tente revirar os escaninhos mais inacessíveis de sua mente.

---

<sup>122</sup> No original: “Every event and new piece of information does not immediately etch itself indelibly into our memories. Rather, there are at least three distinct stages to a memory system, and information must pass through all of them in order to be remembered for more than a half minute or so. The system’s three memory stages are called sensory register, short-term memory (STM), and long-term memory (LTM).” (LOFTUS, Elizabeth F. *Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget*. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980, p. 13). Por conveniência, foram mantidas as siglas originais da língua inglesa.

<sup>123</sup> Ibidem, p. 13 et seq.

Também por essa razão é que as imprecisões e lacunas presentes na memória não representam, a rigor, uma falha desta, sendo, isso sim, uma característica inerente sua. Daí decorre a conclusão de que as lembranças não constituem um retrato idêntico e fidedigno dos fatos vividos e observados, assemelhando-se muito mais a um processo mental de reconstrução de tais fatos a partir de todas as informações disponíveis. Em face disso é que tal processo estará, forçosamente, vinculado a um risco de distorção. Essa é a lição de Loftus a respeito do tema:

Estar enganado sobre detalhes não é o resultado de uma má memória, mas do normal funcionamento da memória humana. Como vimos, o ato humano de lembrar-se não funciona como uma gravadora de fitas de vídeo ou uma câmera filmadora. Quando uma pessoa quer lembrar-se de algo, ele ou ela não simplesmente extrai uma memória inteira intacta a partir de um “depósito de memórias”. A memória é construída a partir de pedaços de informação armazenados e disponíveis; quaisquer lacunas na informação são preenchidas inconscientemente por inferências. Quando esses fragmentos são integrados e fazem sentido, eles formam o que chamamos de memória.<sup>124</sup> (tradução nossa)

Conclui-se, assim, que a memória humana apresenta uma maleabilidade muito maior do que a intuição poderia fazer crer inicialmente. A ideia de que toda e qualquer memória poderia ser encontrada em algum lugar de nossa mente e que tal lembrança corresponde com exatidão aos fatos que retratam pode ser bastante atrativa do ponto de vista emocional, mas ela simplesmente não encontra respaldo na realidade.<sup>125</sup>

De tal conclusão decorrem grandes consequências para o sistema judicial. Isso porque a maneira como a Justiça, de maneira geral, encara a memória e seu funcionamento será determinante para a definição da abordagem e tratamento corretos a serem dispensados a ela na apuração de delitos. No ponto:

---

<sup>124</sup> No original: “*To be mistaken about details is not the result of a bad memory, but of the normal functioning of human memory. As we have seen, human remembering does not work like a videotape recorder or a movie camera. When a person wants to remember something he or she does not simply pluck a whole memory intact out of a ‘memory store.’ The memory is constructed from stored and available bits of information; any gaps in the information are filled in unconsciously by inferences. When these fragments are integrated and make sense, they form what we call a memory.*” (LOFTUS, Elizabeth F. *Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget*. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980, p. 163).

<sup>125</sup> Ainda nas palavras de Loftus: “*The malleability of human memory represents a phenomenon that is at once perplexing and vexing. It means that our past might not be exactly as we remember it. The very nature of truth and of certainty is shaken. It is more comfortable for us to believe that somewhere within our brain, however well hidden, rests a bedrock of memory that absolutely corresponds with events that have passed. Unfortunately, we are simply not designed that way. It is time to start figuring out how to put the malleable memory to work in ways that can serve us well.*” (Ibidem, p. 190).

**O fracasso do sistema de justiça criminal em adotar um modelo científico para a prova testemunhal também pode ser atribuído ao fato de o sistema de justiça criminal não possuir uma teoria centrada da memória.** Em verdade, o sistema de justiça como um todo pode não ter teoria alguma e seus membros podem estar operando sob várias teorias. Implicitamente, contudo, parece que o sistema de justiça está presumindo que informação armazenada permanece em grande parte inalterada em função de informações pós-evento e é relativamente insensível a sugestões, e que falhas de memória são, primordialmente, falhas na recuperação de informações. Em verdade, contudo, relatos baseados em memórias são prontamente influenciados por informações pós-evento, são muito suscetíveis a sugestões e podem equivocar-se de inúmeras maneiras, incluindo relatos de memórias de eventos inteiros que nunca foram testemunhados (Loftus, 1996).<sup>126</sup> (tradução e grifo nossos)

Ademais, percebe-se que a visão tradicionalmente adotada pelos operadores do Direito em âmbito nacional se assemelha à descrita no excerto, raramente se afastando daquela ditada pelo senso comum. Assim, a importância de uma correta compreensão acerca da natureza da memória se justifica pela necessidade de consolidação de um fundo teórico uno – em sintonia, é claro, com as descobertas científicas do passado recente – a orientar a atuação dos profissionais do Direito, que lidam diariamente com a memória humana a fim de dela derivar suas conclusões.

## 3.2 AS FALSAS MEMÓRIAS

Na subseção anterior buscou-se abordar o funcionamento da memória, desvelando o mito mais comum a respeito de seu funcionamento e explanando como as correntes atuais da Psicologia entendem realmente ocorrer o armazenamento e a evocação de lembranças. Assim, nesta subseção passamos a abordar um tipo específico de erro no processo de recuperação das memórias armazenadas.

### 3.2.1 Conceito

Conforme referido anteriormente, as memórias não são retidas em nosso cérebro em formato bem-acabado, prontas para serem revisitadas a qualquer momento. Pelo contrário, as

---

<sup>126</sup> No original: “*The failure of the criminal justice system to adopt a scientific model for eyewitness evidence may also be attributable to the criminal justice system not having a focused theory of memory. In fact, the justice system as a whole might have no theory at all and its members may be operating under several theories. Implicitly, however, it appears that the justice system is assuming that stored information remains largely unchanged as a function of postevent information and is relatively impervious to suggestion, and that memory failures are primarily failures to retrieve information. In fact, however, memory reports are readily influenced by postevent information, are very susceptible to suggestion, and can err in numerous ways, including memory reports of entire events that were never witnessed (Loftus, 1996).*” (WELLS, Gary L.; LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness memory for people and events. *Handbook of psychology*, 2003, p. 150.).

memórias são constituídas de diversos fragmentos, sendo que, ao evocá-las (seja espontaneamente ou em razão de um gatilho externo), opera-se verdadeiro processo de reconstrução da lembrança.

Nesse processo de reconstrução, pode-se incorrer em erro, do qual resultará o surgimento daquilo que se costumou chamar “falsas memórias”. Tal erro reside na inclusão, dentre os fragmentos utilizados para reconstruir dado evento, de pedaços de informação que não correspondem à realidade, de modo que o produto final será a lembrança de um evento que não ocorreu, seja em sua integralidade ou apenas no que tange a certas circunstâncias. Essa lembrança será, portanto, uma falsa memória.

Impende destacar aqui, contudo, advertência feita por Lilian Stein, talvez a maior especialista brasileira no assunto, sobre as diferenças entre as falsas memórias (para ela, FM) e as memórias verdadeiras (MV):

**Cabe ressaltar que as FM não são mentiras ou fantasias das pessoas**, elas são semelhantes às MV, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica (ver Capítulo 3). No entanto, **diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as FM serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações que não ocorreram na realidade**. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.<sup>127</sup> (grifo nosso)

Assim, por suas implicações jurídicas, importa que se perceba que a pessoa que relata uma memória falsa não sabe que o faz, ou então não se trataria de uma falsa memória, mas pura e simplesmente de uma mentira. Cumpre notar, portanto, que o indivíduo que possui a falsa memória do evento crê verdadeiros os fatos que narra, não havendo qualquer intenção (leia-se, dolo) de enganar aqueles que o escutam.

Não por outro motivo é que se justifica a escolha terminológica pela expressão “confiabilidade” em detrimento de outros termos, como “credibilidade”. Nesse sentido, resta claro que “confiabilidade, aqui, é comparável com exatidão, é o grau de fidelidade de uma informação em relação ao original’ (Houaiss, 2001, p. 795), enquanto a credibilidade implica que o locutor sabe se o que é dito é verdadeiro ou falso”<sup>128</sup>.

<sup>127</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 22.

<sup>128</sup> PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Abuso sexual infantil e a palavra da criança vítima: pesquisa científica e a intervenção legal. *Revista dos Tribunais*, v. 96, n. 857, p. 456-477, 2007, p. 457.

Dito isso, cabe ressaltar que todas as pessoas são alvo desse fenômeno em maior ou menor grau, e muitas vezes sem qualquer consequência danosa. A existência de um dano em decorrência de uma falsa memória dependerá, desse modo, da relevância do evento narrado e das implicações atribuíveis a esse fato.<sup>129</sup> Em face disso é que as falsas memórias adquirem especial importância quando ligadas à prolação de decisão em um processo criminal.

### 3.2.2 Teorias explicativas

Apreendido o conceito de falsas memórias, faz-se necessário investigar suas causas. Logo, embora já tenha sido previamente indicado que as falsas memórias decorrem de um erro no processo de reconstrução de fragmentos do qual exsurge a memória, nada se disse sobre a causa primeira de erros assim ocorrerem. Analisando o tema, observa-se haver três teorias principais a explicar esse fenômeno: Paradigma Construtivista, Teoria do Monitoramento da Fonte e Teoria do Traço Difuso.<sup>130</sup> Por conseguinte, passa-se a analisar em maior detalhe cada uma delas.

O Paradigma Construtivista abarca um grupo de pressupostos sobre a memória, a partir dos quais se formam duas teorias: a Teoria Construtivista e a Teoria dos Esquemas.<sup>131</sup> Inicialmente, portanto, cabe referir que os pressupostos partilhados por ambas consistem na concepção da memória como “um sistema único que vai sendo construído a partir da interpretação que as pessoas fazem dos eventos”<sup>132</sup>. Desse modo, a memória armazenaria informações não da experiência em si, mas do significado e da interpretação a ela atribuídos.

Destarte, para a vertente da Teoria Construtivista, os novos dados seriam colacionados ao conjunto de informações que o indivíduo já detinha previamente, surgindo as falsas memórias como resultado da interação entre ambos. As falsas memórias ocorreriam, desse modo, em razão do “fato de eventos realmente vividos serem influenciados pelas inferências

---

<sup>129</sup> Loftus destaca o peso dos efeitos advindos da ocorrência de falsas memórias quando se é testemunha em um processo de natureza criminal: “Usually the scrambled memory does not matter very much. But if you are an eyewitness to a crime, your scrambled recall could send someone to prison. And, rather than feeling hesitant, you might feel perfectly sure of the truth of your memory.” (LOFTUS, E. F.. Our changeable memories: Legal and practical implications. *Nature Reviews: Neuroscience*, 4, 2003, p. 231).

<sup>130</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 27 et seq.

<sup>131</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>132</sup> Ibidem, p. 27.

de cada indivíduo, ou seja, interpretações baseadas em experiências e conhecimentos prévios”<sup>133</sup>.

Para a Teoria dos Esquemas, por sua vez, a memória seria construída com base em esquemas mentais, isto é, representações de caráter geral que abrangeriam conceitos a respeito do que esperar em determinada situação.<sup>134</sup> Assim, tais esquemas constituiriam o referencial disponível com base no qual se realizaria a interpretação de novos acontecimentos, de modo que, por via reversa, a interpretação conferida a estes últimos acabaria se moldando e conformando ao esquema no qual estivesse inserido o fato concreto.

As críticas a ambas teorias se centram na ideia de que somente o significado da experiência seria gravado na memória, o que estaria em discordância com estudos que teriam comprovado que certos traços específicos (e não apenas de essência, portanto) seriam mantidos na memória, ainda que pudessem ser mais facilmente esquecidos. A crítica, assim, se dirige à hipótese de um “sistema de memória unitário”, dada a variedade de indícios a apontar na direção de sua natureza dual.<sup>135</sup>

Em outra dimensão, tem-se a Teoria do Monitoramento da Fonte. Para esta, “as falsas memórias ocorrem quando há falhas no monitoramento da fonte de nossas memórias”<sup>136</sup>. Dessa forma, não haveria uma distorção da memória propriamente dita, mas um erro de julgamento ao determinar a fonte da informação, a qual seria, então, erroneamente atribuída. Exemplo dessa teoria seria o de alguém que, tendo visto foto de determinada pessoa em contexto diverso, a identificasse como perpetradora de determinado crime em razão da sensação de familiaridade experimentada ao rever sua foto, agora no contexto de um procedimento investigativo.<sup>137</sup> Há forte crítica, porém, a entender que essa teoria explicaria apenas as falsas memórias referentes às fontes de origem, e não distorções do conteúdo de fato destas lembranças, sendo insuficiente para explicar o fenômeno em toda sua extensão.

Assim, para dar conta dessas críticas é que surge a Teoria do Traço Difuso. Esta abandona em definitivo uma visão unitária da memória, propondo “que a memória é

---

<sup>133</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 28-29.

<sup>134</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>135</sup> Ibidem, p. 29-30.

<sup>136</sup> Ibidem, p. 31.

<sup>137</sup> Ibidem, loc. cit

composta por dois sistemas distintos – a memória de essência e a memória literal”<sup>138</sup>. Nesse sentido, enquanto a memória de essência seria responsável por gravar na mente a interpretação dada aos eventos ocorridos, a memória literal registraria os detalhes exatos. Assim, as memórias de essência possuiriam maior durabilidade, justamente por serem mais genéricas e dizerem respeito a uma versão subjetiva do fato. Já as memórias literais, por dizerem respeito aos fatos em seus exatos termos, trariam com esse maior grau de precisão também uma taxa de esquecimento mais elevada e acelerada.<sup>139</sup> Há de se notar, contudo, que um “armazenamento separado leva a uma recuperação independente”<sup>140</sup>, de modo que a existência de lembranças de natureza literal não implica necessariamente a recuperação de aspectos de essência, sendo o oposto também verdade.

Apresentado o arcabouço teórico da Teoria do Traço Difuso, vê-se que as falsas memórias, não importando se espontâneas ou sugeridas, decorreriam do enfraquecimento das informações da memória literal frente às de memória de essência. Assim, no caso das falsas memórias sugeridas, a sugestão externa seria absorvida por encaixar-se no contexto da memória de essência, sendo que a memória literal da própria sugestão ajudaria a reforçar esse efeito. Já em se tratando de falsas memórias espontâneas, a perda da memória literal acerca do evento poderia estimular o indivíduo a fazer assunções sobre o ocorrido a partir da memória de essência, ocorrendo a autossugestão a partir da interferência dessas novas informações<sup>141</sup>.

Apesar de mostrar-se a mais apta a explicar os diferentes fenômenos envolvendo falsas memórias<sup>142</sup>, também a Teoria do Traço Difuso foi contestada. A principal inconsistência

<sup>138</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 33.

<sup>139</sup> No tópico, Brainerd e Reyna, teóricos criadores da Teoria do Traço Difuso, referem: “[...] over time, memory for surface form declines more rapidly than memory for meaning, suggesting that verbatim traces become inaccessible more rapidly than gist.” (BRAINERD, Charles J.; REYNA, Valerie F. Fuzzy-trace theory and false memory. *Current Directions in Psychological Science*, v. 11, n. 5, p. 164-169, 2002, p. 166).

<sup>140</sup> STEIN, op. cit., p. 35.

<sup>141</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>142</sup> As teorias disponíveis – cada uma delas desenvolvida, inicialmente, na tentativa de explicar certas circunstâncias dos experimentos que lhes deram origem – nem sempre apresentam previsões coincidentes acerca das situações que ensejariam, em tese, uma maior ocorrência de falsas memórias. Nesse sentido é que a Teoria do Traço Difuso se mostrou a mais condizente com os resultados encontrados, notadamente em razão de trabalhar com uma memória de natureza dual. No ponto: “The other task of a theory is to forecast new phenomena. Some predictions are more probative than others, and the most interesting ones are those that seem counterintuitive, either from the perspective of currently accepted theories or from the perspective of common sense. Predictions of this sort have been emphasized in applications of FTT to false memory. These predictions have often been contrasted with those of one-process approaches, such as constructivism (Bransford & Franks, 1971) or the source-monitoring framework (Johnson, Hashtroudi, & Lindsay, 1993), which assume that true and false memories are based on a common memory code (constructivism) or a common retrieval process (source

apontada, nesse sentido, parece ser a de que a divisão da memória por ela proposta não explicaria aqueles casos em que se verifica a recuperação de detalhes literais após longo período de tempo, bem como a existência de falsas memórias baseadas em detalhes literais. Os adeptos da teoria, porém, enfatizam que tais casos seriam exceções resultantes de outro fenômeno, denominado “Heurística da Divindade”.<sup>143</sup> De acordo com essa teoria, um detalhe seria armazenado e recuperado com maior facilidade caso se mostrasse especialmente incomum, atraindo mais fortemente a atenção da pessoa. Assim, a eventual lembrança de detalhes literais após longo lapso temporal viria, via de regra, justificado no caso concreto pela estranheza ou familiaridade provocadas no indivíduo possuidor da recordação.

Isto posto, resta a ressalva de que “nenhum dos modelos teóricos apresentados aqui carrega em si a explicação total de todas as questões concernentes ao assunto. Porém, a Teoria do Traço Difuso (FTT) tem sido a mais amplamente usada para explicar este fenômeno das FM’s”<sup>144</sup>.

