



**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**  
**FABIANE ROMANZINI PRITSCH**

**A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL**

Florianópolis

2016

**FABIANE ROMANZINI PRITSCH**

**A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito, da Universidade do Sul de Santa Catarina, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Priscila de Azambuja Tagliari, Esp.

Florianópolis


2016

**FABIANE ROMANZINI PRITSCH**

**A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL**

Este Trabalho de Conclusão de Curso foi julgado adequado à obtenção do título de bacharel em Direito e aprovado em sua forma final pelo Curso de Direito da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Florianópolis, 29 de novembro de 2016.



Prof. e orientador Priscila de Azambuja Tagliari, Esp.

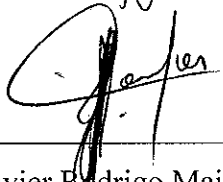
Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Eliana Becker, Esp.

Universidade do Sul de Santa Catarina



---

Prof. Javier Rodrigo Maidana, Msc.

Universidade do Sul de Santa Catarina

## TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

### A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico e referencial conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Sul de Santa Catarina, a Coordenação do Curso de Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de todo e qualquer reflexo acerca deste Trabalho de Conclusão de Curso. Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado do trabalho monográfico.

Florianópolis, 9 de novembro de 2016.

  
FABIANE ROMANZINI PRITSCH

À minha mãe, por tudo que já fez por mim.

## **AGRADECIMENTOS**

Agradeço a minha mãe por todo amor e apoio dado para que eu alcance os meus objetivos, sejam eles pessoais ou profissionais.

À minha orientadora, pelo apoio e paciência nessa etapa, sendo seus conselhos de suma importância para a elaboração desta pesquisa.

Aos colegas de graduação, pelo apoio mútuo em uma das etapas mais difíceis e exigentes do curso.

“A justiça sustenta numa das mãos a balança em que pesa o Direito, e na outra a espada de que se serve para o defender. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra.” (Rudolf Von Ihering).

## RESUMO

O objeto precípua deste trabalho monográfico é a análise da incidência do fenômeno psicológico das falsas memórias na produção da prova testemunhal no processo penal. Para tanto, adotou-se o método de abordagem dedutivo, bem como as técnicas bibliográfica e documental. O Estado, por ser o titular exclusivo do *jus puniendi*, é o responsável por impor uma sanção quando constatar a prática de um crime. Contudo, referida medida somente poderá ser aplicada se houver a instauração de um processo, instrumento previsto em lei para apurar se a conduta imputada a um indivíduo é, de fato, ilícita. A prova testemunhal, principal meio probatório utilizado pelos operadores jurídicos para comprovar a ocorrência de um delito, apresenta diversas falhas, entre elas, as ocasionadas pela falsificação da memória, seja decorrente de influências externas ou internas, uma vez que acarretam dúvidas a respeito da veracidade das informações colhidas através dos depoimentos, os quais, recorrentemente, embasam a persecução penal.

Palavras-chave: Processo penal. Prova testemunhal. Falsas memórias.



## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>11</b>
<b>2</b>	<b>DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>13</b>
2.1	CONCEITO E FINALIDADES .....	13
2.2	PRINCÍPIOS RELACIONADOS AS PROVAS.....	14
2.3	MEIOS DE PROVA .....	16
2.4	ÔNUS DA PROVA .....	17
2.5	DISTINÇÃO DE PROVAS PARA INDÍCIOS.....	19
2.6	CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS .....	21
<b>2.6.1</b>	<b>Quanto ao objeto .....</b>	<b>21</b>
<b>2.6.2</b>	<b>Quanto ao sujeito.....</b>	<b>21</b>
<b>2.6.3</b>	<b>Quanto à forma .....</b>	<b>22</b>
2.7	PROVAS ILÍCITAS .....	22
<b>2.7.1</b>	<b>Provas ilícitas por derivação .....</b>	<b>24</b>
2.8	SISTEMA DE APRECIÇÃO DAS PROVAS.....	25
<b>3</b>	<b>PROVA TESTEMUNHAL .....</b>	<b>28</b>
3.1	CONCEITO .....	28
3.2	CARACTERÍSTICAS .....	29
3.3	CLASSIFICAÇÃO .....	30
3.4	DEVERES DA TESTEMUNHA.....	31
3.5	PROCEDIMENTO .....	33
3.6	FALSO TESTEMUNHO.....	34
3.7	VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL .....	37
<b>4</b>	<b>A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL .....</b>	<b>39</b>
4.1	DEFINIÇÃO DE MEMÓRIA .....	39
4.2	MEMÓRIA E ESQUECIMENTO.....	40
4.3	CONCEITO DE FALSAS MEMÓRIAS.....	41
4.4	TEORIAS EXPLICATIVAS DAS FALSAS MEMÓRIAS.....	43
4.5	FALSAS MEMÓRIAS, MENTIRA E CRIPTOMNÉSIA.....	46
4.6	FATORES DE CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS TESTEMUNHAIS E DA REDUÇÃO DE DANOS.....	47
<b>4.6.1</b>	<b>Transcurso do tempo .....</b>	<b>48</b>
<b>4.6.2</b>	<b>Linguagem e método do entrevistador .....</b>	<b>48</b>

