

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

Alexine Rosa da Veiga

**AS FALSAS MEMÓRIAS NO DEPOIMENTO JUDICIAL DE VÍTIMAS DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UM ESTUDO A PARTIR DOS JULGADOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Porto Alegre

2020

Alexine Rosa da Veiga

**AS FALSAS MEMÓRIAS NO DEPOIMENTO JUDICIAL DE VÍTIMAS DE
ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UM ESTUDO A PARTIR DOS JULGADOS DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL**

Trabalho de Conclusão de Curso de
Graduação apresentado ao
Departamento de Ciências Penais da
Faculdade de Direito da Universidade
Federal do Rio Grande do Sul, como
requisito para a obtenção do grau de
Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. Ana Paula Motta
Costa.

Porto Alegre

2020

Alexine Rosa da Veiga

AS FALSAS MEMÓRIAS NO DEPOIMENTO JUDICIAL DE VÍTIMAS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL: UM ESTUDO A PARTIR DOS JULGADOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dr. Ana Paula Motta Costa.

Aprovada em 19 de novembro de 2020.

BANCA EXAMINADORA:

Profa. Dra. Ana Paula Motta Costa
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Vanessa Chiari Gonçalves
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus por todas as suas bênçãos em minha vida. Aos meus pais, Amarildo e Rosemary, que foram indispensáveis nesta jornada, dando carinho e apoio incondicional nas minhas escolhas. Ao meu namorado Lucas Richrot, por todo carinho e motivação. Agradeço, também, à professora Ana Paula Motta Costa que desde o primeiro momento mostrou-se muito atenciosa e solícita.

RESUMO

Neste trabalho pretende-se analisar as falsas memórias e seu impacto no processo penal. Este fenômeno caracteriza-se por distorções na memória que são derivadas do auto sugestionamento do indivíduo - erro nos processos de codificação, armazenamento e evocação da memória - ou sugestionamento por terceiros. Ainda que haja um aumento no interesse de pesquisadores sobre o tema, há poucos estudos acerca de como as falsas memórias vêm sendo compreendidas na prática forense. Sendo assim, o trabalho propõe-se a analisar as falsas memórias no depoimento crianças e adolescentes vítimas de estupro, a partir de 59 julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande de Sul, objeto de apelação criminal. Da análise jurisprudencial, depreendeu-se em quais circunstâncias as falsas memórias vêm impactando os julgadores, bem como se as análises realizadas pelos magistrados estão em harmonia com o que a doutrina apresenta sobre o tema. A partir dos dados coletados, foi possível compreender os reflexos da falsificação da memória das vítimas e ainda apresentou-se técnicas eficientes para minimizar seus efeitos. A prova oral no processo penal é muitas vezes o único meio de prova a fundamentar a acusação e por este motivo é essencial o conhecimento sobre as falsas memórias, a fim de que seja atribuída maior confiabilidade aos depoimentos e assim se alcance uma decisão justa e adequada.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova Testemunhal. Falsas memórias. Análise jurisprudencial. Entrevista Cognitiva.

ABSTRACT

The present paper aims to analyze the false memories and their impact on the process penal. This phenomenon is characterized by distortions in memory that are derived from the self-suggestion by the individual - error in the research processes, storage and recall of memory - or suggestion by others. Even if exist any increase in the interest of researchers on the topic, there are few studies about how false memories understood in forensic practice. In short, the article proposes to analyze the false memories in the testimony children and teenagers killed by rape, from 59 judges of the Court of Justice of the State of Rio Grande de Sul, object of criminal appeal. Starting by the jurisprudence, it emerges in what kind of circumstances the false personal memories has been impacting the judges, as well as if the analyzes carried out by the magistrates are in harmony with what the doctrine presents on the topic. From the data collected, it was possible to understand the reflexes of the forgery of the fawning and still presenting efficient techniques to minimize its effects. The oral prove, in criminal proceedings is often the only kind of evidence that is fundamental to accusation and for this reason it is essential to know about false memories, order to give greater reliability to the testimonials and, with that, achieve a fair and appropriate decision.

Keywords: Criminal Proceeding. Witness Evidence. False Memory. Jurisprudential analysis. Cognitive Interview.

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 - Produção de Acórdãos no Período da Pesquisa	95
Gráfico 2 - Média de Absoluções e Condenações por Câmara Criminal	96
Gráfico 3 - Ocorrência de Avaliação Psicológica nos Julgados.....	97
Gráfico 4 - Média de Idade das Vítimas	98
Gráfico 5 - Amostra sobre o Depoimento Especial.....	99

LISTA DE ABREVIATURAS

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
FM	Falsas memórias
IGP	Instituto Geral de Perícias
MV	Memórias Verdadeiras
Paradigma DRM	Deese–Roediger–McDermott paradigm
TJRS	Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul
UFRGS	Universidade Federal do Rio Grande do Sul

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	12
2	DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL	15
2.1	CONCEITO E NOÇÕES PRELIMINARES	15
2.2	BREVE RELATO HISTÓRICO DA PROVA	17
2.3	SISTEMAS PROCESSUAIS	22
2.3.1	Sistema Inquisitivo	22
2.3.2	Sistema Acusatório	24
2.3.3	Sistema Misto	25
2.3.4	Modelo Brasileiro	26
2.4	ÔNUS DA PROVA	27
2.5	PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA	29
2.5.1	Princípio do Contraditório e Ampla Defesa	30
2.5.2	Princípio do Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional	32
2.5.3	Princípio do Estado ou Situação Jurídica de Inocência	33
2.6	OBJETO, SUJEITO E MEIO DE PROVA	34
2.7	CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS	36
2.7.1	Prova Direta ou Indireta	36
2.7.2	Prova Pessoal ou Real	37
2.7.3	Prova Testemunhal, Documental ou Material	37
2.7.3.1	<i>Prova Testemunhal</i>	37
2.7.3.1.1	Declaração do Ofendido	40
2.7.3.2	<i>Prova Documental</i>	42
2.7.3.3	<i>Prova Material</i>	43
3	MEMÓRIA	44
3.1	O QUE É MEMÓRIA?	44

3.2	FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA.....	44
3.3	CLASSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA.....	47
3.4	FATORES DE CONTAMINAÇÃO DA MEMÓRIA	50
3.4.1	Transcurso do Tempo	51
3.4.2	Hábito e Rotina	53
3.4.3	Mídia	54
3.4.4	Linguagem e Método do Entrevistador	55
3.4.4.1	<i>Viés do Entrevistador</i>	56
3.4.4.2	<i>Repetição das Entrevistas</i>	57
3.4.4.3	<i>Repetição de Perguntas</i>	59
3.4.4.4	<i>Indução de Esteriótipos e Tom Sentimental</i>	59
3.4.4.5	<i>Status do Entrevistador</i>	60
3.5	FALSAS MEMÓRIAS	61
3.5.1	Evolução Teórico-Científica das Falsas Memórias	61
3.5.2	Conceito de Falsas Memórias	63
3.5.3	Falsas Memórias em Crianças	65
3.5.4	Teorias Explicativas das Falsas Memórias	67
3.5.4.1	<i>Teoria do Paradigma Construtivista</i>	67
3.5.4.2	<i>Teoria do Monitoramento da Fonte</i>	69
3.5.4.3	<i>Teoria do Traço Difuso</i>	70
3.5.5	Classificação das Falsas Memórias	72
4	A PRESENÇA DAS FALSAS MEMÓRIAS NA ANÁLISE DE CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL	75
4.1	BREVE RESUMO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL.....	75
4.2	PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS	77
4.3	TÉCNICAS DE INTERROGATÓRIO.....	79
4.3.1	Entrevista Cognitiva	82

4.3.2 Depoimento Especial	86
4.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL	92
4.4.1 Metodologia de Coleta do Material Documental	92
4.4.2 Análise Quantitativa dos Dados	94
4.4.3 Análise Qualitativa dos Dados	99
5 CONCLUSÃO	111
REFERÊNCIAS	118

1 INTRODUÇÃO

O processo penal revela-se com uma finalidade de reconstruir fatos passados. Para esta reconstrução, utilizam-se as provas dispostas do artigo 158 ao 250 do Código de Processo Penal.

Dentre estes meios de prova elencados, a prova testemunhal - que em sentido amplo abrange testemunhas, informantes e vítimas - merece destaque, uma vez que tem sido a espécie probatória com maior influência na construção da convicção do magistrado.

Para cumprir com a atividade retrospectiva, as testemunhas e vítimas utilizam-se de suas lembranças para relatar ao juiz os fatos presenciados ou ouvidos. Logo, a memória possui grande relevância na reconstrução do crime. Contudo, um aspecto importante a ser considerado é a falibilidade da memória.

A memória pode incorrer em erro por dois motivos basicamente: a auto sugestionabilidade do indivíduo - que é a falha nos processos mnemônicos de aquisição, retenção e evocação da lembrança - ou por sugestão de terceiros. Ambos podem causar distorções da memória, fazendo com que ao sujeito recorde de situações nunca antes ocorridas. A este fenômeno denomina-se por falsas memórias.

Nesta perspectiva, este trabalho propõe-se a tratar da incidência das Falsas Memória na esfera do depoimento de vítimas de estupro de vulnerável e a partir disso entender como a jurisprudência vem compreendendo este fenômeno. Para isso, realizou-se pesquisa empírica por meio do exame de acórdãos prolatados pela 5ª, 6ª, 7ª e 8ª Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

O presente trabalho justifica-se pela falta reflexões nos currículos de Direito a respeito de como as falsas memórias vêm sendo tratadas na prática forense. A própria Faculdade de Direito da UFRGS possui em seu banco de dados apenas um trabalho de conclusão de curso específico sobre as falsas memórias. Quanto ao portal de periódicos da Capes, apesar de possuir quantidade significativa de trabalhos com tema das falsas memórias, poucos analisam como o fenômeno é compreendido pelos tribunais brasileiros.

No que concerne ao estupro de vulnerável também é um tema em ascensão, principalmente pelo índice de denúncias estar crescendo nos últimos anos. Segundo dados do Atlas da Violência, somente no ano de 2011 foram registradas 13.378

notificações de crimes sexuais contra crianças e adolescentes. Nos anos seguintes houve um aumento significativo, atingindo o pico no ano de 2018 com o total de 32.082 notificações.

A análise das falsas memórias no depoimento de crianças e adolescentes vítimas de estupro foi pensada justamente por ser uma área que propicia a criação de memórias falsificadas, visto a enorme carga emocional e traumática que envolve o delito.

Quanto à metodologia de colheita do material documental, foi utilizado o *site* do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul para obter sentenças alvos de apelação criminal. Na ferramenta de busca, a pesquisa foi delimitada aos termos “ementa”, “Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul”, “Apelação Crime”, “Apelação Criminal” e “Apelação-Crime”. Relativamente às palavras-chaves, foram utilizadas as expressões “falsas memórias” e “estupro de vulnerável”. Não restou fixado nenhum período definido na pesquisa.

O trabalho organiza-se em três capítulos. O primeiro capítulo desenvolve o tema da prova no processo penal. Apresenta inicialmente o conceito de prova penal e algumas noções preliminares. Após, discorre sobre os sistemas processuais existentes e o modelo adotado pelo Brasil, visto que cada sistema compreende a prova de formas diferentes. Em seguida são tratados os tópicos do ônus da prova, princípios gerais da prova, objeto, sujeito e meio de prova.

Um ponto importante do capítulo é a classificação da prova. Nele, a prova é classificada em três elementos: a prova testemunhal, documental e material. Evidentemente a prova testemunhal ganha destaque, já que trata sobre o depoimento do ofendido, isto é, um dos aspectos examinados neste trabalho.

O segundo capítulo versa sobre a memória, elemento fundamental para o depoimento da vítima, dado que o sujeito se utiliza de suas lembranças para relatar o fato. No decorrer do capítulo, é apresentado o funcionamento da memória e as falhas naturais que podem ocorrer na recordação, além dos diversos fatores capazes de contaminar a memória.

Ademais, este capítulo aborda o tema principal da pesquisa: as falsas memórias. Inicialmente há uma breve exposição histórica acerca das falsas memórias, relatando sobre surgimento da expressão, pesquisas realizadas na área e pesquisadores importantes relacionados com a questão das memórias falsificadas.

Posteriormente, é realizada uma explanação acerca das falsas memórias e suas teorias explicativas.

O último capítulo do trabalho limitou-se à análise das falsas memórias em processos objeto de apelação criminal, especificamente casos de Estupro de Vulnerável. Preliminarmente, houve o exame acerca do delito de estupro de vulnerável. Após, são retratadas as técnicas de interrogatório, com destaque para a entrevista cognitiva e para o procedimento denominado de Depoimento Especial - desenvolvido pelo Desembargador José Antônio Daltoé Cezar, juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre no ano de 2003 - muito frisado nos acórdãos analisados.

O destaque do capítulo certamente fica para a análise jurisprudencial. No tópico, procedeu-se a análise dos dados quantitativos e qualitativos obtidos através da pesquisa empírica, mapeando elementos comuns entre os julgados, assim como dados que pudessem ser relevantes na análise das falsas memórias.

Por fim, destaca-se que a pesquisa não visa desacreditar a depoimento das vítimas, ao invés disso, busca apresentar formas de qualificar os depoimentos, tornando-os mais confiáveis para que o julgador possa executar sua atividade recognitiva e alcançar uma decisão justa.

2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

2.1 CONCEITO E NOÇÕES PRELIMINARES

O conceito de prova é diverso no direito processual, devido sua inúmera utilização.¹ O dicionário conceitua prova como sendo “o que demonstra que uma afirmação ou fato são verdadeiros; evidência”.²

No âmbito jurídico, tem-se que o processo é o instrumento para reconstrução de fatos pretéritos. Já a prova é o meio pela qual se recriam esses fatos passados, com o objetivo de criar condições favoráveis para que o juiz execute sua atividade recognitiva. Desta atividade recognitiva, o resultado será o convencimento do magistrado externalizado na sentença com a condenação ou absolvição do acusado.³

Eugênio Pacelli⁴ sustenta:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

A prova é a verificação do *thema probandum* com a finalidade principal de convencimento do juiz. Sendo assim, o destinatário principal da prova será o juiz. As partes também são interessadas, porém são destinatárias indiretas das provas, aceitando ou não a sentença como justa. Caso entenda não adequada a decisão, poderá a parte recorrer da sentença fundamentada no conjunto probatório colhido, assim, motivando o exercício do duplo grau de jurisdição.⁵

No tocante à função persuasiva da prova, Taruffo sustenta que em torno da especificidade da prova surge o problema da prova persuadir o magistrado e não demonstrar a verdade provável dos fatos.⁶ A prova seria “um instrumento para conhecer racionalmente algo, senão um argumento persuasivo dirigido a fazer crer

¹RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 441.

²FRANCO, Francisco Manoel de Mello; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. In: Míni Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 604.

³LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 344.

⁴PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁵RANGEL, Paulo, op.cit.

⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

algo acerca dos fatos relevantes para a decisão.⁷

Di Gesu acredita que a prova tem o objetivo de capturar a psíquica do julgador, como também “serve como instrumento específico sobre o conhecimento do fato, considerando todas as suas limitações”. Portanto, o predominante será a prova com a função persuasiva (busca o convencimento do juiz), mas também possui a função cognoscitiva (leva ao juiz o conhecimento dos fatos).⁸

Outro ponto importante é que as provas propriamente ditas são produzidas no decurso do processo judicial, pois presente os princípios do contraditório e ampla defesa. O contraditório é o ponto fundamental para evitar possíveis erros na valoração da prova.⁹ Já a chamada fase pré-processual ou fase investigatória tem por finalidade analisar se há elementos suficientes de materialidade e indícios de autoria para que seja apresentada a denúncia.

Será na fase processual, durante a instrução, é que se formará o conjunto probatório que tem por finalidade o convencimento do magistrado. Esta produção probatória é de responsabilidade das partes e deverá ser realizada através dos meios admissíveis pelo ordenamento jurídico.

Em relação à fase pré-processual, em regra promovida pela polícia, terá natureza administrativa. O objetivo desta fase é o esclarecimento do caso penal e convencimento da acusação (*opinio delicti*). Além disso, importante destacar que nesta fase o juiz não deverá preocupar-se com a qualidade das provas, se atendo apenas à violações ou ameaças de lesões a direitos e garantias individuais das partes ou ainda quando provocado exercerá atos de natureza jurisdicional.¹⁰

Ademais, ressalta-se que as provas colhidas na fase investigatória, deverão necessariamente, serem ratificadas pelas judiciais no decurso do processo judicial, baseando-se justamente nos princípios citados anteriormente.

Os elementos colhidos na primeira fase, são denominadas provas em sentido amplo, sendo alguns de validade limitada, enquanto as provas colhidas na fase judicial são provas em sentido restrito, que podem e devem servir de embasamento para a decisão do juiz.¹¹

⁷TARUFFO, Michele. La Prueba de los Hechos. 2. ed. Espanha. Editorial Trotta. 2003.

⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

⁹DI GESU, Cristina, op. cit.

¹⁰PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹¹PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

A prova, portanto, tem a finalidade de formar o convencimento do magistrado sobre o *fato probandi*, demonstrando a existência ou não dos fatos narrados pela acusação e assim alcançando um fim justo no processo.¹²

2.2 BREVE RELATO HISTÓRICO DA PROVA

O Direito Penal surge com o intuito de promover a proteção dos homens e proporcionar uma convivência mais harmônica e pacífica. Nos tempos primitivos, não existia o Direito como conhecemos atualmente, pois a sociedade da época era envolvida em uma esfera religiosa, em que todos os acontecimentos eram vistos como resultado de castigo divino.¹³

As pestes, a seca ou fenômenos naturais eram entendidos como manifestações divinas, chamadas de *totem*. Para minimizar a ira dos deuses, havia inúmeras restrições religiosas, sociais e políticas, conhecidas por “tabus”, que necessariamente deveriam ser obedecidas. Havendo desobediência o infrator era submetido à punições, ocasionando o que denominamos atualmente de crime e pena. Nesta época a pena significava uma vingança de uma ofensa.¹⁴

Já os povos antigos possuíam certa noção de prova, contudo, havia relação da vingança privada com a divina. A culpa ou inocência do acusado era obtida através dos elementos da natureza cujo resultado era interpretado por um juízo divino. Uma prática comum era submeter o acusado a provas cruéis e que se após a prova não houvesse lesões ou estivessem cicatrizando rapidamente, o sujeito era considerado inocente, uma vez que tinham a premissa que Deus protegeria os inocentes. Este procedimento era chamado de Ordália.¹⁵

Neste sentido, assevera Aquino¹⁶:

Tais processos recorriam ao juízo dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham que suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência.

¹²MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

¹³MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁴MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁵AQUINO, José Carlos G.Xavier. A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1987.

¹⁶AQUINO, José Carlos G.Xavier. A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1987.

Nesta fase, a vingança privada podia envolver desde o indivíduo isoladamente até grupos sociais, com batalhas sangrentas, ocasionando, muitas vezes, a completa eliminação desses grupos. Quando o delito era cometido somente por um membro do grupo, a punição era o banimento ou perda da paz, deixando-o à mercê de outros grupos, que provavelmente provocariam sua morte. No entanto, quando a infração era cometida por alguém estranho ao grupo, a punição era a chamada “vingança de sangue” que era verdadeiramente uma guerra de grupos.¹⁷

Na Babilônia do século XVIII a.C., o rei Khammu-rabi ergueu uma enorme coluna de pedra, retratando a insígnia do reinado e da justiça do rei Marduk. Logo abaixo, ordenou que escrevessem 21 colunas e 282 cláusulas que ficaram conhecidas como *Código de Hamurábi*. Nele já havia fragmentos de diretrizes acerca da produção probatória. Além disso, a influência do Lei do Talião já se mostrava nos primeiros artigos que dispunham que quem acusasse e não provasse a culpa, ocorreria na mesma pena que seria infligida ao acusado. Vigorava também a pena de morte, extremamente aplicada nesta época.¹⁸

Na Índia antiga havia o Código de Manu, elaborado dez séculos depois do *Código de Hamurábi*, com aproximadamente 100 mil versos dispendo de dados processuais. O segundo capítulo desenvolvia a prova testemunhal - denominado Dos meios de prova - no qual havia exigências, como por exemplo, de que a testemunha deveria ser da mesma classe social do acusado, pois predominava o sistema de castas. Além disso, a aplicação do direito dependia exclusivamente da classe social da pessoa, tirando das classes mais baixas o direito de defesa, assim como eram atribuídos pesos diferentes para o testemunho de homens e mulheres.¹⁹

Na Roma antiga, imperava o livre convencimento, sendo um magistrado ou comícios do povo. A prova possuía valor moral apenas, podendo integrar ou não a decisão do julgador. Ademais, havia restrições para aceitação de prova testemunhal, visto que mulheres, escravos e crianças eram considerados inferiores.²⁰

O Direito Romano passou por várias fases, tendo maior relevância o período

¹⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

¹⁸MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

¹⁹FARHAT, Camila Mahiba Pereira. Das Provas no Processo Penal. 2014. 79 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de direito da UNIVALI, Itajaí, 2014.

²⁰AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

republicano e o imperial. No decorrer da República, a produção probatória era incumbência das partes, sem nenhuma interferência do juiz. Havia também punições para as testemunhas que se recusassem a depor.²¹

Com o fim da República e início do Império, o procedimento passou por alterações provocadas em virtude dos abusos cometidos. Quanto à produção probatória, os acusados que não pudessem pagar por defensores ficavam vulneráveis, já que não possuíam nenhuma garantia.²²

Ainda no Império Romano, vigorava a tortura como meio de obtenção de confissões, inclusive de homens considerados livres, salvo senadores, soldados e funcionários superiores que ficavam imunes a este procedimento. A tortura era cometida contra os acusados e até mesmo contra as testemunhas. Com o decadência do Império Romano pelas invasões bárbaras, o processo penal romano sofre novas modificações, até mesmo incorporando costumes germânicos.²³

A produção probatória na Europa-Continental diferenciou-se dos demais costumes em virtude das invasões bárbaras. Neste período desenvolve-se uma nova lógica probatória em que a resolução dos conflitos deixa de ser confiada aos deuses e para ser de responsabilidade dos homens.²⁴

A organização do sistema probatório europeu estava ligada à decadência do sistema feudal e, conseqüentemente, o surgimento das monarquias ocidentais. Estas monarquias estavam interessadas em controlar os senhores feudais e submetê-los a uma única autoridade, mas sabiam que seria impossível de ser realizada por meio dos costumes anteriores.²⁵

Assim, no século XIII surge a Inquisição destinada aos hereges, ou seja, pessoas que se diziam contrárias aos dogmas estabelecidos pela Igreja. Com o passar do tempo, este sistema passou a ser adotado para todos os crimes e após a

²¹AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

²²AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

²³GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

²⁴AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

²⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Direito à Prova no Processo Penal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

criação do Tribunal da Inquisição, estabeleceu-se novamente a tortura como forma de extrair confissões.²⁶

Neste sentido:

Segundo os textos da Inquisição, o tormento era autorizado diante da prova semiplena, vale dizer, quando presentes determinados indícios. Se da tortura se obtivesse a confissão, os indícios elevavam-se à categoria de prova plena, dando lugar à condenação; caso contrário, perdiam qualquer valor probante, e o acusado era absolvido, salvo nos casos excepcionais de tortura infligida *manentibus indiciis*, quando então a absolvição era só *ab iudicio*, sob a reserva de informações mais amplas, em tempo determinado ou indeterminado (*ad usque quo*).²⁷

Com o advento dos ideais liberais e abolicionistas, o sistema probatório penal passa por novas modificações. As críticas às monarquias absolutistas eram fortes, principalmente pela crueldade com que se tratava as pessoas e pelo aumento dos crimes resultante da intensa urbanização.²⁸

O movimento liberal pretendia que o processo se tornasse público, com uma defesa ativa e regido pela oralidade. Eles entendiam que apenas a reunião de provas efetivas poderiam levar à condenação do acusado.²⁹

Neste contexto, Beccaria³⁰ manifestou-se:

§ VII - As provas de um delito podem distinguir-se em provas perfeitas e provas imperfeitas. As provas perfeitas são as que demonstram positivamente que é impossível que o acusado seja inocente. As provas são imperfeitas quando não excluem a possibilidade da inocência do acusado.
§ XII – Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz.

Após, com a promulgação da Declaração dos Direitos do Homem e Cidadão, devido a Revolução Francesa, instituiu-se o estado de inocência, reconhecendo a necessidade de provas que demonstrem efetivamente o cometimento do delito, para

²⁶AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

²⁷MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. A Prova por Indícios no Processo Penal. São Paulo: Editora Lumen Juris, 2009.

²⁸AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

²⁹AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

³⁰BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução: José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

que somente assim o culpado possa ser responsabilizado.³¹

Quanto ao Brasil, o marco da evolução histórica se deu em 1824 na Constituição Imperial, onde se estabeleceu direitos e garantias em matéria de processo penal, síntese dos interesses liberais na época. Assim, deu-se início o período de rejeição das leis portuguesas, o que resultou na criação do Código de Processo Criminal de 1832.

Com a proclamação da República do Brasil, todas as Constituições seguintes incluíram, além dos direitos individuais, disposições acerca do direito de defesa no campo penal e conseqüentemente o direito à prova.³²

Atualmente, o Código de Processo Penal³³ em vigor foi instituído pelo Decreto-Lei nº3.689 em 1941 e desde então vem sofrendo inúmeras alterações no sentido de acompanhar as mudanças da sociedade, tendo uma justiça mais garantista. Esta doutrina do *Garantismo* foi criada por Luigi Ferrajoli com a premissa do Estado Democrático de Direito e gestão das relações do Poder Público e os particulares, de forma que haja limites objetivos para conter a liberdade judiciária dotada de coercitividade estatal.³⁴

Ferrajoli afirma que as decisões judiciais em matéria criminal devem ser fruto exclusivamente do conhecimento e não da autoridade. O conhecimento só será alcançado no processo judicial na qual se tenha amplo conhecimentos dos fatos e a liberdade de argumentação jurídica. Este procedimento é denominado de contraditório e disponibiliza às partes o debate das questões e a ampla defesa.³⁵

Portanto, é através do processo penal que o Estado aplica o poder-dever punitivo, e é por meio da prova que as decisões judiciais devem ser embasadas.³⁶

³¹AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

³² AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro. 2002. 176 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002.

³³BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19/10/2020.

³⁴PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p.34.

³⁵PACELLI, Eugênio de Oliveira, op. cit.

³⁶FARHAT, Camila Mahiba Pereira. Das Provas no Processo Penal. 2014. 79 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de direito da UNIVALI, Itajaí, 2014.

2.3 SISTEMAS PROCESSUAIS

O presente subcapítulo é voltado para a análise da prova, contudo este estudo passa, necessariamente, pela noção de sistemas processuais, uma vez que a atuação do magistrado em relação à prova indicará se ele assume a posição garantidor ou inquisidor.³⁷

Segundo Paulo Rangel, sistema processual é “o conjunto de princípios e regras constitucionais, de acordo com o momento político de cada Estado, que estabelece as diretrizes a serem seguidas à aplicação do direito penal a cada caso concreto.” Assim, o Estado deve assegurar a aplicação de suas regras e preceitos básicos, sendo esta aplicação somente realizada através do processo.³⁸

Assim, os próximos tópicos terão por objetivo a análise dos principais sistemas processuais existentes, bem como explicar sua relação da prova.

2.3.1 Sistema Inquisitivo

O modelo inquisitorial foi estabelecido no Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich em 1376 e posteriormente revisto e ampliado por Francisco De La Peña em 1578. Seu nascimento remonta o período da decadência romana, porém, da forma como é estudado atualmente, está atrelado à Igreja Católica como uma defesa para aquilo que chamou-se de “doutrinas heréticas”, ou seja, as verdades absolutas.³⁹

O modelo inquisitivo ganhou força com a declínio do sistema feudal que foi obrigado a centralizar-se, organizando-se com métodos políticos e ideológicos mais modernos para a época, por uma questão de sobrevivência. A religião católica e a protestante contribuirão para esta centralização do poder, através dos tribunais de de Inquisição que dominaram a Europa com a tortura e morte dos que eram julgados heréticos.⁴⁰

O cerne deste sistema estava na reivindicação por parte do Estado do poder de reprimir a prática de delitos, não admitindo que a repressão fosse delegada a

³⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁸RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

³⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

⁴⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

terceiros ou ainda encomendada. O Estado concentrava em suas mãos as funções de acusar e julgar, comprometendo, deste modo, a sua imparcialidade.⁴¹

Logo, neste modelo não há separação de funções, pois o juiz inicia a ação, defende o réu e ainda julga-o. O juiz não formará sua convicção diante das provas colhidas pelas partes, ele objetiva convencer as partes de seu prévio entendimento, já emitindo um juízo de valor ao iniciar o processo.⁴²

Badaró sintetiza algumas características do Sistema Inquisitório⁴³:

1) as funções de acusar, defender e julgar encontram-se enfeixadas em somente em uma pessoa, que assume as vezes de um juiz acusador, ou seja, um inquisidor; 2) o réu não é parte, mas, um objeto do processo; 3) a ação iniciava-se de ofício, através de ato do magistrado; 4) não existe contraditório, devido à falta de contraposição entre acusação e defesa; e 5) o processo normalmente era escrito e secreto.

Jacinto Coutinho⁴⁴ acrescenta:

A característica fundamental do sistema inquisitivo, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que “a vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos fatos - de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na ‘acusação’ - dado seu domínio único e onipotente do processo em qualquer das suas fases. O trabalho do juiz, de fato, é delicado. Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaicho guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) de fato.