### 3.2.3 A sugestionabilidade infantil

Em qualquer abordagem que se faça das falsas memórias, não há como se furtrar de conferir especial ênfase ao tópico da sugestionabilidade infantil. Isso porque os estudos acerca da influência da sugestão (ou “sugestionamento”, termo possivelmente menos dúbio) em crianças foram precursores da abordagem científica do fenômeno da falsificação de memórias.

Sendo assim, o estudo psicológico do fenômeno despontou com os trabalhos do pesquisador francês Alfred Binet, ainda em 1900, destacando-se, entre eles, o seu livro intitulado “*La Suggestibilité*”. Em 1910, Binet teve seus estudos replicados por Stern, na Alemanha, o que se deu de maneira contemporânea à realização de trabalhos similares por

---

*monitoring*.” (BRAINERD, Charles J.; REYNA, Valerie F. Fuzzy-trace theory and false memory. *Current Directions in Psychological Science*, v. 11, n. 5, p. 164-169, 2002, p. 166).

<sup>142</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 35.

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 37.

<sup>144</sup> ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia*, v. 17, n. 36, p. 45-56, 2007, p. 51.

Varendock e Lipmann. Destarte, apenas em 1932 o fenômeno passou a ser investigado em adultos, o que se deu por iniciativa de Bartlett.<sup>145</sup>

Referido isso, tem-se que as descobertas então obtidas acerca da sugestionabilidade infantil revelavam uma grande facilidade com que os relatos das crianças poderiam ser influenciados, o que se daria em contraposição aos relatos de adultos, ainda compreendidos como relativamente imunes ao processo de sugestão externa. Como resultado, a consolidação desse entendimento acarretou na negação de validade dos depoimentos infantis do ponto de vista judicial. Nesse sentido é que Edmond Locard – conhecido como pai da Ciência Forense – se posiciona em obra acerca da inquirição criminal e a utilização de métodos científicos, considerada de vanguarda quando de sua publicação em 1920:

A criança é, com efeito, incapaz de dizer a verdade, pois a ela é impossível discerni-la.

.....  
De outra banda, a criança é extremamente maleável: ela recebe todas as sugestões. Seu relato espontâneo não oferece mais do que uma interpretação incompreensível dos fatos. Seu relato provocado não será mais do que o reflexo e a aceitação das questões postas.<sup>146</sup> (tradução nossa)

Assim, inicialmente os achados científicos a respeito da sugestionabilidade infantil foram tomados como uma demonstração de que a palavra de uma criança seria excessivamente incerta, o que impediria sua utilização como meio de prova. Contudo, em parte por causa das crescentes ocorrências registradas de abuso sexual infantil, em que a palavra da criança vítima constituiria a única prova disponível, tais pesquisas foram retomadas na década de 70 com metodologia e enfoque diversos.

Nesse intento, uma das abordagens desenvolvidas por Loftus foi a de efetivamente comparar a inclinação à absorção de uma sugestão externa em crianças e adultos. Com isso, todavia, foram postas em xeque as bases lançadas pelas pesquisas precedentes:

<sup>145</sup> LOPES JUNIOR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 59-69, abr. 2007, p. 63.

<sup>146</sup> No original: “*L’enfant est en effet incapable de dire la vérité, parce qu’il lui est impossible de la discerner.*”

.....  
*D’autre part, l’enfant est extrêmement malléable : il reçoit toute suggestion. Son récit spontané n’offre déjà qu’une interprétation incompréhensible des faits. Son récit provoqué ne sera que le reflet et l’acceptation des questions posées.*” (LOCARD, Edmond. *L’Enquête criminelle et les Méthodes scientifiques*. Paris: Ernest Flammarion, 1920, p. 76-77)

**Não se faz necessário ir muito longe para se encontrar expressões da crença na extrema sugestionabilidade de crianças. Mas são as crianças mais sugestionáveis que os adultos?** A memória dos adultos é prontamente contaminada; em comparação, **crianças parecem ser mais facilmente sugestionadas em apenas algumas instâncias.** Se um evento não é bem codificado, ou se uma demora enfraquece a memória de uma criança em comparação com a de um adulto, então diferenças na memória podem emergir. **Por outro lado, se um evento é compreensível e interessante tanto para crianças quanto para adultos, e se a memória dele ainda é igualmente forte, pode não haver diferenças na sugestionabilidade.** Se uma sugestão é alcançada através do uso sutil da linguagem, ou se estruturas bem desenvolvidas de conhecimento são necessárias para compreender a sugestão, então **crianças podem ser, na verdade, menos facilmente influenciadas.** Em suma, a questão sobre crianças serem mais ou menos sugestionáveis que adultos provavelmente depende da interação da idade com outros fatores.<sup>147</sup> (tradução e grifo nossos)

Com isso, foi ao chão a ideia de que as crianças seriam, por natureza, exponencialmente mais sujeitas à sugestão do que os adultos em todos os casos. Tal generalização, além de ignorar a existência de sugestionamentos de eficácia seletiva – como o nível de sofisticação da linguagem utilizada, sutileza semântica da sugestão, complexidade da forma de elaboração das perguntas –, partia, em grande parte, do desconhecimento acerca da natureza também sugestionável da memória em adultos. Como bem se vê:

Tomados em conjunto, os resultados desses estudos dão suporte à conclusão de que adultos espontaneamente recuperam mais sobre os eventos que testemunharam do que crianças, **mas não a noção simples de que crianças são sempre mais sugestionáveis do que adultos.**

.....  
 [...] **Isso pode surpreender aqueles que acreditam que a sugestionabilidade é uma característica geral da infância.** Certamente teria surpreendido Whipple, Varendock e outros pesquisadores pioneiros que presumiram que crianças eram mais sugestionáveis que adultos, mas que raramente incluíam em seus estudos grupos de comparação de adultos que permitiriam a eles testar tal presunção explicitamente.<sup>148</sup> (tradução e grifo nossos)

<sup>147</sup> No original: “*One does not have far to go to find expressions of the belief in the extreme suggestibility of children. But are children more suggestible than adults? The memory of adults is readily contaminated; by comparison, children appear to be more easily influenced in only some instances. If an event is not encoded well, or if a delay weakens the child’s memory relative to an adult’s, then differences in memory may emerge. On the other hand, if an event is understandable and interesting to both children and adults, and if their memory for it is still equally strong, there may be no differences in suggestibility. If a suggestion is accomplished through the subtle use of language, or if well-developed knowledge structures are required to comprehend the suggestion, then children may actually be less easily influenced. In short, whether children are more or less suggestible than adults probably depends on the interaction of age with other factors.*”. (LOFTUS, Elizabeth F.; DAVIES, Graham M. Distortions in the memory of children. *Journal of Social Issues*, v. 40, n. 2, p. 51-67, 1984, p. 51).

<sup>148</sup> No original: “*Taken together, the results of these studies support the conclusion that adults spontaneously recall more about events they have witnessed than do children, but not the simple notion that children are always more suggestible than adults.*

.....  
 [...] *This may surprise those who believe that suggestibility is a general characteristic of childhood. It certainly would have surprised Whipple, Varendonck, and other early researchers who assumed children were more suggestible than adults, but who rarely included in their studies adult comparison groups that would have enabled them to test that assumption explicitly.*”. (Ibidem, p. 62).

Dessa maneira, embora haja evidências de que os adultos conseguiriam recuperar mais informações acerca dos eventos vivenciados em comparação a crianças, o mesmo não pode ser dito sobre a visão do depoimento infantil como inevitavelmente fadado a um alto grau de absorção das influências externas.

Frente a isso, o depoimento infantil vem sendo crescentemente admitido como meio de prova, contanto que se afigure indispensável para o esclarecimento do feito, estando condicionado, ainda, ao atendimento de certos requisitos a fim de minimizar as chances de contaminação do relato por falsas lembranças.

Nessa tentativa é que, para o caso específico da oitiva de crianças vítimas de abuso sexual, desenvolveu-se no Rio Grande do Sul o que se denominou “Depoimento sem Dano”<sup>149</sup>, iniciativa que propicia forma especial de inquirição, com apoio, inclusive, de profissionais da área da saúde mental. Tal iniciativa vem se expandindo para o restante do país, de modo que sua adoção se tornou, inclusive, objeto da Recomendação de número 33 do Conselho Nacional de Justiça (doravante CNJ)<sup>150</sup>.

### 3.3 CONSEQUÊNCIAS PARA A PROVA TESTEMUNHAL

Uma vez constatada a maleabilidade da memória, com a formação até mesmo de lembranças de eventos que nunca ocorreram, cabe abordar especificamente os reflexos de tal fenômeno para a prova testemunhal.

Antes, no entanto, cabe destacar que tal diálogo – cuja importância parece evidente uma vez expostas as visões prevalentes acerca da memória do ponto de vista científico – apenas raramente se estabelece na seara jurídica. Nesse sentido, enquanto a Psicologia e a Psiquiatria de maneira geral se debruçam sobre o estudo da memória e suas limitações há décadas, salta aos olhos o fato de que os sistemas jurídicos ao redor do mundo tão-só muito

---

<sup>149</sup> Cf. HADDAD NETO, Orlando. Do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*, vol. 3, 2014; cf. CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsas memórias. *Revista de Processo*, v. 39, n. 235, p. 21-50, set. 2014.

<sup>150</sup> BRASIL. Resolução CNJ n. 33, de 23 de novembro de 2010. *CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)*. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n33-23-11-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n33-23-11-2010-presidencia.pdf)> Acesso em: 15/11/2016.

recentemente começaram a dar importância aos resultados obtidos. Destacando o aspecto tardio desse reconhecimento no que tange, em especial, à identificação por testemunhas, refere Wells:

Pesquisadores do campo da Psicologia que iniciaram programas na década de 70, contudo, articularam consistentemente preocupações acerca da precisão da identificação por testemunhas. [...] Embora seus achados fossem bastante convincentes para os próprios pesquisadores, foi apenas no final da década de 90 que os trabalhadores envolvidos na justiça criminal começaram a levar a pesquisa a sério. Essa mudança de atitude a respeito da literatura psicológica acerca da identificação por testemunhas surgiu principalmente do desenvolvimento de testes forenses de DNA nos anos 90.<sup>151</sup> (tradução nossa)

Conforme se observa do trecho destacado, apenas na década de 90 é que se passou, nos Estados Unidos, a conferir alguma autoridade à literatura psicológica sobre o tema. Tanto se deu em razão advento dos testes de DNA e a consequente revisão em massa da prova apreciada em processos já concluídos, o que conduziu à reforma de diversos julgados que teriam se baseado de maneira quase exclusiva na utilização de prova testemunhal (e proferido condenações injustas com base nesta)<sup>152</sup>.

Infelizmente, tal demora em reconhecer a importância e legitimidade dos resultados obtidos pelas pesquisas realizadas pelas ciências *psi* não se limitou aos casos de identificação de pessoas, tendo sido, pelo contrário, talvez até mais acentuada no que diz respeito às críticas à confiabilidade da prova testemunhal acerca de eventos. A agravar essa situação, soma-se a constatação de que toda produção de experimentos a esse respeito foi inteiramente relegada a esses mesmos ramos do conhecimento com quem o Direito dialoga(va) de maneira tão pontual e infrequente. Nessa esteira, afirma novamente Wells:

---

<sup>151</sup> No original: “Psychological researchers who began programs in the 1970s, however, have consistently articulated concerns about the accuracy of eyewitness identification. [...] Although their findings were quite compelling to the researchers themselves, it was not until the late 1990s that criminal justice personnel began taking the research seriously. This change in attitude about the psychological literature on eyewitness identification arose primarily from the development of forensic DNA tests in the 1990s.” (WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A. Eyewitness testimony. *Annual Review of Psychology*, v. 54, n. 1, p. 277-295, 2003, p. 277-278).

<sup>152</sup> Acerca dessas reavaliações de julgados com base no então inovador recurso do exame de DNA, refere Trindade: “Relatando análises de Wells, Small, Penord, Malpass, Fulero e Brimacomber, de 1998, em sessenta e três homens declarados culpados e condenados pelos seus crimes nos Estados Unidos – e, posteriormente, absolvidos pela prova de DNA –, cinquenta e três deles (84%) envolveram testemunhas oculares (de uma até cinco testemunhas) que identificaram equivocadamente suspeitos inocentes, [...]”. (TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 281).

Curiosamente, pesquisas acerca da confiabilidade do testemunho foram feitas somente por psicólogos – principalmente psicólogos cognitivos e sociais – e a literatura psicológica representa a única fonte de dados empíricos a respeito de identificação por testemunhas. **O vasto sistema de justiça criminal por si mesmo nunca conduziu um experimento acerca da identificação por testemunhas.**<sup>153</sup> (tradução e grifo nossos)

Até muito pouco, portanto, o comportamento do sistema judicial criminal como um todo poderia ser compreendido como sintomático de uma ultrapassada ideia de autossuficiência – sendo certo que, se em algo diferem os cenários brasileiro e americano nesse ponto, é no sentido de apontar um atraso ainda maior do primeiro. Destarte, se de um lado não se buscou realizar experimentos próprios, pouca credibilidade se emprestou aos experimentos realizados em outras áreas. Tanto somente poderia ocorrer em virtude de um desconhecimento da dimensão do problema, o que só se mostrava possível, por sua vez, pela própria inexistência de uma troca constante e eficaz de conhecimentos entre o Direito e demais ramos afins. Essa postura claramente não pode ser admitida atualmente, apresentando-se a transdisciplinaridade como a via para superá-la.

### 3.3.1 Fatores causadores de contaminação da prova testemunhal

A fim de melhor estudar os reflexos das falsas memórias para a prova testemunhal, deve-se compreender quais são os fatores que propiciam seu surgimento. Nesse sentido, em sendo as falsas memórias causadas por uma sugestão (externa ou interna) que interfere no processo de reconstrução da lembrança, questiona-se quais são os fatores a possibilitar a incidência dessa interferência.

De começo, tece-se crítica à posição de Giacomolli e Di Gesu a respeito do tema, segundo os quais a prova testemunhal poderia vir a ser contaminada por diversos elementos, dentre os quais destacam a metodologia da inquirição, a passagem do tempo, o subjetivismo do entrevistador, a atuação da mídia e as falsas memórias.<sup>154</sup>

<sup>153</sup> No original: “*Interestingly, research on eyewitness reliability has been done only by psychologists—primarily cognitive and social psychologists—and the psychological literature represents the only source of empirical data on eyewitness identification. The vast criminal justice system itself has never conducted an experiment on eyewitness identification.*” (WELLS, Gary L.; OLSON, Elizabeth A. *Eyewitness testimony. Annual Review of Psychology*, v. 54, n. 1, p. 277-295, 2003, p. 278.)

<sup>154</sup> GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José e MAYA, André Machado (Org.). *Processo Penal Contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fábris, 2010, p. 11-39.

Com a devida vênia, tem-se que tal classificação apresenta espécie de conflito interno. Nesse aspecto, a metodologia da inquirição confunde-se com o subjetivismo do entrevistador, haja vista que, para que este último tenha qualquer efeito sobre a prova testemunhal, deverá ser expresso, ainda que sutil e inconscientemente, na forma de uma pergunta, adentrando, assim, o terreno da metodologia da inquirição. Assim, não é o subjetivismo sozinho que induz ou sugestiona, mas sim o fato desse subjetivismo vir expresso em perguntas de caráter indutivo ou sugestivas. Similarmente, também a atuação da mídia sobre a qualidade da prova testemunhal somente se operará pelo fornecimento de uma interpretação externa ao indivíduo acerca dos fatos observados, sugestionando-o e possivelmente dando origem a uma falsa memória. Por outro lado, a passagem do tempo por si só não significa perda da fidedignidade de um dado relato, mas implica, resta claro, que ao longo desse período tenha ocorrido uma de duas coisas: i) perda de dados acerca do evento pelo esquecimento; ii) incorporação de dados não verdadeiros à lembrança original, tornando-a falsa no todo ou em parte. Tem-se, portanto, que os elementos elencados estão em sua maioria imbricados, daí resultando imperativa a busca por uma nova abordagem do tema.

Nesse sentido, conforme já se adiantou ao introduzir o presente tópico, as falsas memórias são aqui consideradas o único “agente contaminante” possível. Explica-se: enquanto o esquecimento de informações a respeito do evento provoca uma perda de prova testemunhal, a contaminação da confiabilidade desta resultará necessariamente do surgimento de falsas memórias. A questão que se coloca, portanto, é a de quais fatores frequentemente associados com a prova testemunhal de crimes poderiam vir a disparar o gatilho invisível das falsas memórias. A esses chamaremos de “fatores de contaminação”, dos quais as falsas memórias não fazem parte, haja serem justamente a consequência da presença ou ausência destes.