4.7 CASOS EM QUE AS FALSAS MEMÓRIAS FORAM RECONHECIDAS.....	50
<b>5 CONCLUSÃO.....</b>	<b>54</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>56</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A prova testemunhal, principal meio probatório empregado pelas partes no processo penal para apurar a prática de um crime, demonstra ser o mais propenso a falhas, porquanto possui como base a memória, isto é, a recordação de um indivíduo acerca de um fato.

Entre as falibilidades da prova testemunhal, destacam-se as falsas memórias, as quais advêm das influências que a memória pode vir a sofrer, sejam elas por fatores internos ou externos.

Referido fenômeno psicológico faz com que um indivíduo acredite ter presenciado ou vivenciado situações que nunca ocorreram, sendo difícil a sua constatação, dado a incapacidade tanto dos operadores jurídicos quanto da própria pessoa que presta o depoimento de perceber que as informações extraídas dos relatos não condizem com a realidade.

Em decorrência disso, diversos transtornos são ocasionados no âmbito jurídico, visto a descrença que acarreta a respeito da veracidade dos depoimentos, uma vez que a prova testemunhal pode ser amplamente manipulável.

Assim, esta pesquisa trata do seguinte questionamento: a prova testemunhal, por ser embasada tão-somente na memória, é confiável?

Para tanto, analisar-se-á a incidência do fenômeno psicológico das falsas memórias no processo penal através do método de abordagem dedutivo, partindo de uma premissa geral, consistente no sistema probatório preconizado na norma processual penal vigente, para a específica, a ocorrência da falsificação da memória na prova testemunhal.

Além disso, as técnicas adotadas na elaboração deste trabalho foram a bibliográfica, pois abordado diversos preceitos constantes em doutrinas, e documental, já que embasado na legislação processual penal.

No primeiro capítulo do desenvolvimento, explanar-se-á acerca das características gerais das provas dispostas no Código de Processo Penal, ressaltando-se as finalidades, os princípios, as classificações, os meios, o ônus, bem como os sistemas de apreciação, pois essenciais para a análise do objeto de pesquisa.

Após, o enfoque será a prova testemunhal, posto que é o meio probatório atingido pela falsificação da memória, e, assim, abordar-se-á o conceito, as características, as classificações, os deveres da testemunha, o crime de falso testemunho e a verdade real no processo penal.

Em derradeiro, versará propriamente sobre a incidência das falsas memórias no processo penal e, para a devida elucidação do tema, discorrer-se-á em relação à memória, ao esquecimento, às teorias explicativas da falsificação da memória, aos fatores de contaminação e à redução de danos.

## 2 DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

A princípio, antes de adentrar na problemática da prova testemunhal, a qual se caracteriza por ser a incidência das falsas memórias, far-se-á imperiosa a análise do sistema probatório preconizado na norma processual penal vigente.

### 2.1 CONCEITO E FINALIDADES

O Estado, em decorrência de ser o titular da pretensão punitiva, no momento em que um dos bens jurídicos protegidos pela norma penal é violado, deve punir o agente pela conduta ilícita perpetrada.<sup>1</sup>

Para tanto, o ente público, em que pese a sua soberania, somente conseguirá exercer o seu direito de punir o infrator por intermédio do processo, requisito este necessário para evitar abusos na apuração da prática do delito que fora imputado a alguém, bem como na imposição da pena, garantindo, desse modo, o equilíbrio social.<sup>2</sup>

Em decorrência disso, o meio essencial utilizado no processo para averiguar se o *jus puniendi* estatal prospera ou não, caracteriza-se por ser o substrato probatório produzido no decorrer da instrução processual.<sup>3</sup>

Nessa senda, Aury Lopes Júnior anota:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a propiciar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime). O tema probatório é sempre a afirmação de um fato (passado), não sendo as normas jurídicas, como regra, tema de prova (por força do princípio *iura novit curia*).<sup>4</sup>

A palavra provar decorre do latim *probatio*, a qual possui diversos significados, como verificar, inspecionar, argumentar, provar, confirmar, entre outros.<sup>5</sup>

Pertinente à prova, Tourinho Filho a conceitua da seguinte forma:

Provar é, antes de mais nada, estabelecer a existência da verdade; e as provas são os meios pelos quais se procura estabelecê-la. É demonstrar a veracidade do que se

<sup>1</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29.