Em contrapartida, Paulo Rangel afirma que tal sistema possui total incompatibilidade com as garantias constitucionais que devem existir dentro de um Estado, devendo “ser banido das legislações modernas que visem assegurar ao cidadão as mínimas garantias de respeito à dignidade da pessoa humana.”⁴⁵

No sistema inquisitivo, portanto, não há diálogo instrutório, pois o instrutor é solitário, elaborando hipóteses, buscando provas que comprovem sua tese e ao mesmo tempo julgando-as. Não há proteção ou garantia alguma ao acusado, que é tratado apenas como objeto de prova. Por esses e outros motivos é que este sistema ficou marcado por suas violações de direitos e garantias fundamentais, restando

⁴¹RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁴²RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁴³ÁVILA, Gustavo Noronha. Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

⁴⁴COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O Papel do Novo Juiz no Processo Penal. Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

⁴⁵RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

considerado por muitos autores como incompatível com o Estado Democrático de Direito.⁴⁶

2.3.2 Sistema Acusatório

O modelo acusatório tem sua origem no processo romano da Alta República e após com a separação do Estado e a Igreja. Este sistema, contrário ao inquisitivo, possui clara separação de funções, sendo o juiz um órgão imparcial para a aplicação da lei, que somente se manifesta quando provocado. A acusação ficará por conta do autor, assumindo todo o encargo de provar a imputação penal. Já o acusado exercerá todos os direitos inerentes à sua personalidade, bem como utilizando todos os meios e recursos legais para defender-se.⁴⁷

No sistema acusatório, o juiz não inicia, *ex officio*, a persecução penal. Há um órgão próprio, criado pelo Estado, para fazer a propositura da ação penal. Assim, o titular da ação penal pública será o Ministério Público, afastando o juiz da persecução penal.⁴⁸

Ao magistrado será assegurada a imparcialidade e tranquilidade para que este possa proferir a sentença mais adequada, garantindo assim um tratamento mais digno ao acusado, que se afasta da posição de objeto para ser tratado como parte passiva do processo penal. Neste modelo haverá espaço para amplo debate acerca da hipótese acusatória.

Dentre todas as características do sistema acusatório⁴⁹, as principais são:

- a) há separação entre as funções de acusar, julgar e defender, com três personagens distintos: autor, juiz e réu (ne procedat iudex ex officio);
- b) o processo é regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais, admitindo-se, com exceção, o sigilo na prática de determinados atos (no direito brasileiro, vide art. 93, IX, da CRFB c/c art. 792, parágrafo 1, c/c art. 481, ambos do CPP);
- c) os princípios do contraditório e da ampla defesa informam todo o processo. O réu é sujeito de direitos, gozando de todas as garantias constitucionais que lhes são outorgadas;
- d) o sistema de provas adotado é o do livre convencimento, ou seja, a sentença deve ser motivada com base nas provas carreadas para os autos. O juiz está livre na sua apreciação, porém não pode se afastar do que consta no processo (cf. art. 155 do CPP com redação da Lei n° 11.690/2008 c/c art. 93, IX, da CRFB);

⁴⁶MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

⁴⁷RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁴⁸RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁴⁹RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

e) imparcialidade do órgão julgador, pois o juiz está distante do conflito de interesse de alta relevância social instaurado entre as partes, mantendo seu equilíbrio, porém dirigindo o processo adotando as providências necessárias à instrução do feito, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias (cf. art. 130 do CPC).

A essência do Sistema Acusatório é a separação do poderes de acusar, defender e julgar, evidenciando assim, uma ideia de dinamicidade ou expectativa em vez de certezas, uma vez que a convicção do magistrado depende das provas produzidas nos autos. O processo torna-se uma espécie de “jogo” de chances com o objetivo de obter uma sentença favorável, tendo um julgador imparcial.⁵⁰

2.3.3 Sistema Misto

O sistema misto possui influências do sistema acusatório privado de Roma, bem como do sistema inquisitivo desenvolvido a partir do Direito Canônico e da formação dos Estados nacionais no regime da monarquia absolutista.⁵¹

Pode-se dividir este sistema em duas fases procedimentais diferentes, sendo elas a fase de instrução preliminar e a fase judicial. A fase de instrução preliminar, inspirada no sistema inquisitivo, tem seu procedimento levado a cabo pelo juiz, que procede as investigações, colhe as informações necessárias para que, posteriormente, realize a acusação diante do tribunal.⁵²

Já a fase judicial nasce a acusação propriamente dita, uma vez que as partes iniciam o debate oral e público, com a acusação sendo realizada por um órgão diferente do que julgará.⁵³

O sistema misto apresenta características próprias. São elas:

- a) a fase preliminar de investigação é levada a cabo, em regra, por um magistrado que, com o auxílio da polícia de atividade judiciária, pratica todos os atos inerentes à formação de um juízo prévio que autorize a acusação. Em alguns países, esta fase é chamada de “juizado de instrução” (v.g. Espanha e França). Há nítida separação entre as funções de acusar e julgar, não havendo processo sem acusação (*nemo iudicio sine actore*);
- b) na fase preliminar, o procedimento é secreto, escrito e o autor do fato é

⁵⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

⁵¹MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

⁵²MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

⁵³MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

mero objeto de investigação, não havendo contraditório nem ampla defesa, face à influência do procedimento inquisitivo.

c) a fase judicial é inaugurada com acusação penal feita, em regra, pelo Ministério Público, onde haverá um debate oral e público e contraditório, estabelecendo plena igualdade de direitos entre a acusação e a defesa;

d) o acusado, na fase judicial, é sujeito de direitos e detentor de uma posição jurídica que lhe assegura o estado de inocência, devendo o órgão acusador demonstrar a sua culpa, através do devido processo legal, e destruir este estado. O ônus é todo e exclusivo do Ministério Público.

e) o procedimento na fase judicial é contraditório, assegurada ao acusado a ampla defesa, garantida a publicidade dos atos processuais e regido pelo princípio da concentração, em que todos os atos são praticados em audiência.

Destaca-se que uma parcela da doutrina não reconhece o sistema processual misto pois seria incompatível com o Estado Democrático de Direito realizar a proteção das partes e ao mesmo tempo supri-los.⁵⁴

O modelo misto possui fortes críticas como também muitos adeptos. Estas divergências acontecem pelo fato de alguns sustentarem a existência apenas de sistemas processuais puros, assim como concebidos na essência, enquanto outros sustentam que nos dias de hoje dificilmente um sistema processual será puro.⁵⁵

2.3.4 Modelo Brasileiro

Há muitas controvérsias quando se trata de qual sistema processual o Brasil adota no Código de Processo Penal, porém a maior parte da doutrina entende que impera o sistema acusatório. Todavia, autores como Jacinto Coutinho afirmam que o sistema que prevalece é o sistema inquisitivo.⁵⁶ Outros ainda, como professor Aury Lopes Júnior, sustentam um sistema misto ou também chamado de não puro.⁵⁷

O sistema processual adotado pelo Estado tem total relação com prova, pois cada modelo traz consigo princípios próprios e específicos, entendendo a gestão provas de diferentes maneiras. O sistema acusatório, por exemplo, entende que a colheita de provas no processo deve ficar a cargo somente das partes, tendo um juiz “espectador”. Já o sistema inquisitivo entende que as provas são endereçadas ao magistrado e que ele deve ter o ônus de buscar as provas que entenda necessárias,

⁵⁴MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

⁵⁵DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

⁵⁶MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

⁵⁷MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

ou seja, o juiz é ator (inquisidor).

No Brasil, não há como se dizer que prevaleça um sistema acusatório puro, pois o Código de Processo Penal em seu artigo 156, inciso II⁵⁸, deixa claro que as partes possuem o encargo de provar as alegações feitas, bem como é facultado ao magistrado procurar *ex officio* por provas que entenda pertinentes ao processo, com base na premissa que deve-se esgotar os meios de prova.

Neste sentido, sustenta o professor Luiz Flávio Gomes⁵⁹:

Não se trata de um modelo acusatório “puro” (até porque o juiz ainda pode determinar, supletivamente, a realização de prova *ex officio*), *mas é inegável que se aproximou do ideal.*

Por fim, há quem defenda uma mescla entre os institutos inquisitivos e acusatório, formando um sistema “inquisitivo garantista” como sustentado por Nucci.⁶⁰ Para Aury Lopes Júnior, “ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão de provas está nas mãos do juiz.”⁶¹

Portanto, apesar de a teoria acusatória imperar no Brasil como base do Código de Processo Penal, percebe-se a forte influência do modelo inquisitivo na gestão de prova, mesmo a Constituição Federal brasileira apresentando matriz acusatória. Alguns afirmam que “um sistema que deveria ser acusatório passa a ser apenas uma roupagem a esconder uma nova forma de inquisitorialidade.”⁶²

2.4 ÔNUS DA PROVA

A palavra “ônus” é derivada do latim *onus* ou *oneris*, que significa encargo, peso ou aquilo que sobrecarrega. Sob a perspectiva do direito processual, ônus quer dizer

⁵⁸Artigo 156, inciso II, Código de Processo Penal: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém facultado ao juiz de ofício: II- determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” (BRASIL. Código de Processo Penal. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.)

⁵⁹GOMES, Luiz Flávio. Estudos de Direito Penal e Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

⁶⁰NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

⁶¹LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

⁶²MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas Memórias em Interrogatórios e Depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

o encargo que as partes têm de comprovar as suas alegações.⁶³

Preliminarmente, cabe diferenciar dever e ônus. Dever é uma obrigação, cujo descumprimento gera uma punição, enquanto ônus é uma faculdade, isto é, não há sanção em caso de descumprimento mas apenas um resultado negativo.

O Ônus, segundo o artigo 156 do Código de Processo Penal, é de responsabilidade da parte que alegou o fato, sob pena de não obter a pretendida vantagem⁶⁴. Portanto, o autor, que pode ser o Ministério Público (em ações penais públicas) ou o querelante (em ações penais privadas), terá pretensão acusatória de provar a relação do fato delituoso com o acusado, e a defesa, o ônus de provar fatos impeditivos (que excluem o dolo ou culpabilidade), modificativos (que transformam o ilícito em lícito) ou ainda fatos extintivos (que extingue a punibilidade).

Neste sentido, afirma Nucci⁶⁵:

Deve-se compreender o ônus da prova como a responsabilidade da parte, que possui o interesse em vencer a demanda, na demonstração da verdade dos fatos alegados, de forma que, não o fazendo, sofre a 'sanção processual', consistente em não atingir a sentença favorável ao seu desiderato.

E Vicente Greco Filho⁶⁶ acrescenta:

[...] ao réu incumbe, em princípio, a prova da existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo da pretensão acusatória [...] O descumprimento do ônus, contudo, por parte do réu, não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio do 'in dubio pro reo', que leva à absolvição, no caso de dúvida da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma dúvida razoável. Porque a dúvida milita em seu favor.

Já Paulo Rangel sustenta que a regra disposta no artigo 156 do Código de Processo Penal deve ser interpretada à luz do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal⁶⁷. Entende que não há como entregar ao réu o ônus de provar sua inocência, sendo encargo total e exclusivo do Ministério Público, uma vez que este é quem faz a

⁶³RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁶⁴POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016, p. 437.

⁶⁵Nucci, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 26.

⁶⁶ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993, p.182.

⁶⁷Art.5, LVII, da Constituição Federal: ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.)

imputação do fato proibido na lei penal. O réu poderá alegar o que bem entender, contudo ainda caberá ao Ministério Público o ônus de provar as imputações feitas na denúncia.⁶⁸

No que concerne ao poder instrutório do juiz, a lei brasileira autoriza o magistrado, ainda que não seja parte no processo, a buscar provas *ex officio*. Este poder tem a finalidade exaurir eventuais deficiências que ainda possam existir ou solucionar possíveis desigualdades entre as partes.⁶⁹

Apesar de já citado anteriormente, volta-se a dizer que uma parte significativa da doutrina diverge deste poder dado aos magistrados, alegando incompatibilidade com o caráter acusatório deferido ao processo penal pátrio pela Constituição de 1988. Outros ainda, defendem a produção de provas *ex officio* do juiz no processo, mas em caráter subsidiário ou suplementar, de modo a não comprometer a sua posição de imparcialidade.

Um exemplo deste último é dado por Badaró⁷⁰:

Partindo da distinção entre fontes de provas e meio de prova, percebe-se, facilmente, que perigo para a imparcialidade está no juiz que é pesquisador, um “buscador” de fontes de provas. Já o juiz que, diante da notícia de uma fonte de prova, como a informação de que uma certa pessoa presenciou os fatos, determina a produção do meio de prova necessário – o testemunho – para incorporar no processo as informações contidas na fonte de prova, não está comprometido com a hipótese prévia, não colocando em risco sua imparcialidade. Ao contrário, o resultado da produção daquela meio de prova pode ser em sentido positivo ou negativo, quanto à ocorrência do fato [...].

Como visto, segundo a lei, o ônus probatório é o encargo que as partes possuem de provar fatos que lhe interessem, tendo o réu um encargo diminuído visto o princípio do *in dubio pro reo*. Além disso, mesmo diante de controvérsias, é assegurado ao magistrado o poder de buscar por provas que entenda necessárias, a fim de que se alcance uma decisão mais adequada ao caso.

2.5 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal⁷¹ dispõe:

⁶⁸RANGEL, Paulo, op. cit.

⁶⁹RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p;490.

⁷⁰BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Ônus da prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 119-138.

⁷¹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 53. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
 (...)
 XXXV-a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;
 (...)

Nestes termos, a lei garante a apreciação do Judiciário ao *ius puniendi*, entretanto o *ius libertatis* do acusado deverá receber igual proteção, isto é, conferido o direito de demandar ao Judiciário, deve-se reconhecer, igualmente, o direito à defesa.⁷²

Partindo desta premissa, serão abordados, mesmo que brevemente, os princípios gerais da prova, em especial àqueles para uma melhor compreensão do papel do depoimento da vítima no processo penal.

2.5.1 Princípio do Contraditório e Ampla Defesa

Os princípios do contraditório e ampla defesa estão previstos no artigo 5º, inciso LV da Carta Magna⁷³, dispondo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a elas inerentes”. Entretanto, ainda que pertençam ao inciso do artigo 5º da Constituição Federal, o contraditório e ampla defesa são princípios distintos e com características próprias.⁷⁴

Ambos princípios possuem grande importância na temática das provas, uma vez que dão principalmente ao acusado, uma participação efetiva na formação da convicção do juiz. Nucci argumenta que “ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação”.⁷⁵ Ainda, ressalta-se que o réu é parte hipossuficiente e merece um tratamento diferenciado, já que o Estado será sempre mais forte e utiliza-se das informações que tem acesso.⁷⁶

⁷²FLECH, Larissa Civardi. Falsas Memórias no Processo Penal. 2012. 117 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012.

⁷³BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 53. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

⁷⁴FLECH, Larissa Civardi. Falsas Memórias no Processo Penal. 2012. 117 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012.

⁷⁵NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal: O valor da confissão como meio de prova no processo penal. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

⁷⁶SILVA, Gilvan Naibert; ANDRADE, Mauro Fonseca. A Fase da Investigação na Perspectiva do Novo

Atualmente, o princípio do contraditório, com a permissão do juiz produzir provas *ex officio*, obriga as partes não somente a rebater as alegações da parte contrária, como produzir provas de suas alegações e ainda rebater, se necessário, as provas produzidas pelo juiz.⁷⁷ O ordenamento jurídico brasileiro procura uma atuação ativa do juiz, de modo que se busque sempre o contraditório, como também respostas adequadas com decisões fundamentadas.

Conforme Aury Lopes Júnior, o contraditório deve seguir quatro momentos. O primeiro corresponde a fase de postulação (denúncia/queixa-crime ou defesa prévia), onde a produção de provas deve ser em igualdade de oportunidades e condições. O segundo é a admissão da prova pelo juiz, que consiste no direito de impugnação da prova por ambas as partes. O terceiro momento é a instrução probatória, em que as partes têm o direito de acompanhá-la. E por fim, o quarto momento que é a valoração das provas na sentença, sendo possível a impugnação pela via recursal.⁷⁸

Pacelli afirma que o direito ao contraditório compreende à participação processual das partes, o direito à informação do conjunto probatório e alegações, o direito de reação das partes (contrariedade), e por fim, um critério incluído por Elio Fazzalari que é a igualdade ou *par conditio* (paridade de armas ou simétrica paridade).⁷⁹

A ampla defesa, por sua vez, se dará através da defesa técnica e defesa pessoal. A defesa técnica deverá ser realizada, obrigatoriamente, por defensor inscrito no quadro da Ordem dos Advogados do Brasil. A defesa técnica é direito indisponível e irrenunciável segundo artigo 261 do Código de Processo Penal⁸⁰. Este artigo ainda dispõe sobre a defesa efetiva, ou seja, a defesa técnica quando realizada por defensor público deverá ocorrer de forma fundamentada e quando limitar-se apenas ao pedido de condenação ao mínimo legal acarretará em nulidade processual por ausência de defesa efetiva.

Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

⁷⁷FLECH, Larissa Civardi. Falsas Memórias no Processo Penal. 2012. 117 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012.

⁷⁸LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

⁷⁹PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 390.

⁸⁰Art. 261 do Código de Processo Penal: “ Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”. (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

Cabe destacar também que o réu, quando não constituir advogado, deverá o juiz nomear um defensor público para acompanhá-lo em suas declarações, sendo para autoridade judiciária ou policial.⁸¹

Já a defesa pessoal ou autodefesa é o direito que o réu possui de defender-se oralmente no seu interrogatório, embora possa ser renunciada. Optando pelo silêncio, não acarretará ao acusado prejuízo algum. No entanto, apesar de renunciável, somente o acusado poderá exercê-la ou não, mas sempre deverá ser ofertado pelo magistrado, fornecendo assim a autodefesa.⁸²

Este tema do contraditório e ampla defesa é alvo de grandes debates no meio penal, pois alguns autores, como Fernandes e Bonfim, são contrários ao contraditório e ampla defesa durante a investigação criminal e inquérito policial, visto que consideram esta fase meramente um procedimento informativo. Todavia, a maior parte da doutrina e o legislador entendem que ambos princípios fazem parte de todas as fases sendo pré-processual, com algumas restrições e peculiaridades, ou processual.⁸³

Portanto, juntos os princípios do contraditório e ampla defesa são pedras fundamentais no processo, principalmente no processo criminal. Enquanto o princípio do contraditório exige a participação, o princípio da ampla defesa impõe essa efetiva participação, sob pena de nulidade quando houver prejuízo ao acusado. Sendo assim, estes princípios são cláusulas de garantia e proteção ao cidadão da realização de um processo justo e equânime, sendo a única maneira para impor uma sanção penal.⁸⁴

2.5.2 Princípio do Livre Convencimento Motivado ou Persuasão Racional

Este princípio está intimamente ligado à prova, pois estabelece que o juiz é livre na formação de seu convencimento, não ficando obrigado a qualquer critério de valoração das provas, optando por aquela que lhe parecer mais adequada.⁸⁵ Contudo, esta liberdade do magistrado não dispensa a fundamentação, bem como deverá agir de forma coerente e íntegra na sua motivação.

⁸¹LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 8 ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

⁸²POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

⁸³SILVA, Gilvan Naibert; ANDRADE, Mauro Fonseca. A Fase da Investigação na Perspectiva do Novo Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

⁸⁴PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012

⁸⁵PACELLI, Eugênio de Oliveira, op. cit.

A integridade na motivação possibilita que as partes tenham conhecimento acerca das razões que levaram a tal decisão e, assim, permite o controle da racionalidade. Além disso, referidos os motivos na decisão, poderão ser impugnados pela via recursal.⁸⁶

O princípio do livre convencimento motivado pressupõe duas ressalvas. A primeira diz respeito ao Tribunal do Júri. Este princípio é aplicável somente em decisões de juízes singulares, ou seja, no Tribunal do Júri vige o princípio da íntima convicção, pois não se impõe aos jurados o dever de fundamentação das suas decisões.⁸⁷

A segunda ressalva é quanto às provas colhidas na fase pré-processual. A Lei nº 11.690 de 2008 impede que o juiz fundamente sua decisão apenas em material colhido na fase de investigação, com exceção de provas antecipadas e não repetíveis como por exemplo das perícias técnicas. Entretanto, há lacunas na lei que possibilitam ao magistrado sustentar uma condenação em elementos colhidos na investigação e não confrontados judicialmente, desde que não sejam as únicas provas que ensejem a condenação. Pacelli é uma parte da doutrina que refuta tal tese, argumentando que “o aproveitamento de quaisquer elementos da investigação para a condenação nos parece medida inteiramente desarrazoada”.⁸⁸

Diante do exposto, fica claro que tal princípio visa dar autonomia ao magistrado para o desenvolvimento da sua atividade judicante, bem como dar às partes o direito de confrontar a decisão pela via recursal nas mesmas bases argumentativas dispostas pelo juiz.

2.5.3 Princípio do Estado ou Situação Jurídica de Inocência

O princípio do estado de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado”.⁸⁹ Este princípio é considerado por muitos como o princípio que rege o processo penal.⁹⁰

⁸⁶FLECH, Larissa Civardi. Falsas Memórias no Processo Penal. 2012. 117 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012.

⁸⁷PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁸⁸PACELLI, Eugênio de Oliveira, op. cit.

⁸⁹BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Coleção Saraiva de Legislação. 53. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

⁹⁰CORRÊA, Priscila Matos. Prova Testemunhal sob a ótica da Falibilidade do Depoimento de

Cesare Beccaria define que um homem não pode ser “considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida”.⁹¹

Este princípio impõe ao Poder Público duas regras para o tratamento do acusado. A primeira é que em momento algum durante o processo penal ou *iter persecutório* o acusado poderá sofrer restrições pessoais, baseadas na possibilidade de uma futura condenação penal. A segunda regra diz respeito às provas, isto é, o ônus da prova quanto à existência do fato ou sua autoria é de responsabilidade exclusiva da acusação, enquanto à defesa restará demonstrar alguma excludente de ilicitude ou culpabilidade.⁹²

O estado de inocência tem sua aplicação ligada sobretudo com a prisão provisória, não permitindo a antecipação do resultado final do processo. A prisão tem de ser fundamentada em razões de extrema necessidade, como, por exemplo, a tutela de efetividade do processo ou da própria realização da jurisdição penal, caso contrário afrontará o princípio do estado de inocência.⁹³

Além disto, até mesmo o indiciamento, que é a formalização da situação do investigado em inquérito policial, poderá ser reclamada sua justa causa. Aliás, a oitiva do investigado só poderá ser feita posteriormente à coleta de todas as provas e a finalização das investigações.

2.6 OBJETO, SUJEITO E MEIO DE PROVA

O objeto, elemento integrante da prova, se caracteriza por ser aquilo que se pretende demonstrar, ou ainda, aquilo que o juiz deve conhecer, a fim de emitir um juízo de valor. É tudo que for importante para que se descubra a verdade provável do fato ocorrido.⁹⁴

Cabe aqui diferenciar objeto de prova e objeto da prova. O objeto de prova é o conceito acima, sendo aquilo que se precisa provar. De outro modo, o objeto da prova é o fato ou acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz. O objeto da prova servirá

Testemunhas e Informantes. 2014. 57 f. Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2014.

⁹¹BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. Tradução: José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

⁹²PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

⁹³PACELLI, Eugênio de Oliveira, op. cit.

⁹⁴POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

de base para a imputação penal feita pela acusação.⁹⁵

Dentro do objeto de prova, existem os fatos notórios, que são fatos que não necessitam serem provados, uma vez que fazem parte do costume de um povo. Os fatos axiomáticos também não precisam ser provados, pois são evidentes por si mesmos. Por fim, há ainda os fatos presumidos, que não precisam ser provados visto que se presume tal fato como verdadeiro pela frequência com que acontecem.⁹⁶

O sujeito ou órgão de prova são pessoas que trazem ao conhecimento do juiz algum objeto de prova, como por exemplo as testemunhas. Os meios de prova são os meios pela qual se remonta cronologicamente os acontecimentos e tem por finalidade convencimento do juiz.

Consoante Pontes de Miranda, “são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova”⁹⁷ ou ainda, segundo Tornaghi, é “aquilo que serve para alcançar um fim, seja o instrumento usado ou o caminho percorrido.”⁹⁸ Logo, as testemunhas serão sujeito de prova, enquanto seu depoimento será um meio de prova.

Paulo Rangel⁹⁹ entende por meios de prova:

São todos aqueles que o juiz, direta ou indiretamente, utiliza para conhecer da verdade dos fatos, estejam eles previstos em Lei ou não. Em outras palavras, é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam.

O Código de Processo Penal elenca alguns meios de prova, contudo não restringe somente aos citados em lei, mas exige que sejam meios dignos, morais, lícitos e legais. Os meios de prova citados no Código de Processo Penal são: o exame de corpo de delito e outras perícias, o interrogatório do acusado, confissão do acusado, perguntas ao ofendido, depoimento de testemunhas, reconhecimento de pessoas ou coisas, acareação, documentos, busca e apreensão e indícios.¹⁰⁰

Salienta-se que as partes têm momentos distintos para requerer produção de provas. A acusação ou autor deverá requerer no momento da apresentação da denúncia (ação penal pública) ou queixa-crime (ação penal privada) e o acusado

⁹⁵RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012, p. 442.

⁹⁶POLASTRI, Marcellus, op. cit.

⁹⁷MIRANDA, Pontes. Comentários ao Código de Processo Civi. 2. ed. Rio de Janeiro: 1973.

⁹⁸TORNAGHI, Hélio Bastos. Compêndio de Processo Penal. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

⁹⁹RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹⁰⁰BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

deverá requerer quando propuser a defesa prévia.¹⁰¹ Todavia, ainda poderão as partes requerer a qualquer tempo a produção de provas, com base na premissa de que se busca a verdade provável no processo e para isso é necessário um conjunto probatório satisfatório.

Em seguida, o juiz decidirá se defere ou não a prova, baseado no citado acima de que as provas não poderão ser ilícitas, imorais, indignas ou ainda ilegais. Sendo deferida a prova, esta poderá dar-se imediatamente ou serem pré-fixadas para uma data, seja na fase inquisitorial ou na fase da instrução judicial.¹⁰²

2.7 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

As provas podem ser classificadas quanto ao objeto, sujeito ou quanto à forma. Neste subcapítulo serão apresentadas as classificações adotadas pela doutrina e suas devidas conceituações.

2.7.1 Prova Direta ou Indireta

Diante das diversas classificações adotadas pela doutrina, umas delas é a classificação quanto ao objeto, podendo ser prova direta ou indireta.

As provas diretas são provas que demonstram diretamente o fato probando. O fato é provado sem a necessidade de um processo lógico de construção. Um exemplo é a confissão do acusado.¹⁰³

Já as provas indiretas não se dirigem ao próprio fato, mas necessitam de raciocínio para se chegar a ela, ou seja, é necessária uma construção lógica para se chegar ao fato ou alguma outra coisa que se queira provar. Ainda, podem ser provas que o magistrado toma conhecimento por meio de terceiros.

A prova indireta também pode ser chamada de circunstancial, pois “se deduz a existência de um fato ou de um grupo de fatos, que, aplicando-se imediatamente ao fato principal, levam a concluir que este fato existiu. Poderá ser exemplificada, ainda, através do álibi apresentado pelo acusado”¹⁰⁴.

¹⁰¹POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

¹⁰²POLASTRI, Marcellus, op. cit.

¹⁰³PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹⁰⁴FARHAT, Camila Mahiba Pereira. Das Provas no Processo Penal. 2014. 79 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de direito da UNIVALI, Itajaí, 2014.

Malatesta¹⁰⁵ nos dá um exemplo disto:

Se uma testemunha declara que viu Tício fugir pouco depois de ter sido cometido o homicídio, a fuga de Tício é coisa diversa do delito, de onde se conclui pela sua existência. Chega-se à conclusão de que Tício foi o autor do crime, desenvolvendo-se um raciocínio lógico.

Desta forma, a testemunha citada acima prestou depoimento relatando uma situação que indiretamente se conecta com o fato em análise e por meio de uma atividade mental se chega à conclusão da autoria do crime.

2.7.2 Prova Pessoal ou Real

Outra classificação possível é quanto às provas pessoais ou reais, que dizem respeito ao sujeito da prova, sendo aquelas que afirmam ou atestam a existência de tal fato.

Quanto a prova pessoal, ela deve ser obtida por meio conhecimento humano afirmando de forma consciente o fato. Exemplo disto é o testemunho ou o interrogatório.¹⁰⁶

No que concerne às provas reais, são as que surgem do próprio fato como fotografias, a arma do crime, pegadas no local, por exemplo. A prova é originada dos vestígios deixados pelo crime. São provas obtidas através da apreciação de elementos físicos, diferente da afirmação humana como nas provas pessoais.¹⁰⁷

2.7.3 Prova Testemunhal, Documental ou Material

Por fim, a classificação quanto à forma, onde o juiz, após verificar a prova, terá a forma oral que é inerente à pessoa, a forma escrita que se dá através de escritos ou gravações, ou ainda a forma material que são as perícias ou exames realizados.

2.7.3.1 Prova Testemunhal

A leitura do Código de Processo Penal refere às pessoas que devem ser

¹⁰⁵MALATESTA, Nicola Dei. A lógica das Provas em Matéria Criminal. São Paulo: Bookseller, 1996.

¹⁰⁶FARHAT, Camila Mahiba Pereira. Das Provas no Processo Penal. 2014. 79 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de direito da UNIVALI, Itajaí, 2014.