Nessa busca, observa-se que a literatura psicológica moderna elenca as circunstâncias que contribuiriam para a redução da acurácia da prova testemunhal, separando-as em duas categorias básicas, a depender da influência que se tem sobre elas em casos reais. Assim, aquelas variáveis que podem ser controladas estariam inseridas no grupo de “variáveis do sistema”, enquanto aquelas que se mostram fora de alcance constituiriam as “variáveis de estimativa”, no sentido de que o máximo que se poderia fazer seria tentar estimar seu impacto na qualidade da prova testemunhal. É o que aponta a lição de Wells:

O argumento era o de que algumas das variáveis que afetam a precisão dos relatos testemunhais estaria sob controle (ou potencialmente sob controle) do sistema de justiça (variáveis do sistema), enquanto outras não estariam (variáveis de estimativa). Por exemplo, a maneira como testemunhas são entrevistadas pela polícia e a maneira como testemunhas são instruídas antes de ver uma sequência de suspeitos são variáveis do sistema, porque elas podem ser controladas pelo sistema que está coletando a prova testemunhal. Outras variáveis – como identificações inter-raciais versus identificações intra-raciais ou o estresse experimentado pela testemunha durante o evento – não podem ser controladas pelo sistema. Tanto variáveis do sistema quanto estimativas podem ser controladas e manipuladas em experimentos, mas apenas variáveis do sistema podem ser controladas em casos reais. Variáveis que não podem ser controladas pelo sistema de justiça (embora possam ser controladas em experimentos) são chamadas variáveis estimativas porque o melhor que a Psicologia do Testemunho pode fazer é ajudar a estimar o seu impacto em um dado caso.<sup>155</sup>

Assim, as variáveis do sistema podem ser subdivididas em duas categorias principais: a identificação de suspeitos e a inquirição de testemunhas.<sup>156</sup> Desse modo, as variáveis do sistema dizem respeito à estruturação do procedimento e processo criminais, mas também estão diretamente ligadas à atuação dos operadores do sistema.

As variáveis de estimativa, por sua vez, possuem diversas facetas, sendo inviável que se pretenda exauri-las. Contudo, bons exemplos dessas variáveis são o caráter inter-racial da identificação de suspeitos, o estresse a que submetida a testemunha quando do ocorrido, o fenômeno do “foco na arma”, o tempo de duração da exposição da testemunha aos fatos, a utilização ou não de disfarces e meios que dificultem o posterior reconhecimento, o estado ou não de intoxicação da testemunha quando do ocorrido e o intervalo de retenção das informações até a inquirição.<sup>157</sup>

---

<sup>155</sup> No original: “*The argument was that some of the variables that affect the accuracy of eyewitness reports were under the control (or potentially under the control) of the justice system (system variables) while others were not (estimator variables). For example, how eyewitnesses are interviewed by police and how eyewitnesses are instructed prior to viewing a lineup are system variables, because they can be controlled by the system that is collecting the eyewitness evidence. Other variables—such as cross-race versus within-race identifications or stress experienced by the witness during the event—cannot be controlled by the system. Both system and estimator variables can be controlled and manipulated in experiments, but only system variables can be controlled in actual cases. Variables that cannot be controlled by the justice system (even though they can be controlled in experiments) are called estimator variables because the best that eyewitness psychology can do is help estimate their impact in a given case.*”. (WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness evidence improving its probative value. *Psychological science in the public interest*, v. 7, n. 2, p. 45-75, 2006, p. 47-48).

<sup>156</sup> Ainda de acordo com Wells, Memon e Penrod: “*System variables tend to be divided into two broad categories. One category is interviewing eyewitnesses, a process that generally involves recall memory. The other category is the identification of suspects, a process that generally involves recognition memory.*”. (Ibidem, p. 55).

<sup>157</sup> Ibidem, p. 51-54.

Como bem se vê, dentre as variáveis apresentadas a provocar redução da acurácia da prova testemunhal, algumas estão mais relacionadas ao processo de esquecimento, enquanto outras residem na presença de sugestões externas ou estímulo à formação de sugestão interna, falseando as memórias. Todavia, aqui ressurgem a ideia de que os fenômenos do esquecimento e do surgimento de falsas memórias estariam umbilicalmente conectados. Isso se explica pelo fato de que, para usar das palavras sempre precisas de Loftus, “as recordações são mais facilmente modificadas, por exemplo, quando a passagem de tempo permite o enfraquecimento da memória original”<sup>158</sup>. Dessa forma, embora a contaminação de fato da memória ocorra com a criação de recordações de eventos que não ocorreram, o esquecimento do que de fato ocorreu poderá atuar como causa concorrente – aliado à sugestão do indivíduo – para seu surgimento.

Por fim, há que se atentar para a existência, ainda, de certas variáveis que estariam ligadas ao processo de reconstrução do fato, não afetando a precisão do relato, mas sendo importantes em uma tentativa séria de valorá-lo. Explica-se:

Variáveis de reconstrução do fato não são variáveis do sistema nem variáveis avaliativas no sentido tradicional, porque não se presume que elas afetem causalmente a precisão de testemunhas. Essas variáveis são produtos mensuráveis que se correlacionam com a precisão de testemunhas de uma maneira não-causal. A mais pesquisada delas é a confiança (grau de certeza) da testemunha. Outra variável de reconstrução é a latência de resposta – especificamente, quanto tempo a testemunha leva para fazer uma identificação. A terceira variável de reconstrução que revisamos aqui é o processo de decisão auto-relatado.<sup>159</sup>

Conforme referido, portanto, tais variáveis de reconstrução do fato diriam respeito, em suma, ao comportamento exibido pela testemunha quando de sua manifestação, seja em sede de identificação de suspeitos ou em seu depoimento em juízo. Dessa forma, embora tais elementos não afetem a confiabilidade do relato em si, constituem elementos disponíveis para que o julgador faça inferências sobre aquela.

---

<sup>158</sup> No original: “*Memories are more easily modified, for instance, when the passage of time allows the original memory to fade.*”. (LOFTUS, Elizabeth F. et al. Creating false memories. *Scientific American*, v. 277, n. 3, p. 70-75, 1997, p. 72).

<sup>159</sup> No original: “*Postdiction variables are neither system nor estimator variables in the traditional sense, because they are not presumed to causally affect the accuracy of eyewitnesses. These variables are measurable products that correlate with the accuracy of eyewitnesses in a noncausal manner. The most researched of these is the confidence (certainty) of the eyewitness. Another postdiction variable is response latency—specifically, how long the eyewitness takes to make an identification. The third postdiction variable that we review here is self-reported decision process.*”. (WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness evidence improving its probative value. *Psychological science in the public interest*, v. 7, n. 2, p. 45-75, 2006, p. 65).

Ante o exposto, passa-se a abordar em maior detalhe, primeiramente, as variáveis do sistema, buscando entender como deve se dar a atuação dos profissionais integrantes do sistema judicial. Objetiva-se, assim, definir o papel destes na tentativa de evitar a ocorrência de falsas memórias, isto é, antes que estas se formem. No ponto, deixa-se de lado a temática da identificação de suspeitos, que fugiria do escopo desta monografia, sendo a subcategoria da metodologia de inquirição de testemunhas aquela que mais nos interessa aqui.

Após, analisar-se-á as conclusões de estudos acerca das variáveis de estimativa e variáveis de reconstrução, a fim de entender os caminhos para avaliar o valor probatório do testemunho e identificar as falsas memórias uma vez que já tenha sido produzida a prova testemunhal.

### 3.3.2 Atuação dos operadores do Direito

Ao debater a atuação dos operadores do Direito no que diz respeito à inquirição de testemunhas, há que se atentar, de início, para as formalidades bastante diversas que cercam a coleta da prova de natureza física e a coleta de prova testemunhal. Nesta senda, enquanto o processamento dos vestígios físicos é rodeado de formalidades e ditames de natureza técnica a fim de obter a melhor qualidade possível, o mesmo não ocorre com a prova testemunhal, que é produzida de maneira livre de maiores amarras. É utilizando-se dessa comparação – e da metáfora da memória como uma prova também vestigial – que Wells e Loftus referem:

A metáfora da “memória como vestígio” possui frutíferas implicações. Como com os vestígios físicos, a maneira com que os vestígios de memória são coletados podem ter importantes consequências para a precisão dos resultados. O sistema de justiça criminal, contudo, tem tratado os vestígios de memória muito diferentemente dos vestígios físicos. **A coleta dos vestígios físicos é relativamente bem fixada de acordo com protocolos que tem um fundamento científico, baseado no que especialistas sugeriram ser as maneiras ideais para evitar contaminação. [...] A prova testemunhal, por outro lado, é normalmente coletada por não-especialistas com pouco ou nenhum treinamento em memória humana.**<sup>160</sup> (tradução e grifo nossos)

<sup>160</sup> No original: “*The ‘memory as trace evidence’ metaphor has rich implications. Like physical trace evidence, the manner in which memory trace evidence is collected can have important consequences for the accuracy of the results.*

*The criminal justice system, however, has treated memory traces very differently from physical trace evidence. The collection of physical trace evidence is relatively well prescribed according to protocols that have a scientific foundation, grounded in what experts have suggested are the optimal ways to avoid contamination. [...] Eyewitness evidence, on the other hand, is typically collected by nonspecialists who have little or no*

A realidade, contudo, é que a grande diferença verificada na prática entre os tratamentos dispensados aos dois tipos de prova não se justifica. Isso porque as pesquisas na área da Psicologia do Testemunho – como se vem referindo até aqui – são unânimes ao apontar certas maneiras de inquirir a testemunha como melhores do que outras. Assim, embora a temática certamente não goze de uma natureza tão exata como aquela afeita aos testes de DNA, nem por isso se deve abandonar a tentativa de desenvolver protocolos a dirigir a atuação dos representantes do sistema judicial no processo de tomada de depoimentos.

Foi com tal propósito em mente que, em 1984, Ronald Fischer e Edward Geiselman desenvolveram a técnica que ficou conhecida como “Entrevista Cognitiva”, posteriormente aperfeiçoada em 1992. O objetivo original desta técnica era o de melhorar a comunicação entre testemunha e policiais, obtendo, dessa forma, maior quantidade de informações dos relatos com a maior precisão possível.<sup>161</sup>

Para alcançar tal intento, foram definidas aquelas que os pesquisadores consideravam ser as dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses. Estas seriam:

1. Não explicar o propósito da entrevista.
2. Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista.
3. Não estabelecer *rapport*.
4. Não solicitar o relato livre.
5. Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas
6. Fazer perguntas sugestivas/confirmatórias.
7. Não acompanhar o que a testemunha recém disse.
8. Interromper a testemunha quando ela está falando.
9. Não fazer o fechamento da entrevista.<sup>162</sup>

Obtidas tais informações, traçou-se uma abordagem centrada em cinco etapas. A etapa inicial, portanto, deverá focar na construção de *rapport*, isto é, uma certa empatia com a pessoa entrevistada, com a pessoalização do ato da entrevista e a formação de uma atmosfera acolhedora em que a testemunha se sinta à vontade para expor os fatos. Ainda nesse estágio inicial deverão ser explicados os objetivos e regras básicas de funcionamento da entrevista que se seguirá. Na sequência, há momento de recriação do contexto original da experiência

---

*training in human memory.*” (WELLS, Gary L.; LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness memory for people and events. *Handbook of psychology*, 2003, p. 149).

<sup>161</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 210.

<sup>162</sup> TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 291.

vivida, com o que se passa à narrativa livre da testemunha, sem qualquer tipo de interrupção. Apenas posteriormente, portanto, é que se poderá realizar perguntas, sempre priorizando perguntas abertas em detrimento de outras mais fechadas<sup>163</sup>. Por fim, dá-se o fechamento da entrevista, com o entrevistador apresentando um resumo das informações colhidas em busca da confirmação de seu teor, bem como entregando ao entrevistado seu contato pessoal para a eventualidade de esse ter se esquecido de mencionar algo relevante.<sup>164</sup>

Como se nota, a intenção é a de criar um ambiente que propicie ao máximo o relato livre por parte da testemunha e reduza qualquer possibilidade de sugestão pelo entrevistador em suas intervenções e questionamentos.

Ocorre que, muito embora a eficácia dessa técnica tenha sido demonstrada repetidas vezes, ela ainda não foi largamente adotada mesmo em seu país de origem.<sup>165</sup> Isso se deve ao fato de que tal metodologia acaba por tornar o processo de tomada de depoimento mais complexo do que é hoje, o que, por um lado, contraria aqueles profissionais que já possuem seus próprios hábitos (e vícios) de inquirição e, por outro, exige, para sua implementação efetiva, a criação de cursos de capacitação. Ainda, não basta que tais cursos se deem em modalidade intensiva, sem alguma forma de acompanhamento posterior ao longo do período de consolidação das novas práticas aprendidas, sob pena de estas serem deixadas de lado e substituídas pelos antigos hábitos.<sup>166</sup>

Por essa razão, no cenário nacional, a utilização da Entrevista Cognitiva tem se limitado, até agora, a projetos ainda iniciais de inquirição diferenciada de crianças vítimas de abuso sexual, conforme referido ao tratar-se da sugestibilidade infantil. Faz-se necessária, portanto, a expansão da aplicação da técnica, com o treinamento de magistrados, promotores,

---

<sup>163</sup> Acerca de perguntas fechadas, refere Trindade: “Perguntas fechadas são mais sugestivas do que questões abertas, devendo-se ter especial cuidado para não induzir a resposta de modo manipulativo [...]” (TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 286). Assim, pensa-se que a sequência ideal de perguntas seria aquilo que o autor classifica como “sequência em funil”, com as perguntas se fechando progressivamente e apenas na medida do estritamente necessário.

<sup>164</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 213.

<sup>165</sup> No ponto: “Despite the extensive scientific research on the CI, knowledge and application of it is not widespread among investigators in the United States, and it does not appear to have had a substantial impact on the methods police officers use to interview witnesses (Fisher & Schreiber, in press).” (WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness evidence improving its probative value. *Psychological science in the public interest*, v. 7, n. 2, p. 45-75, 2006, p. 59).

<sup>166</sup> STEIN, op. cit., p. 224.

defensores e até mesmo de policiais, haja vista serem estes o primeiro contato de uma testemunha com o sistema de persecução penal.

Por fim, há de se referir a exigência adicional de que a Entrevista Cognitiva seja gravada. No ponto, explica Stein tal necessidade a partir da ideia de que, “ainda que a EC esteja centrada em técnicas para lidar com as falhas da memória da testemunha, as possíveis distorções das lembranças do entrevistador também devem ser levadas em consideração”.<sup>167</sup> Desse modo, a gravação seria uma maneira de dar a todos os envolvidos acesso direto à prova originária, sem o filtro imposto pelo olhar do realizador da entrevista. Felizmente, nesse sentido o Brasil encontra-se mais avançado, ressaltando-se, todavia, que tal progresso tem se limitado à etapa judicial.

### **3.3.3 Avaliação de confiabilidade da prova produzida**

Uma vez já produzida a prova testemunhal – não importa se de acordo ou não com a melhor técnica – o julgador haverá de enfrentar o problema da sua valoração, com o que se impõe a dúvida sobre sua confiabilidade. Assim, enquanto na primeira seção deste trabalho procurou-se abordar o problema a partir do tratamento que as ciências jurídicas dispensavam a ele, aqui busca-se sondar a Psicologia do Testemunho à procura de novas ferramentas que permitam realizar tal aferição.

Nesse sentido, tem-se que as variáveis do sistema deverão, é claro, ser levadas em consideração, mas aqui já não gozarão mais de sua característica definidora, isto é, a possibilidade de serem rearranjadas conforme demonstrado ser ideal. Assim, a atenção deverá se voltar para as variáveis de estimativa e de reconstrução, até então ignoradas.

Todavia, tais variáveis tem sido alvo de um número muito menor de pesquisas se comparado à quantidade de estudos acerca das variáveis do sistema. Isso se explica pelo fato de estas últimas, por estarem sob a esfera de influência das autoridades envolvidas na área criminal, oportunizarem maior aplicabilidade aos resultados porventura encontrados. Preteridas, as pesquisas acerca das variáveis de estimativa e de reconstrução tem apresentado progresso mais lento.

---

<sup>167</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 210-211.

Dentre estes fatores não controláveis a influenciar a precisão da prova testemunhal, porém, alguns já foram objeto de estudos mais aprofundados. Passamos assim, a destacá-los.

Nesse sentido, o primeiro deles seria o “*cross-race effect*”. A expressão inglesa se refere ao efeito – ou viés psicológico – segundo o qual um indivíduo tenderia a mais facilmente identificar outro membro do seu grupo étnico do que um indivíduo de etnia diversa. Tal efeito se traduz, portanto, no fato de que, ao identificar um suspeito, a probabilidade de correção dessa identificação será tão maior quanto mais similares forem as características fenotípicas do suspeito e daquele que o identificou.<sup>168</sup>

De outra banda, há que se atentar para a influência do estresse sobre a confiabilidade do testemunho. Tal importância se justifica em razão dos crimes constituírem uma ocorrência invariavelmente estressante para aqueles que o presenciam, seja como vítima ou como testemunha. No tema, sabe-se que a associação de um alto nível de estresse ao momento da identificação de suspeitos acarreta um grande aumento no número de identificações incorretas.<sup>169</sup> O efeito do estresse, contudo, não é tão claro quando associado apenas ao fato criminoso, não se transferindo para o momento da oitiva. Nesses casos, tem-se que o evento estressante acaba por redistribuir a atenção do indivíduo, fazendo com que este se foque nos elementos centrais do ocorrido, do que poderá ou não decorrer uma redução da atenção dispensada aos elementos periféricos – nem por isso necessariamente menos importantes para a resolução do caso.<sup>170</sup> De uma forma ou de outra, a certeza que se possui é a de que eventos com carga emocional elevada são processados de maneira diversa pela memória quando comparados a eventos neutros, devendo-se sempre atentar para o nível de estresse atrelado à situação narrada em depoimento.

---

<sup>168</sup> Acerca da dimensão dos efeitos desse viés psicológico, observa-se que: “*They reported that the chance of a mistaken identification is 1.56 times greater in other-race than in same-race conditions and that the witnesses were 1.4 times more likely to correctly identify a previously viewed own-race face as they were to identify an other-race face. Participants were more than 2.2 times as likely to accurately categorize own-race faces as new versus previously viewed as they were to accurately categorize other-race faces.*” (WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness evidence improving its probative value. *Psychological science in the public interest*, v. 7, n. 2, p. 45-75, 2006, p. 52).

<sup>169</sup> *Ibidem*, p. 53.

<sup>170</sup> Conforme se lê no artigo original: “*What happens when people watch an upsetting event versus a neutral version of that event? Do they distribute their attention differently? Our data suggest that people attend to a central detail more in the case of the upsetting version.*” (CHRISTIANSON, Sven-Åke et al. Eye fixations and memory for emotional events. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 17, n. 4, p. 693, 1991, p. 699).

Outro fenômeno importante é o chamado “foco na arma”, de acordo com o qual o indivíduo, quando confrontado por uma arma, tenderia a focar nela sua atenção, com possível perda (não-registro, mais exatamente) de outros elementos de informação circundantes. Tanto decorreria da ameaça representada pela arma, sendo que o quadro narrado é compatível com o que se sabe acerca da influência exercida por uma carga de estresse (atenção aumentada apenas para elementos centrais). Os estudos mais recentes a respeito desse efeito, contudo, apresentam resultados conflitantes, sendo que alguns deles relatariam o registro de efeitos extremamente modestos. Essa diferença entre os resultados obtidos poderia decorrer das diferentes metodologias utilizadas, haja vista a dificuldade de recriação desse efeito em laboratório, de um lado, e, de outro, a dificuldade de aferição dos resultados analisados em situações reais.<sup>171</sup>

Por outro lado, também o tempo de duração da exposição da testemunha aos fatos atuará sobre a precisão do relato. No ponto, parece haver consenso a apontar que, quanto maior o tempo de exposição, mais precisa será a lembrança. Também no que tange à utilização de disfarces para o cometimento dos delitos parece prevalecer o senso comum, qual seja, o de que modificações na aparência acarretam uma diminuição no número de identificações corretas.<sup>172</sup>

Em outra dimensão, há que se destacar que o estado geral da testemunha quando da observação do delito também constitui variável que absolutamente foge à influência do sistema, aí se inserindo a sonolência, intoxicação por álcool ou outras substâncias que alterassem sua capacidade de percepção, etc.

Por fim, tem-se outro ponto de unanimidade no que tange ao intervalo de retenção das informações. Assim, também aqui vale o que dita o senso comum: intervalos maiores de retenção das informações tem por consequência a perda de detalhes importantes, havendo um prejuízo em especial às memórias de natureza literal. Essa perda de memória literal se deve à janela que o transcurso do tempo abre para a interferência. Nesse contexto, interferência se refere à interação que ocorre entre as memórias antigas e novas, sendo que dessa interação decorre a perda – esquecimento – de detalhes literais. Desse esquecimento é que decorrerá a

---

<sup>171</sup> WELLS, Gary L.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness evidence improving its probative value. *Psychological science in the public interest*, v. 7, n. 2, p. 45-75, 2006, p. 51-54.

<sup>172</sup> *Ibidem*, loc. cit.

contaminação de fato por falsas memórias, as quais surgirão da soma de sugestões internas ou externas ao substrato formado pelas memórias de essência, conforme visto anteriormente. No ponto, refere Loftus:

Uma teoria do porquê as pessoas esquecem de eventos que elas vivenciaram é a de que outros eventos previnem que o evento original seja lembrado. Em outras palavras, os eventos interferem uns com os outros na memória. Como a maioria de nós somos seres humanos razoavelmente ativos, é provável que encontremos inúmeros eventos que potencialmente interferiram com outros dos quais podemos querer nos lembrar.<sup>173</sup>

Dessa forma, anota-se que um menor intervalo de retenção das informações atinentes ao evento vivido propiciará um maior número de detalhes, bem como uma maior precisão da narrativa.

Reiterando a ressalva acerca da impossibilidade de examinar todas as possíveis variáveis de estimativa, tem-se que essas circunstâncias constituem elementos para os quais o julgador deverá atentar ao valorar a prova testemunhal, não havendo, todavia, maneira de medir seu grau de influência exato sobre a confiabilidade desta.

Dessa maneira, a conclusão que se apresenta é a de que, ainda hoje, não há um método seguro que possibilite discernir entre lembranças falsas e verdadeiras uma vez que as primeiras tenham se formado. Nessa direção, assegura Loftus:

Na maioria dos estudos, quaisquer diferenças entre memórias verdadeiras e falsas são observadas apenas quando se comparam grandes grupos de memórias verdadeiras e falsas, e essas diferenças são tipicamente muito pequenas para serem úteis para classificar um único relato autobiográfico como verdadeiro ou falso. **A ciência da Psicologia ainda não desenvolveu uma maneira confiável de classificar memórias como verdadeiras ou falsas.** Ademais, deve-se manter em mente que muitas falsas memórias foram expressadas com grande confiança.<sup>174</sup> (tradução e grifo nosso)

<sup>173</sup> No original: “One theory of why people forget events they have experienced is that other events prevent the original one from being remembered. In other words, events interfere with each other in memory. Since most of us are fairly active human beings, it is likely that we encounter numerous events that potentially interfere with others we may wish to remember.” (LOFTUS, Elizabeth F. *Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget*. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980, p. 66).

<sup>174</sup> No original: “In most studies, any differences between true and false memories are observed only when comparing large groups of true and false memories, and these differences are typically too small to be useful for classifying a single autobiographical memory report as true or false. Psychological science has not yet developed a reliable way to classify memories as true or false. Moreover, it should be kept in mind that many false memories have been expressed with great confidence.”. (LOFTUS, E. F.. Our changeable memories: Legal and practical implications. *Nature Reviews: Neuroscience*, 4, 2003, p. 232).

Há de se notar, ainda, que tal dificuldade foi descrita por essa mesma autora em diversos estudos.<sup>175</sup> No tópico, conforme a menção feita – e com isso se adentra brevemente na análise das variáveis de reconstrução –, cabe apontar a confiança do depoente como um critério pouco seguro para diferenciar as memórias reais das falsas, mormente em razão do fato de que as memórias falsas, para usar das palavras de Lilian Stein, “podem parecer muito *brilhantes*, contendo mais detalhes, ou até mesmo mais vívidas do que as memórias verdadeiras”<sup>176</sup>. Isso porque a ideia de que a memória tende a diminuir conforme as lembranças vão se esvaindo não se confirma na realidade. Veja-se:

De acordo com o clichê, a memória desvanece-se. Em verdade, contudo, ela cresce. O que pode desvanecer-se é a percepção inicial, a verdadeira experiência dos eventos. Porém, toda vez que recordamos de um evento, devemos reconstruir a memória, e então a cada vez ela é modificada – colorida por eventos posteriores, compreensão aumentada, um novo contexto, sugestões de terceiros, as lembranças de outras pessoas.<sup>177</sup>

Por conseguinte, tem-se que também a presença de um maior ou menor número de detalhes de pouco servirá para que se diferencie uma lembrança falsa de outra verdadeira.<sup>178</sup>

---

<sup>175</sup> Em diversas publicações a autora reiterou não existirem métodos disponíveis a possibilitar tal distinção. A título de exemplo: “*Even though psychologists generally acknowledge that eyewitness memory is sometimes accurate and sometimes not, no definitive cognitive-behavioral methods exist for distinguishing true from false memories.*” (SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute?. *Nature neuroscience*, v. 16, n. 2, p. 119-123, 2013.).

E ainda: “*The findings do not, however, give us the ability to reliably distinguish between real or false memories, for without independent corroboration such distinctions are generally not possible.*” (LOFTUS, Elizabeth F.; PICKRELL, Jacqueline E. The formation of false memories. *Psychiatric annals*, v. 25, n. 12, p. 720-725, 1995, p. 725.).

<sup>176</sup> STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 21.

<sup>177</sup> No original: “*According to the cliché, memory fades. In fact, however, it grows. What may fade is the initial perception, the actual experience of the events. But every time we recall an event we must reconstruct the memory, and so each time it is changed - colored by succeeding events, increased understanding, a new context, suggestions by others, other people's recollections.*” (LOFTUS, Elizabeth F. *Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget*. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980, p. 169).

<sup>178</sup> Essa observação, embora possa parecer óbvia após a leitura do excerto colacionado, contraria o observado na prática. Isso porque, ao menos naqueles países em que predomina o julgamento pelo júri, observou-se que a quantidade de detalhes fornecida por uma testemunha era frequentemente tomada como indicio da confiabilidade de seu relato. A esse fenômeno, Bell e Loftus denominaram “*trivial persuasion*”. Em suas palavras: “*This jury simulation research provides further support for a phenomenon we call trivial persuasion. We have shown that detailed information need not be related to persons directly involved in the incident in question in order to be powerful. Thus, even seemingly insignificant and irrelevant information, such as the store items a customer dropped prior to a crime, can influence mock juror judgments. The effect of reporting trivial details appears to be especially powerful when an opposing witness testifies that he or she cannot remember the same details. In the context of a jury trial, trivial persuasion seems to be mediated by inferences about the eyewitnesses' credibility, memory, and attention paid.*” (BELL, Brad E.; LOFTUS, Elizabeth F. Trivial persuasion in the courtroom: the power of (a few) minor details. *Journal of personality and social psychology*, v. 56, n. 5, p. 669, 1989, p. 677).

Seguramente, há que se destacar a existência de estudos que buscam determinar a natureza falsa ou verdadeira da memória a partir da realização de exames de neuroimagem no momento em que prestado o depoimento.<sup>179</sup> Tais experimentos trabalham com a hipótese de que a falsidade ou não da memória viria associada à ativação de áreas diferentes do cérebro. Contudo, embora por certo muito promissores, tais estudos encontram-se em estágio ainda muito incipiente, não havendo quaisquer conclusões definitivas a indicar um critério seguro. Adicionalmente, cumpre referir que qualquer solução nesse sentido esbarraria, inevitavelmente, em uma limitação de ordem econômica, haja vista os investimentos que seriam necessários para implementar o uso de equipamentos que permitissem a aplicação da técnica.

Frente ao caráter ainda intransponível desse desafio, conclui-se que a forma mais eficiente de evitar erros judiciários com base em falsas memórias será, antes de tudo, evitar que estas ocorram. Em outras palavras, exsurge a prevenção como a melhor (ou mesmo única) saída.

### 3.4 A PROBLEMÁTICA DO TEMPO

A fim de estudar meio de se alcançar tal prevenção da ocorrência de falsas memórias, contudo, retorna-se à temática de seus fatores causadores, pois afinal de contas, para que se possa prevenir algo, deve-se atuar em suas causas. Todavia, como bem se viu naquela oportunidade, a grande maioria das variáveis que podem dar início ao processo de formação de uma lembrança falsa parecem se furtar do alcance do sistema judicial. Por essa mesma razão é que fora anteriormente colocado que as variáveis do sistema deveriam ser rearranjadas, enquanto as variáveis de estimativa e de reconstrução poderiam tão somente ser levadas em conta quando da valoração do testemunho.

Partindo de perspectiva diversa, porém, observa-se que as circunstâncias influenciadoras da precisão do depoimento podem ser divididas ainda quanto ao momento de sua ocorrência. Nessa tentativa, tem-se que as fontes de sugestão poderiam se situar no próprio momento da ocorrência do fato criminoso, no ato de oitiva da testemunha em sede judicial ou, ainda, no interregno entre ambos.

---

<sup>179</sup> Cf. SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute?. *Nature neuroscience*, v. 16, n. 2, p. 119-123, 2013.

Nessa análise, percebe-se que, de fato, todas aquelas circunstâncias concomitantes ao fato delituoso se mostrarão inalcançáveis para a esfera de influência do sistema. O oposto, logicamente, ocorrerá com todas as circunstâncias que envolvem a metodologia de inquirição da testemunha. Aquelas circunstâncias, todavia, que se fazem presentes em algum momento dentre aquele lapso temporal que separa os dois atos (experiência vivida e depoimento em juízo), encontram-se em uma espécie de zona *gris*. Isso porque a redução desse período de tempo poderá constituir medida a ser buscada pelo sistema, embora permaneçam fora de controle as circunstâncias propriamente ditas que neste intervalo se situam.

Dessa forma, a redução do período de tempo transcorrido entre o evento e sua narrativa atuaria em duas frentes diferentes na direção de reduzir a ocorrência de falsas memórias. Primeiramente, a redução do lapso temporal acarreta, resta óbvio, uma redução do intervalo de retenção das informações, antes tomada como variável de estimativa. Assim, previne-se o esquecimento de elementos de natureza literal e o surgimento de falsas memórias por conformação à memória de essência restante. De outra banda, com tal manobra seria diminuído o período de tempo disponível para ocorrência de sugestão externa ou aparecimento de autossugestão. Assim, diminui-se a probabilidade de distorção das memórias por influência da mídia, (re)questionamentos sugestivos de terceiros não preparados, etc.

Tal raciocínio parte, portanto, da ideia de que o tempo não constitui apenas mais um fator a possibilitar o enfraquecimento da prova testemunhal, e sim verdadeira dimensão na qual coexistem todas as outras formas de sugestão. Assim colocado, o fator temporal não é somente variável isolada, mas também pano de fundo das demais. Diminuir o tempo despendido até a efetiva produção da prova testemunhal, portanto, parece ser a forma mais básica de se criar um obstáculo à formação de falsas memórias e à perda de confiabilidade da prova testemunhal de modo geral.

No intento de reduzir tal lapso temporal, dois caminhos se mostram possíveis. O primeiro é o de tornar mais céleres a investigação e a instrução, alcançando-se a produção da prova judicial em menor tempo. Tentativas nesse sentido, porém, dependem de inúmeros fatores, não se tratando de uma solução viável sem o esforço de um grande número de envolvidos e sem que se crie alguma ameaça de limitação às garantias fundamentais que norteiam o processo penal. Assim, afigura-se mais adequada a segunda opção, que consiste na

antecipação desse momento de produção da prova testemunhal, de modo a assegurar-se o respeito ao contraditório sem, todavia, ignorar-se a existência de um tempo fisiológico do processo.

Ante o exposto, passa-se a analisar o instituto da produção antecipada de provas enquanto possível instrumento para redução de danos à confiabilidade da prova testemunhal, prevenindo-se a formação de falsas memórias.

*“You may delay, but time will not.”*

*(Benjamin Franklin)*

## 4 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS NO PROCESSO PENAL

Nesta seção, pretende-se examinar o instituto da produção antecipada de provas no processo penal – e em específico da prova testemunhal – com fulcro na possibilidade de sua utilização como instrumento de redução de danos à qualidade desta. Esse esforço se justifica em razão da importância que o lapso temporal transcorrido entre o fato testemunhado e o depoimento em juízo demonstrou ter para o grau de confiabilidade da prova testemunhal, contribuindo não apenas para o esquecimento das circunstâncias do evento observado, mas também para a formação de falsas memórias.

### 4.1 DEFINIÇÃO E FUNDAMENTO LEGAL

Assim, de início, a título de definição, tem-se que “a produção antecipada de provas é medida cautelar incidental, podendo realizar-se antes ou depois de iniciada a ação penal”.<sup>180</sup> Antes que se prossiga, contudo, com a análise de seu funcionamento, importa ter em mente a base legal do instituto, compreendendo-se como se deu sua introdução em nosso ordenamento jurídico.

Dessa maneira, importa ressaltar que, originalmente, o arcabouço legal desse instituto residia no artigo 225 do Código de Processo Penal. Este trazia, já em sua redação original, disposição final a respeito do tratamento dispensado às testemunhas, referindo que o juiz poderia proceder à tomada de depoimento antecipadamente, seja de ofício ou a pedido das partes, naqueles casos em que a testemunha houvesse de se ausentar ou, por motivos de saúde ou de idade, talvez não mais estivesse viva ao tempo da produção de prova.<sup>181</sup> Para além dessas hipóteses, a produção antecipada de provas seria autorizada nos casos de suspensão de processo criminal em razão da existência de questão prejudicial ao feito com julgamento ainda em curso na esfera cível, conforme inteligência do artigo 92 do CPP.<sup>182</sup>

<sup>180</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28.

<sup>181</sup> *In verbis*: “Art. 225. Se qualquer testemunha houver de ausentar-se, ou, por enfermidade ou por velhice, inspirar receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, tomar-lhe antecipadamente o depoimento.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20/11/2016).

<sup>182</sup> *In verbis*: “Art. 92. Se a decisão sobre a existência da infração depender da solução de controvérsia, que o juiz repute séria e fundada, sobre o estado civil das pessoas, o curso da ação penal ficará suspenso até que no juízo cível seja a controvérsia dirimida por sentença passada em julgado, sem prejuízo, entretanto, da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente.” (BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de

Foi a partir de modificação introduzida no ano de 1996 por intermédio da Lei nº 9.271/96, portanto, que se criou previsão expressa autorizando a produção de provas em caráter antecipado também naqueles casos em que houvesse suspensão do processo e correspondente prazo prescricional em razão do não comparecimento do réu.<sup>183</sup> Note-se, porém, que aqui o legislador se referiu à produção antecipada de provas em sentido amplo, não se restringindo à prova testemunhal.