¹⁰⁷RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

ouvidas em juízo, sendo elas o acusado em seu interrogatório, o ofendido, os peritos e intérpretes e as testemunhas. A doutrina ainda faz referência à figura do informante (ou declarante), que são as pessoas desobrigadas ao compromisso de dizer a verdade.¹⁰⁸

Greco Filho chega a dizer que as testemunhas prestam depoimento, enquanto os demais fazem declarações.¹⁰⁹ Ou seja, apenas as testemunhas prestam a promessa de dizer a verdade, mencionado no artigo 203 do Código de Processo Penal.¹¹⁰

A prova testemunhal, em sentido amplo, compreenderá a oitiva das testemunhas, informantes e vítimas. Esta oitiva é a afirmação pessoal, resultante do depoimento prestado em juízo por um sujeito que tenha presenciado o fato em análise. Nada mais é do que a reprodução oral de um fato que está presente somente na memória daqueles que o presenciaram. Esta prova está prevista nos artigos 202 a 225 do Código de Processo Penal.¹¹¹

Testemunha será toda pessoa que presenciou o fato e relatará o acontecido em juízo de forma imparcial, pois não possui ligação com a vítima ou acusado. A testemunha no momento da inquirição é alertada que deve dizer somente a verdade sob pena de prestar falso testemunho. Já a declaração da vítima é o depoimento da pessoa que sofreu alguma lesão ou ameaça de lesão e irá descrevê-la em juízo. Quanto aos informantes, são os sujeitos citados nos artigos 206, 207 e 208 do Código de Processo Penal.¹¹²

¹⁰⁸PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹⁰⁹GRECO FILHO, Vicente. Manual de Processo Penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

¹¹⁰Art. 203 do Código de Processo Penal: “A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”. (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

¹¹¹BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹¹²Art. 206 do Código de Processo Penal: “A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias”. (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

Art. 207 do Código de Processo Penal: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”. (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

De regra, todas as pessoas devem testemunhar e serem comprometidas no momento do seu depoimento, com exceção do referido no artigo 206 do Código de Processo Penal, como o cônjuge, ascendentes, descendentes, irmãos e parentes por afinidade em linha reta, serão dispensados de depor ou são considerados pelo juízo como informantes, não prestando compromisso de dizer a verdade. Além disso, são proibidos de depor as pessoas apontadas no artigo 207 do Código de Processo Penal¹¹³, que dispõe que “são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Uma questão divergente na doutrina é quanto as pessoas contraditadas, referidas pelas partes como suspeitas ou indignas de fé. Greco Filho as inclui no rol de informantes, enquanto Pacelli¹¹⁴ discorda e refere o artigo 214 do Código de Processo Penal que dispõe que “só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208”.¹¹⁵

Atualmente a prova testemunhal, mesmo que única, poderá ser base para uma condenação penal, o que antigamente não era possível. O importante é a credibilidade do testemunho e a valoração que juiz aferirá. A valoração pelo juiz é dada de forma livre, com base no princípio do livre convencimento motivado.¹¹⁶

O depoimento das testemunhas e a declaração do ofendido são conhecidas por seu alto grau de fragilidade, uma vez que há “diversos outros fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação da moral, cultura e intelectual do depoente poderão também influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha”.¹¹⁷

Além disso, reconhecida a falibilidade em tese da prova testemunhal, grande parte das ações penais necessitam da produção da prova testemunhal. Sendo assim, o depoimento em juízo é dever de todos, com exceção das situações citadas acima

Art. 208 do Código de Processo Penal: “Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206”. (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

¹¹³BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹¹⁴PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹¹⁵BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹¹⁶FARHAT, Camila Mahiba Pereira. Das Provas no Processo Penal. 2014. 79 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de direito da UNIVALI, Itajaí, 2014.

¹¹⁷PACELLI, Eugênio de Oliveira, op.cit.

onde poderá ocorrer prejuízo na fiel reprodução da realidade.¹¹⁸

Quanto à capacidade para testemunhar, ela está estabelecida no artigo 202 do Código de Processo Penal, que diz que “toda pessoa poderá ser testemunha”.¹¹⁹ Entretanto, só pessoas que tenham capacidade e consigam discernir os fatos podem testemunhar. Ainda, é necessário que o sujeito tenha a capacidade de transmitir o acontecido.

A capacidade de testemunhar e capacidade civil não se confundem, pois, por exemplo, pessoas com deficiência visual não são incapazes civilmente mas poderão testemunhar apenas se a deficiência não influenciar na sua percepção dos fatos. Mas se a pessoa com alguma deficiência conseguir se comunicar e expor o fato, o depoimento poderá ser valorado normalmente pelo magistrado.¹²⁰

Depreende-se, portanto, que a prova testemunhal talvez seja o meio de prova mais utilizado no Processo Penal, possuindo grande influência na construção da convicção do magistrado. Contudo, o sujeito de prova (testemunha ou ofendido) está suscetível há inúmeras variáveis capazes interferir no seu relato e conseqüentemente no resultado final do processo. Logo, o magistrado deve estar sempre atento à prova testemunhal para que o relato seja o mais fiel e completo possível.

2.7.3.1.1 Declaração do Ofendido

Ainda que a prova testemunhal compreenda as testemunhas, informantes e vítimas, coube um tópico exclusivo para a análise do depoimento da vítima, visto os temas centrais do presente trabalho. Realizada a observação, passa-se ao exame das declarações das vítimas.

O dicionário conceitua vítima como aquele que sofre um dano ou infortúnio.¹²¹ Já o Direito Penal entende que vítima é a pessoa que sofreu uma lesão ou ameaça de lesão aos seus direitos.

O depoimento do ofendido está disciplinado no artigo 201 do Código de Processo Penal¹²², dispondo que a vítima será, sempre que possível, indagada e

¹¹⁸PACELL, Eugênio de Oliveira, op. cit.

¹¹⁹BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹²⁰FARHAT, Camila Mahiba Pereira. Das Provas no Processo Penal. 2014. 79 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de direito da UNIVALI, Itajaí, 2014.

¹²¹FRANCO, Francisco Manoel de Mello; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. In: Míni Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa. 2 ed. Rio de Janeiro: 2004. p. 764.

¹²² Art. 201 do Código de Processo Penal: “Sempre que possível, o ofendido será qualificado e

perguntada acerca das circunstâncias do fato delituoso, além de quem imagina ser o autor, bem como provas ela que possa indicar, tomando por termo as suas declarações.

A vítima não é parte no processo, visto que possui interesse no desfecho deste. Logo, sua narrativa possui reservas, não tendo compromisso de dizer a verdade. Tourinho Filho afirma que a vítima não pode ser sujeito ativo do crime de falso testemunho, tendo até mesmo o direito ao silêncio.¹²³

Há outra parte da doutrina que entende que o ofendido não tem direito ao silêncio, uma vez que em algumas oportunidades o seu depoimento é elemento crucial, ratificando as demais provas ou ainda é prova única do fato delituoso.¹²⁴ Contudo, há inúmeros estudos em áreas correlatas ao Direito que demonstram falibilidade do testemunho da vítima, porém não havendo indícios de memórias falsas ou nitidamente um caso patológico, o testemunho deverá ser valorado pelo magistrado. Ainda, destaca-se que a declaração da vítima no processo só deixará de ser feita se houver impossibilidade da mesma.

Cabe ressaltar que a declaração do ofendido não é computada no rol de testemunhas e ambas as partes podem, pelo princípio do contraditório, fazer perguntas à vítima.¹²⁵

Finalmente, à vítima será reservado um espaço separado, para que não tenha contato com o réu ou ainda com testemunhas. Há uma preocupação do legislador com

perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações.

§ 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade.

§ 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem.

§ 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico.

§ 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido.

§ 5º Se o juiz entender necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado.

§ 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação". (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

¹²³TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal: Principalmente em Face da Constituição de 5\10\1988. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

¹²⁴PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹²⁵POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

a higidez da vítima, podendo o juiz encaminhar o ofendido para acompanhamento multidisciplinar, psicossocial, psiquiátrico e de saúde, caso entenda necessário, ficando as despesas do tratamento a cargo do ofensor ou Estado. Ainda, se estiver interessado, será a vítima comunicada de atos processuais relativos à entrada ou saída do acusado da prisão, data de audiência, sentença, ou acórdãos que modifiquem uma decisão anterior.¹²⁶

2.7.3.2 *Prova Documental*

O artigo 232 do Código de Processo Penal¹²⁷ estabelece como documento “quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares”, além de reconhecer a fotografia, se devidamente autenticada, como de mesmo valor. Documento é um instrumento capaz de retratar um fato, não sendo apenas documentos escritos, mas toda forma ou expressão de linguagem ou de comunicação que seja compreensível o seu conteúdo, como por exemplo fotos, gravações, etc.¹²⁸

Além disso, observando o contraditório, sempre será possível a juntada de documentos em qualquer fase processual, com exceção do Tribunal do Júri, onde o documento deverá ser apresentado com três dias de antecedência.

O conceito de prova documental é bastante flexível, importando mais a autenticidade do documento.¹²⁹ Ademais, sendo o documento em língua estrangeira, será indispensável a atuação de tradutor, uma vez que as partes têm direito à compreensão integral do conteúdo do documento a ser valorado judicialmente.

Outra questão é quanto ao livre convencimento do juiz, que permite a requisição de ofício de documentos cuja existência tenha chegado ao conhecimento do magistrado e sejam necessários para a resolução de alguma dúvida acerca do fato.

Por último, merece atenção a vedação para apresentação de material jornalístico ou de mídias em geral no Tribunal do Júri, por não tratar-se, efetivamente, de documento.¹³⁰

¹²⁶POLASTRI, Marcellus, op. cit.

¹²⁷ BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹²⁸PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

¹²⁹PACELLI, Eugênio de Oliveira, op. cit.

¹³⁰PACELLI, Eugênio de Oliveira. Curso de Processo Penal. 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

2.7.3.3 Prova Material

Dentre os modelos processuais existentes há o da prova tarifada, onde cada meio de prova terá um valor previamente previsto, de modo que só poderá haver sentença condenatória se atingido um mínimo legal estabelecido. Isto é, há uma hierarquia entre provas, sendo algumas espécies superiores a outras. Já no modelo adotado pelo Brasil, não há hierarquia de provas, tendo o juiz liberdade de convencimento, exigindo-se apenas a fundamentação da decisão.¹³¹

Contudo, o modelo brasileiro mostra uma preocupação com a especialidade da prova para comprovar determinados fatos. Especialidade da prova não é o mesmo que hierarquia das provas, pois não há uma superioridade na valoração de provas. Na verdade trata-se da exigência de meios de provas específicos para constatar determinados fatos. A hipótese da especialidade de prova está disposta no artigo 158 do Código de Processo Penal, concernente ao exame de corpo de delito “nos crimes que deixam vestígios”.¹³²

Neste sentido, a prova material diz respeito a produção de provas através de meios físicos, químicos ou biológicos, quando a existência de determinado elemento do crime só pode ser provada por meio de conhecimentos específicos. A prova material compreende o exame de corpo de delito, perícia, exames, vistorias, entre outros. Trata-se “da verificação de coisa na materialidade de suas formas diretamente percebidas.”¹³³

Com a prova material, pretende-se certificar a existência dos fatos, cuja certeza, segundo a lei, só pode ser obtida através de conhecimentos específicos. Um exemplo disto é o falso documental que exige a participação de prova técnica para comprovação do falso, bem como indicar a autoria.¹³⁴

¹³¹PACELLI, Eugênio de Oliveira, op. cit.

¹³²BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

¹³³POLASTRI, Marcellus. Curso de Processo Penal. 9. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

¹³⁴PACELLI. Eugênio de Oliveira, op. cit.

3 MEMÓRIA

3.1 O QUE É MEMÓRIA?

A memória consiste no armazenamento de informações e experiências de vida, de modo que há a fixação, retenção e posteriormente a evocação da lembrança. Para Izquierdo, esse armazenamento se dá por meio de uma aprendizagem, pois “só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido”. Desta forma, a informação que foi apreendida vincula-se a noção de recordação ou lembrança.¹³⁵

Nossas experiências passadas constituem um acervo de informações, na qual todos os rumos futuros serão traçados a partir das nossas lembranças. O conjunto de memórias determinará a personalidade de cada pessoa. Assim, a memória faz com que cada um de nós seja um indivíduo único.¹³⁶

Outro fator importante é a necessidade de interação entre membros de uma mesma espécie. A comunicação é essencial para o bem-estar e sobrevivência. Os humanos procuram laços, que podem ser culturais ou por afinidade, baseadas em nossas memórias comuns para formar grupos. Os seres humanos a partir dos dois ou três anos de idade já utilizam da linguagem para adquirir, codificar, guardar e evocar memórias.¹³⁷

As células nervosas são responsáveis pelas memórias pois armazenam nos neurônios as lembranças que serão evocadas pela mesma rede ou por outras. As memórias são influenciadas pelas emoções, nível de consciência e estados de ânimo. Será mais fácil gravar quando a pessoa está alerta e mais difícil de aprender quando a pessoa está cansada, deprimida ou estressada.¹³⁸

Diante disso, se conclui que a memória é um aprendizado que permanece por um longo período de tempo. Este aprendizado se dá por meio da comunicação desenvolvida desde cedo, bem como das experiências vividas, que serão armazenadas em forma de lembranças.¹³⁹

3.2 FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA

¹³⁵IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

¹³⁶IZQUIERDO, Ivan, op.cit.

¹³⁷IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

¹³⁸IZQUIERDO, Ivan, op.cit.

¹³⁹IZQUIERDO, Ivan, op.cit.

A memória é definida pela capacidade de retenção de ideias, impressões e os conhecimentos adquiridos durante a vida. A memória possui três fases: fase de apreensão (ou armazenamento), fase da conservação (ou retenção) e, por fim, a evocação (ou recordação). Isto é, primeiro o sujeito presencia e apreende o fato, guarda na sua memória as percepções e depois as recorda. Estes processos são conhecidos como processos mnemônicos. Todavia, Izquierdo sustenta que a memória apresenta as fases de “aquisição, formação, a conservação e a evocação das informações.”¹⁴⁰

Os processos mnemônicos anteriormente citados são atividades complexas, envolvendo diversas estruturas do cérebro, como o hipocampo e a amígdala. A memória guarda as emoções e dependendo do tipo da lembrança, esta será armazenada em diferentes partes do cérebro. A parte informacional ou cognitiva do fato será armazenada no hipocampo como uma memória declarativa (memória de fatos, ideias e etc). Quanto a parte emocional, por exemplo algum susto, horror do acontecimento, entre outros, será armazenada na amígdala, área pré-frontal do cérebro.¹⁴¹

Voltando às três fases da formação da memória, partindo do momento da apreensão do fato e suas condições de percepção, as informações serão armazenadas no cérebro em forma de código, depois são convertidas em informações quando a lembrança ocorrer.¹⁴² A apreensão ou aquisição do fato possui condições objetivas e subjetivas que podem influenciar a apreensão do ocorrido. Com relação às condições objetivas, temos variáveis como o lugar, tempo, luminosidade, entre outros. Quanto às condições subjetivas, são variáveis intimamente ligadas à própria testemunha.

As condições objetivas podem prejudicar ou auxiliar de inúmeras maneiras. Um dia ensolarado em que o suspeito estava de óculos de sol e boné, então a testemunha não consegue ter uma visão clara do seu rosto. Ou por estar calor e o réu encontrar-se de bermuda, a vítima consegue observar uma marca de nascença em sua perna. Ou ainda, por condições de tempo chuvoso ou neblina, a vítima vê ou ouve de forma equivocada o acontecido.

¹⁴⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁴¹DI GESU, Cristina, op.cit.

¹⁴²ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

Já as condições subjetivas dizem respeito a elementos como a atenção, emoção, dentre outros. Stein sustenta ser ponto pacífico o fato de que os processos de recordação são facilitados pela emoção. Contudo, também alerta que “a emoção poderia estreitar o foco da atenção, o que levaria a um aumento da memória para conteúdos emocionais, com a diminuição para detalhes periféricos”. Portanto, Stein diz não haver uma resposta objetiva quanto ao questionamento se a emoção melhora ou piora a memória. Até certo patamar, a emoção ajuda e passando deste ponto ela seria prejudicial.¹⁴³

Outra característica subjetiva que pode influir na apreensão é o estado de espírito da pessoa no momento do fato. Há uma profunda relação do estado de espírito com a memória, pois como Stein sugere “os indivíduos que se encontram em um estado particular de humor geram mais associações para informações que vão ao encontro desse humor”.¹⁴⁴

A próxima condição diz respeito à conservação da memória que se mostra tão importante como a apreensão ou conhecimento do fato. Com o decurso do tempo, a memória se modifica consideravelmente e algumas informações do fato arquivado poderão se perder. Há um desgaste lento e progressivo que resulta no desaparecimento de algumas partes da recordação. Por este motivo, deve-se colher o depoimento da testemunha o quanto antes, para que sejam preservados o maior número de dados possíveis.¹⁴⁵

Além do decurso do tempo, poderão haver influências internas e externas capazes de modificar a recordação. A introdução de fatos não verdadeiros na lembrança chama-se falsas memórias, assunto tema do presente trabalho e que logo mais será detalhado.¹⁴⁶

A recordação, fase final da lembrança, consiste no ato de retirar a informação armazenada na memória para usá-la. Contudo, este resgate é passível de falhas, assim como nas fases anteriores decorrentes de uma percepção defeituosa ou

¹⁴³STEIN, Lilian Milnitsky, et al. Memórias, Humor e Emoção. Revista de Psiquiatria. Porto Alegre, vol.28, n.1, p.66, 2006.

¹⁴⁴STEIN, Lilian Milnitsky, et al. Memórias, Humor e Emoção. Revista de Psiquiatria. Porto Alegre, vol.28, n.1, p.66, 2006.

¹⁴⁵CORRÊA, Priscila Matos. Prova Testemunhal sob a ótica da Falibilidade do Depoimento de Testemunhas e Informantes. 2014. 57 f. Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2014.

¹⁴⁶CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no Processo Penal. Brasília: UnB, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf.

esquecimento diante do transcurso do tempo. A memória extraída nunca será a recordação completa do fato.¹⁴⁷

O depoimento judicial encaixa-se justamente na fase da recordação. A prova testemunhal é o meio probatório mais importante do processo penal, porém é também um meio muito frágil. A confiabilidade do testemunho está necessariamente relacionada com a confiabilidade da memória. A memória, como já mencionado, pode ser alterada por vários motivos e nunca sendo a recordação igual à realidade.¹⁴⁸

Deste modo, resta, claro, as falhas que a memória pode apresentar. O que é levado ao processo é apenas parte do acontecido, ficando detalhes importantes esquecidos ou ainda há a possibilidade da interferência das falsas memórias. A percepção dos acontecimentos é relativa, podendo ser maior ou menor conforme as razões fisiológicas.¹⁴⁹

3.3 CLASSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA

As classificações acerca da memória são diversas, porém a maior parte da doutrina as classifica quanto a sua função, tempo de duração, ou ainda em razão de seu conteúdo.¹⁵⁰

Segundo Kaplan, a memória divide-se em memória funcional e memória consolidada. A memória consolidada é a memória de longo prazo, sendo mantida por anos.¹⁵¹ Já a memória funcional é breve e fugaz, servindo para “gerenciar a realidade” e determinar o contexto dos fatos ou acontecimentos. Esta memória será mantida durante alguns minutos, apenas o tempo necessário para determinar se vale a pena fazer memória daquela informação.¹⁵²

Semelhante à memória de trabalho de Izquierdo, a memória funcional é uma memória imediata. Um exemplo de sua utilidade é para gravar algum número de telefone.¹⁵³

¹⁴⁷MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. Revista Viver Mente e Cérebro. São Paulo, ano 1, n.149, p.81, 2005.

¹⁴⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁴⁹FLECH, Larissa Civardi. Falsas Memórias no Processo Penal. 2012. 117 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012.

¹⁵⁰DI GESU, Cristina, op. cit.

¹⁵¹DI GESU, Cristina, op. cit.

¹⁵²IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

¹⁵³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do

O papel gerenciador desta memória se dá pelo fato que quando recebe qualquer tipo de informação, ela já determina, dentre outras coisas, se a informação é nova e se é útil. Para isso a memória funcional deve ser rápida. Esta performance rápida é realizada através do córtex pré-frontal e pelo hipocampo.¹⁵⁴

Cabe ainda destacar que alguns autores nem mesmo a consideram como um tipo de memória, mas sim um “gerenciador central”, pois ela não produz arquivos, sendo mantida apenas pelo tempo suficiente para determinar se ela ingressará ou não na memória.¹⁵⁵

Quanto ao conteúdo, Izquierdo sustenta que há dois grupos de memórias: as memórias procedurais (ou de procedimento) e as memórias declarativas. A memória procedural está relacionada ao aprendizado de atividades motoras e sensoriais, dentre elas estão andar de bicicleta, nadar, escrever, etc. A memória procedimental pode ainda ser dividida em implícita e explícita. A implícita é quando o sujeito não percebe a aprendizagem, se dando mais ou menos de forma automática, enquanto a explícita é a memória adquirida conscientemente.¹⁵⁶

A memória declarativa registra fatos ou eventos. Ela também terá uma subdivisão entre episódicas (ou autobiográficas), que são fatos que participamos ou assistimos, ou semânticas, relacionadas com os conhecimentos gerais.¹⁵⁷ “As lembranças semânticas são, com frequência, adquiridas maquinalmente, pela força do hábito, ajudado pela nossa capacidade de generalizar e categorizar”.¹⁵⁸ Exemplos de memórias semânticas são os conhecimentos de português, química ou outros, sendo uma memória de índole geral.¹⁵⁹

Já a memória episódica é capaz de situar fatos ou eventos no tempo. As memórias episódicas “são todas autobiográficas; existem na medida em que sabemos sua origem”.¹⁶⁰ Ela é utilizada para evocar lembranças de experiências pessoais. Isto é, será uma recuperação de um fato passado, como por exemplo o nascimento do filho. A memória episódica será muito mais plástica do que a semântica, porém sua

Advogado, 2019.

¹⁵⁴IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2 ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

¹⁵⁵IZQUIERDO, Ivan, op.cit.

¹⁵⁶IZQUIERDO, Ivan, op.cit.

¹⁵⁷DI GESU, Cristina, op. cit;

¹⁵⁸ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

¹⁵⁹IZQUIERDO, Ivan, op.cit.

¹⁶⁰IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2 ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

confiabilidade é menor, uma vez que pode ser distorcida por qualquer distração como o medo, ansiedade e o estresse.¹⁶¹

Outra classificação possível é quanto ao tempo de duração das memórias, sendo elas: a memória de longa duração e a memória curta duração. A primeira diz respeito às memórias que podem durar a vida toda, enquanto as de curto prazo perduram por apenas alguns minutos.¹⁶²

As memórias de curta duração são aquelas que duram cerca de uma a seis horas, sendo este tempo necessário para que as memórias de longo prazo se consolidem. Portanto, é uma retenção temporária de informações. Consta salientar que as memórias de curto e longo prazo possuem os mesmos processos que acontecem de forma paralela e independentes. Requerem as mesmas estruturas nervosas, mas envolvem mecanismos próprios e diferentes.¹⁶³

O modelo criado por Artkinson e Shiffrin é referência quando se trata de memória. No modelo chamado de modal, a informação passa por três estágios. Primeiramente, a informação é processada por vários depósitos sensoriais transitórios que armazenam a informação. Logo após, esta informação passará para um depósito de curto prazo (capacidade limitada) onde se comunicará com o depósito de longo prazo (capacidade limitada). Esta comunicação é realizada após o cérebro verificar a utilidade da informação e fazer o seu arquivamento se necessário.¹⁶⁴

As memórias de longa duração (ou memória consolidada) é aquela que armazena informações por grandes períodos de tempo. A esta fixação dá-se o nome de consolidação, ocorrendo da maneira citada acima: a memória de curta duração que é considerada proveitosa e o cérebro faz o seu arquivamento (lembança).¹⁶⁵

As memórias de longa duração são composta pelas memórias declarativas, já conceituadas anteriormente. Este sistema formado pelas memórias de longa duração são as que interessam para o presente trabalho, uma vez que refere-se a recordações de fatos, eventos, pessoas, rostos, ideias e conceitos. Será esta memória que está

¹⁶¹ ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

¹⁶² DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁶³ IZQUIERDO, Ivan, op.cit.

¹⁶⁴ DI GESU, Cristina, op. cit

¹⁶⁵ FLECH, Larissa Civardi. Falsas Memórias no Processo Penal. 2012. 117 f. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012.

suscetível a interferências internas e externas formando as falsas memórias.¹⁶⁶

Neste viés, sustenta Izquierdo:¹⁶⁷

Ao longo do tempo, nossa memória pessoal e coletiva descarta o trivial e, às vezes, incorpora fatos irrealis e variações que geralmente as enriquecem. Portanto, uma testemunha que distorce lembranças sobre um fato, um sujeito que equivocadamente assume culpa por um crime que não cometeu ou mesmo alguém que cria falsas memórias a partir do inquérito está alocando ou alterando informações constantes na sua memória declarativa. Assim, as implicações jurídicas devem dirigir a ela maior atenção.

Em síntese, os tipos de memória são interligados entre si, sendo uma forma de organização e estruturação das informações que chegam a cognição humana. Partindo dos conceitos desenvolvidos, os próximos tópicos tratarão dos fatores de contaminação da memória e o tema das falsas memórias.

3.4 FATORES DE CONTAMINAÇÃO DA MEMÓRIA

Como já visto anteriormente, o processo é uma reconstrução do passado. Para esta reconstrução, na maioria das vezes, será necessário a memória de quem os narra (testemunha ou vítima). Todavia, nem sempre esta memória é fidedigna, podendo ser preenchidas pela memória com recordações de outros eventos vividos, por experimentos nunca antes vivenciados ou ainda por estímulos externos.¹⁶⁸

O ponto essencial a ser abordado neste tópico é justamente a contaminação da memória, visto que ela pode influenciar diretamente na decisão do juiz. Daí a importância de se relacionar a prova penal com os temas da memória e falsas memórias.¹⁶⁹

Neste íterim, destaca-se uma grande diversidade de fatores que podem influenciar a deformação da memória, porém apenas serão apresentados os fatores de contaminação mais comuns. São elas: o transcurso do tempo, o hábito e a rotina, a mídia e, por fim, a linguagem e método do entrevistador.¹⁷⁰

¹⁶⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁶⁷IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

¹⁶⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁶⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

3.4.1 Transcurso do Tempo

Como é sabido, o tempo do direito não acompanha o tempo social, pois o mundo moderno está em constante aceleração, e o direito (processo) necessita de sua duração razoável garantida constitucionalmente.¹⁷¹

Lopes Júnior e Badaró destacam que o processo não foi feito para ser rápido ou momentâneo. Ele deve durar e prolongar-se no tempo, uma vez que o tempo “é elemento constitutivo inafastável do nascimento, desenvolvimento e conclusão do processo, mas também na gravidade que serão aplicadas as penas processuais, potencializadas pela (de)mora jurisdicional injustificada.”¹⁷²

Há uma estreita relação entre o direito e o tempo, pois “o tempo cria e mata o direito e o direito dura no tempo.” Sendo assim, questiona-se: “A aceleração e o ritmo social de uma sociedade complexa influem na formação da memória? A coleta da prova em um prazo razoável aumenta a confiabilidade? Afinal, qual o prazo razoável para a produção da prova?”¹⁷³

O transcurso do tempo é um fator importante para o esquecimento, pois os detalhes dos acontecimentos desvanecem. A retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que a recordação seja exata como ela foi apreendida. Em cada evocação da lembrança, ocorre uma modificação. Portanto, “as imagens não se fixam, escapam pela fluidez de velocidade”, isto é, a velocidade e a instantaneidade dos acontecimentos, aliadas ao decurso do tempo, fazem com que a recordação não seja do fato completa.¹⁷⁴

Desse modo, a resposta ao questionamento anterior é afirmativa, no sentido de que a coleta de prova em um prazo razoável aumenta a confiabilidade, ou pelo menos diminui os índices de falsificação da memória. Assim, quanto menor o tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas ou testemunhas, menor a possibilidade de esquecimento ou influências externas. Tudo aliado a uma entrevista

¹⁷¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷²LOPES JR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. Direito Processual Penal no Prazo Razoável. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

¹⁷³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷⁴DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

forense realizada de forma correta.¹⁷⁵

O complexo é estabelecer qual seria este prazo adequado para realizar a oitiva das vítimas e testemunhas. A determinação legal estabelece que a instrução deve ser realizada no prazo de 60 dias para o rito ordinário e 30 dias para o rito sumário. Contudo, é importante destacar que a tomada de depoimentos em tempo exíguo favorece a memória mas também gera inconvenientes.¹⁷⁶

O primeiro inconveniente é a observância dos prazos que talvez se torne inoperante, visto à dificuldade de data na pauta dos magistrados. Em segundo lugar, os prazos citados desconsideram as peculiaridades e complexidade de cada caso. E por último é que não há sanção para o descumprimento destes prazos. Isto é, na prática, os prazos estabelecidos não são cumpridos diante desses e outros fatores.¹⁷⁷

Afora isso, outro ponto importante é a concentração dos atos processuais. Apesar da tentativa de evitar o desperdício de tempo, não há como conferir qualidade técnica à prova oral se um mesmo momento processual, é destinado: a) tomada das declarações do ofendido; b) oitiva de testemunhas de acusação e defesa; c) declarações de peritos; d) acareações; e) reconhecimento de pessoas e coisas; f) interrogatório do acusado; g) alegações finais de ambas as partes; h) caso haja assistente de acusação, ainda terá 10 minutos para manifestar-se;¹⁷⁸

Logo, se por um lado a diminuição do tempo entre a data do fato e da declaração reduz os danos que poderiam ocorrer pelo lapso temporal, por outro lado não confere qualidade aos depoimentos, ocasionando talvez um comprometimento da recordação.¹⁷⁹

Em vista disto, nota-se o prejuízo que o lapso temporal pode ocasionar nas recordações, sendo esquecendo de partes do fato ou ainda acrescentando memórias não verdadeiras à lembrança. Logo, é necessário encontrar solução para que o depoimento seja colhido em um tempo adequado e, concomitantemente, haja preservação da duração razoável do processo garantida constitucionalmente.