Por fim, no ano de 2008, com o advento da reforma de nosso Código de Processo Penal, modificou-se a redação do artigo 156 a fim de autorizar-se a produção de provas de ofício pelo magistrado mesmo em momento anterior ao início do processo, contanto que consideradas urgentes e relevantes.<sup>184</sup>

Uma vez repassados os passos do processo legislativo operado para que se chegasse à atual formatação do instituto em nossa Lei Penal Adjetiva e já se conhecendo os dispositivos legais essenciais para a sua análise, passamos a examinar suas características principais. Nesta senda, a produção antecipada de provas apresenta-se como “uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional e com plena observância do contraditório e do direito de defesa”.<sup>185</sup>

Assim, a finalidade é a de resguardar a produção daquelas provas que, em razão de alguma circunstância de força maior, não possam aguardar o normal transcurso do feito de modo a serem colhidas apenas por oportunidade da audiência de instrução. Assim, a produção

1941. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)>. Acesso em: 20/11/2016).

<sup>183</sup> *In verbis*: “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”. (BRASIL. Lei n. 9.271, de 19 de abril de 1996. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9271.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9271.htm#art1)>. Acesso em: 20/11/2016).

<sup>184</sup> *In verbis*: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

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

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

(BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em: 20/11/2016.)

<sup>185</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 207-208.

antecipada de provas, como provimento acautelatório que é, funciona como “um instrumento a serviço do instrumento”, pois serve à “eficiência do provimento jurisdicional principal”.<sup>186</sup>

Dessa antecipação, porém, não deverá decorrer qualquer lesão às garantias fundamentais que envolvem a produção probatória. Com esse mandamento em mente é que afirma Lopes Jr. que, “desde o ponto de vista do sujeito passivo, estão garantidos o contraditório e direito de defesa, de modo que a prática antecipada da prova não supõe, em princípio, nenhum prejuízo”<sup>187</sup>. Prosseguindo nessa linha de raciocínio, o autor chega mesmo a referir que “a produção antecipada de provas tem sua eficácia condicionada aos requisitos mínimos de **jurisdição, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução** na fase processual”<sup>188</sup> (grifo original).

Desse modo, o objetivo é que se produza tão logo quanto necessário aquelas provas que inspirem tal cuidado, mas ainda assim sob o manto de todas as garantias que seriam oferecidas em sede judicial. Não é por outra razão que o artigo 155 do Código de Processo Penal refere, *in fine*, que as provas produzidas dessa maneira estariam aptas a compor a *ratio decidendi* da sentença, em contraste com aquelas provas produzidas em sede de inquérito policial apenas com a finalidade de se averiguar a necessidade ou não de instauração da persecução penal<sup>189</sup>. Nesse sentido, diferencia-se ato de prova de ato de investigação: a antecipação de produção probatória permitiria que um indício que, de outra forma, seria apenas ato de investigação, seja de imediato produzido como ato de prova. Nessa esteira, colaciona-se:

Em regra, a prova testemunhal (bem como acareações e reconhecimentos) pode ser repetida em juízo e, na prática, é em torno deste tipo de prova que gira a instrução definitiva. **Excepcionalmente, frente ao risco de perecimento e o grave prejuízo que significa a perda irreparável de algum dos elementos recolhidos no inquérito policial, o processo penal instrumentaliza uma forma de colher antecipadamente esta prova, através de um incidente: produção antecipada de prova. Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido como**

<sup>186</sup> DINAMARCO *apud* GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 246-297, p. 252.

<sup>187</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 209.

<sup>188</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>189</sup> *In verbis*: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.” (BRASIL. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em: 20/11/2016.)

**mero ato de investigação e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova poderá ser realizado uma só vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o status de ato de prova, é dizer, valorável na sentença ainda que não colhido na fase processual.**<sup>190</sup> (grifo nosso)

Dessa maneira, evita-se que tal prova emergencial fosse produzida tão somente na forma de ato de investigação, sem a forma assegurada pelo manto das garantias constitucionais, e então, perecendo posteriormente, prevalecesse sua irrepetibilidade como justificativa para sua aceitação enquanto elemento de prova válido, apto a comprovar a conduta imputada. Nesse sentido, bem aponta Lopes Jr. o vício de que nosso ordenamento padece quando, “na prática, sob o argumento de que foram ‘cotejados com as demais provas’ os atos do nosso inquérito acabam por converter-se em atos de prova”<sup>191</sup>.

Contudo, há que se ressaltar que o resguardo dessas garantias não se estende a toda e qualquer forma de prova cautelar. Isso porque há casos em que o contraditório poderá se dar apenas de forma diferida, isto é, será estabelecido em momento posterior ao ato de produção da prova em caráter antecipado, sob pena de inutilização da própria medida de antecipação em face da perda de quaisquer elementos probatórios úteis. Bons exemplos disso seriam as hipóteses de determinação judicial de busca e apreensão e autorização para a realização de interceptações telefônicas. No ponto, cabe lição de Gomes Filho:

Nesses casos, é o perigo de desaparecimento ou de comprometimento da fonte de prova, pelo decurso do tempo, que autoriza, excepcionalmente, uma restrição inicial ao pleno exercício do contraditório. Mas isso não significa que as partes não possam, posteriormente, exercer as prerrogativas inerentes à garantia constitucional, discutindo não só a legalidade da antecipação, mas também a validade e idoneidade dos elementos obtidos. Nesses casos, deve haver o *contraditório diferido*.<sup>192</sup>

Realizada essa breve incursão, inicia-se análise mais detida de suas características, começando pelo momento de produção da prova quando de sua antecipação.

<sup>190</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 208.

<sup>191</sup> LOPES JUNIOR, Aury. A Crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. In: Alexandre Wunderlich. (Org.). *Escritos Jurídicos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 77-133, p. 99.

<sup>192</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 246-297, p. 253.

## 4.2 MOMENTO DE PRODUÇÃO

Conforme se depreende da leitura dos dispositivos legais mencionados anteriormente, há dois contextos diferentes em que pode se dar a aplicação do instituto da produção antecipada de provas. De maneira geral, pode-se dizer que a produção de provas poderá se dar antes mesmo da instauração do processo ou com ele já em curso.

Assim, a produção de provas com o processo já em andamento se mostra possível nos casos de não comparecimento do réu mesmo após sua citação por edital, caso em que o feito será suspenso por tempo indeterminado. O mesmo ocorrerá quando da suspensão do feito ante a constatação da existência de questão prejudicial em discussão no juízo cível. Contudo, possível ainda imaginar que, ao longo do regular andamento do processo, surgisse alguma das circunstâncias descritas no artigo 225 do CPP, tornando-se incontornável a antecipação da produção de dada prova, ainda que não houvesse qualquer motivo para crer que a audiência de instrução fosse demorar a ocorrer.

De outra banda, tem-se a produção probatória antes mesmo do início da ação penal, com a urgência da prova constatada ainda durante a fase de investigação. Aqui, surgem diversas questões atinentes ao conteúdo e à forma de produção da prova que se pretende antecipar, uma vez que sequer existem limites claros de cognição das condutas dos suspeitos. Isso porque, ainda não tendo sido oferecida a peça vestibular, não há que se falar na imputação de uma conduta criminosa específica ou mesmo na existência de um acusado. Atentando para a nebulosidade do tema, esclarece Nucci:

A lei não menciona, mas, por óbvio, visando-se a formação de prova a valer no contraditório judicial, para o deslinde da causa, é indispensável a designação de audiência pelo juiz, com intimação das partes interessadas. O Ministério Público (ação penal pública) ou o ofendido (ação penal privada) será convocado, além do indiciado (se houver), com seu defensor constituído (se houver). Não existindo, ainda, indiciado, intimam-se todos os suspeitos. Em qualquer situação, não estando constituído advogado por qualquer deles, nomeia-se defensor dativo ou atuará a defensoria pública. Tratando-se de ação privada, quando se intimará a vítima para participar da audiência, cientifica-se, igualmente, o Ministério Público, atuante como fiscal da lei. Para a inquirição de testemunhas, o procedimento é similar à audiência de instrução, com direito às reperguntas das partes.<sup>193</sup>

---

<sup>193</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 28-29.

Como se depreende da leitura do excerto transcrito acima, portanto, a maneira de proceder se assemelha em muito daquela utilizada quando da realização da audiência de instrução de fato, diferindo, é claro, quanto à necessidade de se intimar todos os possíveis indiciados ou suspeitos.

Subsiste, todavia, a questão – essencial do ponto de vista da validade do testemunho – acerca de quais temas poderão ser abordados nos questionamentos realizados pelas partes e pelo magistrado. Isso porque, caso já houvesse sido intentada a ação penal, com a conduta criminosa já descrita e especificada na denúncia, qualquer prova produzida sobre outros fatos que não aqueles constantes da exordial não poderia ser utilizada contra o acusado sem que se ferisse o princípio da correlação ou se procedesse à *mutatio libelli*<sup>194</sup>. No caso descrito, resta claro que, por não estar a conduta criminosa bem delimitada quando da produção da prova, poderia haver algum prejuízo ao acusado. Sobre o ponto, Amico limita-se a referir o que segue:

Como, no inquérito policial, ainda não foi delimitada a acusação que apenas ocorre com o oferecimento da denúncia ou da queixa, quais devem ser os fatos questionados à testemunha sobre [sic] o crivo do contraditório? A prova oral deve ser colhida quanto à provável imputação ao agente descrita no auto de prisão em flagrante ou em outras provas até então coletadas.<sup>195</sup>

Tal previsão, porém, se mostra bastante vaga, havendo que se destacar a possibilidade de que a prova produzida nessa oportunidade – porque considerada, para todos os efeitos, prova de natureza judicial – seja utilizada a fim de melhor definir qual conduta será imputada ao acusado. Daí que dessa inversão se deduz, minimamente, o necessário reforço ao caráter excepcional da aplicação do instituto da produção de prova antecipada.

---

<sup>194</sup> Conforme artigo 384 do CPP, *in verbis*: “Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente.”. (BRASIL. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1)> Acesso em: 20/11/2016.)

<sup>195</sup> AMICO, Carla Campos. A nova redação dos artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal na fase do inquérito policial. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 192, p. 7-8, nov. 2008, p. 8.

### 4.3 LEGITIMADOS

A questão acerca de quem estaria legitimado a ordenar ou requerer a produção antecipada de provas constitui ponto de polêmica doutrinária. Tal dissidência resulta, mais uma vez, dos diversos entendimentos correntes acerca de qual deveria ser o papel do magistrado no que tange à produção probatória. Assim, conforme explicitado em maior detalhe no ponto 2.3 do presente trabalho, há vertente de crescente peso no cenário nacional a sustentar incompatibilidade entre um sistema processual acusatório e a produção de provas de ofício pelo juiz. Contudo, como referido, o artigo 156, inciso I, claramente autoriza a produção de provas em caráter antecipado por determinação de ofício do juiz. Assim, há quem sustente a inconstitucionalidade do dispositivo, dentre os quais Pacelli de Oliveira:

Não é o caso, contudo, da atual redação do art. 156, I, CP dada pela Lei nº 11.690/08, ao prever que poderá o juiz, de ofício, 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. O retrocesso, quase inacreditável, é também inaceitável. A inconstitucionalidade é patente.<sup>196</sup>

Em sentido diverso, Gomes Filho, ao tecer comentário sobre o tópico, traça paralelo com a evolução pela qual viria passando o papel do magistrado nos sistemas da família anglo-saxônica, isto é, de tradição adversarial. Destaca-se:

Além disso, e por outro lado, mesmo no sistema *adversarial* anglo-americano o declínio dos julgamentos pelo júri tem conduzido a uma progressiva concentração de poderes nas mãos do juiz. Este não é mais um simples árbitro da correção do comportamento das partes na introdução das provas, mas alguém que busca informações quando uma questão importante não ficou esclarecida. Como observa Damaska, a circunstância de ser pessoalmente responsável pela exatidão do accertamento dos fatos induz o juiz a empenhar-se na atividade de produção das provas, alterando o clima *adversary* do debate.

Por isso, não é mais possível conceber, nos dias atuais, um juiz que seja espectador totalmente passivo diante da atividade das partes, principalmente na justiça criminal, em que as desigualdades sociais se refletem dolorosamente no processo.

.....  
Nem é válido qualificar como inquisitório um sistema processual em que seja atribuída alguma iniciativa instrutória ao magistrado, desde que isso não signifique restringir ou eliminar o contraditório entre as partes.

Mais importante do que discutir a conveniência da atribuição de tais poderes ao juiz é fixar *limites* a essa intervenção.<sup>197</sup>

<sup>196</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 336.

<sup>197</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 246-297, p. 258-259.

Para ele, portanto, a garantia de contraditório entre as partes quando da produção da prova bastaria para que o sistema se afastasse do modelo inquisitório, não importando que ao juiz fosse atribuída alguma iniciativa instrutória desde que respeitada tal garantia.

Nesta senda, merece ser frisada a ressalva apresentada por parte da doutrina de que haveria certa distância entre as afirmações de que i) um juiz que atue como investigador estará consumando, com sua atuação, um sistema processual de vertente inquisitorial; e ii) determinar a produção antecipada de provas signifique atuar como investigador. Nas palavras de Amico:

Vale ressaltar que o deferimento e a produção da prova como cautelar não subtrai a imparcialidade do juiz que visará unicamente perquirir fatos reais e verossímeis (onde e como ocorreram, quem os praticou e em que circunstâncias), não conhecendo o resultado que a prova trará ao mundo jurídico e qual das partes será beneficiada com a sua produção.

.....  
**Admitir a produção antecipada da prova testemunhal na fase de inquérito policial, por sua vez, não confere ao juiz a atribuição de investigador, própria da autoridade policial, senão a função de determinar providências cautelares sob o manto do contraditório e da ampla defesa para evitar o perecimento do direito do Estado (*jus puniendi*) ou do agente (*jus libertatis*), [...].<sup>198</sup> (grifo nosso)**

Assim, há que se diferenciar a produção de prova de ofício e em caráter complementar pelo juiz ao longo da fase judicial em seu regular andamento da produção de prova *ex officio judicis* em caráter antecipado, visando exclusivamente à sua preservação. Trata-se, portanto, de embate entre as previsões elencadas nos incisos II e I, respectivamente, do artigo 156 do CPP.

Nesse sentido, tem-se que, no caso do inciso II, sempre haverá o argumento – já aqui debatido – de que, se o magistrado não pôde chegar a um juízo de certeza a partir da prova produzida nos autos, não haveria de se falar em produção de prova complementar, uma vez que a solução já estaria dada, residindo esta precisamente na absolvição por falta de provas. Assim, na visão dos que defendem tal posicionamento, a produção de provas adicionais por ordem do magistrado atuaria necessariamente em prejuízo do acusado, que de outra forma se veria absolvido.

---

<sup>198</sup> AMICO, Carla Campos. A nova redação dos artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal na fase do inquérito policial. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 192, p. 7-8, nov. 2008, p. 8.

Contrariamente, o mesmo não se pode dizer naqueles casos em que se produz de maneira antecipada exclusivamente as provas que correm risco comprovado de perder-se, pois aqui o juiz não estaria atuando para sanar dúvida – e talvez confirmar versão acusatória da qual se encontre imbuído –, mas sim para preservar as fontes de prova existentes, extraindo delas seu conteúdo antes que fosse tarde demais. Assim, *ad argumentandum tantum*, tem-se que a linha de raciocínio aplicada à produção de provas por iniciativa do magistrado poderá variar de acordo com o momento processual e, talvez mais importante, com a finalidade com que se pratica o ato.

Por outro lado, especificamente no que tange ao inciso I do artigo 156 do CPP, há ainda outra via argumentativa a ser explorada, representada na lição de Andrade:

Na nossa visão, a (im)possibilidade de o juiz *ex officio* determinar, em plena fase de investigação, a produção antecipada de prova, irá depender justamente do tipo de investigação em que essa antecipação for determinada. Melhor explicando, o perfil ou os poderes que a legislação processual dá ao nosso juiz criminal depende claramente do modelo de investigação em que ele estiver inserido. [...]

.....  
Desta feita, como essas investigações judiciais – representativas que são do sistema misto de processo penal – vêm reiteradamente recebendo cobertura constitucional por parte dos Tribunais Superiores, não vemos qualquer inconveniente em sustentar que somente nessa hipótese é que poderá haver a determinação, *ex officio judicis*, de prova antecipada em plena fase de investigação.

**Em síntese, para que tenha alguma aplicabilidade prática em nosso direito, e ainda que reconheçamos não ter sido essa a intenção do legislador, acreditamos que o inciso I do artigo 156 do Código de Processo Penal só tem lugar no seio de investigações judiciais, e jamais em investigações presididas pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Logo, não há que se falar, *a priori*, em inconstitucionalidade daquele inciso, senão em sua aplicação exclusiva a um modelo específico de investigação que não é seguido, como regra, em nosso país.<sup>199</sup> (grifo nosso)**

Para ele, portanto, a possibilidade ou não de produção antecipada de provas durante a investigação a mando do juiz dependeria do tipo de investigação em que essa hipótese estivesse inserida. Nesse sentido, a possibilidade restaria confirmada para o modelo em que os atos de investigação se encontrassem sob presidência do próprio magistrado, devendo permanecer restrito a esse cenário.

---

<sup>199</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. *Revista de doutrina da 4ª Região*, n. 34, fev. de 2010, p. 6. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade\\_probata%C3%B3ria\\_oficio\\_andrade.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade_probata%C3%B3ria_oficio_andrade.pdf)>. Acesso em: 23/11/2016.

Como se percebe, também aqui a discussão acerca do papel a ser assumido pelo juiz apresenta incontáveis variações. Para o escopo deste trabalho, bastará que se compreenda a dimensão do debate e suas implicações, bem como as principais posições hoje em voga, não se pretendendo dar solução a questão tão controvertida. Isso porque, muito embora a possibilidade mais ampla ou mais restrita de antecipação da produção da prova possua efeitos sistêmicos no que tange à aplicação maior ou menor do instituto, tem-se que a confiabilidade em si da prova resultante em pouco ou em nada será alterada de acordo com quem determinou sua produção.

#### 4.4 REQUISITOS

Dessa forma, passa-se à análise dos requisitos que deverão estar presentes para que se entenda cabível a produção da prova antecipadamente. Na visão de Aury Lopes Junior – expressa anteriormente à reforma legislativa de 2008, note-se –, podem ser sintetizados em dois os requisitos necessários para que se proceda à utilização do instituto:

O incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de que será inviável a posterior repetição na fase processual da prova. Ademais, para justificá-lo, deve estar demonstrada a relevância da prova para a decisão da causa. Em síntese, são requisitos básicos:

- a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença;
- b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparado por indícios razoáveis do provável perecimento da prova.<sup>200</sup>

Assim colocado o tema, exsurge a indispensabilidade da prova que se pretende produzir como requisito fundamental a embasar a necessidade de sua antecipação, uma vez que não se poderia admitir uma inversão da ordem dos atos no feito para operar, por exemplo, a coleta de um testemunho meramente abonatório do acusado. Assim, a prova deverá ser importante, sendo seu conteúdo de influência potencialmente decisiva para o resultado do processo. Adicionalmente, deverá ser urgente, afigurando-se risco de seu extravio caso não se aja no sentido de produzi-la de pronto. Tais requisitos permanecem atuais, uma vez que demonstram, respectivamente, a *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*, pressupostos a autorizar a produção de providências de natureza cautelar em geral.<sup>201</sup>

<sup>200</sup> LOPES JUNIOR, Aury. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p. 208.

<sup>201</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 246-297, p. 253.

De outra banda, partindo-se de visão mais atual – isto é, alinhada às modificações legislativas realizadas –, tem-se a visão expressa por Nucci, que procede a uma abordagem focada nos dispositivos legais, sistematizando os requisitos necessários para que se antecipe a produção probatória a partir da leitura do artigo 155 do CPP. Nesse sentido, refere:

Há dois requisitos intrínsecos, relativos à prova a ser produzida: urgência e relevância. Sustentam-se três requisitos extrínsecos, relativos à medida cautelar proposta: necessidade, adequação e proporcionalidade. Os cinco precisam ser analisados pelo magistrado, além, obviamente, das demais condições gerais da petição inicial e da ação cautelar.<sup>202</sup>

Assim, para que se proceda à produção antecipada de provas, deverão estar presentes todos os cinco requisitos elencados, devendo-se atentar para o fato de que apenas dois deles dizem respeito à prova a ser produzida propriamente dita, haja vista que os outros três requisitos dizem respeito à medida cautelar que se pretende utilizar.

Em relação aos requisitos extrínsecos, não abordados anteriormente, entende-se que estes dizem respeito a um suposto juízo do quão aconselhável seria a adoção da medida frente às circunstâncias enfrentadas no caso concreto. Com isso, busca-se equilibrar os interesses ligados ao curso natural do procedimento e à regular produção de provas com o interesse em se assegurar a eficiência da atividade probatória.<sup>203</sup>

Dito isso, inicia-se, sem mais delongas, a análise dos requisitos de produção antecipada de provas especificamente no que diz respeito às provas testemunhais, buscando verificar quais hipóteses justificariam seu cabimento.

#### **4.4.1 Hipóteses de cabimento e a prova testemunhal**

Assim, embora os dispositivos reformados tenham apontado de maneira explícita quais seriam os requisitos necessários a fim de se autorizar a excepcionalidade em que consiste a produção de provas de modo antecipado, a aplicação desse instituto assume contornos incertos na prática. Isso se deve, no dizer de Moreira, ao fato de que “a alteração

<sup>202</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29.

<sup>203</sup> GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 246-297, p. 252.

legislativa, porém, deixou de esclarecer o que deveria ser considerada como prova urgente, para efeito de produção antecipada”<sup>204</sup>.

Assim, ao perquirir-se acerca da possibilidade de produção antecipada da prova testemunhal em específico, surge a questão: a prova testemunhal é prova urgente?<sup>205</sup> Em caso afirmativo, tal urgência decorre de sua própria natureza ou da presença de circunstâncias especiais? Por fim, na última hipótese, questiona-se: que circunstâncias atuariam então no sentido de tornar urgente a produção da prova testemunhal?

A partir desses questionamentos, surgiram, na doutrina nacional, três posições principais, conforme explicam Welter e Santos:

Quanto à urgência da prova testemunhal, habitam na comunidade jurídica brasileira três entendimentos manifestamente divergentes: 1º) só há prova urgente naqueles casos em que a testemunha está doente, com idade avançada ou na iminência de ausentar-se da Comarca; 2º) depende das circunstâncias do caso concreto; 3º) a prova testemunhal é sempre urgente.<sup>206</sup>

Dito isso, passa-se a abordar cada uma dessas posições em maior profundidade, destacando os principais argumentos que a doutrina vigente apresenta em seu favor.

Primeiramente, portanto, tem-se a visão de que a urgência da prova estaria limitada àquelas hipóteses elencadas no artigo 225 do CPP, que constituiria, dessa forma, rol taxativo. Nesse sentido aponta o posicionamento de Nucci. Assim, ao comentar sobre os próprios objetivos a serem buscados com a utilização do instituto, já tece alerta:

O novel instituto pode ser promissor, desde que utilizado com cautela e prudência, sem a finalidade de antecipar, com frequência, a produção de provas durante a fase investigatória. O objetivo da medida é evitar que algumas provas essenciais, normalmente não consideradas urgentes, possam perder-se. Exemplo disso é a prova testemunhal. **Não se pode sustentar validamente ser indispensável ouvir, em juízo, de imediato, todas as testemunhas do crime. Fosse assim, inexistiria inquérito e todas as demandas deveriam ser ajuizadas tão logo fosse registrada a ocorrência do delito.**<sup>207</sup> (grifo nosso)

<sup>204</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. O artigo 366 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 41-44, fev. 2013, p. 41.

<sup>205</sup> WELTER, Belmiro Pedro; SANTOS, Nilton Kasetin dos. A urgência da prova testemunhal no artigo 366 do Código de Processo Penal (Lei 9.271/96). *Jornal Síntese*. São Paulo, n. 11, p. 6-8, jan. 2008, p. 6.

<sup>206</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>207</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 27.

Dessa maneira, já de antemão repele a hipótese de ser a urgência uma característica inafastável da prova testemunhal. Ato contínuo, ao explicar como os requisitos para antecipação da prova se apresentariam ao se tratar de prova testemunhal, deixa clara sua posição de que estes devem ser interpretados restritivamente:

Cuida-se, pois, de uma *exceção* e como tal devem ser examinados os requisitos da urgência e da relevância. **Em hipótese alguma, sob qualquer pretexto, pode-se vulgarizar essa medida cautelar, considerando-se, v.g., toda prova testemunhal urgente e relevante, pois as pessoas, com o passar do tempo, tendem a esquecer aquilo que viram ou ouviram. Essa não é uma justificativa legítima para a medida pretendida. A lei é clara ao demandar excepcionalidade, nos enfoques: imediatidade e substancialidade. Testemunhas esquecem fatos em todos os processos mundo afora. Porém, poucas morrem entre a data do fato e o seu depoimento em juízo. Eis o caráter de urgência. Testemunhas vêm várias situações compostas, construindo um fato criminoso. Algumas poucas, entretanto, vêm exatamente o fulcro do fato principal. Eis a substancialidade.**<sup>208</sup> (grifo nosso)

Assim, ao referir que “testemunhas esquecem fatos em todos os processos mundo afora”, parece aceitar essa possibilidade de perdimento da prova como um risco inerente à sua natureza. Assim, embora o instituto em estudo vise a prevenir precisamente isso, não se poderia optar pela inversão da produção probatória em todos os casos, já que, na maioria deles, a relevância da prova produzida sequer se prestaria a compensar o tumultuamento processual causado.

Respeitada a posição adotada, pode-se perceber que à base argumentativa trazida por Nucci subjaz uma concepção enganosa acerca do funcionamento da memória, baseada primordialmente no senso comum. Isso porque, como bem se viu ao longo da seção anterior, o esquecimento – e conseqüente perdimento da prova – está longe de constituir o maior risco associado à passagem do tempo e ao conseqüente enfraquecimento da memória dos fatos. Como visto, tal enfraquecimento poderá acarretar conseqüência muito mais grave, consistente no surgimento de memórias falsas. Não se trata, assim, apenas de perdimento de prova útil, mas de sua possível substituição por prova enganosa, inexata.

---

<sup>208</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 29-30.

Contrariamente ao que se poderia pensar, porém, tal concepção encontra grande suporte doutrinário. Pensamento de origem similar é expresso por Peluso em artigo sobre o tema:

A prova testemunhal, desde o início dos tempos, sempre correu o risco de se perder, [...]. Torna-se claro, pois, que falando-se de acontecimentos pretéritos, esses realmente correm o risco de serem esquecidos na memória da testemunha. Tal fato não é nenhuma novidade e, portanto, já era de conhecimento do legislador, em 1941, quando a prova testemunhal foi regulada pelo Código de Processo Penal.<sup>209</sup>

Contudo, dizer que o legislador de 1941 já estava atento à possibilidade de esquecimento dos fatos pelas testemunhas significa ignorar todo o avanço realizado no que tange à compreensão da memória, intensificados, como se viu, a partir da década de 70. Se o esquecimento é circunstância já conhecida desde o início dos tempos, a formação de lembranças de eventos que jamais ocorreram certamente não o é.

Feitas essas ressalvas, passa-se a examinar a posição diametralmente oposta, isto é, aquela segundo a qual a memória, por sua natureza volátil, constitui prova urgente por natureza, sendo sua produção antecipada medida imperativa em todos os casos. A sustentar tal posição são sustentados, na doutrina corrente, os mais diversos argumentos, com o que se destaca sumarização dos principais pontos levantados, conforme feito por Welter e Santos:

A seguir, serão esquadrihadas algumas **razões para comprovar que a prova testemunhal é sempre urgente, seja porque essa prova ostenta enorme valor probatório, seja pelas ocorrências de situações fáticas na vida forense, seja pelas incertezas sobre o futuro da vida e da saúde da testemunha, seja pelo risco do esquecimento social, seja pela dificuldade na localização da testemunha, seja pela inconstitucionalidade do tratamento jurídico entre acusação e defesa.**<sup>210</sup> (grifo nosso)

Como se depreende da leitura do excerto transcrito, os motivos utilizados para sustentar tal posição são os mais variados. Há, todavia, outro motivo que merece destaque, derivado de interpretação sistemática do Código de Processo Penal: o artigo 92 do CPP, que versa sobre a suspensão do feito em razão de questão prejudicial, determina que se proceda, nesses casos, à realização “da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente”. Dessa maneira, a interpretação gramatical sugere que, nos casos envolvendo questão

<sup>209</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: A urgência do art. 366 do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, 2000, n. 95, p. 5-6, p. 5.

<sup>210</sup> WELTER, Belmiro Pedro; SANTOS, Nilton Kasctin dos. A urgência da prova testemunhal no artigo 366 do Código de Processo Penal (Lei 9.271/96). *Jornal Síntese*. São Paulo, n. 11, p. 6-8. jan. 2008, p. 6.

prejudicial, a prova testemunhal será sempre urgente – pois para haver “outras”, necessário que ela seja uma delas. Por um princípio de unidade sistêmica do diploma legal, portanto, há quem sugira que a prova testemunhal seria urgente não apenas na hipótese descrita em seu artigo 92, mas em todos os casos. Tal é a posição sustentada, por exemplo, por Moreira:

[...] continuamos defendendo que a prova testemunhal é urgente para os efeitos do art. 366 do Código de Processo Penal, tal como sempre foi em relação à suspensão do processo em razão de questão prejudicial (art. 92), sempre se respeitando o devido processo legal (contraditório) e a possibilidade de reinquirição, na forma dos arts. 196 e 616 do CPP (*mutatis mutandis*).<sup>211</sup>

Essa via interpretativa sofre, porém, forte oposição, havendo quem entenda que, de fato, a prova testemunhal será urgente, mas de maneira adstrita aos limites do artigo, isto é, havendo questão prejudicial em trâmite no juízo cível. A justificativa seria a de que se tratam “de situações extremamente diferentes, já que nesta o réu encontra-se presente no processo e, portanto, pode participar ativamente da produção antecipada das provas, enquanto na hipótese do art. 366 o acusado está ausente do processo [...]”<sup>212</sup>.

A título de comentário, ainda, destaca-se que há motivos elencados em prol da urgência da prova testemunhal que, de fato, dizem respeito à memória do fato e à qualidade do testemunho, mas também estes apontam, via de regra, exclusivamente para a possibilidade de esquecimento. Assim, o quadro que se apresenta é o de que, mesmo dentre aqueles que entendem que a prova testemunhal será sempre de natureza urgente, pouco ou nada se comenta acerca do fenômeno das falsas memórias. Observa-se aqui novamente, resta claro, indício do escasso diálogo estabelecido entre o Direito e o campo da Psicologia de Testemunho.

Por fim, há linha interpretativa intermediária entre as duas até aqui apresentadas, segundo a qual seria imperativa a análise das circunstâncias verificadas no caso concreto. Desse modo, a produção antecipada de provas não estaria limitada ao rol previsto no artigo 225 do CPP, que seria tomado como exemplificativo, portanto. Isto é, caso se apresentasse situação circundada por fatores concretos a preencher os requisitos intrínsecos e extrínsecos,

<sup>211</sup> MOREIRA, Rômulo de Andrade. O artigo 366 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 41-44, fev. 2013, p. 44.

<sup>212</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: A urgência do art. 366 do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, 2000, n. 95, p. 5-6, p. 5.

deveria ser antecipada a produção da prova testemunhal, ainda que ausente previsão legal explícita nesse sentido. No entender de Peluso:

Para outros, a urgência não decorre exclusivamente de sua natureza, como sua consequência imediata, devendo, pois, ser aferida de acordo com as circunstâncias e características da causa, cabendo ao poder discricionário do magistrado decidir sobre a sua conveniência e oportunidade, ou seja, se ela é, de fato, urgente ou não, inexistindo, portanto, direito líquido e certo do Ministério Público na produção de prova testemunhal.

Entendo ser esta a interpretação que melhor se coaduna ao Estado Social e Democrático de Direito, modelo, este, adotado pelo nosso País, e por várias razões.<sup>213</sup>

Tal posição possui, claramente, o benefício de afastar-se daquelas situações-limite que poderiam ocorrer sob a vigência de qualquer uma das duas posições anteriormente explanadas. Desse modo, se de um lado não há o engessamento característico da limitação às situações previstas no *Codex*, também não se esbarraria na hipótese de inversão do andamento do feito a fim de ver coletado testemunho “de ouvir dizer”, por exemplo. O problema reside no fato de que a análise da urgência será transferida em sua íntegra ao magistrado, do que poderá decorrer cenário de insegurança jurídica, com a dissidência doutrinária se transferindo em toda sua dimensão para as decisões judiciais.

Também em razão dessa possibilidade, portanto, cumpre repassar doravante o que diz a jurisprudência brasileira acerca da urgência da prova de testemunhal, a autorizar (ou não) sua produção antecipada.

---

<sup>213</sup> PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: A urgência do art. 366 do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRM*. São Paulo, 2000, n. 95, p. 5-6, p. 5. Sobre a inexistência de direito líquido e certo à produção antecipada de provas, cumpre destacar, ainda, lição de Rogério Lauria Tucci: “Seja, todavia, qual for o entendimento de cada um, em plano estritamente técnico-científico não se pode fugir à incogitabilidade de direito líquido e certo à realização antecipada de qualquer prova, nas situações ventiladas neste breve estudo. Nem, também, e noutro aspecto, a que a produção antecipada de prova, sem a presença do acusado e com a atuação defensiva simplesmente dativa (sem possibilitação, portanto, e em linha de princípio, da necessária efetividade), atenda, si et in quantum, que seja, à imprescindibilidade de contraditoriedade real, preconizada no inc. LV do art. 5º da CF (LGL\1988\3): sem o exercício concreto do direito de autodefesa, e ante a impossibilidade de contato do acusado com o defensor nomeado, a contradição tende a mostrar-se praticamente nenhuma, e a defesa, segura e preambularmente, frustrada (ou, até, em determinadas circunstâncias, cerceada).” (TUCCI, Rogério Lauria. Lei 9.271, de 1996, e produção antecipada de provas. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 87, p. 405-408, 1998, p. 760).