¹⁷⁵DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁷⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

3.4.2 Hábito e Rotina

O hábito e a rotina também são fatores de grande relevância a percepção de um determinado acontecimento. Muitas das nossas memórias podem ser adquiridas por meio da associação de estímulos e do estímulo a uma resposta. O resultado dessa resposta é a chamada “reação de orientação” Esta é um estímulo ou conjunto de novos estímulos, desde que não sejam dolorosos.¹⁸⁰

Este estímulo é a mesma reação dos cachorros, quando estimulados através de uma pergunta como “o que é isso?” de ficar alerta, direcionando os sentidos para a fonte de estímulo. Entretanto, a repetição destes levará a uma supressão gradual da reação de orientação.¹⁸¹

O cotidiano é repleto de exemplos de reflexos condicionados instrumentais, tais como o choro de um bebê para que sua mãe lhe dê leite ou chamar o garçom no restaurante para que possa fazer o pedido. Contudo, esta repetição de estímulos condicionados sem o “reforço”, ou seja, sem um estímulo incondicionado, provocará a extinção da memória.¹⁸²

Neste sentido¹⁸³:

(...) a extinção é, assim, um fenômeno semelhante à habituação: perante a repetição de um estímulo condicionado, deixamos de repetir a resposta correspondente. Na habituação, paramos de responder, porque isso não é necessário: o estímulo nunca é pareado com outro. Na extinção, paramos de responder, porque isto já não é mais necessário: estímulo incondicionado já não “vem” mais.

Esta relação do hábito e rotina com o esquecimento é de grande importância para o processo, pois uma pessoa constantemente estimulada sobre um assunto diminuirá gradativamente a resposta, uma vez que já está habituado. Assim, tal situação enfraquece a percepção da testemunha ou vítima sobre o que viu ou ouviu.

Gorphe, utilizando os estudos de Dauber, demonstrou influência do hábito e da rotina sobre a origem dos falsos testemunhos. Em experimentos, ele referiu 153 alunos para escrever em uma folha de papel a cor dos cabelos de dois professores

¹⁸⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁸¹IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

¹⁸²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁸³IZQUIERDO, Ivan. Memória. 2 ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

conhecidos por eles, mas ausentes no momento do teste. O professor X tinha cabelo escuro e o professor Y cabelo ruivo.¹⁸⁴

O resultado de tal pesquisa não foi fidedigno à realidade, pois o maior índice de acerto foi referente ao professor de cabelos escuros. A grande maioria dos alunos pesquisados também possuíam cabelos escuros, logo suas afirmativas foram condizentes com o hábito mais comum de sua percepção.¹⁸⁵

Outro ponto alertado por Malatesta, seria “o fato de o hábito de uma dada espécie de observação poder vir a compensar uma deficiência de sentido”, por exemplo, a observação de um armeiro míope, relativo à conformação material de uma arma, terá o mesmo valor quanto às declarações de uma testemunha com vista de “lince” e que não tenha nenhuma prática com armas.¹⁸⁶

Isso vem a demonstrar as dificuldades existentes na percepção de testemunhas e vítimas sobre um acontecimento que seja diferente do que está habituado, pois é nessas situações que a percepção encontra-se fragilizada.¹⁸⁷

3.4.3 Mídia

As notícias postas em jornais após o acontecimento de um delito possuem uma grande carga de sensacionalismo e emotividade. Assim, essas notícias acabam influenciando pessoas que estejam envolvidas em determinado processo criminal.¹⁸⁸

Em sua época, Carnelutti já alertava para o fato de o crime ser também uma forma de “atração”. Além da investigação criminal ser necessidade social, ela também é diversão. O autor explica que há uma degeneração do processo penal, pois cada delito desencadeia uma busca de conjunturas e informações. Assim, juízes e policiais passam de vigilantes para vigiados, assim como testemunhas e vítimas são encurraladas, sondadas e sugestionadas.¹⁸⁹

¹⁸⁴GORPHE, François. *La Critica del Testimonio*. 2. ed. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

¹⁸⁵GORPHE, François. *La Critica del Testimonio*. 2. ed. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

¹⁸⁶MALATESTA, Nicola Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. 2. ed. Trad. José Alves de Sá. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927.

¹⁸⁷DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁸⁸DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁸⁹CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Trad. José Antonio Cardinali. Brasil:

Deste modo, o cenário imposto pela mídia pode confundir as testemunhas e vítimas acerca daquilo que realmente percebeu no momento do fato e aquilo que leram ou ouviram posteriormente. O crime passa a importar não somente para o Estado e para os envolvidos, mas sim para toda a sociedade, visto que tornou-se diversão.¹⁹⁰

Ademais, na medida que há mais notícias e comentários sobre o delito, aumenta também o risco de sugestionamentos e contaminação da prova. Disso vem a necessidade da coleta da prova oral em um prazo razoável, tendo em vista que quanto mais tempo passar entre a data do fato e a oitiva, menor poderá ser o grau de confiabilidade nesta declaração.¹⁹¹

Logo, a cobertura jornalística da mídia para fatos delituosos pode, mesmo que não seja seu objetivo, distorcer a recordação de testemunhas e vítimas de modo que o sujeito se sugestione de lembranças que na realidade ele não presenciou, interferindo ativamente no resultado final do processo criminal.

3.4.4 Linguagem e Método do Entrevistador

A entrevista – intervenção verbal entre entrevistador e o entrevistado – é o meio utilizado para a obtenção de informações específicas com relação a determinado fato. Considerando que as declarações de vítimas e testemunhas de um evento delituoso podem ser o elemento mais importante de prova no processo penal, é crucial avaliação da confiabilidade das declarações.¹⁹²

O aumento nas acusações por delitos sexuais, muitas vezes praticados na clandestinidade e sem evidências, incentivou estudos acerca do modo como as entrevistas estão sendo conduzidas, a fim de minimizar os possíveis danos ao processo criminal.¹⁹³

No que concerne ao testemunho infantil, a precisão das informações pode ser seriamente maculada em razão da forma como a criança é entrevistada, visto o grau

Conan, 1995.

¹⁹⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁹¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁹²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁹³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

de sugestionabilidade, formando assim as falsas memórias.¹⁹⁴

Segundo Pisa e Stein, utilizando de estudos de Ceci e Bruck, alertam que a obtenção de informações fidedignas de crianças é uma tarefa difícil por três motivos: o primeiro motivo é que as crianças não estão habituadas a fornecer narrativas detalhadas sobre suas experiências; em segundo lugar é que o decurso do tempo dificulta a recordação de eventos; o terceiro e último motivo é que pode ser difícil para a criança relatar fatos que lhe causem estresse, vergonha ou dor.¹⁹⁵

Dentre as técnicas de inquirição e qualidade do testemunho, Pisa e Stein relatam diversos fatores de contaminação da colheita de prova relacionadas ao entrevistador, sendo elas: o viés do entrevistador, a repetição de entrevistas, repetição de perguntas dentro da entrevista, a indução de estereótipos e tom sentimental e, por fim, o status do entrevistador. Assim, este tópico fará uma breve análise desses elementos elencados pelas autoras.¹⁹⁶

3.4.4.1 Viés do Entrevistador

O fator de contaminação do viés do entrevistador é quando, basicamente, o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado fato, moldando sua entrevista, com o objetivo de obter respostas condizentes com sua prévia convicção. Assim, são desprezadas respostas não compatíveis com a hipótese inicial ou, ainda, as respostas são reinterpretadas com o intuito de encaixar-se à convicção inicial.¹⁹⁷

O viés do entrevistador vislumbra um traço eminentemente inquisitório, visto que inquisidor formula sua hipótese acusatória, produz provas a fim de confirmar tal hipótese e julga de acordo com aquilo que ele mesmo produziu. Isto é, há uma certeza preliminar acusatória e após busca-se apenas elementos para confirmá-la.¹⁹⁸

Nickerson¹⁹⁹ destaca duas situações possíveis e distintas com relação ao viés

¹⁹⁴PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

¹⁹⁵PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

¹⁹⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁹⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁹⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

¹⁹⁹PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e

do entrevistador. São elas:

A primeira delas ocorre quando o entrevistador não está ciente do seu modo de agir tendencioso, e a segunda, quando há ciência acerca da construção dos argumentos, tal como acontece nos julgamentos, por ocasião da formulação das teses acusatória e defensiva.

As perguntas tendenciosas somente se justificam quando se trata de questionamentos da parte acusatória, como objetivo de provar sua tese. O que não pode ser admitido, mesmo diante dos poderes instrutórios conferidos ao julgador, é que o magistrado conduza a entrevista de modo tendencioso, quebrando sua imparcialidade. Além disso, o viés do entrevistador pode ser notado através de comportamentos sutis, como o tom de voz, sorrisos ou movimentos com a cabeça.

Por fim, destaca-se que crianças possuem recordações altamente precisas quando entrevistadas da forma correta, porém, quando são expostas à suposições dissociadas da realidade, especialmente em crianças mais jovens, ocorre um índice elevado de informações incorretas. Isto acontece pois as histórias relatadas por crianças são ajustáveis a sugestões externas, ou, neste caso, pelo ponto de vista do entrevistador.²⁰⁰

Diante disso, é necessário avaliar qual o meio mais adequado para entrevistar diferentes tipos de pessoas, sendo elas crianças ou adultos, para que o relato seja condizente com a realidade. O tom da entrevista acusatório, desculpatório ou neutro também influenciará diretamente nas respostas dadas pelo entrevistado.

3.4.4.2 *Repetição das Entrevistas*

Apesar da repetição da entrevista esteja associada a resultados benéficos, é necessário atenção para prevenir o esquecimento, pois “a consolidação da memória é facilitada quando a primeira recordação é feita em seguida do evento.” Ou seja, o decurso do tempo enfraquece a memória original, sendo possível assim que instruções possam ser implantadas na memória.²⁰¹

Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

²⁰⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁰¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

Stein e Pisa²⁰² destacam sobre a repetição de entrevistas e o decurso do tempo:

(...) às vezes, estas duas variáveis são inseparáveis: além da repetição das entrevistas, as crianças normalmente estão sujeitas a uma longa demora entre o evento alegado e as entrevistas finais. Os autores citam estudos com adultos e crianças para demonstrar que o efeito de informações falsas é menos danoso se for fornecido em uma entrevista que acontece em seguida a um evento, comparado com uma entrevista que acontece muito tempo depois de um evento.

Portanto, o tempo além de contribuir para o esquecimento, facilita também a contaminação daquilo que a testemunha ou vítima viu e ouviu, na medida que passa a ter contato com outras pessoas e outros entrevistadores. Por este motivo é que a primeira declaração, normalmente na polícia, pode ser considerada mais fidedigna, uma vez que foi realizada mais próxima do acontecimento

Destaca-se aqui que o artigo 11 da Lei 13.431/2017 prevê a tomada de depoimento de criança vítima de violência sexual seja realizado, preferencialmente, uma vez. Além disso, também prevê a vedação da tomada de novo depoimento, salvo se justificada a sua imprescritibilidade pela autoridade competente e mediante concordância da vítima ou testemunha.

O ideal seria que todos os profissionais (policiais, delegados, conselheiros tutelares, etc.) estivessem treinados para lidar com tal situação, de modo a obter declarações de uma forma neutra, despida de induções e sugestionamentos, até mesmo para que a fase de investigações preliminares cumpra com o seu objetivo de filtrar acusações infundadas.

Um avanço já alcançado é quanto à especialização do magistrado responsável por conduzir o depoimento especial conforme destaca o Conselho Nacional de Justiça:

(...) a metodologia do depoimento especial atualmente é uma matéria exigida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam) para o vitaliciamento de juizes, que ocorre dois anos após ingressarem na magistratura por meio de concurso público.

Assim como os outros fatores de contaminação, a repetição da entrevista pode causar uma enorme problemática para o processo, visto que a confiabilidade do

²⁰²PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

depoimento é posta em dúvida. Apesar da dificuldade imposta, se faz necessário uma entrevista neutra para que o potencial da memória seja reforçado.

3.4.4.3 *Repetição de Perguntas*

Os adultos frequentemente repetem os questionamentos com o intuito de obter novas informações das crianças, considerando a resposta inicial insuficiente. Contudo, ocorre que a reiteração de perguntas é entendida de forma diversa pelas crianças, ou seja, para elas, a reiteração pode significar uma insatisfação com a primeira resposta.²⁰³

Stein e Pisa²⁰⁴ acrescentam:

A repetição de perguntas meramente abertas pode sinalizar um pedido para informações adicionais, enquanto que a repetição de perguntas fechadas, que tem resposta limitada em sim/não, pode sinalizar para crianças jovens que sua primeira resposta era inaceitável para o entrevistador.

Logo, em alguns casos a repetição pode representar a solicitação de novas informações e em outros a mudança da resposta estará ligada ao intuito de corresponder às expectativas do entrevistador, pois “as crianças podem mudar suas respostas para agradar o adulto que as interroga. A repetição, para elas, é compreendida como se o entrevistador não tivesse gostado da resposta.”²⁰⁵

3.4.4.4 *Indução de Esteriótipos e Tom Sentimental*

A indução de estereótipos trata-se de transmitir ao entrevistado visão negativa de uma pessoa ou evento, sendo ela verdadeira ou não, com o objetivo de “auxiliar” crianças envergonhadas ou assustadas a relatar detalhes de abusos sexuais sofridos ou presenciados, na tentativa de transmitir um ambiente mais acolhedor. Um exemplo claro é afirmar que o acusado fez coisas “ruins”.²⁰⁶

Contudo, pesquisas mostram que crianças ouvidas nesta condição de induzir

²⁰³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁰⁴PISA, Osnila; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

²⁰⁵DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁰⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

de estereótipos mostraram-se inclinadas para fazer declarações negativas do suspeito, isto é, a indução de estereótipos associada ao intervalo do tempo e múltiplas entrevistas, contribuem para a formação das memórias falsas.²⁰⁷

O tom sentimental também está ligado a tentativa de formar um ambiente confortável e acolhedor. Alguns entrevistadores pensando criar este ambiente confortável, na realidade, estão configurando um tom sentimental para a entrevista pelo uso, explícito ou implícito, de ameaças, recompensas e subornos. Ao fazerem estas declarações para ajudar a criança a revelar o acontecido, cria-se riscos para a confiabilidade, pois reflete o viés do entrevistador e um contexto favorável para formar as memórias falsificadas.²⁰⁸

Por fim, necessário dizer que todos os fatores de contaminação da memória são criadores de falsas memórias, sendo pelo esquecimento ou pela introdução de elementos não verdadeiros à recordação. Alguns fatores não podem ser evitados, mas outros podem, como: a tomada das declarações de vítimas e testemunhas em um lapso de tempo curto, a utilização de entrevista única e neutra, evitar perguntas fechadas, entre outros. Assim, percebe-se que a memória é frágil e para se alcançar uma sentença judicial adequada para cada caso, é necessário que o entrevistador ou magistrado esteja preparado para conseguir obter respostas fidedignas e confiáveis do entrevistado.

3.4.4.5 Status do Entrevistador

Este fator de contaminação da memória é uma das principais causas de indução nos relatos infantis. Isto se dá porque as crianças acreditam muito mais em adultos do que em outras crianças. “As crianças jovens são sensíveis para o status e poder de seus entrevistadores, resultando em provável concordância com a orientação implícita ou explícita de tais entrevistadores”.²⁰⁹

Pisa e Stein²¹⁰ sustentam que:

²⁰⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁰⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁰⁹PISA, Osnila; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

²¹⁰PISA, Osnila; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

O desejo das crianças de obedecer, de ser útil, pode ser mais forte que seu desejo de reportar só o que efetivamente recordam e, assim, acabam preenchendo detalhes esquecidos (...) reduzindo os efeitos do fator autoridade, nós podemos aumentar os relatos verdadeiros.

Os elementos acima demonstram o quanto a linguagem do entrevistador e seu método de interrogatório interferem na produção de prova, com potencial de contaminação do depoimento, em especial de crianças.²¹¹

Binet constatou que as informações prestadas por crianças são altamente precisas quando há um relato livre, apesar de fornecerem poucos detalhes. Quando solicitado detalhes específicos, demonstraram uma precisão menor em comparação com a narração livre do evento.²¹²

O relato de crianças é abalado quando o entrevistador está previamente convicto da ocorrência do delito. Certamente, o entrevistador vai dirigir seus questionamentos de modo a confirmar sua suposição, sem investigar e explorar outras hipóteses, contaminando de forma considerável o relato.²¹³

Além disso, perguntas fechadas, como sim/não e “pressão de pares” (quando o entrevistador afirma que algum amigo do entrevistado já relatou algo semelhante) aumentam mais o risco de relatos inexatos.²¹⁴

À vista disso, podemos concluir que as diversas influências sofridas pela criança antes e durante a entrevista têm grande potencial de causar danos ainda maiores do que a própria situação dolorosa.²¹⁵

3.5 FALSAS MEMÓRIAS

3.5.1 Evolução Teórico-Científica das Falsas Memórias

A expressão “falsas memórias” surgiu pela primeira vez 1881 por Théodule Ribot, quando estudou o caso de um homem chamado Louis, de 34 anos e morador

²¹¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²¹²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²¹³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²¹⁴DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²¹⁵DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

de Paris, na qual passou a ter recordações de fatos que nunca ocorreram, despertando o interesse dos psicólogos e psiquiatras da época.²¹⁶

Depois disso, os estudos sobre as falsas memórias remontam o século XX com Alfred Binet, em 1900, na França. Uma das contribuições mais importantes deste pesquisador foi a categorização da memória em auto sugerida (aquela produzida por processos internos ao indivíduo) e deliberadamente sugerida (uma influência que provém do ambiente), posteriormente denominadas de falsas memórias espontâneas e sugeridas.²¹⁷

Em 1910, na Alemanha, Stern replicou os estudos de Binet, obtendo os mesmos resultados. Tanto Binet quanto Stern realizaram estudos demonstrando a ilusão de lembranças em crianças. Já em 1932, na Inglaterra, Bartlett investigou o fenômeno das falsas lembranças em adultos. Ele foi o primeiro a estudar as falsas memórias utilizando materiais com maior grau de complexidade. Bartlett descreveu que a evocação estava vinculada a um “processo reconstutivo” da memória, com base “em esquemas mentais e conhecimentos gerais prévios do sujeito”, salientando a função da compreensão e da influência cultural nas lembranças.²¹⁸

Em 1959, Deese contribuiu de forma relevante para os estudos sobre as falsas memórias, propondo um sistema com uma série de listas de palavras associadas a uma palavra que não estava incluída no material de estudo. O objetivo era averiguar se a associação entre as palavras produzia diferentes efeitos no momento da recordação. Deese constatou que se produziu altos índices de recordações falsas na lista de palavras associadas, mas não apresentada na lista original. Alguns anos mais tarde, Roediger e McDermott (1995) retomaram o trabalho de Deese, adaptando para 24 listas como objetivo de verificar a criação das falsas lembranças. O resultado da pesquisa originou um procedimento chamado de Paradigma DRM.²¹⁹

Nos anos de 1970, surge Elizabeth Loftus, uma das maiores autoridades quando se fala da falsificação da memória. Ela introduziu uma nova técnica para estudar as falsas memórias, denominada de Procedimento de Sugestão de Falsa

²¹⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²¹⁷DI GESU, Cristina, op,cit.

²¹⁸STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por Meio de Palavras Associadas. Psicologia: Reflexão e Crítica. Porto Alegre, vol.14, n.2, p.353-366, 2001.

²¹⁹STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

Informação.²²⁰ Di Gesu explica que “cuida-se da inserção de uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada ou não, produzindo o chamado efeito ‘falsa informação’, na qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa”.²²¹

Nestas pesquisas realizadas por Loftus, constatou-se que “a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados de maneira evocativa, ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos”.²²²

O grande objetivo de Loftus era demonstrar o quão sugestionáveis e sujeitas a equívocos as testemunhas podem ser, bem como atestar que as memórias não permanecem inalteradas, pois estão uma constante reconstrução.²²³

Neste sentido, Altavilla²²⁴ sustenta:

(...) a nova percepção não se fixa numa imóvel chapa fotográfica, mas penetra num órgão eminentemente dinâmico, no qual sofre a influência das percepções anteriores e está sujeito a um contínuo trabalho de deformação determinando novas aquisições psíquicas”.

Diante do exposto, conclui-se que, apesar dos estudos sobre a falsificação das lembranças datam de 1900, os avanços mais promissores na área se deram somente a partir 1970 com Loftus e outros. Estes pesquisadores pioneiros lançaram as bases para a diferenciação entre as classificações das falsas memórias, bem como suas teorias explicativas.²²⁵

3.5.2 Conceito de Falsas Memórias

Conforme já visto anteriormente, a memória é constituída de informações já armazenada devido aos processos mnemônicos e, também, de elementos novos que

²²⁰STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por Meio de Palavras Associadas. *Psicologia: Reflexão e Crítica*. Porto Alegre, vol.14, n.2, p.353-366, 2001.

²²¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²²²LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. *Viver Mente e Cérebro*. P. 90-93, 2005.

²²³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²²⁴ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária: O Processo Psicológico e a Verdade Judicial*. 1. vol. São Paulo: Editora Saraiva, 1945.

²²⁵STEIN, Lilian Milnitsky, et al, *Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

irão juntar-se aos demais. É um conjunto de fragmentos que, ao serem evocados, iniciarão um processo de reconstrução destas lembranças.

A recordação, portanto, é uma interpretação do fato completo. Nesta interpretação, pode ocorrer a inclusão de parte de informações não correspondentes à realidade que fazem a memória incorrer em erro, resultando no que denominamos de falsas memórias. Logo, a mesma memória responsável por nos construir como indivíduos, também pode apresentar distorções e erros que influenciam nas nossas vidas, como também na vida de terceiros, no caso de um testemunho equivocado.²²⁶

Cabe destacar aqui a diferença entre as memórias verdadeiras (MV) das lembranças falsas (FM)²²⁷:

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 neurofisiológicas (ver Capítulo 3). No entanto, diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as FM serem compostas no todo ou em parte por informações que não ocorreram na realidade. As FM são fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.

Aury Lopes²²⁸ Júnior acrescenta, diferenciando as memórias falsas e a mentira:

As falsas memórias diferenciam-se (sic) da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.

As falsas memórias são, assim, um fenômeno presente no cotidiano das pessoas, com base no funcionamento normal da memória. Os estudos sobre o tema já avançaram no sentido de explicar as bases desse fenômeno, no entanto, há um longo caminho a ser explorado. As pesquisas devem ser ampliadas para dar conta das implicações da falsificação da memória em diversas áreas como a Psicologia, Direito e Clínica, além de outras áreas humanas e da saúde.²²⁹

²²⁶STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²²⁷STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²²⁸LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional. 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

²²⁹NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o

À vista disso, importante ressaltar que todas as pessoas são suscetíveis a este fenômeno em maior ou menor grau, podendo resultar em consequências danosas, dependendo da relevância do evento evocado. Assim, as falsas memórias, quando ligadas à prova oral, possuem graves efeitos, uma vez que elas “representam a verdade como os indivíduos às lembram”, impedindo que o magistrado alcance a verdade provável dos fatos e uma decisão mais justa.²³⁰

3.5.3 Falsas Memórias em Crianças

O fenômeno de lembrar-se de algo que na realidade não ocorreu ou que não foi vivenciado - as falsas memórias - tornou-se uma área de grande interesse para pesquisadores, em função, principalmente, das suas consequências legais relacionadas com a capacidade das crianças de descrever com fidedignidade fatos vivenciados, tanto na posição de vítimas como de testemunhas oculares de um delito.²³¹

Atualmente, há pesquisas demonstrando que crianças muito pequenas, entre 13 a 20 meses, podem recordar de eventos específicos, muitas vezes por longos períodos de tempo. Bauer demonstrou, através de um procedimento chamado de “Imitação evocada de sequências de ações”, que crianças pequenas podem recordar de eventos após oito meses do ocorrido.²³²

Contudo, as memórias adquiridas na infância precoce são frágeis, uma vez que são codificadas a partir de um sistema literal. Por este motivo, crianças em fase escolar são muito suscetíveis a influências externas, podendo aceitar mais falsas informações. Porém, isto não quer dizer que crianças não podem recordar corretamente de eventos ou ainda que vão aceitar todas as informações falsas. Ao contrário, elas tendem a desconfiar de informações que se diferenciam muito do que

Fenômeno das Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²³⁰ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

²³¹BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmem Beatriz; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. Investigação da Memória em Crianças em Idades Escolar e Pré-escola. Psicologia em Estudo. Maringá, vol 16, n.1, 2011.

²³²BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Brasília, 2009, p. 16. Disponível em: http://www.mpap.mp.br/images/infancia/tC3%A9cnicas_de_entrevista_investigativa-1.pdf

foi presenciado por elas.²³³

Estudos realizados com crianças entre 3 e 5 anos mostram que estas são capazes de recordar e relatar com precisão de fatos por longos períodos de tempo. Apesar disso, com o tempo as crianças aprendem a arquivar em suas memórias apenas uma interpretação do evento, assim como os adultos. Deste modo, o avanço da idade desempenha um papel importante na memória das crianças, pois ela influencia na qualidade e quantidade das memórias recuperadas.²³⁴

Ademais, Brainerd e seus colaboradores sugerem que crianças mais velhas são mais suscetíveis a distorções nos processos mnemônicos do que crianças mais novas, pois aquelas extraem apenas a essência do fato e as crianças mais novas recordam de informações literais e detalhes. Logo, com o passar dos anos a incidência de memórias falsas aumenta.²³⁵

Em oposição, há estudos que relatam que “espera-se que crianças em idade pré-escolar apresentem mais falsas memórias do que crianças em idade escolar, em função da habilidade destas em recuperar tanto traços literais como traços de essência que auxiliam na rejeição de informações falsas”.²³⁶

No âmbito jurídico, o depoimento das testemunhas e vítimas devem ser confiáveis. Por este motivo, quanto ao depoimento infantil, levanta-se a questão sobre a capacidade das crianças entenderem e responderem às perguntas que lhe são colocadas.²³⁷

A questão sobre a fidedignidade do testemunho infantil talvez seja um das principais dificuldades que a ciência psicológica sobre a memória enfrenta, uma vez que há ainda muitas contradições e resultados incongruentes observados na literatura. Tais dificuldades foram destacados por Barbosa, Ávila, Feix e Grassi-Oliveira, que ressaltaram a escassez de estudos padronizados, incentivando o

²³³BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Desafios da Oitiva de Crianças e Adolescentes: Técnica de Entrevista Investigativa. Brasília, 2009.

²³⁴BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Desafios da Oitiva de Crianças e Adolescentes: Técnica de Entrevista Investigativa. Brasília, 2009.

²³⁵BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Desafios da Oitiva de Crianças e Adolescentes: Técnica de Entrevista Investigativa. Brasília, 2009.

²³⁶ BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmem Beatriz; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. Investigação da Memória em Crianças em Idades Escolar e Pré-escola. Psicologia em Estudo, Maringá, vol 16, n.1, 2011.

²³⁷BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Desafios da Oitiva de Crianças e Adolescentes: Técnica de Entrevista Investigativa. Brasília, 2009.

desenvolvimento de pesquisas com este tema.

O que se pode depreender do exposto é que não se tem um resultado claro sobre o fenômeno das falsas memórias em crianças, nem mesmo uma faixa etária com menor incidência de memórias falsificadas. Diante disso, faz-se necessário compreender as situações podem contaminar a memória, tanto de um adulto como de uma criança, e evitá-las para que a recordação seja menos exposta a possíveis interferências.²³⁸

3.5.4 Teorias Explicativas das Falsas Memórias

Existem três teorias que explicam as falsas memórias, sendo elas a Teoria do Paradigma Construtivista, a Teoria do Monitoramento da Fonte e a Teoria do Traço Difuso. Entretanto, a que merece maior atenção é a Teoria do Traço Difuso, uma vez que é a que explica melhor as falsas memórias. As demais serão tratadas de forma mais sucinta.

3.5.4.1 Teoria do Paradigma Construtivista

Segundo a Teoria do Paradigma Construtivista, a memória é formada por um sistema único que vai sendo construído através do processo de interpretação que cada pessoa faz de cada acontecimento, extraíndo o seu significado e a reestruturando de forma coerente com seu entendimento (Bransford e Franks, 1971). Assim, a memória tem apenas uma única interpretação da experiência vivenciada, juntando informações que realmente estavam presentes no fato original e fazendo interpretações a respeito. Esta construção única é o ponto fundamental na Teoria do Paradigma Construtivista.²³⁹

A partir desses pressupostos, a Teoria do Paradigma Construtivista possui duas outras teorias que buscam explicar as falsas memórias: a Teoria Construtivista e a Teoria dos Esquemas. A Teoria Construtivista “entende que a informação nova é integrada a informações prévias que o indivíduo possui, podendo distorcer ou sobrepor-se à memória inicial e assim gerar uma FM”. Quanto a Teoria dos Esquemas,

²³⁸BRASIL. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. Desafios da Oitiva de Crianças e Adolescentes: Técnica de Entrevista Investigativa. Brasília, 2009.

²³⁹ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas Memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

ela possui os mesmos pressupostos, porém “explica as FM como resultado do processo de compreensão de uma nova informação, conforme os esquemas mentais pré-existentes em cada indivíduo”.²⁴⁰

Segundo a Teoria Construtivista, a memória está constantemente suscetível a interferências. As falsas memórias, tanto espontâneas quanto sugeridas, ocorreriam “devido ao fato de eventos realmente vividos serem influenciados pelas inferências de cada indivíduo, ou seja, interpretações baseadas em experiências e conhecimentos prévios”. Estas inferências vão além, modificando a lembrança do evento original. A experiência real não existe mais, apenas a interpretação feita dele.²⁴¹

A Teoria Construtivista recebeu inúmeras críticas justamente pelo fato de afirmar que somente o significado do evento original fica armazenado na memória e que as informações específicas seriam descartadas.²⁴² Contudo, estudos realizados subsequentes demonstram que “embora a informação exatamente como foi experienciada é mais facilmente esquecida, ela pode ser mantida na memória, ou seja, ela pode ser recuperada um longo tempo após ter ocorrido”, e a memória para informações (seu significado) tende a ficar sempre acessível.²⁴³

Já a Teoria dos Esquemas preconiza que a memória é constituída através de esquemas mentais. Estes esquemas mentais reúnem conceitos gerais sobre o que esperar de cada situação. As novas informações seriam classificadas e enquadradas em esquemas para serem armazenadas de acordo com as experiências prévias da pessoa. Logo, a memória representa os conhecimentos obtidos, que são organizadas em categorias semânticas que auxiliam a diminuir a complexidade das situações do mundo.²⁴⁴

Quanto às lembranças falsas, a Teoria dos Esquemas entende que elas ocorrem devido a um processo de construção: “informações novas vão sendo interpretadas à luz dos esquemas já existentes e integradas aos mesmos conforme a categoria a qual pertencem”.²⁴⁵

²⁴⁰STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁴¹STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁴²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁴³STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁴⁴STEIN, Lilian Milnitsky, op. cit.

²⁴⁵STEIN, Lilian Milnitsky, op. cit.

A principal crítica da Teoria dos Esquemas se refere à concepção de que a memória é única, isto é, as informações verdadeiras e falsas teriam a mesma base representativa, sendo armazenadas e recuperadas de forma única. Tanto a Teoria Construtivista quanto a Teoria dos Esquemas foram extremamente criticadas pela fragilidade, pois não explicam precisamente o fenômeno das falsas memórias.²⁴⁶

3.5.4.2 Teoria do Monitoramento da Fonte

Em 1970, Marcia Johnson e alguns de seus colegas iniciaram uma pesquisa sobre a confiabilidade da memória para estímulos de diferentes fontes sensoriais como visual, auditivo, gustativo, etc. O objetivo da pesquisa era saber se há influência da fonte da informação na recuperação da memória acerca da informação. A partir deste estudo, desenvolveu-se a Teoria do Monitoramento da Fonte.²⁴⁷

A fonte que se refere é o local, pessoa ou situação de onde partiu a informação. Segundo a Teoria do Monitoramento da Fonte, “distinguir a fonte de uma informação implica processos de monitoramento da realidade vivenciada”.²⁴⁸ Assim, “as falhas nas lembranças decorrem de um julgamento equivocado da fonte da informação lembrada”.²⁴⁹ Ademais, “tanto a memória para informações originais, quanto para as advindas dos processos de integração da memória poderiam manter-se intactas e separadas e ser igualmente recuperadas”.²⁵⁰

As falsas memórias, portanto, não são o resultado de uma distorção da lembrança mas uma atribuição errada da fonte de informação recuperada com erro de julgamento. Equivocadamente atribuímos pensamentos, sentimentos ou imagens a uma fonte errada.²⁵¹ Isto pode acontecer por dois fatores principais. Primeiramente, porque um fato recordado pode possuir características semelhantes a outro e em

²⁴⁶STEIN, Lilian Milnitsky, op. cit.

²⁴⁷STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁴⁸STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁴⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁵⁰NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁵¹NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

segundo lugar o quanto uma situação demanda cuidado no monitoramento da fonte da lembrança recuperada.²⁵²

Sendo assim, seria mais provável a ocorrência das memórias falsas em situações em que a determinação da fonte de uma informação deve ser realizada rapidamente, uma vez que a atenção estaria focada em outros aspectos da tarefa que está sendo executada. Ou seja, realizar duas ou mais tarefas ao mesmo tempo prejudicam o armazenamento e, conseqüentemente, a recuperação da informação.²⁵³

Por fim, a Teoria do Monitoramento da Fonte recebeu algumas críticas baseadas nos resultados de uma pesquisa sobre as falsas memórias, sustentando que elas não podem ser explicadas a partir desta teoria. A principal crítica diz respeito ao monitoramento da fonte que seria “um processo de julgamento que envolve a avaliação de características da informação e não uma distorção da memória”. A outra crítica está relacionada à concepção de memória como dependente de uma fonte, já que a resposta com relação a fonte real ou imaginária da informação estão associadas a um único julgamento da memória. À vista disto, há uma aproximação da compreensão da Teoria do Paradigma Construtivista com a Teoria do Monitoramento da Fonte, através de um sistema único de julgamento da fonte de informação.²⁵⁴

3.5.4.3 Teoria do Traço Difuso

A última teoria explicativa da falsificação da memória é a Teoria do Traço Difuso, que difere das outras por afirmar que a memória possui um sistema de múltiplos traços, e não um sistema unitário como é sustentado nas teorias anteriores.

Neste sentido, Stein²⁵⁵ afirma:

(...) os erros da memória estariam vinculados à falha de recuperação de memórias precisas e literais acerca de um evento, sendo as falsas memórias baseadas em traços que traduzem somente a essência semântica do que foi vivido”.

²⁵²STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁵³STEIN, Lilian Milnitsky, et al, Falsas Memórias: Fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁵⁴STEIN, Lilian Milnitsky, op. cit.

²⁵⁵NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

A Teoria do Traço Difuso tem como base o raciocínio intuitivo, não lógico, pois as pessoas preferem simplificar e ter somente a essência da experiência, em vez de ter que reter informações mais detalhadas e específicas. Conforme esta teoria, há distinção da memória em dois sistemas. O primeiro sistema é o da memória de essência, que é aquela que guarda o significado da experiência (comi um lanche semana passada). O segundo sistema é o da memória literal, isto é, aquela que armazena os detalhes específicos e superficiais do fato (comi um hambúrguer semana passada). A memória de essência tende a ser mais estável do que a literal no decurso do tempo.²⁵⁶

Como já mencionado anteriormente, não se trata de um sistema unitário, mas sim um sistema baseado em cinco princípios criados por Brainerd e Reyna. O primeiro princípio atribui o caráter paralelo das informações, ou seja, a memória de essência e memória literal possuem origem no mesmo fato, porém são armazenadas separadamente.²⁵⁷

O segundo princípio diz respeito à recuperação destas memórias. Face o armazenamento separado das memórias de essência e literal, teremos também uma recuperação paralela e independente, sendo que a recuperação de uma não levará a outra.²⁵⁸ O terceiro princípio relaciona-se com o julgamento de informações quando ocorre a recordação ou reconhecimento do fato.

De acordo com Brainerd e Reyna:²⁵⁹

(...) haveria um julgamento de veracidade do traço da memória recuperados de tal forma que os traços literais são recuperados corretamente por um processo de julgamento de identidade da informação, induzindo a uma rejeição da informação de essência.

O quarto aspecto é a diferenciação das memórias literais e de essência com relação a sua manutenção e durabilidade no decurso do tempo. A memória de essência é maior, porém se mantém estável com o tempo. Já a memória literal será passível de interferências, uma vez que há a “desintegração ou gradual fragmentação

²⁵⁶NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁵⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁵⁸DI GESU, Cristina, op.cit.

²⁵⁹NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky, op. cit.

dos traços, levando ao esquecimento”. Stein acrescenta ainda que “a estabilidade das representações de essência é responsável pela persistência das falsas memórias (Reyna e Titcomb, 1996), já que estas são, em sua maioria, embasadas em memórias de essência”.²⁶⁰

O último princípio diz respeito à “habilidade dos indivíduos no que concerne à recordação dos traços da memória”. Isto é, durante o crescimento do ser humano, há também um aprimoramento das memórias literais e de essência. Crianças pequenas terão mais facilidade com memórias literais, e à medida que crescemos nos adaptamos a utilizar mais a memória de essência, recordando mais do significado dos eventos.²⁶¹

A Teoria do Traço Difuso é mais complexa do que as demais, porém não deixou de ser alvo de críticas. A principal crítica se dá pelo fato de não explicar os erros de julgamento da fonte (terceiro princípio) e nem o motivo de dividir a memória em traços.

3.5.5 Classificação das Falsas Memórias

As falsas memórias ocorrem por distorções endógenas ou ainda são fruto de uma informação falsa fornecida pelo ambiente externo. Assim, conforme a origem da falsificação, a memória falsa será classificada em espontâneas (ou auto sugeridas) e em sugeridas.

As falsas memórias espontâneas, segundo Stein, decorrem de uma distorção fática produzida internamente, resultado do próprio funcionamento da memória, sem que haja interferência de alguma fonte externa. Neste caso, ocorre uma inferência ou interpretação que pode ser lembrado como pertencentes àquele evento, comprometendo a fidedignidade do que foi recordado.²⁶²

Já Carmem Neufeld apresenta outra possibilidade para a origem das falsas lembranças espontâneas, que seria o erro quanto às recordações. Para a pesquisadora, o erro da memória estará sempre ligado com eventos já vividos pelo

²⁶⁰NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁶¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁶²NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

indivíduo, mas que é confundido em alguns elementos com o fato que precisa ser lembrado. Para Neufeld, “os casos de sugestionabilidade sempre ocorrerão posteriormente ao fato vivenciado, sendo estas novas informações absorvidas e incorporadas pelo intérprete”.²⁶³

Ademais, na autossugestão o indivíduo apenas recupera a essência da lembrança, ou seja, seu significado. Neste caso, as falsas memórias auto sugeridas são a lembrança de algo coerente com a realidade, mas que na verdade não ocorreu.²⁶⁴

No que tange às falsas memórias sugeridas, “elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento e a subsequente incorporação na memória original”. Este fenômeno é denominado de efeito da sugestão da falsa informação, podendo ocorrer de forma acidental ou forma deliberada.²⁶⁵

Neste sentido, Loftus²⁶⁶ sustenta:

As falsas memórias são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. Durante o processo, os participantes ficam suscetíveis a esquecer a fonte da informação. É um exemplo clássico de confusão de fonte, em que conteúdo e fonte estão dissociados.

Loftus e seus pesquisadores demonstraram como é possível introduzir uma memória falsa de um fato que nunca aconteceu. Vai além de mudar alguns detalhes de uma memória. A autora demonstrou que é possível criar inteiramente uma falsa memória. Contudo, ela adverte para o que ela chama de inflação da imaginação, em que interrogatórios e terapias, utilizam-se exercícios de imaginação para encorajar o indivíduo a imaginar eventos da infância como forma de recuperar memórias escondidas. As consequências de tal técnica podem ser trágicas, pois a implantação de falsa memória é potencializada quando alguém afirma que um incidente aconteceu. A confusão sobre a origem da informação é um potencializador de falsas memórias.²⁶⁷

²⁶³MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. Prova Oral: Linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

²⁶⁴NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. Falsas Memórias. Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010.

²⁶⁵NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky, op. cit.

²⁶⁶LOFTUS, Elizabeth. Memórias Fictícias. Trad.: Aristides Isidoro Ferreira. Lusíada. Lisboa: Universidade Lusíada de Lisboa, n.3-4, 2006.

²⁶⁷LOPES JÚNIOR, Aury.. Direito processual penal e sua conformidade constitucional. 8. ed. Porto

As falsas memórias sugeridas ou espontâneas, portanto, ocorrem quando o ser humano recorda de um evento que nunca antes ocorreu. Estas falsas recordações representam uma grande ameaça ao processo penal, visto que normalmente se pressupõe que a prova oral é confiável, podendo haver uma condenação penal exclusivamente com base no depoimento de uma única testemunha. No entanto, vários fatores podem contaminar a memória de adultos e crianças, e por este motivo faz-se necessário a adoção de algumas providências a fim de evitá-las. Dentre elas, como já apontado nos tópicos anteriores, é a colheita do depoimento o mais breve possível do ocorrido, assim como uma entrevista neutra para obtenção de prova oral fidedigna à realidade.

O próximo capítulo do presente trabalho busca analisar a presença destas falsas memórias no contexto do crime de estupro de vulnerável, bem como apresentará formas de se alcançar um depoimento de qualidade, evitando possíveis contaminações.

4 A PRESENÇA DAS FALSAS MEMÓRIAS NA ANÁLISE DE CASOS DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

4.1 BREVE RESUMO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL

O delito denominado de estupro de vulnerável encontra-se no artigo 217-A do Código Penal brasileiro, que dispõe que o crime (elemento objetivo) caracteriza-se quando há conjunção carnal ou outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos ou ainda por “quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.”²⁶⁸

A Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, trouxe várias alterações ao Código Penal no que concerne aos crimes sexuais, como, por exemplo, ao agente do crime que passou a ser não somente os homens, mas também mulheres como possíveis sujeitos ativos do crime. Além disso, no polo passivo, onde só se admitia mulheres, atualmente, admite-se homens.²⁶⁹

Outra inovação importantíssima foi a inclusão do estupro de vulnerável na lei penal. Antes havia o crime de estupro disposto no artigo 213 do Código Penal e a presunção de violência tratada no artigo 224 do mesmo texto legal. Nele, ficava estabelecido que a violência era presumida quando a vítima era menor de 14 (catorze) anos, deficiente mental ou quem não pudesse oferecer resistência. O objetivo do dispositivo era simplesmente demonstrar que tais vítimas não possuíam consentimento válido para praticar qualquer tipo de relação sexual.²⁷⁰

Posteriormente, a violência presumida do artigo 224 foi extinta no Código Penal pela Lei 12.015/09, uma vez que se tornou difícil aceitar a presunção contra os interesses do réu que até sentença condenatória definitiva é inocente. Assim, houve a substituição da presunção de violência pela figura da vulnerabilidade e criou-se um

²⁶⁸Artigo 217-A, §1º, do Código Penal: “Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: §1º Incorre na mesma pena quem pratica as ações descritas no caput com alguém que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, ou que, por qualquer outra causa, não pode oferecer resistência.” (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

²⁶⁹NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

²⁷⁰NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

tipo penal absolutamente novo disposto no artigo 217-A do Código Penal.²⁷¹

Todavia, apesar da mudança no texto legal, há quem defenda que o termo vulnerabilidade é apenas uma nova roupagem para a discussão doutrinária e jurisprudencial que já havia sobre a presunção de violência. Atualmente entende-se que há uma vulnerabilidade absoluta e outra relativa. A vulnerabilidade absoluta é quando não comporta prova em sentido contrário, ou seja, manter relação sexual com menor de 14 (catorze) anos sempre pressupõe-se violência. Já a relativa comporta prova em sentido contrário, então em cada situação envolvendo menores de 14 (catorze) anos, mas maiores de 12 (doze) anos, seria analisado se no momento do ato o menor possuía perfeita noção do que significava a relação sexual.²⁷²

Logo, percebe-se que legislador, na área penal, manteve-se conservador quando criou o tipo penal do estupro de vulnerável. Parte da doutrina entende que perdeu-se a oportunidade de equiparar os conceitos com o Estatuto da Criança e do Adolescente, onde criança é pessoa menor de 12 (doze) anos e adolescente quem é maior de 12 (doze) anos. Conseqüentemente, a tutela do direito penal no campo dos crimes sexuais seria absoluta quando se tratasse de criança menor de 12 (doze) anos, isto é, provocando o surgimento da tipificação do artigo 217-A do Código Penal, e relativa quando cuidar do adolescente maior de 12 (doze) anos.²⁷³

Da mesma maneira seria tratado o grau de enfermidade ou deficiência mental. Considerando um discernimento mínimo, sinalizaria uma vulnerabilidade relativa, anulando o tipo estabelecido no artigo 217-A da lei penal. Já a completa incapacidade tornará a vulnerabilidade absoluta.²⁷⁴

Neste sentido²⁷⁵:

Entretanto, entendemos que à constatação da vulnerabilidade não bastam a mera comprovação da idade cronológica ou diagnóstico de doença mental. Caso contrário, ficaríamos atrelados a uma interpretação puramente literal da lei. É preciso proceder a uma interpretação sistemática, em homenagem ao

²⁷¹NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

²⁷²NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

²⁷³NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

²⁷⁴NUCCI, Guilherme de Souza. Direito Penal Comentado. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

²⁷⁵BRODT, Luís Augusto Sanzo. Dos crimes Contra a Dignidade Sexual: A Nova Maquiagem da Velha Senhora. Ciências Penais. São Paulo, vol 13, p. 170, 2010.

princípio constitucional penal da culpabilidade (art. 5.o, LVII, da CF). A exigência da responsabilidade penal subjetiva, requisito imprescindível à observância do princípio da culpabilidade entendido *lato sensu*, afasta, na hipótese, o emprego manifesto da presunção *jure et de jure*. Assim, ainda que se pratique conjunção carnal ou qualquer outro ato libidinoso de gravidade equivalente com pessoa menor de 14 anos ou doente mental, é possível que não reste caracterizado o crime do art. 217-A.

Ademais, o elemento subjetivo do crime de estupro de vulnerável é o dolo específico, o que exige necessariamente a finalidade libidinosa, com o objetivo de satisfazer o apetite sexual. Por este motivo, o agente ativo deve ter plena consciência sobre faixa etária da vítima. Embora o legislador tenha atribuído caráter de vulnerabilidade absoluta, na prática não há como deixar de considerar erro de tipo, afastando o elemento subjetivo e tornando conduta atípica.²⁷⁶

Nesta ótica, Nucci²⁷⁷ alerta:

O autor do crime precisa ter ciência de que a relação sexual se dá com pessoa em qualquer das situações descritas no art. 217-A. Se tal não se der ocorre erro de tipo, afastando-se o dolo e não mais sendo possível a punição, visto inexistir a forma culposa.

Diante do exposto, nota-se que a consumação do crime de estupro de vulnerável ocorre com a prática imediata de qualquer ato libidinoso, ainda que seja antecedente à conjunção carnal. Além disso, o crime de estupro de vulnerável é crime hediondo, nos termos do artigo 1, VI, da Lei nº 8.072/90.²⁷⁸

4.2 PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS

No capítulo anterior, explorou-se a memória com seu funcionamento e eventuais contaminações, além da existência das falsas memórias e aspectos relevantes para seu estudo. Neste item, se analisará as falsas memórias junto com questões relacionadas com a prova oral.²⁷⁹

²⁷⁶NUCCI, Guilherme de Souza. *Direito Penal Comentado*. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

²⁷⁷NUCCI, Guilherme de Souza. *Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

²⁷⁸BRASIL. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=L8072&text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em: 14/07/2020.

²⁷⁹DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do

A lembrança de eventos traumáticos, combinado com lacunas da memória e ao fator indução resultam, normalmente, no que denominamos de falsas memórias, embora haja pessoas mais ou menos suscetíveis à falsificação de recordações.²⁸⁰

O tema das falsas memórias é recente, complexo e de importância fundamental no direito, especialmente, no processo penal, visto que os atores judiciais lidam constantemente com a recordação das pessoas com o objetivo de obter provas de um delito. É necessário então conhecer o fenômeno, saber identificá-lo e ainda estar preparado para lidar com as memórias falsas, criando mecanismos que possam contornar o problema, já que não é possível solucioná-lo.²⁸¹

Este tópico busca tratar da prova penal e das Falsas Memória. Entretanto, importante fazer um paralelo com a prova oral nos processos cíveis, dada a importância do testemunho em cada um deles.

A prova no processo criminal é muito mais robusta e, por vezes, única prova para sustentar a acusação diante da ausência de outros elementos. Neste sentido, Bentham afirma que “as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça”.²⁸²

Há inúmeras decisões condenatórias fundamentadas apenas na prova oral e principalmente na palavra da vítima, quando o delito não deixa resquícios materiais. Um exemplo disto são os crimes contra a dignidade sexual quando a prática limita-se a atos libidinosos diferente da conjunção carnal. Já no processo civil o testemunho é deixado em segundo plano. Há um debate acerca dos atos documentados, enquanto o processo penal há pouca documentação.²⁸³

Por este motivo, é necessário uma produção de prova oral com mais qualidade técnica e ainda, se possível, que as investigações e produção de prova não fiquem restritas apenas à oitiva da vítima e ao depoimento das testemunhas, mas que sejam produzidos também outros meios de prova. Contudo, havendo somente a palavra da vítima como prova, indispensável um exame cuidadoso dela, com a realização de prova pericial com métodos adequados, a fim de evitar erros judiciais por causa de

Advogado, 2019.

²⁸⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁸¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁸²BENTHAM, Jeremías. Tratado de las Pruebas Judiciales. Traducción del francés por Manuel Osorio Floriat. Vol.I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

²⁸³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

testemunhos comprometidos pelas falsas memórias.

4.3 TÉCNICAS DE INTERROGATÓRIO

O desenvolvimento das falsas memórias depende de um erro nos processos mnemônicos (apreensão, retenção e evocação da memória), também denominada de autossugestão, ou ainda quando há indução ou sugestionamento que é um estímulo externo.

Há vários estudos sobre o modo como deve ser realizada a oitiva de testemunhas e vítimas para reduzir possíveis danos, diante da impossibilidade de solucionar o problema das falsas memórias. O uso de técnicas determinadas identificará os momentos de “brecha” que podem formar memórias falsas ou correm o risco de contaminação da resposta por induzir a pergunta.²⁸⁴

Todavia, é importante lembrar o funcionamento da memória e o quanto é complexo este processo. O primeiro momento é da aquisição. Quecuty destaca não serem as lembranças réplicas dos eventos percebidos, sendo limitados pela natureza do fato (como, por exemplo, o tempo de observação, luminosidade, entre outros), ou ainda pela condição da própria pessoa.²⁸⁵

Em um segundo momento, a retenção é a fase em que a informação é menos completa e exata. Dois fatores são responsáveis pela deterioração da lembrança: o intervalo de retenção (diminuição da precisão da lembrança se dá ao esquecimento normal) e pela informação após o ocorrido (a testemunha ou vítima após o ocorrido está exposta a novas informações sobre o evento presenciado, sendo pela mídia ou até mesmo por comentários de outras testemunhas). As informações após o evento deixam brecha para a formação de falsas memórias, pois a vítima não consegue mais distinguir mais o evento original do que foi incorporado posteriormente.²⁸⁶

O terceiro e último momento é o da recordação, fase em que se produz a recuperação da informação armazenada com sucesso, ou com fracasso, devido a uma aquisição defeituosa ou ao próprio processo da lembrança. Além disso, a

²⁸⁴DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁸⁵DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁸⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

ausência de recordação de algumas partes do evento não significa que não esteja arquivado na memória, mas apenas que está indisponível.²⁸⁷

Outro ponto importante é a falta de preocupação geral dos profissionais encarregados da investigação preliminar e instrução processual com relação a psicologia do testemunho, pois não adianta uma boa aquisição e retenção da memória se houver erros no terceiro momento, ou seja, na recuperação da memória.²⁸⁸ Este é o ponto central da questão: "produzir uma prova mais qualificada e, conseqüentemente, mais confiável, apta a convencer o julgador."²⁸⁹

Empregar técnicas erradas nas entrevistas pode limitar a quantidade de informações dadas pelas vítimas e testemunhas. A técnica mais comum utilizada por policiais, advogados, juízes e psicólogos é a chamada "entrevista stándar", que divide-se em duas partes: a narrativa e a interrogativa.²⁹⁰

Na fase narrativa, o entrevistado descreve os fatos como as recorda. Os questionamentos formulados são do tipo "o que aconteceu?", "do que se recorda?". Nesta fase há uma minimização do risco de indução das respostas, porém não há riqueza de detalhes.²⁹¹

Na segunda fase denominada de interrogativa, o objetivo será suprir os detalhes não obtidos na fase anterior através de perguntas mais específicas. Aqui há obtenção de mais detalhes, contudo, expõe o entrevistado a riscos de contaminação de sua recordação.²⁹²

A fase interrogativa se subdivide em perguntas abertas ou fechadas. As abertas são aquelas que necessitam de uma declaração mais extensa para que a resposta seja adequada. Pisa e Stein sustentam que as perguntas abertas também demandam do entrevistado uma recordação livre.²⁹³

²⁸⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁸⁸QUECUTY, María Luisa Alonso. Psicología y Testimonio: Fundamentos de la Psicología Jurídica. Madrid: Psicologia Piramide, 1998.

²⁸⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁹⁰QUECUTY, María Luisa Alonso. Psicología y Testimonio: Fundamentos de la Psicología Jurídica. Madrid: Psicologia Piramide, 1998.

²⁹¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁹²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁹³PISA, Osnila; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

As perguntas fechadas, ao contrário das abertas, são respondidas em poucas palavras. Aqui há uma subdivisão em questionamentos identificadores, de seleção e as perguntas sim ou não. Os identificadores precisam de uma descrição de lugar, pessoas, momentos, entre outros. As de seleção são perguntas de múltiplas alternativas, por exemplo: o assaltante usava arma ou faca? E, por fim, as perguntas sim ou não, que são respondidas com apenas uma das duas alternativas.²⁹⁴

Importante ressaltar que quanto mais limita-se a pergunta, maior o risco de indução da resposta. Assim, cada divisão de perguntas fechadas possui seus problemas. Porém, Pisa e Stein deixam claro que a maior probabilidade de contaminação é nos questionamentos de seleção, pois pode ocorrer que o assaltante sequer estava armado, mas o depoente ao ser questionado é induzido a acreditar que o acusado portava uma arma.²⁹⁵

Ademais, a postura ou crença do entrevistador acerca do evento investigado também pode distorcer o que a vítima sabe sobre determinado evento. Por isso, Feix e Pergher classificaram as dez falhas mais comuns que os entrevistadores forense comentem: 1) Não explicar o propósito da entrevista; 2) Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3) Não estabelecer rapport; 4) Não solicitar relato livre; 5) Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; 6) Fazer perguntas sugestivas; 7) Não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) Não permitir pausas; 9) Interromper a testemunha quando está falando; 10) Não fazer o fechamento da entrevista.²⁹⁶

Neste cenário, surge a chamada entrevista cognitiva, alternativa aos procedimentos tradicionais de interrogatório que logo mais será apresentada.