#### 4.4.2 O tema na jurisprudência

A jurisprudência, por sua vez, também não se mostra unânime ao tratar do caráter urgente ou não da prova testemunhal. Assim, passa-se a analisar a posição das Cortes Superiores a respeito do tema.

Dessa forma, há decisões do Superior Tribunal de Justiça (doravante STJ) a referir que a prova testemunhal seria sempre de natureza urgente. Julgado sempre citado pela doutrina nesse sentido é o RMS 7.995/SP, relatado pelo Exmo. Ministro Vicente Leal ainda no ano de 1998, logo após, portanto, a introdução das modificações operadas pela Lei nº 9.271/96. Em seu voto, o Ministro apontava que a norma introduzida por intermédio do artigo 366 seria de natureza processual penal e, simultaneamente, de natureza penal mais gravosa, razão pela qual não poderia ser aplicada aos fatos ocorridos antes de sua vigência. Adicionava, porém, que:

A produção antecipada de prova oral, mesmo sob a regência da Lei 9.271/96, é medida legalmente facultada ao Juiz, sendo inegável o seu caráter de urgência. E tanto o é que o art. 92, do CPP, que trata da suspensão do processo enquanto pendente questão prejudicial no juízo cível, prevê a inquirição de testemunhas durante a suspensão, por se tratar de **prova de natureza urgente**.

Com efeito, a prova testemunhal deve ser colhida no tempo mais próximo possível do ato, em face do fenômeno humano ao esquecimento.

Se os fatos são recentes, a memória testemunhal é valiosa e idônea com feições de credibilidade. O tempo é senhor de muitas coisas e produtor de muitos efeitos. O decurso do tempo faz morrer a memória dos homens. Assim é de se reconhecer que a prova testemunhal deve ser classificada como prova de natureza urgente, devendo sempre ser colhida em tempo próximo dos fatos a serem demonstrados.

Evitar a produção de prova oral é obstruir a ação da justiça penal, é buscar a impunidade. E o legislador não quis esse resultado ao editar a Lei 9.271/96.

(RMS 7.995/SP, Rel. Ministro VICENTE LEAL, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/1998, DJ 20/04/1998)<sup>214</sup>

Esse não foi, porém, o entendimento que veio a prevalecer no âmbito daquela Corte. Assim, a posição que predominou foi a de que a alegação abstrata de possibilidade de perdimento da prova testemunhal – isto é, calcada na possibilidade de esquecimento, mudança de domicílio, etc – não bastaria para que se determinasse sua produção antecipada. Decisão que bem ilustra esse novo posicionamento assumido pela Corte é a prolatada por oportunidade do julgamento do RHC 21.173/DF:

<sup>214</sup> Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199600778493&dt\\_publicacao=20-04-1998&cod\\_tipo\\_documento=3](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600778493&dt_publicacao=20-04-1998&cod_tipo_documento=3)>. Acesso em: 29/11/2016.

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CITAÇÃO POR EDITAL. ART. 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DAS PROVAS.

NECESSIDADE DE CONCRETA MOTIVAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

**1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que a produção antecipada das provas, a que faz alusão o art. 366 do Código de Processo Penal, exige concreta demonstração da urgência e necessidade da medida, não sendo motivo hábil a justificá-la o decurso do tempo, tampouco a presunção de possível perecimento.**

2. Recurso provido para anular a decisão que determinou a produção antecipada das provas, bem como todos os atos subsequentes, sem prejuízo de nova determinação fundamentada em dados concretos.

(RHC 21.173/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 07/12/2009)<sup>215</sup>

Por essa razão é que, cristalizado tal entendimento<sup>216</sup>, entendeu-se por bem disciplinar o tratamento dispensado à matéria no âmbito daquela Corte, passando, portanto, a dispor a Súmula nº 455: “A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo.”<sup>217</sup>

Cabe frisar, porém, que o STJ já teria apontado exemplo de fundamentação concreta a justificar a aplicação do instituto da produção antecipada de provas ao falar da situação dos agentes de segurança pública. Nesse sentido, a coleta antecipada do depoimento destes se justificaria com base no fato de que “o atuar constante no combate à criminalidade expõe o agente da segurança pública a inúmeras situações conflituosas com o ordenamento jurídico, sendo certo que as peculiaridades de cada uma acabam se perdendo em sua memória”<sup>218</sup>. Tanto decorreria, assim, tanto do elevado número de ocorrências atendidas quanto da enorme similaridade existente entre muitas delas.

<sup>215</sup> Disponível em:

<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700856914&dt\\_publicacao=07/12/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700856914&dt_publicacao=07/12/2009)>. Acesso em: 29/11/2016.

<sup>216</sup> Destacando julgados que teriam atuado no sentido de consolidar essa posição no âmbito do STJ, refere Moreira: “Também foram usados como base para a nova súmula o EREsp 469.775, o HC 132.852, o HC 45.873, entre outros.” (MOREIRA, Rômulo de Andrade. O artigo 366 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 41-44, fev. 2013, p. 42.)

<sup>217</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>>. Acesso em: 29/11/2016.

<sup>218</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51.232/DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 02/10/2014, *DJe 10/10/2014*. Disponível em:

<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=51232&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=tr>>. Acesso em: 29/11/2016.

O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, também já se pronunciou sobre o tema em diversas oportunidades. Nesse sentido, a posição proferida igualmente aponta a necessidade de uma fundamentação concreta a demonstrar a necessidade de antecipação da produção probatória no caso, não se mostrando possível lançar mão do instituto com base unicamente em um risco abstrato de perdimento da prova. Exemplificando a adoção dessa postura, colaciona-se ementa do HC 85.824-4-SP, talvez o mais citado pela doutrina ao comentar o tópico:

[...] Isso pressupõe desde logo que cumpre ao juiz apurar e discernir as provas reputadas urgentes, mas também importa indagar, na espécie, se a prova testemunhal é urgente por natureza e se, como tal, exigiria produção antecipada ou *rectius* procedimento de assecuração ou conservação, em todo e qualquer processo.

O argumento nevrálgico dos que defendem ou subentendem à prova testemunhal, na hipótese de que se cogita, essa urgência automática, capaz de lhe justificar sempre a colheita antecipada para fins de conservação, diz com as vicissitudes do transcurso do tempo, no sentido de que, como não há meios de prever quando nem se o réu ou seu defensor comparecerão a juízo, teriam elas caráter de inexorável prejuízo à apuração da verdade processual.

Não convence. A prova testemunhal é, todos concordam, precária, decerto a mais precária das provas, mas é o menos por força da distância temporal entre o fato e o testemunho em juízo do que pelas notórias e insuperáveis deficiências da capacidade humana de perceber, reter e relatar o passado com fidedignidade. O testemunho, posto que isento e insuspeito, nunca é reconstituição viva, nem sequer retrato da história, cujo distanciamento tende apenas a agravar-lhe a inata imperfeição. E é esta a razão mesma por que lhe não atribui a lei processual, como princípio, nenhuma precedência singular na ordem dos atos instrutórios.<sup>219</sup>

Dessa forma, pode-se afirmar que a posição consolidada nas Cortes Superiores é a de que a produção de provas em caráter antecipado não poderá se dar com base exclusiva em argumento abstrato acerca do funcionamento da memória, hipótese argumentativa que interessa a esse trabalho. Contudo, não é o caso também de que se admita apenas aquelas hipóteses elencadas pelo legislador no artigo 225 do CPP. Assim, caso se demonstre, como no precedente do STJ acerca dos agentes de segurança pública, haver um motivo específico a agravar a perda da memória e, portanto, o declínio iminente da qualidade da prova oral produzida, admissível a antecipação da coleta de depoimentos.

#### **4.4.3 O tema no projeto de novo Código de Processo Penal**

A fim de se obter uma visão panorâmica acerca do entendimento predominante a respeito da antecipação de produção da prova testemunhal, imperativo que se aborde, ainda que de maneira superficial, o que se fez constar a respeito da aplicação deste instituto no atual

<sup>219</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 85.824-4-SP. Relator: Cezar Peluso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 192, p. 1209-1211, nov. 2008.

projeto de novo Código de Processo Penal, transformado no Projeto de Lei nº 156 do Senado em 2009.

Assim, já de começo importa destacar que o novo CPP contém previsão de figura até então desconhecida em nosso processo penal, consistente no juiz de garantias. Competiria a este, portanto, decidir sobre a produção antecipada de provas durante a fase de investigação<sup>220</sup>, o que suscita toda uma nova faceta do debate acerca dos legitimados para tanto. A temática, contudo, foge ao escopo deste trabalho, de modo que nos limitamos a apontar a existência do tema controvertido.<sup>221</sup>

O interesse, para os fins desta monografia, se volta, portanto, para a previsão de disposições especiais a orientar a realização da inquirição de crianças e adolescentes, tema tratado, inclusive, em seção própria no projeto. Isso porque há previsão expressa da possibilidade de antecipação da inquirição dessas pessoas em especial, conforme se depreende da leitura do artigo 195 do projeto de Código:

**Art. 195. Na fase de investigação, ao decidir sobre o pedido de produção antecipada de prova testemunhal de criança ou de adolescente, o juiz das garantias atentar**á para o risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento, observando, quando recomendável, o procedimento previsto no art. 194.

**§ 1º Antecipada a produção da prova na forma do caput deste artigo, não será admitida a reinquirição do depoente na fase de instrução processual, inclusive na sessão de julgamento do Tribunal do Júri, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade, em requerimento devidamente fundamentado pelas partes.**

§ 2º Para fins de atendimento ao disposto no inciso II do caput art. 193, o depoimento da criança ou adolescente tomado na forma do caput deste artigo será encaminhado à autoridade responsável pela investigação e ao Conselho Tutelar que tiver instaurado expediente administrativo, com o fim de evitar a reinquirição da criança ou do adolescente.

§ 3º A autoridade que tomar o depoimento da criança ou do adolescente, julgando recomendável, poderá remeter cópia das declarações prestadas à Justiça da Infância e da Juventude, que avaliará a eventual necessidade de aplicação das medidas de proteção previstas na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente).<sup>222</sup> (grifo nosso)

<sup>220</sup> Vide art. 14, inciso VII, do Projeto de Lei nº 156 do Senado. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 29/10/2016.

<sup>221</sup> Cf. ANDRADE, Mauro Fonseca. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Porto Alegre: *Revista Doutrinária da 4ª Região*, n. 40, fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html)> Acesso em: 02/12/2016.

<sup>222</sup> Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 29/10/2016.

Assim, o que se observa é que se buscou dispensar especial atenção à tomada de depoimento de crianças e adolescentes, no que se inclui o acompanhamento de profissional especializado, sendo ele o encarregado por de fato formular ao infante as perguntas das partes. Assim, acena-se na direção da inserção em definitivo da metodologia da Entrevista Cognitiva no processo penal. No mesmo sentido, observa-se a destacada previsão de possível antecipação da produção probatória, em face do “risco de redução da capacidade de reprodução dos fatos pelo depoente, em vista da condição da pessoa em desenvolvimento”, nos termos do próprio dispositivo.

Assim, através de tais medidas, demonstra-se que as tendências do provável futuro processo penal estão mais alinhadas às descobertas da Psicologia do Testemunho do que atualmente, podendo o risco de sugestibilidade aumentada dos infantes em certos contextos atuar como fundamento concreto a embasar a antecipação da tomada de seu depoimento. Em igual sentido atuarão, por certo, quaisquer elementos relacionados à sua característica de indivíduo ainda em formação, o que mostra a grande distância percorrida em prol de uma maior qualidade (e confiabilidade, portanto) da prova testemunhal.

Nesse sentido, destaca-se, por fim, a preocupação demonstrada ainda com a necessidade de se evitar a revitimização das crianças e adolescentes que venham a depor na qualidade de vítimas do fato delituoso, explicitada no artigo 193, inciso II, do projeto<sup>223</sup>. Com base nela, bem como por suas decorrências na confiabilidade da prova, é que se nega a possibilidade de reinquirição do depoente na fase de instrução processual.

#### 4.8 DA NECESSÁRIA BUSCA POR NOVOS CRITÉRIOS

Dessa forma, a partir da incursão realizada pelo instituto da produção antecipada de provas, conclui-se que, mais do que nunca, faz-se necessário buscar novos critérios a pautar a possibilidade de sua aplicação.

Nesse sentido, o que se verifica é que o instituto possui regramento ainda excessivamente vago, insuficiente para definir as hipóteses de cabimento desse procedimento

---

<sup>223</sup> Vide art. 193, inciso II, do projeto, *in verbis*: “II – evitar a revitimização do depoente, ocasionada por sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, nos âmbitos penal, cível e administrativo.” (BRASIL. Projeto de Lei n. 156 de 2009. Senado. Disponível em: <<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 29/10/2016.)

acautelatório da prova. No tema, merecem destaque as palavras de Andrade ao referir que “uma grande oportunidade foi perdida com a reforma operada pela Lei 11.690/08, pois, além de não trazer regulamentação alguma a esse incidente, o legislador adicionou ainda mais confusão a um tema de tão difícil aplicação prática em nosso direito”<sup>224</sup>.

Assim, com a responsabilidade de definição de seus requisitos tendo sido transmitida aos julgadores, criou-se quadro de insegurança jurídica. Nesta senda, a jurisprudência vem privilegiando a ideia de que a produção em caráter antecipado somente seria possível ante a demonstração de um risco concreto de perecimento da prova. Contudo, a distinção do que vem a constituir um risco concreto também não é clara, reservando-se tal processo de definição à análise casuística.

Dessa forma, há um grande silêncio a respeito da aplicação do instituto como forma de minimizar a possibilidade de surgimento de falsas memórias, fenômeno que, via de regra, sequer é debatido em específico pela doutrina ou pela jurisprudência. Aplicando-se, contudo, o entendimento esposado pelas Cortes Superiores, entende-se que o risco abstrato de ocorrência do fenômeno não se prestaria a autorizar uma antecipação da produção probatória.

Resta, assim, definir de que formas a incidência dos fatores de contaminação da prova testemunhal estudados poderiam incidir de maneira a criar esse risco concreto a ameaçar a confiabilidade da prova e autorizar, portanto, tal inversão do andamento normal do feito.

Nesse sentido, a jurisprudência aponta, por um lado, com a constatação de que a atuação como agente da segurança pública bastaria para criar um risco concreto de perdimento da memória dos fatos testemunhados. De outro lado, o projeto de novo Código de Processo Penal traz previsões diferenciadas para a inquirição de crianças e adolescentes, ressaltando a condição especial destes como sujeitos ainda em desenvolvimento e o risco de perda da prova que daí decorre.

Embora certamente sejam passos importantes (e, parece-nos, na direção correta), comprova-se assim, como se adiantou de início, a necessidade de definição de critérios claros

---

<sup>224</sup> ANDRADE, Mauro Fonseca. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. *Revista de doutrina da 4ª Região*, n. 34, fev. de 2010, p. 2. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade\\_probata%C3%B3ria\\_officio\\_andrade.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade_probata%C3%B3ria_officio_andrade.pdf)>. Acesso em: 23/11/2016.

a autorizar a aplicação do instituto da produção de prova antecipada, notadamente em face de sua possível utilização como um eficiente mecanismo de redução dos danos causados à confiabilidade da prova testemunhal.

## 5 CONCLUSÃO

Repassando os principais pontos até aqui examinados, tem-se, de início, que a prova testemunhal é, ainda hoje, imprescindível para o deslinde da grande maioria dos processos criminais. Ademais, muito embora a relação de dependência que o processo penal ainda mantém com a prova oral possa ser, por certo, atenuada com o crescente progresso das provas de natureza técnica, não há qualquer indicativo de que a prova testemunhal venha a deixar de ser o meio de prova mais comum em qualquer futuro próximo. Assim, deve-se ter em mente que, seja qual for a crítica que se teça a seu respeito, esta irá de encontro, inevitavelmente, ao seu caráter indispensável.

Adentrando na temática da prova testemunhal, portanto, observa-se que, dentre suas características básicas, figura a retrospectividade. Esta decorre do fato de que a prova testemunhal versará sempre a respeito de fatos pretéritos, o que, por si só, já permitiria intuir a existência de imprecisões e distorções. Assim, tais imperfeições deverão ser levadas em conta pelo julgador a fim de definir qual valor deve ser atribuído a um dado testemunho frente às outras provas carreadas ao feito. De fato, a problemática da valoração dos testemunhos é temática de que as ciências jurídicas se ocupam há séculos, sem ter conseguido, contudo, desenvolver critérios definitivos e unânimes de como se deverá proceder.

Assim, a fim de melhor compreender os mecanismos de que atualmente se dispõe a fim de cumprir tal encargo de valorar corretamente a prova testemunhal, a atenção deverá se voltar para o ramo da Psicologia do Testemunho. Longe de pretender desenvolver um método matemático, busca-se entender quais fatores podem influir – e de que forma – na confiabilidade de um testemunho, isto é, o grau de fidedignidade existente entre um relato e aquilo que de fato ocorreu.