Isto posto, fica evidente a necessidade de uma prova oral de qualidade para que a formação da convicção do juiz seja a mais acertada e justa possível, pois é com base nos depoimentos das vítimas e testemunhas é que o magistrado profere a sentença.²⁹⁷

²⁹⁴DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁹⁵PISA, Osnila; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

²⁹⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁹⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

4.3.1 Entrevista Cognitiva

A técnica da entrevista cognitiva foi estruturada em 1854 por Edward Geiselman e Ronald Fisher, sendo este procedimento revisado em 1992 a pedidos da polícia e operadores do direito nos Estados Unidos da América, com o objetivo de aumentar a precisão e quantidade de informações obtidos nos depoimentos de vítimas e testemunhas.²⁹⁸

O principal objetivo da entrevista cognitiva é obter dados qualitativos e quantitativos superiores aos interrogatórios tradicionais. A entrevista cognitiva consiste em procedimento composto por quatro técnicas gerais, aliado a estratégias complementares para recordar detalhes específicos.²⁹⁹

Posteriormente à revisão, a entrevista cognitiva passou a ter cinco etapas: a construção de um rapport, a narrativa livre, a recriação do contexto original, os questionamentos e o fechamento da entrevista.³⁰⁰

A primeira etapa é a construção do rapport. Os objetivos principais desta fase são: personalizar a entrevista; criação de uma atmosfera acolhedora para que a vítima se sinta à vontade para falar do evento emocionalmente negativo; discussão de eventos neutros; explicar os objetivos da entrevista; e transferir o controle da entrevista para o entrevistado, como demonstração de empatia pela vítima, visto que ela pode ter vivenciado uma situação dolorosa e ainda terá que relatá-la para uma pessoa estranha que é o entrevistador.³⁰¹

É indicado que o entrevistador comece o rapport agradecendo ao entrevistado, demonstrando a importância dele. Ademais, o entrevistador deverá começar a entrevista com questionamentos que não possuam relação direta com o ocorrido.³⁰²

Esta fase servirá para que o entrevistador tenha conhecimento do nível cognitivo e da linguagem do entrevistado, permitindo que a entrevista se ajuste a sua

²⁹⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

²⁹⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁰⁰STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³⁰¹STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³⁰²STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

linguagem.³⁰³

O rapport deve durar o tempo necessário para que o adulto ou criança se sinta confortável e tranquilo para dialogar com o entrevistador. Alguns estudos sobre a Psicologia Social mostram que o entrevistador desempenha um papel de autoridade perante o entrevistado, principalmente com crianças, por confundir autoridade com onisciência. Este fato é conhecido como status do entrevistador, no qual a vítima pode acreditar que o entrevistador já sabe o que se passou, o que tornaria seu depoimento sem relevância.³⁰⁴

Daí a importância de esclarecer no início da entrevista que o entrevistador não sabe o que aconteceu pois não presenciou o fato, estimulando a vítima ou testemunha a atuar ativamente durante a entrevista, ou seja, transfere o controle para o entrevistado. O entrevistador não é protagonista, mas sim um facilitador, escutando o que o entrevistado tem a dizer.³⁰⁵

Outro ponto importante é que o entrevistador deverá explicar ao entrevistado que ele se sinta à vontade para dizer que não sabe a resposta ou que não se lembra de algum detalhe ou que não entendeu o questionamento feito ou, ainda, que algo falado não está de acordo com seu relato. Isto influenciará o entrevistado a ter um papel ativo.³⁰⁶

A segunda etapa é a recriação do contexto original, fase “mais poderosa para maximizar a quantidade de informações prestadas pela vítima/testemunha, consistindo na utilização da estratégia da recriação do contexto original.”³⁰⁷

As informações armazenadas na memória ficam associadas ao contexto no qual foram apreendidas. O acesso a este contexto funciona como um caminho para recuperar a memória arquivada. Logo, a recriação do contexto do fato auxilia que o entrevistado obtenha o maior número de informações corretas possíveis sobre o fato que presenciou.³⁰⁸

³⁰³STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³⁰⁴STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³⁰⁵STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³⁰⁶STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³⁰⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁰⁸STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e

Esta fase funciona como uma instigação mental, que leva o entrevistado de volta na situação, devendo recriar o contexto do fato usando todos os seus sentidos, sendo eles visual, auditivo, tátil e olfativo. Quanto mais explorados os sentidos, maior será as chances de se obter pistas significativas.³⁰⁹

A terceira etapa consiste na narração livre do ocorrido, isto é, o entrevistado é convidado a relatar tudo que conseguir se lembrar sobre o evento. Na narrativa livre, o entrevistado tem liberdade de narrar, da forma que achar melhor, as informações que recordar, sem que haja interrupções. As perguntas devem ficar para o momento posterior.³¹⁰

Além disso, o entrevistador deve manter uma postura de interesse, escuta e atenção sobre o que está sendo relatado pelo entrevistado, anotando os pontos que entender importantes para após fazer questionamentos, se necessário.³¹¹

Na quarta etapa o entrevistador fará os questionamentos que entenda pertinentes e que não tenham sido esclarecidos na etapa anterior. O intuito dos questionamentos é conseguir informações adicionais, recordando sempre de agradecer a vítima/testemunha pelas informações já relatadas, assim como pelo esforço despendido.³¹²

Também o entrevistador deverá formular questões compatíveis com a cognição da testemunha, baseando-se no princípio de que a testemunha detém uma representação mental única do evento. Assim, os questionamentos devem ser formulados de acordo com aquilo que a vítima/testemunha relatou.³¹³

A etapa dos questionamentos será bem-sucedida se as perguntas forem abertas, uma vez que dessa forma há um favorecimento da recuperação da lembrança e uma maior quantidade de informações. Além disso, as perguntas devem iniciar amplas e progressivamente abordando detalhes mais específicos.³¹⁴

Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³⁰⁹STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹⁰STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹¹STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹²STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹³STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹⁴STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

O entrevistador terá que atentar também para os fatores de contaminação da memória, como por exemplo a repetição de perguntas na entrevista, não passando uma impressão de que não confiou nas informações fornecidas pelo entrevistado.³¹⁵

Por fim, ressalta-se para as técnicas de descoberta de informações adicionais da memória estão atreladas a ordem reversa, ou seja, relato de trás para frente, e à mudança de perspectiva, descrição do fato como se fosse outra pessoa, deve-se ter muita cautela com tais métodos.³¹⁶

A última etapa é chamada de fechamento. Consiste no encerramento da entrevista, porém antes recomenda-se fazer uma síntese, onde o entrevistador resume para o entrevistado as informações por ele ditas, alertando que poderá interromper caso identifique qualquer distorção no resumo fornecido ou se lembrar de algo mais do evento.³¹⁷

Nesta última etapa, devem ser abordados dois aspectos: o primeiro é que o entrevistador deve deixar aberto um canal de comunicação com o entrevistado, se eventualmente a vítima recorda de mais detalhes do evento que não foram relatadas na entrevista; o segundo é formar um ambiente positivo, isto é, o entrevistador demonstrará interesse pelo bem-estar do entrevistado, retornando com assuntos neutros assim como no início da entrevista.³¹⁸

A entrevista cognitiva, portanto, proporciona ao processo informações mais confiáveis sobre como o evento aconteceu e quem participou, reduzindo os riscos da criação de falsas memórias. Dentre as vantagens dessa técnica estão a aquisição de dados mais ricos, havendo diminuição dos riscos de indução da resposta pelo entrevistador e, conseqüentemente, produzindo uma prova oral de mais qualidade.³¹⁹

No entanto, há inconvenientes como o custo temporal e a complexidade de todo o procedimento, pois esta técnica demanda maior tempo do que o comum e necessita de treinamento dos entrevistadores. Além disso, a maior qualidade da

³¹⁵STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹⁶STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹⁷STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹⁸STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³¹⁹STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

aplicação da técnica está relacionado com um alto custo.³²⁰

Apesar disso, acredita-se que os benefícios são muitos maiores, visto que a prova oral é um dos principais, se não o principal, meio utilizado no processo penal brasileiro. Na relação custo/benefício, a entrevista cognitiva apresenta bons resultados, reduzindo o risco de um depoimento com falsas informações e, por consequência, custar a liberdade de alguma pessoa.³²¹

4.3.2 Depoimento Especial

O depoimento especial, denominado antigamente de depoimento sem dano, foi introduzido no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul pelo Desembargador José Antônio Daltoé Cezar, então juiz da 2ª Vara da Infância e Juventude de Porto Alegre/RS, no ano de 2003.³²² O sistema do depoimento especial foi implementado em diversas comarcas do Estado e, após, sendo até mesmo disseminada em outros Estados da federação. No início se tratava apenas de uma recomendação do Conselho Nacional de Justiça, sendo depois regulamentada pela Lei nº 13.431, de 4 de abril de 2017.³²³

Como mencionado, este sistema é muito utilizado nos processos penais do Estado do Rio Grande do Sul e por este motivo faz-se necessário averiguar se o depoimento especial reduz ou potencializa danos na produção da prova oral, mas antes é indispensável entender para quem o depoimento especial foi criado.³²⁴

A lei nº13.431/17 regulamentou dois institutos: o depoimento especial e a escuta especializada.³²⁵ O depoimento especial segundo o artigo 8 da lei aludida, “é o procedimento de oitiva de criança e adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial e judiciária”. Já a escuta especializada nos termos do artigo

³²⁰STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Editora Artmed, 2010.

³²¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³²²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³²³CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 33 de 23 de novembro de 2010**. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/cnj/recomendacao_cnj_33_2010.pdf. Acesso em: 24/07/2020.

³²⁴DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³²⁵BRASIL. Lei nº 13.431, 4 de abril de 2017. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 24/07/2020.

7 da mesma lei, “é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão de rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade”.³²⁶

Ambos institutos deverão ser “realizados em local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência” e, ainda, a criança e adolescente “será resguardado de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento”.³²⁷

A lei acerca do depoimento especial deixa claro que ele seja realizado, se possível, “uma única vez, em sede de produção antecipada de provas, garantida a ampla defesa do investigado, sendo vetada a tomada de novo depoimento especial, salvo quando justificada a sua imprescindibilidade pela autoridade competente” e, além disso, houver o consentimento da vítima ou testemunha ou de seu representante legal.³²⁸

O depoimento especial seguirá obrigatoriamente a antecipação de prova quando a criança tiver menos de 7 (sete) anos de idade ou em caso de violência sexual. A lei não esclarece se as duas hipóteses são cumulativas ou se podem ser aplicadas isoladamente.³²⁹

Contudo, a legislação também prevê a possibilidade da tomada de depoimento da vítima ou testemunha diretamente ao magistrado, se entender necessário, desde que adote todas as medidas apropriadas para preservar a intimidade e privacidade delas, observando a obrigatoriedade do rito da antecipação de prova quando se tratar de criança menor de 7 (sete) anos e/ou caso de violência sexual.³³⁰

Logo, a criança ou adolescente, em local adequado e acolhedor, diferente da sala de audiência, e acompanhado por profissional especializado, primeiramente será esclarecido sobre o depoimento especial, comunicado sobre seus direitos e dos

³²⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³²⁷BRASIL. Lei nº 13.431, 4 de abril de 2017. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 24/07/2020.

³²⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³²⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³³⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

procedimentos que serão adotados e o planejamento de sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou outras peças processuais.³³¹

Essencial ressaltar também que “é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos”.³³²

As técnicas utilizadas deverão ser menos indutivas, tal como a entrevista cognitiva. Posteriormente ao relato livre, o magistrado deve avaliar a pertinência de complementar com perguntas após consulta com o Ministério Público. Por fim, o entrevistador poderá se adaptar a linguagem que entenda ser melhor para a compreensão da criança ou adolescente.³³³

Diante disso, nota-se uma preocupação do legislador, mesmo que indireta, de proteger a memória da criança ou adolescente a ser inquirido, tanto dos efeitos desfavoráveis do transcurso do tempo, quanto da múltiplas entrevistas, as quais, como já relatado, podem prejudicar o depoimento, pois estão associados à introdução de informações falsas nas declarações.³³⁴

Com relação a escuta especializada, além de limitar-se ao relato estritamente necessário para cumprir com sua finalidade, a utilização do rito de antecipação de prova será permitida a criação de organogramas para cada cidade, para que, existindo notícia de abuso sexual contra alguma criança ou adolescente, a vítima não precise expor o acontecido para diversos agentes, ela será encaminhada a algum lugar de referência na abordagem desta matéria - como hospitais, clínica, profissional técnico, etc. – ao qual caberá relatar o ocorrido ao Ministério Público, que, existindo provas suficientes do delito, possa ajuizar uma ação cautelar com produção antecipada de

³³¹Artigo 12, I, da Lei nº 13.431/2017: “O depoimento especial será colhido conforme o seguinte procedimento: I - os profissionais especializados esclarecerão a criança ou o adolescente sobre a tomada do depoimento especial, informando-lhe os seus direitos e os procedimentos a serem adotados e planejando sua participação, sendo vedada a leitura da denúncia ou de outras peças processuais”. (BRASIL. Lei nº 13.431, 4 de abril de 2017. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 24/07/2020.)

³³²BRASIL. Lei nº 13.431, 4 de abril de 2017. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 24/07/2020.

³³³DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³³⁴DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

provas contra o suposto réu.³³⁵

O depoimento especial foi regulamentado com o objetivo de preservar a vítima de constrangimentos e mais sofrimento posto pelo processo judicial e pelo próprio fato em si, extremamente vergonhoso (se ocorreu), descrevê-lo a pessoas estranhas (juiz, advogado, promotor, defensor). Este sistema também inovou ao se preocupar com os resultados danosos do tempo em relação à memória.³³⁶

Di Gesu sustenta que a principal crítica à metodologia de inquirição de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, antes da edição da Lei nº 13.431/17, era a intermediação dos depoimentos por profissionais responsáveis que “adaptaram” ao linguajar da vítima as perguntas propostas pelas partes e pelo juiz. Todavia, a lei minimiza este problema visto que prevê a narrativa livre sobre a suposta situação de abuso sexual, além de transmitir em tempo real o depoimento especial, fase judicial, para a sala de audiências, permitindo o contraditório.³³⁷

Além do mais, a gravação do depoimento em áudio e vídeo permite a apreciação integral do depoimento, até mesmo uma leitura corporal e facial do depoente, além das sensações que ele transmite ao relatar o suposto fato. Isto é muito importante até mesmo para a apreciação da prova em sede recursal.³³⁸

O principal objetivo do depoimento especial é justamente diminuir o número de inquirições, a fim de evitar a revitimização, por meio de declaração única. Entretanto, inegável os problemas processuais trazidos pelo depoimento especial, começando pela falta de previsão acerca do procedimento que deve adotar para a produção antecipada da prova e pela ausência de previsão da intimação do acusado para exerça sua defesa.³³⁹

A doutrina processual penal sustenta que o incidente de produção antecipada de provas deverá estar limitado apenas a casos excepcionais, ou seja, para a produção antecipada de provas é necessário a demonstração da impossibilidade da repetição desta prova em juízo. Contudo, a previsão em lei do depoimento especial

³³⁵DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³³⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³³⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³³⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³³⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

determina justamente que a reinquirição do ofendido em juízo é que será excepcional, devendo ser fundamentada e com a concordância dos envolvidos. Logo, a exceção se tornou a regra.³⁴⁰

Para justificar o incidente de produção antecipada de provas se requer a apreciação de dois requisitos: “a) relevância e imprescindibilidade do seu conteúdo para a sentença; b) impossibilidade de sua repetição na fase processual, amparada por indícios razoáveis do provável perecimento da prova”.³⁴¹ Além destes fatores indicados, deverá respeitar o contraditório e o direito de defesa para evitar possíveis prejuízos ao acusado.

Com relação a tomada de depoimentos, em que a falta do contato é importante, visto a inviabilidade da repetição, o ideal seria a possibilidade da reprodução do testemunho por meio de filmagem e gravação, técnica estabelecida pela nova legislação. Todavia, ocorre que o Código de Processo Penal não prevê os requisitos para tal propósito, devendo valer-se via subsidiária.³⁴² Em razão da ausência de previsão do procedimento no Código de Processo Penal, a produção antecipada de prova fica regulada pelo artigo 381 do Código de Processo Civil.³⁴³

No Código de Processo Civil, a previsão da produção antecipada de provas deverá ser realizada em petição, onde o requerente apresentará as razões que justifiquem a necessidade da antecipação de prova, além de mencionar com precisão os fatos pelas quais a prova deve recair, nos termos do artigo 382, caput, do mesmo diploma legal.³⁴⁴

O §1º do artigo 382 menciona que o magistrado deverá determinar, de ofício

³⁴⁰BRASIL. Superior Tribunal Justiça. Súmula nº 455. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>. Acesso em: 24/07/2020.

³⁴¹LOPES JR, Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

³⁴²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁴³Artigo 381, incisos I,II,III, do Código de Processo Civil: “A produção antecipada da prova será admitida nos casos em que: I - haja fundado receio de que venha a tornar-se impossível ou muito difícil a verificação de certos fatos na pendência da ação;II - a prova a ser produzida seja suscetível de viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito; III - o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação”. (BRASIL, Código de Processo Civil: Legislação Saraiva de Bolso. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.)

³⁴⁴Artigo 382 do Código de Processo Civil: “ Na petição, o requerente apresentará as razões que justificam a necessidade de antecipação da prova e mencionará com precisão os fatos sobre os quais a prova há de recair”. (BRASIL, Código de Processo Civil. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.)

ou a requerimento da parte, a citação dos interessados na produção da prova ou no fato a ser provado, ressalvado se inexistir caráter litigioso, se presumindo “que o requerimento da cautelar seja instituído com a cópia do registro de ocorrência e de outros elementos obtidos durante a investigação”.³⁴⁵

Nota-se que a lei do depoimento especial é omissa quanto à previsão de intimação do acusado para que efetive sua defesa, aludindo genericamente à garantia da ampla defesa. Nesse sentido, o contraditório restaria violado caso a suposta prova fosse produzida sem qualquer critério para a colheita, pois nas situações de revelação espontânea, em órgão de saúde, por exemplo, a criança ou o adolescente será ouvido através de escuta especializada ou depoimento especial, sendo o responsável por este órgão encarregado de detalhar o ocorrido ao representante do Ministério Público, no qual fará o requerimento do incidente da produção antecipada de provas, com base em uma versão de procedência duvidosa.³⁴⁶

Nessa perspectiva, é de se questionar como será realizada a busca, por parte do investigador, de indícios suficientes de autoria do abuso sexual, diante da impossibilidade da oitiva da vítima, em razão da escuta única através do procedimento de antecipação de provas? E quem indicará o suspeito do cometimento do crime no registro de ocorrência? Há necessidade de uma investigação antecipada sobre o suposto acusado do delito de abuso ou basta a produção antecipada de provas, baseadas na narrativa e na indicação de uma terceira pessoa?³⁴⁷

Di Gesu alega ser uma questão complexa e de difícil resposta, pois de um lado há a necessidade de proteger a criança ou adolescente, em contrapartida com a necessidade de uma investigação célere. Como estabelecer o contraditório e ampla defesa se o delegado não ouviu a declaração da criança ou adolescente?³⁴⁸

Por isso, a importância de que o pedido de antecipação de provas seja anterior às investigações sobre o fato e seu autor, visto que sem acusação o suposto culpado sequer saberia o conteúdo da colheita de prova, não sabendo, ao certo, do que se defender. Assim, a fase de investigação serviria como um filtro, de modo a evitar

³⁴⁵DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁴⁶DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁴⁷DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁴⁸DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

acusações infundadas. Havendo ausência de indícios (*fumus commissi delicti*), caberia ao Ministério Público requerer ao juiz o arquivamento do processo.³⁴⁹

Por outro lado, o depoimento especial foi objeto de críticas por não respeitar o direito ao “silêncio” e não considerar o “desejo” da criança e adolescente. Morais da Rosa alerta que o depoimento especial “parte do equívoco do direito da criança de ser ouvida”, considerando a necessidade da produção de provas e se evitar a revitimização por meio de várias escutas, isto é, em sede policial, em psicólogo, em júízo, com ou sem o depoimento especial. Salienta haver no projeto uma verdadeira “recusa democrática” mantendo uma matriz inquisitória e, nas palavras do autor, “a contaminação ideológica em face da compreensão e a desresponsabilização e sofisticação do poder, dito ‘brando’, em nome ilusoriamente do ‘Bem’”.³⁵⁰

Por fim, Di Gesu conclui que a técnica utilizada no depoimento especial, ainda que apresente vantagens no que se refere ao sistema de garantias da criança e adolescente que sejam vítimas ou testemunhas de violência sexual, perante o processo penal, mostra-se danoso à investigação do ocorrido, dado que o acusado será apontado por terceira pessoa, em razão de a vítima ser ouvida apenas uma vez, através da escuta especializada ou depoimento especial e antecipadamente nos casos de violência sexual ou menor de 7 (sete) anos de idade, além das violações aos princípios do contraditório e do direito de defesa, devido à ausência da previsão de intimação do acusado, que não saberá do que defender-se.³⁵¹

Além disto, resta evidente que a vítima pode ser sugestionada a crer em um abuso que efetivamente não ocorreu, devido à possibilidade de se formular perguntas tendenciosas por profissionais não capacitados para realizar tal técnica.³⁵²

4.4 ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

4.4.1 Metodologia de Coleta do Material Documental

Primeiramente, antes da descrição da metodologia de coleta, cabe esclarecer

³⁴⁹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁵⁰DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁵¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

³⁵²DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

sobre a escolha do objeto de análise. A princípio, a presente pesquisa tinha por objetivo a visualização pessoal e análise dos depoimentos de vítimas de estupro de vulnerável assistindo audiências de uma das varas especializadas.

Contudo, devido ao surto da pandemia do novo coronavírus, ficou impossibilitado este planejamento, uma vez que, de acordo com o artigo 8º da resolução nº 001/2020 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, “nos dias de audiência ou de sessões de julgamento, somente terão acesso às salas de audiência e sessões públicas as partes e os advogados de processos que estejam em julgamento”.³⁵³

Em vista disso e do tempo exíguo para a execução do presente trabalho, optou-se por ter como alvo de pesquisa as sentenças do TJRS que foram objeto de apelação criminal, que poderiam ser selecionadas conforme os termos pesquisados, por meio da ferramenta de pesquisa de jurisprudência disponível no *site* do TJRS.

Realizadas os esclarecimentos preliminares, passa-se a descrição do método de coleta do material documental. A análise do material foi separada em três etapas distintas: a pré-análise, a análise exploratória e, por fim, o tratamento dos dados colhidos. A pré-análise consistiu no primeiro contato da pesquisadora com as informações, sendo essencialmente uma etapa de planejamento e organização.

Já a análise exploratória representou a fase mais longa do processo, pois foi realizada a leitura de todas as decisões e posteriormente suas classificações. Ao fim, na etapa de tratamento, os dados coletados foram agrupados e transformados em gráficos com a finalidade de facilitar a visualização dos resultados obtidos.

Para a realização da pesquisa, foi utilizada a ferramenta de busca já referida anteriormente que é o *site* do TJRS. A busca do presente trabalho restringiu-se à “ementa”, ao “Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul” e ao tipo de processo “Apelação Crime, Apelação Criminal e Apelação-Crime”. Quanto à pesquisa de palavras-chaves, foram pesquisadas decisões que compreendem as expressões “estupro de vulnerável” e “falsas memórias”.

No que concerne ao período de pesquisa, não restou definido nenhum tipo de filtro, visto que todas as decisões são posteriores à Lei nº 12.015/2009, que incluiu o

³⁵³TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Resolução nº 001/2020-P, de 13 de março de 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/destaques/doc/2020/Resolucao_01_2020_P.pdf. Acesso em: 24/07/2020.

crime de estupro de vulnerável no Código Penal brasileiro.³⁵⁴

Ressalta-se também que diante do número de decisões obtidas na pesquisa, não houve escolha por nenhuma comarca específica, sendo todas as decisões resultantes da busca analisadas igualmente.

A partir da totalidade de sentenças obtidas, passe-se a análise quantitativa e qualitativa delas.

4.4.2 Análise Quantitativa dos Dados

Conforme o método de pesquisa utilizado, foram obtidos 59 resultados de quatro Câmaras Criminais do TJRS, sendo elas: 5º, 6º, 7º e 8º Câmara Criminal. Após, foi realizada a criação de planilhas no programa Excel para que fosse possível a identificação de elementos comuns entre os julgados, assim como dados que pudessem ser relevantes para a análise das falsas memórias.

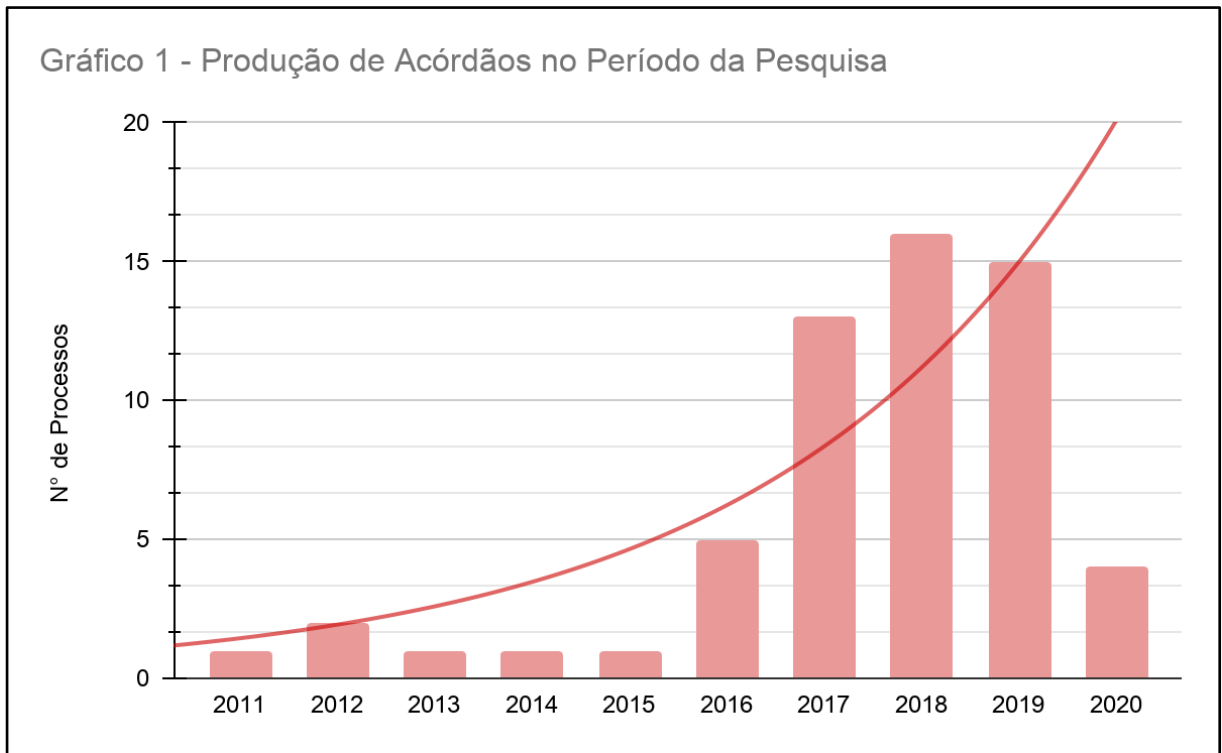
Preliminarmente, cabe a observação quanto ao caráter sigiloso dos processos analisados. Uma das intenções com o exame dos julgados era identificar quais técnicas teriam sido utilizadas para a oitiva das vítimas, já que aplicação de procedimentos equivocados contribuem para a formação de falsas memórias. Contudo, não foi possível a obtenção destas informações diante do segredo de justiça atribuídos aos processos.³⁵⁵ Realizadas as considerações, segue-se com o exame quantitativo dos dados.

A partir das decisões listadas, verificou-se que o julgado mais antigo data de 25 de agosto de 2011 e o mais recente data de 16 de agosto de 2020. Observou-se, também, uma crescente nos números de decisões que citam o tema das falsas memórias juntamente com o estupro de vulnerável (Gráfico 1). A elaboração de acórdãos nos últimos anos - período entre os anos de 2016 a 2020 - representam 89,83% dos julgados, enquanto o período de 2011 a 2015 refletem apenas 10,16% das decisões analisadas.

³⁵⁴BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

³⁵⁵ Art. 243-B do Código Penal: “Os processos em que se apuram crimes definidos neste Título correrão em segredo de justiça”. (BRASIL. Código de Processo Penal. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.)

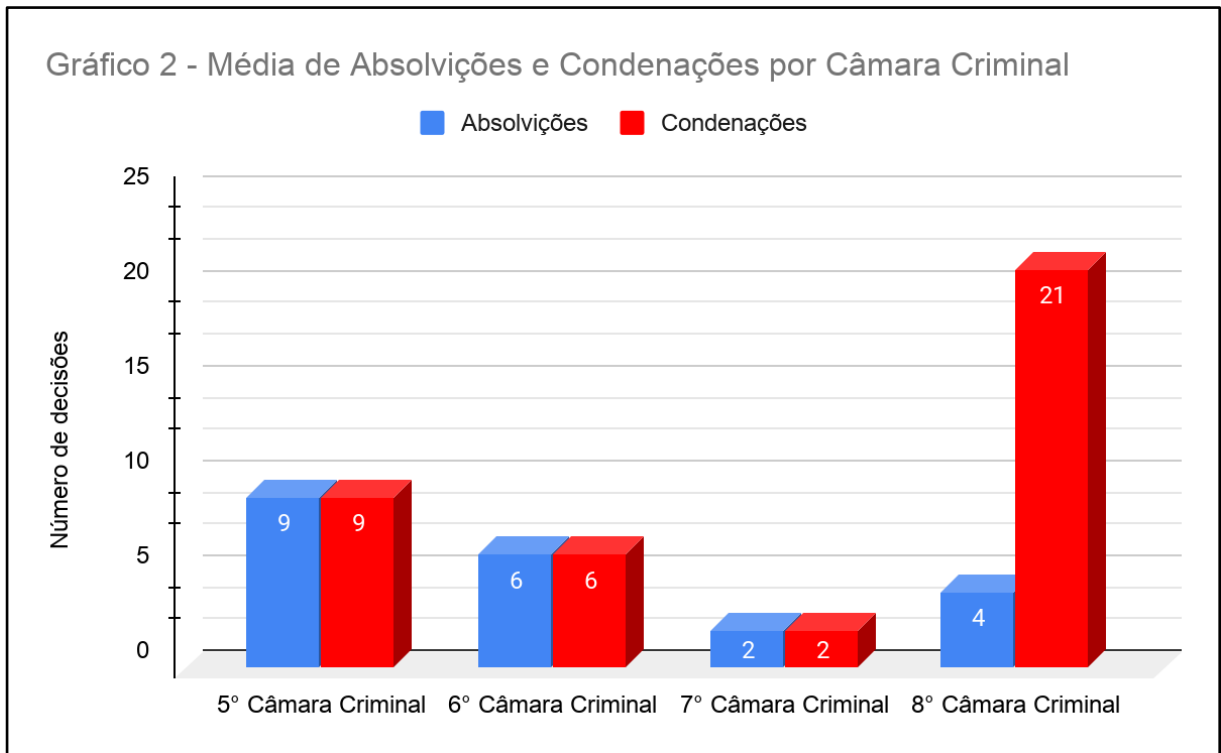
Gráfico 1 - Produção de Acórdãos no Período da Pesquisa



Fonte: elaborado pela autora.

No que concerne ao resultado das decisões, tem-se, ao todo, 38 julgados que mantiveram a condenação penal, 12 julgados que reformaram a decisão de 1º grau para absolver o acusado e ainda 9 julgados que mantiveram a sentença de absolvição, totalizando 21 sentenças absolutórias. Nesta perspectiva, foi analisado igualmente (esquema abaixo) a tendência das quatro Câmaras Criminais, ou seja, a propensão que cada Câmara Criminal do TJRS possui, sendo para manter condenação ou absolver o acusado.

Gráfico 2 - Média de Absoluções e Condenações por Câmara Criminal



Fonte: elaborado pela autora.

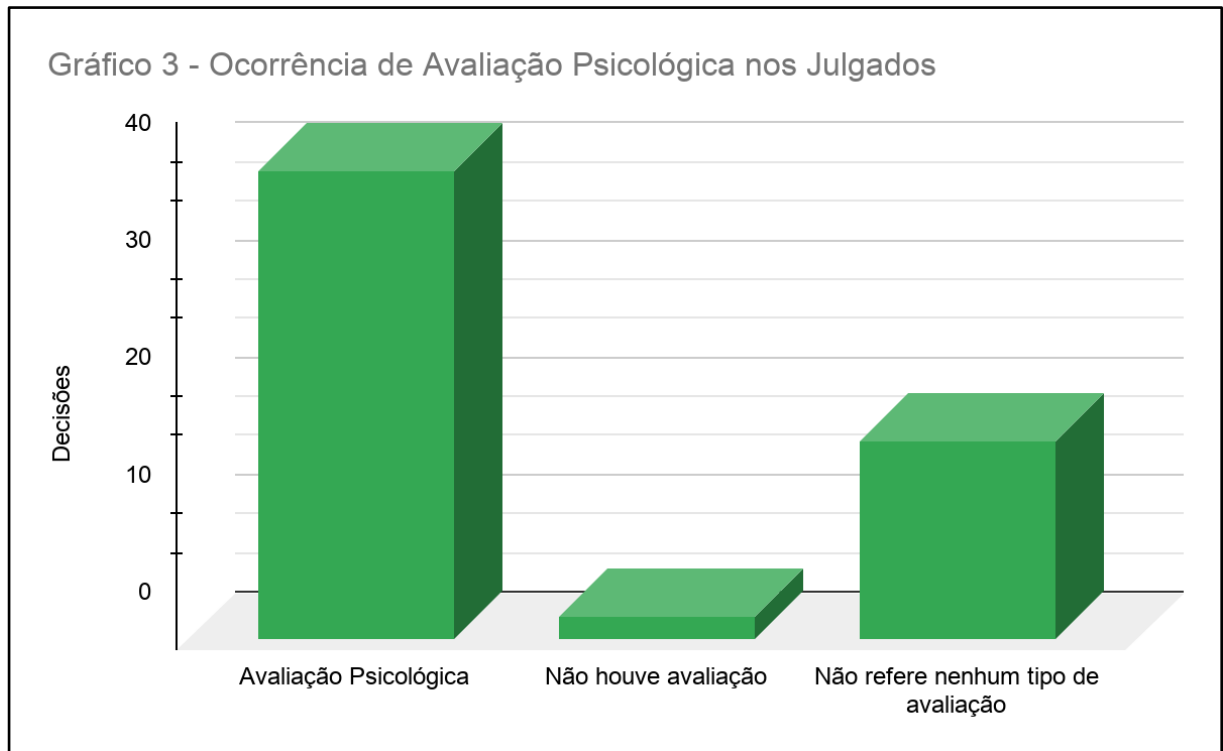
Nota-se do esquema acima que a 5ª, 6ª e 7ª Câmara Criminal possuem um perfeito equilíbrio entre as decisões condenatórias e absolutórias, enquanto a 8ª Câmara Criminal apresenta forte predisposição para sentenças condenatórias.

Com estes dados, relacionou-se os números de condenações e absolvições com a incidência de falsas memórias. Logo, das 21 sentenças absolutórias, todas suscitaram como um dos argumentos - se não único - da fundamentação, a possibilidade da ocorrência das falsas memórias e/ou mentiras.

Quanto às condenações, a alegação mais comum para afastar a possibilidade de falsas memórias era a justificativa de que os depoimentos das vítimas preencheram os requisitos de credibilidade, verossimilhança, coerência e consistência.

O segundo argumento frequente para afastar a ocorrência de falsas memórias, foram os relatórios de avaliação psicológica realizados por peritos psiquiatras e/ou psicólogos, pertencente ao quadro de funcionários do Departamento ou Instituto Médico Legal, que colheram as declarações das crianças/adolescentes e atestaram não haver indícios de memórias falsificadas ou somente atribuindo credibilidade ao depoimento.

Gráfico 3 - Ocorrência de Avaliação Psicológica nos Julgados



Fonte: elaborado pela autora.

Em tratando-se de crime sexual perpetrado contra vulnerável – menores de 14 (catorze) anos de idade – a avaliação psicológica/psíquica assume função importante na apuração do delito, visto a dificuldade que uma pessoa “comum”, não sendo da área da psiquiatria ou psicologia, teria para averiguar a confiabilidade do testemunho do infante. Por isso, o resultado de uma avaliação psicológica realizado por profissional capacitado pode detectar indicativos de indução, falsas memórias ou mentiras, tendo força para motivar uma decisão condenatória ou absolutória.

À vista disso, foi feita uma verificação nos processos sobre a ocorrência de prova pericial nas vítimas. As informações colhidas mostraram-se significativas para a compreensão de como as falsas memórias têm sido analisadas pela jurisprudência do TJRS.

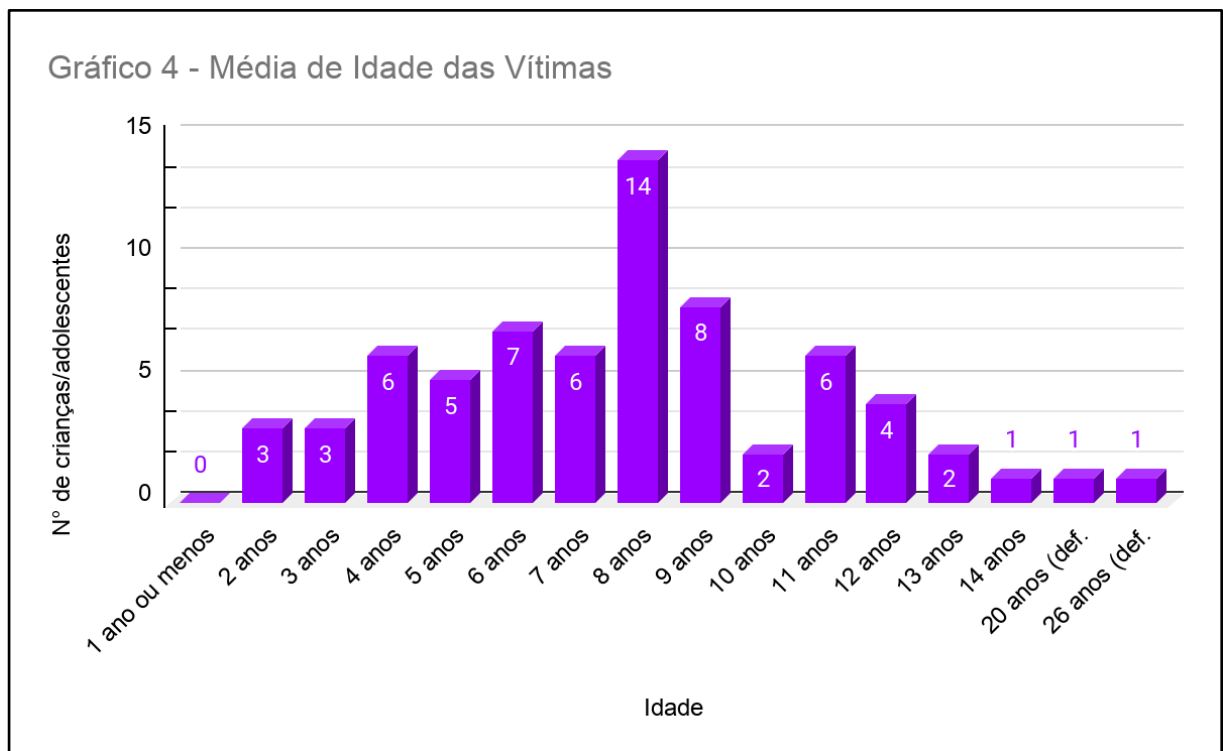
Do resultado obtido, disposto no esquema acima, 40 decisões (67,79%) mencionaram a realização de avaliação psicológica, 17 decisões (28,81%) não referiram - ou não se pode auferir - nenhum tipo de avaliação e em 2 decisões (3,38%) não houve avaliação psíquica.

Outro aspecto incluído nos problemas de pesquisa foi a idade das vítimas. O

planejamento inicial era obter a idade da criança/adolescente no momento do fato delituoso e a idade em que foi realizada sua oitiva. O objetivo era fazer uma sondagem de quanto tempo em média se tinha entre o ocorrido e o depoimento judicial, visto que, como já mencionado, o decurso do tempo é um fator de contaminação da memória. Todavia, não foi possível fazer este levantamento, pois novamente o caráter sigiloso dos processos impossibilitou a obtenção destes dados.

Diante desse obstáculo, decidiu-se por fazer uma média da idade das vítimas no momento do ocorrido (gráfico abaixo) e em momento posterior (tópico subsequente) realizar uma análise mais aprofundada acerca da qualidade de retenção de memórias nas crianças/adolescentes.

Gráfico 4 - Média de Idade das Vítimas



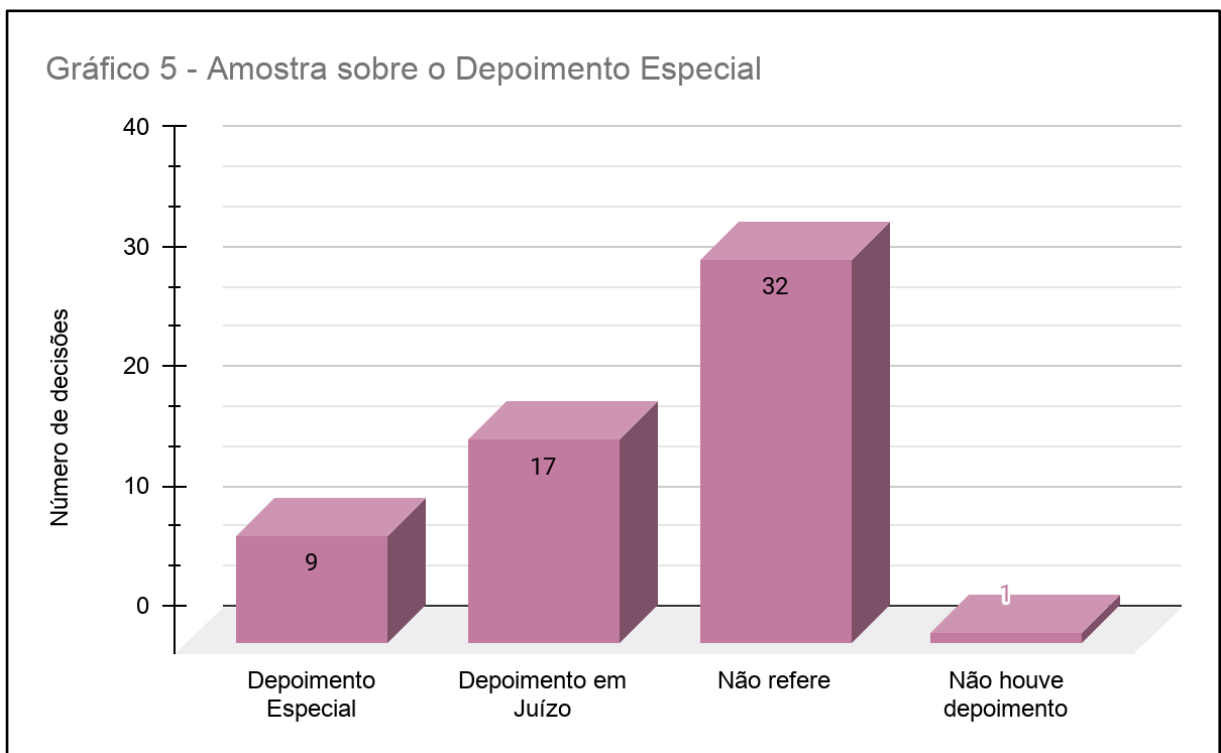
Fonte: elaborado pela autora.

Finalmente, o último elemento obtido da pesquisa diz respeito ao depoimento especial. Apesar de não ser referido na maior parte das decisões analisadas, cabe destacar sua ocorrência, na medida em que o próprio Conselho Nacional de Justiça recomenda sua utilização no interrogatório de crianças ou adolescentes vítimas de estupro.

Das 59 decisões examinadas, apenas 9 (15,25%) delas referem de forma

expressa a utilização do depoimento especial ou, sua antiga denominação, o depoimento sem dano. Além disso, 17 decisões (28,81%) mencionam o depoimento em juízo, 32 decisões (54,28%) não referem o método utilizado na colheita dos depoimentos das vítimas e 1 decisão (1,69%) não houve o depoimento da vítima em razão da sua pouca idade.

Gráfico 5 - Amostra sobre o Depoimento Especial



Fonte: elaborado pela autora.

A pesquisa quantitativa acima exposta viabilizou a listagem numérica das decisões envolvendo os temas estupro de vulnerável e falsas memórias. A pesquisa qualitativa, por sua vez, possibilitará o exame mais aprofundado dos julgados, bem como o resultado do confronto entre o que a literatura estabelece quanto às falsas memórias e o que é realizado na prática das Câmaras Criminais do TJRS. Assim, passa-se a análise qualitativa dos dados.

4.4.3 Análise Qualitativa dos Dados

O aumento no número de decisões que citam os respectivos temas possuem dois prováveis motivos. O primeiro diz respeito ao movimento realizado pela

Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul de preparar os seus defensores para lidar com o fenômeno das falsas memórias. E a segunda hipótese é que desde o ano de 2013 houve a apresentação de três trabalhos sobre o assunto, e que se tornaram referência quando se fala no fenômeno das falsas memórias. Os autores destes trabalhos são Cristina de Di Gesu, Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha de Ávila.³⁵⁶

Conforme exibido anteriormente, foram analisados 59 acórdãos em sede Apelação Criminal com os termos “falsas memórias” e “estupro de vulnerável”. Do total de julgados, 38 decisões mantiveram a condenação imposta em juízo de 1º grau e 21 decisões absolveram o acusado, sendo manutenção ou reforma.

O édito condenatório nos julgados examinados passam pela suficiência probatória devido à comprovação da materialidade - com relatórios, o registro de ocorrência policial, a certidão de nascimento da vítima e os laudos periciais e psiquiátricos realizado em parte dos processos - e pela autoria demonstrada através da palavra da vítima carregada nos autos e, se houver, pelo depoimento de testemunhas.

No que concerne a prova oral, um aspecto bastante citado nos julgados é que a palavra da vítima assume maior relevância em crimes contra a dignidade sexual, dado que normalmente é realizado às escondidas, sem a presença de testemunhas.

As decisões colacionadas abaixo demonstram o posicionamento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS) acerca do assunto em questão:

APELAÇÃO CRIME. CRIME CONTRA A LIBERDADE SEXUAL. *ESTUPRO DE VULNERÁVEL*. PLEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. Não conhecido, pois ausente interesse recursal, uma vez que já concedido na sentença. CERCEAMENTO DE DEFESA. As peças produzidas no inquérito constituem elemento informativo, que prescinde de contraditório. Oitiva das vítimas na fase policial sem a presença de advogado que em nada altera o direito de defesa do acusado, oportunizado em juízo. Eventuais irregularidades ocorridas no inquérito não contaminam o processo. Nenhum prejuízo observado. CERCEAMENTO DE DEFESA POR NÃO ACOLHIMENTO DE PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. Pleito de juntada de documentos feito em sede de memoriais, sem apresentação dos mesmos, tampouco explicação da pertinência ou justificativa para o pedido extemporâneo. CERCEAMENTO DE DEFESA POR INDEFERIMENTO DE

³⁵⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de; BALDASSO, Flaviane. a Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: Uma Análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, 2018.

PERÍCIA Não se justificava a imposição à vítima de nova experimentação da *memória* do evento. O Juiz tem o poder de denegar pedidos protelatórios, impertinentes ou irrelevantes à busca da verdade, nos termos do §1º do artigo 400 do Código de Processo Penal. A defesa não comprovou prejuízo decorrente do indeferimento judicial – ônus que lhe incumbia, conforme determina regramento inserto no artigo 563 do Código de Processo Penal. PALAVRA DA VÍTIMA. CRIANÇA. VALOR PROBATÓRIO. **Em crimes contra a liberdade sexual, geralmente cometidos às escondidas, sem a presença de outras testemunhas – como no caso em comento – a palavra das vítimas assume especial importância, desde que convincente e coerente.** A palavra da criança, como qualquer outra prova colhida, tem sua valoração feita de forma ponderada, considerando-se as circunstâncias que a envolvem, a idade do declarante, a forma como expostos os fatos, sua verossimilhança, e o cotejo com as demais provas. No caso, o depoimento foi firme, harmônico e coerente, em perfeita sintonia com as demais provas colhidas. Relato seguro no sentido de que, por inúmeras vezes, o acusado aproveitava-se dos momentos em que estavam a sós para praticar atos libidinosos com a vítima. Relato escoimado na versão da genitora e nas conclusões das psicólogas que a avaliaram. Desnecessária a ocorrência de penetração completa e ruptura do hímen para caracterização do delito. Conclusão pericial pela virgindade que não afasta a prova segura de que o réu agiu nos moldes denunciados. Tese de *falsa* inculpação desamparada de subsídio probatório, não passando de argumentação retórica, incapaz de incutir dúvida no julgador. Testemunhos que buscam desqualificar a conduta social da avó da ofendida, apontando elementos que não vieram comprovados e em nada afastariam a segurança da prova. DESCLASSIFICAÇÃO PARA MODALIDADE DELITIVA DISTINTA. DESACOLHIMENTO. As condutas praticadas pelo réu amoldaram-se perfeitamente às figuras típicas descritas nos arts. 217-A e 213, §1º ambos do Código Penal, configurando ato libidinoso diverso da conjunção carnal, destinado à satisfação de sua lascívia, em grave violação à dignidade sexual da ofendida, ultrapassando claramente os limites do que poderia ser enquadrado nas contravenções penais previstas no art. 61 do Decreto-Lei nº 3688/41. O referido artigo 61, aliás, encontra-se revogado pela Lei 13.718/18. Inviável, igualmente, a desclassificação para o novo tipo penal trazido pela mesma Lei, o 215-A do Código Penal, de caráter subsidiário, inaplicável ao caso dos autos. Também descabe a desclassificação para o artigo 218-A, na medida em que, na satisfação da lascívia mediante presença de criança ou adolescente, a conduta sexual não envolve contato físico com o menor, que é obrigado a apenas presenciar o ato de terceiros, o que não se amolda ao presente caso também, no qual a criança foi o objeto da agressão sexual. TENTATIVA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. CRIME CONSUMADO. Para configuração do delito de *estupro* basta a penetração parcial do pênis na cavidade vaginal da vítima, como no caso. Delito que não exige imissão penis completa. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. Mandamento constitucional de punição severa contra o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente. Princípio da proteção integral. Princípio da proporcionalidade observado, inclusive, sob o viés da proibição da proteção deficiente. Sob pena de violação ao princípio da legalidade, não se pode, em nome do princípio da proporcionalidade, considerar a gravidade concreta da conduta para fins de tipificação do crime, devendo tal circunstância incidir na aplicação da pena. Precedentes do STJ. APELO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Crime, Nº 70078915600, Quinta Câmara Criminal - Regime de Exceção, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Joni Victoria Simões, Julgado em: 29-03-2019)³⁵⁷ **(Grifo do autor)**

³⁵⁷ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70078915600. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: P.S.M. Relator: Joni Victoria Simões. Porto Alegre, 29 de março de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17/08/2020.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES SEXUAIS CONTRA *VULNERÁVEL*. *ESTUPROS DE VULNERÁVEL* EM CONTINUIDADE DELITIVA. ELEMENTARES DEMONSTRADAS. ALIENAÇÃO PARENTAL. *FALSAS MEMÓRIAS*. INDEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PALAVRA DA VÍTIMA. VALIDADE. SUFICIÊNCIA. O acervo probatório revela a existência material e a autoria dos crimes de *estupro de vulnerável* em continuidade delitiva descritos na denúncia. Demonstram que o acusado, pai da ofendida, constrangeu-a à prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal, por diversas oportunidades ocorridas quando a infante contava com seis anos de idade, com o que logrou desafogar sua deturpada lascívia. **Por se aproximar da reconstituição processual dos fatos, assume especial relevância na busca da verdade a palavra da vítima, sobretudo em se tratando de crimes praticados de forma clandestina, podendo-se extrair valiosos dados quanto à dinâmica dos eventos delitivos.** Substrato que prepondera sobre as teses defensivas oferecidas em juízo, pois para desqualificar o seu conteúdo, necessárias informações que realmente incutam dúvida no julgador, não bastando a mera argumentação retórica quanto à sua invalidade ou à suposta alienação parental ou, ainda, às *falsas memórias*. Alegação de discrepâncias nos relatos da ofendida as quais não sinalizam hipótese de inculpação graciosa e tampouco incutem dúvida quanto ao ponto fulcral da acusação. Inicial presunção de inocência derruída ao longo do devido processo, observadas as garantias constitucionalmente postas em benefício do réu. Condenação mantida e pleito absolutório rechaçado. TENTATIVA. INVIABILIDADE. CRIME CONSUMADO. Inviável o reconhecimento da forma tentada para o delito descrito na exordial acusatória, haja vista que o ato libidinoso diverso da conjunção carnal restou plenamente consumado a partir da existência de contato físico entre o agressor e a vítima, a revelar satisfação da lascívia, ocasionando inclusive todas as repercussões de cunho psicológico-emocional à infante. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. DOSIMETRIA. AGRAVANTE. PREVALECIMENTO DE RELAÇÃO DOMÉSTICA PARA COMETER OS DELITOS. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. DUPLA VALORAÇÃO. Ocorre bis in idem entre a agravante prevista no artigo 61, inciso II, alínea 'f', do Código Penal, e a causa de aumento contida no artigo 226, inciso II, do mesmo Diploma Material, quando aquela foi aplicada na hipótese em que o denunciado se prevaleceu das relações domésticas ou de coabitação para o cometimento dos delitos, exatamente como disposto na majorante. Precedente do Superior Tribunal de Justiça. CONTINUIDADE DELITIVA. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA. A regra da continuidade delitiva está prevista no caput do artigo 71 do Estatuto Repressivo e aplica-se aos casos em que o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, de lugar, de maneira de execução e de outras semelhantes, os subsequentes são havidos como continuação do primeiro. A dosagem dessa espécie de continuidade pode orientar-se não apenas pelo critério do número de delitos, viabilizando-se também a consideração de aspectos subjetivos como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do fato. A verificação conjunta dos elementos colacionados aos autos autoriza a elevação da corporal na fração de metade, como disposto na sentença. REDIMENSIONAMENTO. Privativa de liberdade redimensionada após novo cálculo. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime, Nº 70075446815, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em: 08-11-2017)³⁵⁸ **(Grifo do autor)**

³⁵⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70075446815. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: C.P.L. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 8 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17/08/2020.

Neste sentido, entende-se que diante do caráter clandestino do delito, o depoimento da criança ou adolescente pode ser a única prova a demonstrar a materialidade e autoria do crime. Logo, surgem os questionamentos: esta prova única, sendo ela a lembrança da criança ou adolescente, não poderia estar contaminada por memórias falsificadas? Houve uma colheita adequada do depoimento da criança/adolescente para que a lembrança não fosse comprometida? Quanto tempo se passou do ocorrido até o momento da declaração da vítima? Ou, ainda, quantas vezes a vítima já teve que repetir seu depoimento?

Uma das alegações mais recorrentes para validar o depoimento da vítima, e conseqüentemente determinar a condenação, é o cumprimento dos critérios de avaliação da prova (credibilidade, verossimilhança, coerência e consistência) avaliados pelo juiz da fala da criança/adolescente. No entanto, será que estes critérios são suficientes para afastar a ocorrência de falsas memórias dos acórdãos?

Em face dos ensinamentos de Di Gesu, pode-se concluir que não são suficientes, na medida em que as três fases dos processos mnemônicos (arquivamento da memória) podem apresentar falhas e vítima não consegue diferenciar o fato original das memórias acrescentadas posteriormente. Assim, o depoimento do ofendido pode aparentar verossímil, confiável, coerente e consistente pois o sujeito acredita verdadeiramente que os fatos ocorreram como ele os narra.³⁵⁹

A memória, para ser a mais próxima do fato original, necessita de uma boa aquisição, com condições favoráveis de atenção do sujeito, luminosidade, entre outras condições; uma boa retenção, com pouca deterioração da lembrança pelo decurso do tempo; e, finalmente, uma boa evocação, pois não basta conseguir bons processos de aquisição e retenção se no momento da recordação houver falhas.

Dentre as falhas mais frequentes da evocação estão a utilização de técnicas inadequadas para a colheita do depoimento da vítima que podem gerar a criação de falsas memórias e a condução acusatória ou desculpatória da entrevista, influenciando nas resposta da vítima.

A prova pericial/material por vezes é a única prova a corroborar o delito de estupro de vulnerável, por este motivo é necessário que seja colhida uma prova de

³⁵⁹ DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

qualidade. Apesar do testemunho infantil possuir um elevado grau de precisão quanto à realidade, também pode ser sugestionada com facilidade.

O viés do entrevistador, como já visto, é quando o entrevistador tem certeza da ocorrência do delito e ajusta a entrevista de modo a produzir respostas concordantes com sua prévia convicção, isto é, há uma produção de provas.

Diversamente, o entrevistador deve conduzir a entrevista com técnicas apropriadas (entrevista cognitiva) para que as respostas dadas pela vítima sejam confiáveis e, conseqüentemente, haja a redução das memórias falsificadas. Ainda, exige-se do entrevistador uma postura neutra para que ao final da entrevista as respostas da vítima sejam avaliadas como um todo, chegando à conclusão da ocorrência ou não do delito.

No que se refere às técnicas aplicadas nas entrevistas judiciais, somente 15,25% dos julgados examinados utilizou um método especial para a oitiva das crianças ou adolescentes, que consiste no procedimento do depoimento especial. Nos outros casos, não foi aplicada nenhuma técnica especial para a colheita dos depoimentos ou não foi referida tal técnica; em 1 decisão não houve o depoimento da vítima, pois o juiz entendeu que a colheita do seu depoimento seria impossibilitado devido a pouca idade da infante, no momento com 2 (dois) anos de idade.

O depoimento especial possui uma finalidade, que é basicamente impedir a repetição de depoimentos realizadas pela criança/adolescente, evitando assim a revitimização. Além disso, este método assegura que não haja contaminação da lembrança pelo fator da repetição de entrevistas, já que reiterados depoimentos podem expor as vítimas ao contato com vários entrevistadores e, talvez, versões diferentes para o fato.³⁶⁰

Apesar de seus benefícios, parte da doutrina não defende este método especial para oitiva, dado os problemas processuais que o depoimento especial pode causar, como, por exemplo, a falta de previsão legal sobre o procedimento de antecipação de prova.³⁶¹

Ainda sobre técnicas de interrogatório, uma observação importante a se fazer diz respeito à ocorrência da entrevista cognitiva nos julgados. Embora seja a técnica

³⁶⁰ PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho. Revista da AJURIS. Porto Alegre, v.3, p.237, 2006.

³⁶¹DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 3 ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

mais indicada pela doutrina para a colheita dos depoimentos de adultos e crianças - a fim de preservar a recordação, obter mais detalhes acerca do fato e evitar a contaminação da lembrança - nos acórdãos analisados apenas uma decisão cita claramente a adoção do método de entrevista cognitiva. É o que se verifica do julgado abaixo:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TÉCNICAS DE AFERIÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS SUAS DECLARAÇÕES. FALSAS MEMÓRIAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à materialidade e autoria do crime de estupro de vulnerável, tendo em vista o robusto conjunto probatório coligido, de onde se destaca, em particular, os relatos da vítima e de seu irmão. **No que toca às declarações da vítima, constata-se que o depoimento prestado em juízo e aquele dado durante a investigação preliminar, mais especificamente na perícia psiquiátrica, são coerentes, harmônicos e ausentes de vícios. No caso dos autos, não obstante teórica e potencialmente presentes as causas mais comuns para a criação (ou potencialização) de falsas memórias, sejam elas espontâneas - internas ao sujeito - ou sugeridas - externas ao sujeito -, como: a) a não utilização da melhor técnica em juízo para colher o depoimento da vítima, tendo, inclusive, a entrevistadora incorridos em erros comuns neste tipo de entrevista (depoimento sem dano), tais como a elaboração de perguntas fechadas, sugestivas/confirmatórias, e a interrupção da vítima no momento em que ela está falando; b) o considerável lapso temporal existente entre o fato e o depoimento da vítima em juízo, o qual é reconhecidamente fomentador de falsas memórias; c) a revitimização quando a ofendida é provocada a prestar sucessivos depoimentos, o que, além de aumentar as chances de contaminação dos relatos com falsas memórias, é-lhe prejudicial emocionalmente, verifica-se que o relato da vítima está em franca consonância com aquele prestado na perícia psiquiátrica, a qual ocorreu logo após o fato e com a melhor técnica, qual seja, a entrevista cognitiva. Vale ressaltar que para fins de inquirição da vítima/testemunha, em especial nos crimes sexuais, é recomendável, sempre que possível, a utilização da entrevista cognitiva como técnica, a qual maximiza a quantidade e a precisão das informações dada pelo entrevistado. Tal técnica, que possui cinco etapas, tem como principais características a informalidade da entrevista, ter o entrevistado no controle da entrevista, a narrativa livre do entrevistado, sem interrupções, evitando-se, sempre, perguntas fechadas/confirmatórias/sugestivas.** TENTATIVA RECONHECIDA. Situação que recomenda o reconhecimento da forma tentada do crime, porquanto evidenciado pela prova testemunhal colhida que o réu percorreu parte do iter criminis do estupro de vulnerável, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO. Não prospera o pedido de desclassificação do fato em razão da ausência de prova documental da idade da vítima, que facilmente se verifica pelo depoimento dela, gravado em vídeo, que ela possuía à época do fato menos de 14 anos de idade. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. (Apelação Crime, Nº 70057063984, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em: 15-05-2014)³⁶² **(Grifo do**

³⁶² RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70057063984. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: M.A.K. Relator: José Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 15 de maio de 2014. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas->

autor)

No acórdão, percebe-se a preocupação do magistrado acerca da tema das falsas memórias, realizando uma adequada análise sobre o fenômeno. Assim como este julgado, há outros nesta linha, que percebem os efeitos negativos que as falsas memórias exercem sobre os depoimentos e buscam constatá-las por meio das avaliações psicológicas.

Quanto à submissão da criança/adolescente à avaliação psicológica ou psiquiátrica, averiguou-se que em 40 decisões (67,79%) foi realizada perícia com o objetivo principal de verificar a autenticidade das declarações sobre a ocorrência de abuso sexual. Ademais, algumas avaliações também atestaram a presença ou não de falsas memórias e aferiram sobre a credibilidade dos testemunhos.