Em tal intento, já de início se percebe a relevância – pelas grandes consequências jurídicas que acarreta – de se desenvolver uma compreensão científica acerca do funcionamento da memória. No tema, resta claro que a memória humana é dotada de uma maleabilidade muito maior do que o senso comum poderia fazer crer.

Nesse sentido, as lembranças daquilo que se vive não são automaticamente armazenadas de forma indelével na mente, passando, isso sim, por diversos estágios nos quais

as informações podem facilmente perder-se. Por esse motivo é que, em muitos casos, não se justifica a crença de que todos os eventos vividos se encontram em algum escaninho da mente, ainda que não acessíveis de imediato. A realidade – muito mais assustadora, diga-se – é a de que boa parte das informações pode estar perdida para sempre.

Na mesma esteira, impende que se diga que a memória humana não funciona como uma gravadora a registrar com precisão cada detalhe exatamente nos termos em que ocorreu. Ao contrário, está comprovado que uma lembrança não é senão decorrência de um longo e inatalhável processo de reconstrução dos eventos a partir de diversos fragmentos de informação, sendo as lacunas preenchidas por meio de inferências das mais variadas.

Assim, o risco que envolve a prova testemunhal, tão dependente da memória, não reside somente no esquecimento, mas também na possibilidade de ocorrência de um erro nesse processo de reconstrução, a partir do qual, dentre os fragmentos disponíveis, passa-se a incluir informações que não correspondem ao ocorrido, formando-se a memória de algo que jamais aconteceu. A esse erro na formação das lembranças denomina-se “falsas memórias”. Longe de tal fenômeno ser sintomático de um funcionamento patológico da memória humana, contudo, o que se verifica é que ele seria inerente à própria maneira como se processa uma recordação. Ocorre, destarte, com todos e com frequência, mas apenas raramente possui efeitos verdadeiramente deletérios. Dentre esses raros casos, figuram aqueles a envolver as pessoas arroladas como testemunhas em processos criminais.

Assim, da investigação das causas do fenômeno chamado “falsas memórias” resulta que seu surgimento está ligado à existência de uma sugestão. Tal sugestão, todavia, poderá ser de origem interna ou externa com relação ao indivíduo. Desse modo, não deve causar estranhamento que se fale em falsas memórias autossugeridas, o que ocorre facilmente por um preenchimento daquelas lacunas presentes no processo de reconstrução por informações que o próprio indivíduo enxergue como condizentes com a essência do evento.

Falar em sugestão, porém, não responde à pergunta que se segue logicamente: quais fatores podem gerar uma sugestão e conduzir, pois, à contaminação da prova testemunhal por falsas memórias? A resposta a esse questionamento passará, necessariamente, pelo estudo das variáveis que a Psicologia do Testemunho entende atuantes no sentido de minar a confiabilidade da prova testemunhal – seja pelo esquecimento ou pela formação de

recordações falsas. Tais variáveis são classificadas em duas categorias distintas, conforme se mostrem sob domínio do sistema utilizado para produção da prova testemunhal ou não. Assim, aquelas circunstâncias que podem ser influenciadas, como a metodologia de inquirição, compõem as “variáveis do sistema”. Já as outras, mostrando-se inalcançáveis, permitirão apenas que se as tome em consideração ao estimar seu impacto sobre a qualidade da prova resultante, sendo por isso mesmo chamadas de “variáveis de estimativa”. Por fim, há aquelas variáveis que não afetam de maneira causal a precisão do testemunho, servindo apenas como indicativo desta – *e.g.* confiança do depoente em suas próprias afirmações.

Invariavelmente, a conclusão que se apresenta é a de que o tempo constitui fator essencial a influir na qualidade da prova testemunhal produzida. Isso ocorre por ser ele não apenas um fator isolado, expresso pelo intervalo de retenção das informações na memória, mas também uma dimensão na qual se inserem todas as outras possíveis fontes de sugestão interna ou externa. Com isso, diz-se que, quanto menor for o lapso temporal transcorrido entre o fato observado e a tomada do relato a seu respeito, menos informações serão perdidas e, adicionalmente, mais reduzida será a janela de oportunidade dentro da qual os processos de sugestionamento do indivíduo necessariamente agem.

Assim, forma-se mais um elo: se a prova testemunhal estava diretamente ligada à memória, exsurge agora que a memória (ou, ao menos, a memória tão precisa quanto possível) estará diretamente ligada ao tempo. O novo desafio que se forma, portanto, diz respeito aos meios de que se dispõe a fim de diminuir o intervalo de tempo existente entre o ato de testemunhar um fato delituoso e ter seu depoimento sobre ele efetivamente produzido em juízo.

Dessa maneira, o instituto de produção antecipada de provas emerge como uma alternativa a ser aplicada a alguns casos. Como se descobre sem demora, porém, o problema está justamente em definir quais casos são esses. Isso se justifica pelo fato de que as reformas legislativas a esse respeito definiram requisitos para sua aplicação em termos bastante vagos, deixando a cargo do julgador a avaliação acerca do cabimento ou não da medida.

No que tange especificamente à prova testemunhal, o quadro atual é de grande dissenso doutrinário a respeito do que definiria sua urgência ou não, critério fundamental para

que se veja autorizada sua produção por intermédio do instituto acautelatório. Também na jurisprudência não se encontram respostas definitivas.

A orientação que prevalece atualmente, todavia, aponta no sentido de ser necessária uma demonstração de risco concreto de perdimento da prova testemunhal, o que não se alcança com o argumento abstrato de que a passagem do tempo atuaria para deteriorá-la. Assim, se, por um lado, não é tomado como taxativo o rol elencado no artigo 225 do Código de Processo Penal, por outro, não há que se falar abstratamente na ocorrência de falsas memórias a fim de ver antecipada a produção probatória, ao menos no cenário atual.

A isso se soma o problema de que, com o posicionamento esposado, vê-se mais uma vez preterida a árdua tarefa de fixação de critérios autorizadores da antecipação de produção da prova, relegada em definitivo a uma análise casuística. Contudo, a jurisprudência vez ou outra acena com inovações positivas nesse sentido, como no caso em que se considerou que o depoimento de policiais poderia ser tomado antecipadamente, haja vista que a atuação em muitos casos parecidos entre si causaria prejuízo à memória do ocorrido. Igual elogio pode ser feito ao projeto de novo Código de Processo Penal, que prevê procedimento especial de inquirição para crianças e adolescentes, explicitando a possibilidade de antecipação da tomada de depoimento destes por tratarem-se de indivíduos ainda em fase de desenvolvimento, mais sujeitos, portanto, às inconstâncias da memória.

Assim, à guisa de conclusão, resta claro que a prova testemunhal possui um grau de confiabilidade via de regra questionável. Todavia, o seu grau de confiabilidade dependerá diretamente, dentre outros fatores, da maneira como for estruturada sua coleta. Assim, a produção antecipada de provas se apresenta como mecanismo processual apto a garantir uma bem-vinda e necessária redução dos danos causados à qualidade desses depoimentos, mas, para isso, é imperativo que sejam melhor definidos os critérios autorizadores de sua utilização.

O cenário que se apresenta, de uma forma ou de outra, é o de que a Psicologia do Testemunho possui diversas linhas de pesquisa cujas conclusões são de interesse óbvio e direto para o Direito, mas, ainda assim, o diálogo entre as duas áreas segue sendo pontual e infrequente. Conforme ficou demonstrado, uma mudança de postura da parte dos operadores do Direito se faz necessária.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia*, v. 17, n. 36, p. 45-56, 2007.

AMICO, Carla Campos. A nova redação dos artigos 155 e 156 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal na fase do inquérito policial. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, n. 192, p. 7-8, nov. 2008.

ANDRADE, Mauro Fonseca. *Teoria da (Indi)Gestão da Prova Penal*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-indigestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

\_\_\_\_\_. A atividade probatória *ex officio judicis* na recente reforma processual penal. *Revista de doutrina da 4ª Região*, n. 34, fev. de 2010. Disponível em: <[http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade\\_probata%C3%B3ria\\_officio\\_andrade.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/35184/atividade_probata%C3%B3ria_officio_andrade.pdf)>. Acesso em: 23/11/2016.

\_\_\_\_\_. O Juiz das Garantias na Interpretação do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Porto Alegre: *Revista Doutrinária da 4ª Região*, n. 40, fevereiro de 2011. Disponível em: <[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro\\_andrade.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao040/Mauro_andrade.html)>. Acesso em: 02/12/2016.

\_\_\_\_\_. *O Sistema Acusatório proposto no Projeto de Novo Codex Penal Adjetivo*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/02/O-Sistema-Acusatorio-no-Projeto-de-Novo-CPP1.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

\_\_\_\_\_. *Sobre a Processualística Universitária: o ensino do direito processual penal no Brasil e seu atual estágio*. Disponível em: <[http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1473363144.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1473363144.pdf)>. Acesso em: 27/10/2016.

\_\_\_\_\_. *Teoria da gestão da prova: um confronto consigo mesma*. Disponível em: <<http://paginasdeprocessopenal.com.br/wp-content/uploads/2015/07/Teoria-da-gestao-da-prova.pdf>>. Acesso em: 27/10/2016.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1987.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

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

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal: tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BELL, Brad E.; LOFTUS, Elizabeth F. Trivial persuasion in the courtroom: the power of (a few) minor details. *Journal of personality and social psychology*, v. 56, n. 5, p. 669, 1989.

BRAINERD, Charles J.; REYNA, Valerie F. Fuzzy-trace theory and false memory. *Current Directions in Psychological Science*, v. 11, n. 5, p. 164-169, 2002, p. 166.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Depoimento sem dano e falsas memórias. *Revista de Processo*, v. 39, n. 235, p. 21-50, set. 2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Pílares, 2006.

\_\_\_\_\_. *Como se faz um processo*. 3. ed. Sorocaba: Minelli, 2005.

CHRISTIANSON, Sven-Åke et al. Eye fixations and memory for emotional events. *Journal of Experimental Psychology: Learning, Memory, and Cognition*, v. 17, n. 4, p. 693, 1991.

DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. 2.ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

ECO, Umberto. *Como se faz uma tese*. 24. ed. São Paulo: Perspectiva, 2012.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina Carla. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. In: GIACOMOLLI, Nereu José e MAYA, André Machado (Org.). *Processo Penal Contemporâneo*. Porto Alegre: Núria Fábris, 2010, p. 11-39.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

\_\_\_\_\_. Provas: Lei 11.690, de 9.6.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. (Org.). *As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009, p. 246-297.

HADDAD NETO, Orlando. Do depoimento de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual. *Revista de Direito da Infância e da Juventude*, vol. 3, 2014.

KHALED JR., Salah Hassan. O sistema processual penal brasileiro – acusatório, misto ou inquisitório? Porto Alegre: *Revista Civitas*, v. 10, n. 2, 2010, p. 293-308.

LOCARD, Edmond. *L'Enquête criminelle et les Méthodes scientifiques*. Paris: Ernest Flammarion, 1920.

LOFTUS, E. F.. Our changeable memories: Legal and practical implications. *Nature Reviews: Neuroscience*, 4, 2003.

\_\_\_\_\_. et al. Creating false memories. *Scientific American*, v. 277, n. 3, p. 70-75, 1997.

\_\_\_\_\_. *Memory, surprising new insights into how we remember and why we forget*. Reading: Addison-Wesley Publishing Company, 1980.

\_\_\_\_\_.; DAVIES, Graham M. Distortions in the memory of children. *Journal of Social Issues*, v. 40, n. 2, p. 51-67, 1984.

\_\_\_\_\_.; PICKRELL, Jacqueline E. The formation of false memories. *Psychiatric annals*, v. 25, n. 12, p. 720-725, 1995.

LOPES JUNIOR, Aury. A Crise do Inquérito Policial: Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. In: Alexandre Wunderlich. (Org.). *Escritos Jurídicos de Direito e Processo Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 77-133.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional – Vol. I*. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

\_\_\_\_\_. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. *Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

\_\_\_\_\_.; DI GESU, Cristina Carla. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre, v. 7, n. 25, p. 59-69, abr. 2007.

MALATESTA, Nicola F. Dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. 6ª ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O artigo 366 do Código de Processo Penal e a produção antecipada da prova testemunhal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 41-44, fev. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 18. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. Prova testemunhal: A urgência do art. 366 do Código de Processo Penal. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, 2000, n. 95, p. 5-6.

PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. *Abuso sexual infantil e a palavra da criança vítima: pesquisa científica e a intervenção legal*. 2007.

RIBAS, Carlos Alberto Barbosa Dias. *A Credibilidade do Testemunho – A verdade e a mentira nos tribunais*. 2011. 276 f. Dissertação (Mestrado em Medicina Legal) – Universidade do Porto, Porto, 2011. Disponível em: < <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/57090/2/TESE%20DEFINITIVA%20COM%20ANEXOS%20EM%20PDF.pdf> > Acesso em: 05/11/2016.

SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: what can cognitive neuroscience contribute?. *Nature neuroscience*, v. 16, n. 2, p. 119-123, 2013.

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

TARUFFO, Michele. *A prova*. 1. ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal – V. 3*. 31. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

TRINDADE, Jorge. *Manual de Psicologia Jurídica para operadores do Direito*. 7. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TUCCI, Rogério Lauria. Lei 9.271, de 1996, e produção antecipada de provas. *Revista dos Tribunais* (São Paulo), v. 87, p. 405-408, 1998.

WELLS, Gary L.; LOFTUS, Elizabeth F. Eyewitness memory for people and events. *Handbook of psychology*, 2003, p. 149-160.

\_\_\_\_\_.; MEMON, Amina; PENROD, Steven D. Eyewitness evidence improving its probative value. *Psychological science in the public interest*, v. 7, n. 2, p. 45-75, 2006.

\_\_\_\_\_.; OLSON, Elizabeth A. Eyewitness testimony. *Annual Review of Psychology*, v. 54, n. 1, p. 277-295, 2003.

WELTER, Belmiro Pedro; SANTOS, Nilton Kasctin dos. A urgência da prova testemunhal no artigo 366 do Código de Processo Penal (Lei 9.271/96). *Jornal Síntese*. São Paulo, n. 11, p. 6-8. jan. 2008.

## LEGISLAÇÃO E JURISPRUDÊNCIA CONSULTADAS

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm)>. Acesso em: 20/11/2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.690, de 9 de junho de 2008. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm#art1)>. Acesso em: 20/11/2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 11.719, de 20 de junho de 2008. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11719.htm#art1)>. Acesso em: 20/11/2016.

\_\_\_\_\_. Lei n. 9.271, de 19 de abril de 1996. *Planalto*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9271.htm#art1](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9271.htm#art1)>. Acesso em: 20/11/2016.

BRASIL. Projeto de Lei n. 156 de 2009. *Senado*. Disponível em:  
<<http://www.senado.leg.br/atividade/rotinas/materia/getPDF.asp?t=85509&tp=1>>. Acesso em: 29/10/2016.

\_\_\_\_\_. Resolução CNJ n. 33, de 23 de novembro de 2010. *CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ)*. Disponível em:  
<[http://www.cnj.jus.br/files/atos\\_administrativos/recomendao-n33-23-11-2010-presidencia.pdf](http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n33-23-11-2010-presidencia.pdf)>. Acesso em: 15/11/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 21.173/DF. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Julgado em 19/11/2009, *DJe 07/12/2009*. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200700856914&dt\\_publicacao=07/12/2009](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700856914&dt_publicacao=07/12/2009)>. Acesso em: 29/11/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RHC 51.232/DF. Relator: Ministro Jorge Mussi. Julgado em 02/10/2014, *DJe 10/10/2014*. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=51232&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 29/11/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. RMS 7.995/SP. Relator: Ministro Vicente Leal. Julgado em 19/03/1998, *DJ 20/04/1998*. Disponível em:  
<[https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num\\_registro=199600778493&dt\\_publicacao=20-04-1998&cod\\_tipo\\_documento=3](https://ww2.stj.jus.br/processo/ita/documento/mediado/?num_registro=199600778493&dt_publicacao=20-04-1998&cod_tipo_documento=3)>. Acesso em: 29/11/2016.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 455. Disponível em:  
<<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>>. Acesso em: 29/11/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. ADI 5104 MC. Relator: Ministro Roberto Barroso. Julgado em 21/05/2014, *DJe-213 30/10/2014*. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7088758>>. Acesso em: 29/10/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC 85.824-4-SP. Relator: Cezar Peluso. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 16, n. 192, p. 1209-1211, nov. 2008.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 103.525/PE. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 03/08/2010, *DJe-159 27/08/2010*. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=613734>>. Acesso em: 01/11/2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. HC n. 110.936/RS. Relatora: Ministra Carmen Lúcia. Julgado em 25/09/2012, *DJe-197 08/10/2012*. Disponível em:  
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2895604>>. Acesso em: 01/11/2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70066354283. Relator: Carlos Alberto Etcheverry. Julgado em 10/11/2016. Disponível em:  
<<https://goo.gl/67AM1F>>. Acesso em: 01/11/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Apelação Crime n. 70070969951. Relator: Luiz Mello Guimarães. Julgado em 10/11/2016. Disponível em: <<https://goo.gl/PjGnWv>>. Acesso em: 01/11/2016.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça. Recurso em Sentido Estrito n. 70071408884. Relator: Luiz Mello Guimarães. Julgado em 10/11/2016. Disponível em: <<https://goo.gl/TGaZn0>>. Acesso em: 01/11/2016.