Para exemplificar o ponto, colaciona-se o julgado abaixo em que a perícia avaliou a veracidade do relato, a presença de falsas memórias e a credibilidade do testemunho:

APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIME CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. TENTATIVA DE *ESTUPRO* DE *VULNERÁVEL*. SUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. DOSIMETRIA. SENTENÇA CONFIRMADA. Mérito. Materialidade e autoria delitivas comprovadas. Tentativa de prática de atos libidinosos diversos da conjunção carnal que, por essência, consiste em crime transeunte, do que decorre a inexigibilidade da verificação de vestígios em auto de exame de corpo de delito. **Acervo probatório seguro, calcado na palavra firme, reiterada, coerente e harmônica da vítima, secundada pelos relatos de sua genitora e sua avó. Avaliação psicológica, por perita do IGP, que atestou o preenchimento de todos os critérios de credibilidade, refutando a hipótese de falsas memórias e referindo a alta probabilidade de a menina estar, de fato, externalizando um evento vivenciado.** Versão exculpatória frágil e desconstruída, com nítidas contradições entre os interrogatórios policial e judicial do apelante. Juízo condenatório. Tentativa. Prova oral judicializada que fornece certeza de haver o réu, padrinho da vítima, dirigido-se à residência dela, encontrando-a sozinha, oportunidade na qual levou-a até o quarto, colocou-a na cama, deitou-se sobre ela e, repellido, postou-a sobre seu colo, tentando levantar a blusa da infante e tocá-la no seio, chegando à base da mama, quando a ofendida lhe interrompeu. Desiderato criminoso que somente não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, com o que nítida a figura do conatus, ensejando o desprovimento do apelo ministerial. Dosimetria. Basilar mantida justificadamente acima do mínimo legal, sem alterações na segunda fase. Redução pela tentativa ratificada em 1/3, considerado o percurso quase integral do iter criminis. Pena carcerária definitiva de 05 anos e 06 meses confirmada, inalterado, também, o regime inicial semiaberto. Manutenção da condenação a 75% das custas processuais. Sentença condenatória confirmada na íntegra. APELOS MINISTERIAL E DEFENSIVO DESPROVIDOS. UNÂNIME. (Apelação Crime, Nº 70074581331, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 29-03-2018)³⁶³

solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 24/08/2020.

³⁶³RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70074581331. Apelante/Apelado:

Apesar deste exemplo em que o profissional preocupou-se em examinar também a presença de falsas memórias, há outros julgados em que apenas analisou-se a veracidade do depoimento. Diante disso, resta evidente que o tema das falsas memórias ainda não é requisito para as avaliações periciais. Pelo contrário, é clara a preocupação dos magistrados apenas com depoimentos verdadeiros ou mentirosos, enquanto sabe-se que existem várias outras situações possíveis.

Nesta perspectiva, foram examinados os julgados cuja veracidade do testemunho foi questionada em razão das falsas memórias. Apurou-se que em todos os acórdãos a possibilidade de falsas memórias foi a principal argumento para a construção do convencimento dos magistrados.

Algumas das decisões exploradas fazem um exame pormenorizado da presença de falsas memórias, demonstrando com argumentos que as provas colhidas não são suficientes para pautar a condenação penal. Todavia, percebeu-se que em outra parte desses julgados, não houve uma análise detalhada acerca tema mas sim um comparativo entre o relato prestado em sede policial com o depoimento judicial, verificando a existência de discrepâncias entre os dois relatos. É o que se extrai da Apelação Crime nº 70079480471, da Sexta Câmara Criminal:

Na espécie, nos relatos fornecidos pela vítima, há consonância a respeito do modo que o réu a abusaria, de que ele tirava a sua roupa, esfregava o órgão genital em sua parte íntima, e a obrigava à prática de felação. De outro lado, no que tange a aspectos periféricos, os depoimentos não são tão coesos, na medida em que, na fase investigatória, ela não relacionou os abusos a nenhum aniversário de um primo, tendo dito que aconteceu simplesmente em um dia que posaria na casa da avó paterna.³⁶⁴

O erro em comparar as duas declarações está no lapso temporal entre os depoimentos. Como é sabido, a memória com o decurso do tempo pode alterar-se de forma significativa, fazendo com que algumas informações da recordação se percam. Logo, é natural que a vítima não se recorde dos mesmo detalhes narrados no depoimento da fase investigatória (mais próximo do fato delituoso) e no depoimento judicial. A circunstância do aniversário do primo, relatada no depoimento judicial, pode

E.F.V. Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, 29 de março de 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 24/08/2020.

³⁶⁴RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70079480471. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: A.L.R.C. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 28 de março de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 17/08/2020.

ser explicada facilmente pelo fenômeno das falsas memórias, uma vez que pode se tratar de uma auto sugestão ou sugestão por terceiros (mídia, repetição de entrevistas, etc).

Exigir que a criança/adolescente relate o ocorrido exatamente da mesma forma, em diferentes depoimentos, é praticamente impossível devido à natural degradação das lembranças com o passar do tempo. O mais provável é que a vítima recorde apenas da essência do fato original. Por este motivo a recomendação de que o depoimento seja colhido o mais breve possível.

O julgado abaixo reforça os danos causados pelo extenso intervalo de tempo entre os depoimentos:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. No caso, a prova judicial é carecedora de certeza e segurança quanto ao réu ter praticado os atos libidinosos com a vítima. **Há dúvida sobre quando, onde e como teriam ocorrido os fatos denunciados, pois a vítima, que contava 04 anos de idade na época em que ouvida na Polícia, relata que ela e os demais coleguinhas eram abusados sexualmente pelo réu, esposo da proprietária da creche que todos frequentavam, sendo mais reticente em Juízo, quando já contava 10 anos de idade.** Ademais, nenhuma das outras crianças confirma os fatos. De resto, a menina também relata que fotografias e vídeos eram feitos das crianças nuas, nada tendo sido localizado nos computadores e demais dispositivos apreendidos na residência do réu. Por fim, as testemunhas inquiridas, dentre elas, funcionárias da escolinha, negam que o réu mantivesse contato prolongado com as crianças. Possibilidade de ocorrência do fenômeno conhecido como *falsas memórias*. No processo criminal, o ônus da prova sobre os fatos imputados ao réu é incumbência exclusiva do órgão acusador, âmbito em que, remanescendo dúvida probatória sobre a própria ocorrência dos fatos denunciados, o veredicto absolutório mostra-se impositivo, com força no princípio humanitário in dubio pro reo. Sentença condenatória reformada. Réu absolvido com base no art. 386, VII, do C.P.P. APELO PROVIDO. M/AC 6.803 - S 06.10.2016 - P 43 (Apelação Crime, Nº 70070846084, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello, Julgado em: 06-10-2016)(Grifo do autor)³⁶⁵

O julgado demonstra o quanto o decurso do tempo pode ser prejudicial à recordação. *In casu*, o fato ocorreu quando a vítima possuía 2 anos de idade, realizou o depoimento policial com 4 anos e o depoimento judicial com 10 anos de idade. Inquirida em juízo, a vítima não recordou de parte das informações fornecidas em sede policial, um dos motivos que levou ao magistrado a decretar a absolvição do acusado. Embora haja diferenças entre as diversas declarações da vítima, não

³⁶⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70070846084. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: S.L.V.R. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 6 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17/08/2020.

significam que sejam memórias falsificadas e, se fosse o caso, apenas um profissional capacitado poderia identificar.

Por fim, o último elemento a ser analisado diz respeito à relação da idade com a retenção de memórias. O acórdão colacionado abaixo acolhe a tese defensiva e absolve o réu argumentando que a dúvida quanto a idade do infante, reflete na confiabilidade do testemunho, uma vez que uma criança de 6 (seis) anos teria capacidade de retenção de memória inferior a uma criança de 8 (oito) anos e ainda suscita a ocorrência das falsas memórias.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA DIGNIDADE A SEXUAL. *ESTUPRO DE VULNERÁVEL*. PROVA INSUFICIENTE. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA. PRECEDENTES. O conjunto probatório não conforta a responsabilização do acusado. Por mais que o relato da vítima, em situações similares, ostente especial relevo, na espécie, a ofendida não logrou convencer de ter havido a alegada violência, restando sua versão isolada no conjunto da prova. Relato de testemunha, tia da vítima, contrastando o que constou do termo de declarações policiais e registro de ocorrência, dessa testemunha, de constrangimento ilegal na Repartição Policial. Relato que demonstrou o estado de ânimo, pouco profissional, do Delegado de Polícia, que estaria "muito nervoso", "mal humorado". As demais testemunhas não confirmaram o que constou das declarações policiais que deram causa à prisão do réu. **Dúvida sobre a idade da vítima, se tinha 6 ou 8 anos de idade, o que repercute na idoneidade do seu depoimento, pois uma criança com 6 anos possivelmente tenha capacidade intelectual e de memória inferior a uma de 8 anos. Teoria das falsas memórias.** Demais testemunhas que não ratificaram as declarações policiais, o que leva a sérias dúvidas sobre a investigação policial procedida. Prisão em flagrante que teve o auto homologado, sendo decretada a prisão preventiva somente 60 dias após. Prisão em flagrante não mantém a prisão. Parecer do Ministério Público em grau recursal favorável ao provimento do recurso. APELAÇÃO PROVIDA. ABSOLVIÇÃO, POR MAIORIA. (Apelação Crime, Nº 70048386049, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro, Julgado em: 04-07-2012)³⁶⁶ (grifei)

Todavia, não existe consenso na doutrina com relação a esta afirmação realizada pelo magistrado. Tanto a retenção de memórias quanto as falsas memórias em crianças são temas bastante controversos entre os pesquisadores. Parte entende que crianças mais velhas seriam mais suscetíveis às memórias falsificadas pois, assim como os adultos, elas apenas extraem o significado do fato, enquanto as mais novas codificam as lembranças a partir de um sistema literal. Outra parte entende que crianças em fase pré-escolar são mais vulneráveis à presença de falsas memórias se

³⁶⁶ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime Nº 70048386049. Apelante: J.P.P.S. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 4 de agosto de 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17/08/2020.

comparado com crianças em fase escolar, pois estas teriam maior rejeição às informações falsas.

Logo, apesar do magistrado poder optar pelas provas que lhe parecem mais adequadas pelo princípio do livre convencimento motivado, a relação da idade da vítima com a capacidade de retenção de informações e/ou falsas memórias é equivocada, dado que não há pesquisas categóricas acerca do tema.

O que se tem até o momento é que crianças, tanto quanto os adultos, podem ser sugestionadas por terceiros ou espontaneamente apresentar falsas memórias decorrentes de erros nos processos mnemônicos, devendo-se proceder da mesma forma como em adultos.

5 CONCLUSÃO

O trabalho em questão debate o tema das falsas memórias no processo penal, especificamente no depoimento das vítimas de estupro de vulnerável, a partir do confronto entre o que a doutrina compreende sobre o fenômeno e o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Inicialmente, é realizado o exame dos elementos relacionadas à prova, constatando-se que a prova possui dupla função: primeiramente, a função cognoscitiva de levar ao magistrado o conhecimento do fato. Em segundo, a função persuasiva de convencimento do magistrado.

Além disso, o conjunto probatório é produzido durante o processo penal, dada a presença do princípios do contraditório e ampla defesa. Assim, a fase investigatória possui a função única de reunir provas indiquem como o fato realmente ocorreu, mas que deverão ser confirmadas em juízo.

Quanto aos princípios norteadores da prova, tem-se os princípios do contraditório e ampla defesa, pilares do processo brasileiro, que garantem ao acusado um processo justo com sua efetiva participação. Já o princípio do livre convencimento motivado garante ao julgador autonomia para escolher pelas provas que lhe pareçam mais adequadas. Por fim, o princípio da situação jurídica de inocência que assegura “que ninguém será declarado culpado até o trânsito em julgado”, ou seja, ninguém será privado de sua liberdade sem o devido processo legal.

No que concerne a prova testemunhal - espécie probatória mais utilizada no processo penal - nada mais é do que a afirmação pessoal em juízo de alguém que tenha presenciado o fato sob investigação. Apesar de ser tão importante para o processo penal, a prova oral é conhecida por sua fragilidade. A Psicologia Cognitiva e do Testemunho alertam que memória pode ser objeto de erros decorrentes do funcionamento normal do cérebro, levantando dúvidas quanto à confiabilidade dos depoimentos.

As memórias são o conjunto de informações e experiências vividas por um sujeito que permanecem armazenadas por um longo período de tempo. As lembranças são resultado dos processos mnemônicos, isto é, a memória é apreendida, retida (no caso das memórias de longo prazo) e, no momento do depoimento judicial, por exemplo, são evocadas pelas testemunhas ou vítimas.

Porém, como já mencionado, naturalmente ocorrem erros nestes processos. Logo, nunca é a recordação o fato completo, mesmo que o sujeito acredite que é.

A recordação de eventos dolorosos, aliados à brechas da memória e aos fatores de contaminação, criam condições favoráveis para a ocorrência das falsas memórias. Assim, a lembrança de fatos que nunca ocorreram ou que aconteceram de forma diversa se tornam possíveis.

Dentre os fatores de contaminação da memórias mais comuns estão o hábito e a rotina, o transcurso do tempo, a mídia e a linguagem e método do entrevistador. Todos corrompem a recordação de alguma forma, sendo pelo esquecimento ou pela inclusão de elementos não pertencentes ao fato original.

Assim, conclui-se que as memórias falsificadas podem influenciar na decisão prolatada pelo magistrado, caso não haja prova em sentido contrário, uma vez que o sujeito que narra suas lembranças não percebe que parte ou toda a lembrança não correspondem ao evento original.

No que concerne às crianças e adolescentes, as falsas memórias são objeto de muitas controvérsias, visto que não há ainda pesquisas definitivas sobre o assunto. O que se tem são vários pensamentos diferentes e nenhuma certeza. Diante disso, tem-se que as falsas memórias em crianças devem ser analisadas da mesma maneira como em adultos, onde as pesquisas já são mais avançadas. Assim, não havendo como solucionar o problema, é viável a utilização de métodos de condução das entrevistas que minimizam parte dos danos. O trabalho, neste aspecto, faz referência a técnica da entrevista cognitiva, sendo a mais indicada por pesquisadores da área.

A entrevista cognitiva corresponde a uma técnica composta por cinco momentos. São eles: o rapport, que consiste em criar um ambiente acolhedor para que a vítima se sinta confortável para falar do fato; a recriação do contexto original, momento em que entrevistado é instigado a usar seus sentidos visuais, auditivos, táteis e olfativos para recriar o contexto original do fato; a narrativa livre, etapa em que o entrevistado é livre para contar da sua maneira as informações que recordar, sem nenhuma interrupção por parte do entrevistador; a quarta etapa são os questionamentos, momento ideal para formulação de perguntas abertas com o objetivo esclarecer detalhes que ainda não tenham sido solucionadas nas etapas anteriores; ao fim, tem-se a etapa de fechamento da entrevista, neste momento o

entrevistador sintetizará para o entrevistado as informações obtidas, deixando o entrevistado à vontade caso queira complementar as informações fornecidas.

Esse método possibilita que informações confiáveis sobre o fato sejam conhecidos pelo julgador, pois há diminuição do risco de contaminação da recordação pelas falsas memórias e, conseqüentemente, produz uma prova oral de mais qualidade. Dentre as desvantagens deste método, tem-se o alto custo temporal e financeiro. Entretanto, os benefícios são maiores dado que a técnica confere maior credibilidade ao depoimentos.

O presente trabalho preocupou-se em realizar uma análise crítica das falsas memórias em processos de estupro de vulnerável, diante da habitualidade que este fenômeno ocorre. A intenção deste exame é verificar como o fenômeno da falsificação da memória vem sendo explorado pela jurisprudência. A partir disto, foi realizada a análise do material empírico que evidencia algumas questões importantes.

A primeira delas é a crescente no número de julgados que referem o tema das falsas memórias. Isto evidencia uma preocupação maior com o fenômeno nos testemunhos, porém a análise mais aprofundada demonstra que a jurisprudência possui um conhecimento superficial do tema.

O depoimento da vítima na situação de estupro é elemento fundamental, se não único, na formação da convicção do magistrado dada a clandestinidade do delito. A decisão final, por vezes, fica resumida essencialmente ao relato da vítima que é uma recordação dolorosa e traumática para esta.

Alguns operadores do direito não estabelecem uma visão multidisciplinar dos depoimentos, entendendo que o depoimento é mentiroso ou verdadeiro. Mas, como visto, há outras possibilidades entre a verdade e a mentira, sendo uma delas as falsas memórias. Diante deste cenário, conclui-se que a decisão já pode estar comprometida desde o início por causa do desconhecimento do magistrado acerca das falsas memórias.

Outro aspecto pertinente é a questão sobre os critérios de avaliação da prova constantemente citados nos acórdãos. Os critérios de avaliação prova são a credibilidade, verossimilhança, coerência e consistência avaliados pelo juiz a partir do depoimento da vítima. Estes requisitos podem ser úteis para a identificação de depoimentos falsos ou verdadeiros, mas não servem para a identificação das falsas memórias.

Como referido anteriormente, quando o sujeito, sendo ela criança ou adulto, está sob efeito das falsas memórias, ele acredita que realmente o fato se passou como ele os narra. Logo, o testemunho pode cumprir com todos os critérios de avaliação da prova e mesmo assim apresentar falsas memórias. A identificação deste fenômeno é complexa e somente um profissional capacitado pode o reconhecer.

No entanto, quando se relacionam os critérios de avaliação da prova com a prova única, isto torna-se ainda mais preocupante. É comum em processos criminais, principalmente no crime de estupro, não haver outras provas a não ser o depoimento da vítima e por este motivo seu relato recebe maior relevância.

Todavia, quando aliados a prova única com os critérios de avaliação da prova, pode haver prejuízo ao processo, posto que se o depoimento estiver contaminado por memórias falsas o julgador não é profissional apto para identificar este fenômeno. À vista disso, pode o magistrado ocorrer em erro na sua decisão, pois os critérios não serão suficientes para reconhecer as falsas memórias, e não havendo prova em sentido contrário não chegará ao conhecimento do juiz elementos de como o fato realmente se passou.

Por esta razão é tão importante a coleta qualificada dos depoimentos. Não havendo confiança na prova oral, ela não cumprirá com sua finalidade, uma vez que estando comprometida pode ferir direito fundamental de liberdade, disposto na Constituição Federal brasileira, condenando e encarcerando alguém injustamente.

O artigo 5º, caput, da Constituição Federal determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.³⁶⁷

Além disso, parte dos magistrado confrontam as declarações dadas pela vítima ao longo da persecução criminal, atribuindo mais ou menos relevância ao testemunho se as versões forem semelhantes ou discrepantes. Logo, a prática forense desconsidera a obscuridade da memória humana.

A formação de uma recordação não é linear, mas um processo intrincado, podendo ocorrer falhas desde o início. Por este motivo as memórias falsificadas têm sido objeto de grande interesse dos pesquisadores, dada a relação prejudicial com o processo penal.

³⁶⁷ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Embora as falsas memórias não possam ser solucionadas, acredita-se que pequenos gestos já possam trazer resultados benéficos na coleta da prova oral. Um exemplo disso é a formulação de perguntas abertas durante a inquirição. Apesar de não obter quantidade significativa de detalhes sobre o fato, exige que a pessoa faça um relato mais extenso do evento (recordação livre, consistente na terceira etapa da entrevista cognitiva), o que diminui o risco de indução das respostas por parte do entrevistador.

Ademais, percebeu-se que apesar de 67,79% dos julgados referir ter submetido a vítima a avaliação psicológica/psiquiátrica, estas avaliações tinham a função principal de verificar a veracidade do relato. As falsas memórias nem mesmo são uns dos requisitos a serem analisados pelos psiquiatras/psicólogos.

Os julgados demonstram também o não conhecimento da técnica da entrevista cognitiva, nem com o ambiente acolhedor que deveria existir para o relato da vítima, pois apenas um acórdão faz referência a tal técnica, realizando, diga-se de passagem, um exame pertinente sobre as falsas memórias.

Ainda sobre o visível desconhecimento sobre o tema, os julgados que por algum motivo suscitam dúvida quanto ao depoimento ou quando há discrepâncias nas diversas entrevistas que a vítima é submetida, logo atribuem às falsas memórias, decretando a absolvição do acusado.

Entretanto, o depoimento nada mais é do que uma ação humana. As ações humanas, principalmente relativos à memória, são suscetíveis a erros. Portanto, a recordação evocada na inquirição é passível de erros, pois a memória é maleável e não estável.

Ainda, nos acórdãos examinados, frequentemente menciona-se as várias entrevistas que a vítima é submetida tanto na fase pré-processual quanto na fase judicial. Porém, além de facilitar a contaminação da recordação por sugestão de terceiros, a repetição de entrevistas provoca nas crianças/adolescentes um sofrimento reiterado toda vez que precisam relatar o fato novamente a um estranho.

O artigo 11 da Lei 13.431/2017 que regulamenta o depoimento especial (procedimento recomendado pelo Conselho Nacional de Justiça) dispendo que a vítima de abuso sexual menor de 7 (sete) anos de idade deverá ser ouvida apenas uma vez, salvo se a autoridade competente achar necessário novo depoimento. O que se vê na prática é que o infante não é preservado e a exceção virou regra.

Aliado a repetição de entrevistas, está o longo período de tempo entre o fato alegado e as entrevistas da fase judicial. Assim como a repetição de entrevistas, o decurso do tempo também é um fator de contaminação e quando associados podem gerar falsas memórias. A memória naturalmente se degrada com o tempo, podendo abrir “lacunas” na lembrança. Por isso a recomendação dos pesquisadores de se colher o depoimento o mais próximo do fato.

Contudo, o que se tem no cotidiano forense é um extenso decurso do tempo entre o fato sob investigação e o depoimento judicial. A intenção de atribuir maior relevância às provas produzidas no decorrer do processo penal é que todas são submetidas aos princípios do contraditório e ampla defesa, ou seja, garante ao acusado um processo justo.

Entretanto, é comum que processos criminais sejam mais demorosos, aspecto que influencia fortemente na memória. Logo, o que se depreende desta situação é que o acusado é beneficiado pelo extenso período, pois evidentemente os relatos em sede policial e judicial serão diferentes, o que pode levar ao julgador a decretar a absolvição do acusado.

Em suma, entende-se que seria interessante se o depoimento em sede policial fosse maior valorado, visto a maior proximidade com a data do fato. A memória mais fiel à realidade certamente será no relato mais perto do evento. Atualmente, as provas colhidas na fase pré-processual possuem validade limitada, ou seja, devem ser reafirmadas em juízo.

O que acontece na prática é a colheita de novo depoimento da vítima durante o processo penal ou é realizada a comparação entre as declarações da vítima, sendo as duas alternativas prejudiciais à memória. A primeira pelo fator de contaminação da repetição de entrevistas e a segunda pela inconstância da memória, ou seja, é provável que os relatos possuam diferenças devido ao decurso do tempo.

Além do mais, acredita-se que os profissionais encarregados do acolhimento à vítima ou investigação do fato delituoso (assistente social, delegado, juiz, promotor, etc.) deveriam ter maior conhecimento acerca das falsas memórias, sabendo pelo menos alguns procedimentos para preservar a recordação do depoente. A adoção de alguns procedimentos da entrevista cognitiva já podem produzir bons resultados na prova testemunhal.

É necessário que os juristas conheçam mais profundamente o tema das memórias falsificadas para que percebam o quanto é prejudicial para o processo penal. A prova oral não pode ser desvalorizada por causa de sua fragilidade, mas repensada com técnicas que atribuam maior confiabilidade aos depoimentos.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Fernanda Maria Alves Gomes. **Admissibilidade de Provas Ilícitas por Derivação no Direito Processual Penal Brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Pernambuco, Brasília, 2002. 176 f

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária: O Processo Psicológico e a Verdade Judicial**. 1. vol. São Paulo: Editora Saraiva, 1945.

AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987.

ÁVILA, Gustavo Noronha. **Falsas memórias e Sistema Penal: A Prova Testemunhal em Xequê**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

_____; BALDASSO, Flaviane. **A Repercussão do Fenômeno das Falsas memórias na Prova Testemunhal: Uma Análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p. 371-409, 2018.

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

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. Tradução: José Cretella Jr e Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Traducción del francés por Manuel Osorio Floriat. Vol. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2018.

_____. **Código de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 53. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 19 out. 2020.

_____. Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. **Planalto**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm#:~:text=L8072&text=LEI%20N%C2%BA%208.072%2C%20DE%2025%20DE%20JULHO%20DE%201990.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20crimes%20hediondos,Federal%2C%20e%20determina%20outras%20provid%C3%A2ncias. Acesso em: 14 jul. 2020.

_____. Lei nº 13.431, 4 de abril de 2017. **Planalto**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13431.htm. Acesso em: 24 jul. 2020.

_____. Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República. **Desafios da Oitiva de Crianças e Adolescentes: Técnica de Entrevista Investigativa**. Brasília, 2009.

_____. **Superior Tribunal Justiça. Súmula nº 455**. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27455%27>. Acesso em: 24 jul. 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. **Dos crimes Contra a Dignidade Sexual: A Nova Maquiagem da Velha Senhora**. Ciências Penais. São Paulo, v. 13, p. 170, 2010.

BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmem Beatriz; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. **Investigação da Memória em Crianças em Idades Escolar e Pré-escola**. Psicologia em Estudo. Maringá, v. 16, n.1, 2011.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Trad. José Antonio Cardinalli. Brasil: Conan, 1995.

CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, XVII, 2008, Brasília. **As Falsas memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal**. Brasília: UnB, 2008. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf. Acesso em: 10 out. 20.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação nº 33 de 23 de novembro de 2010**. Disponível em: https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/cnj/recomendacao_cnj_33_2010.pdf. Acesso em: 24 jul. 2020.

CORRÊA, Priscila Matos. **Prova Testemunhal sob a Ótica da Falibilidade do Depoimento de Testemunhas e Informantes**. Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2014. 57 f.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal: Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2019.

FARHAT, Camila Mahiba Pereira. **Das Provas no Processo Penal**. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de direito da UNIVALI, Itajaí, 2014. 79 f.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no Processo Penal**. 2012. Dissertação (Bacharelado em Direito). Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2012. 117 f.

FRANCO, Francisco Manoel de Mello; HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles. **In: Míni Houaiss Dicionário da Língua Portuguesa**. 2. ed. Rio de Janeiro: 2004.

GOMES, Luiz Flávio. **Estudos de Direito Penal e Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1997.

GORPHE, François. **La Critica del Testimonio**. 2. ed. Trad. Mariano Ruiz-Funes. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1949.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011.

LOFTUS, Elizabeth. **As Falsas Lembranças**. Viver Mente e Cérebro. P. 90-93, 2005.

_____, Elizabeth. **Memórias Fictícias**. Trad.: Aristides Isidoro Ferreira. Lusíada. Lisboa: Universidade Lusíada de Lisboa, n.3-4, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

_____, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8 ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

_____, Aury. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal no Prazo Razoável**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MALATESTA, Nicola Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1996.

MARGRAF, Alencar Frederico; MARGRAF, Priscila de Oliveira. **Prova Oral: A Linguagem Corporal e Falsas memórias em Interrogatórios e Depoimentos**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

MAZZONI, Giuliana. **Crimes, testemunhos e falsas recordações**. Revista Viver Mente e Cérebro. São Paulo, ano 1, n.149, p. 81, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MIRANDA, Pontes. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: 1973.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. **A Prova por Indícios no Processo Penal**.

São Paulo: Editora Lumen Juris, 2009.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o Fenômeno das Falsas memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Crimes Contra a Dignidade Sexual: Comentário à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____, Guilherme de Souza. **Direito Penal Comentado.** 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014.

_____, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006.

_____, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal: O valor da Confissão como Meio de Prova no Processo Penal.** 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

PACELLI, Eugênio de Oliveira. **Curso de Processo Penal.** 16. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PISA, Osnilda; STEIN, Lilian Milnitsky. **Entrevista Forense de Crianças: Técnicas de Inquirição e Qualidade do Testemunho.** Revista da AJURIS. Porto Alegre, v. 3, p. 237, 2006.

POLASTRI, Marcellus. **Curso de Processo Penal.** 9. ed. Brasília: Editora Gazeta Jurídica, 2016.

QUECUTY, María Luisa Alonso. **Psicología y Testimonio: Fundamentos de la Psicología Jurídica.** Madrid: Psicologia Piramide, 1998.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal.** 20. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. **Tribunal de Justiça.** Apelação Crime Nº 70078915600. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: P.S.M. Relator: Joni Victoria Simões. Porto Alegre, 29 de março de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17 ago. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação Crime Nº 70075446815. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: C.P.L. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. Porto Alegre, 8 de novembro de 2017. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17 ago. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça.** Apelação Crime Nº 70057063984. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: M.A.K. Relator: José

Conrado Kurtz de Souza. Porto Alegre, 15 de maio de 2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Crime Nº 70074581331. Apelante/Apelado: E.F.V. Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório. Porto Alegre, 29 de março de 2018. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 24 ago. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Crime Nº 70079480471. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: A.L.R.C. Relator: Bernadete Coutinho Friedrich. Porto Alegre, 28 de março de 2019. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 17 ago. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Crime Nº 70070846084. Apelante: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: S.L.V.R. Relator: Aymoré Roque Pottes de Mello. Porto Alegre, 6 de outubro de 2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17 ago. 2020.

_____. **Tribunal de Justiça**. Apelação Crime Nº 70048386049. Apelante: J.P.P.S. Apelado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Diogenes Vicente Hassan Ribeiro. Porto Alegre, 4 de agosto de 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em 17 ago. 2020.

SILVA, Gilvan Naibert; ANDRADE, Mauro Fonseca. **A Fase da Investigação na Perspectiva do Novo Código de Processo Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

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

_____; *et al.* **Memórias, Humor e Emoção**. Revista de Psiquiatria. Porto Alegre, vol.28, n. 1, p. 66, 2006.

_____; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando Falsas memórias em Adultos por Meio de Palavras Associadas**. Psicologia: Reflexão e Crítica. Porto Alegre, vol.14, n. 2, p. 353-366, 2001.

TARUFFO, Michele. **La Prueba de los Hechos**. 2. ed. Espanha. Editorial Trotta. 2003.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Compêndio de Processo Penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: Principalmente em Face da Constituição de 5\10\1988. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. Resolução nº 001/2020-P, de 13 de março de 2020. Disponível em:
https://www.tjrs.jus.br/site/imprensa/destaques/doc/2020/Resolucao_01_2020_P.pdf.
Acesso em: 24 jul. 2020.