<sup>2</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**: volume 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 29.

<sup>3</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 367.

<sup>4</sup> LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 351.

<sup>5</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 337.

afirma, do que se alega. Entendem-se, também, por prova, de ordinário, os elementos produzidos pelas partes ou pelo próprio Juiz visando a estabelecer, dentro do processo, a existência de certos fatos.<sup>6</sup>

O supracitado termo possui três sentidos, sendo que o primeiro constitui o ato de provar, no qual se busca aferir a veracidade dos fatos alegados pelas partes no decorrer da instrução processual; o segundo caracteriza-se por ser o meio, ou seja, o instrumento utilizado com o propósito de comprovar determinado fato; e, o terceiro e último sentido, o do resultado da ação de provar, que é a conclusão obtida após minuciar o acervo probatório colacionado pelas partes na ação penal.<sup>7</sup>

Já a finalidade da prova é a “formação da convicção do juiz acerca dos elementos essenciais para o deslinde da causa”.<sup>8</sup> É por intermédio dela que se efetua o convencimento do magistrado sobre a veracidade de um fato apresentado.<sup>9</sup>

Principalmente, através do arcabouço probatório, “[...] busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível [...]. A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão [...]”.<sup>10</sup> No tocante à verdade real, registra-se que mais adiante aprofundar-se-á o tema.

À vista disso, infere-se que as provas constantes no feito fornecem condições para o exercício da atividade cognitiva do julgador no que tange ao fato descrito como crime e, via de consequência, as informações obtidas por meio das provas produzidas, legitimará o comando descrito na sentença, ou seja, se procede ou não o *jus puniendi* estatal.<sup>11</sup>

## 2.2 PRINCÍPIOS RELACIONADOS AS PROVAS

Neste momento, cumpre destacar os principais princípios que regem a produção de provas no processo penal, os quais, por conseguinte, incidem nas provas testemunhais.

<sup>6</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 563.

<sup>7</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 337.

<sup>8</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 367.

<sup>9</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 341.

<sup>10</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 341.

<sup>11</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 354.

O princípio da legalidade preconiza que “a prova e seu meio de produção não podem contrariar a lei, ou seja, devem estar previstos ou pelo menos não podem estar proibidos por esta última”.<sup>12</sup>

Isso porque, embora a produção de provas constitua um direito da parte, não pode ser transgredida nenhuma norma no momento em que esta é realizada, a fim de evitar o abuso desse direito, sob pena de, caso não respeitado supracitado princípio, caracterizar-se como prova ilícita, sendo inadmissível a sua utilização no processo.<sup>13</sup>

A propósito, o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos corrobora com o apregoado pelo princípio da legalidade, porquanto expõe que “toda e qualquer prova obtida por meios ilícitos não será admitida em juízo”.<sup>14</sup>

Já o princípio da não-autoincriminação, disposto no brocardo *nemo tenetur se detegere*, estatui que o agente, em nenhum momento no decorrer da instrução processual, é obrigado a produzir provas que possam ser utilizadas em seu desfavor.<sup>15</sup>

Ainda, ressalta-se o princípio da comunhão da prova, referente ao qual, Fernando Capez aponta:

[...] no campo penal, não há prova pertencente a uma das partes, as provas produzidas servem a ambos os litigantes e ao interesse da justiça. As provas, na realidade, pertencem ao processo, até porque são destinadas à formação da convicção do órgão julgador.<sup>16</sup>

O princípio do livre convencimento motivado é destinado principalmente ao magistrado e, com isso, este possui a liberdade de sopesar as provas colacionadas nos autos em conformidade com a sua convicção, conquanto fundamente e indique o substrato probatório que embasou a sua decisão.<sup>17</sup>

Nesse sentido, o art. 155, *caput*, do Código de Processo Penal, prevê:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 361.

<sup>13</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 361.

<sup>14</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**: volume 1. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 85.

<sup>15</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319.

<sup>16</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 409.

<sup>17</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320.

<sup>18</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2016.

Importa salientar, ainda, o princípio da audiência contraditória, o qual pressupõe que “toda prova trazida aos autos deve ser submetida à outra parte, que terá direito de conhecer seu teor e impugná-la, caso queira, e de oferecer contraprova”.<sup>19</sup>

Para finalizar, incidem no processo penal os princípios da oralidade, uma vez que a prevalência é da palavra falada<sup>20</sup>; concentração, a produção probatória deve ocorrer, preferencialmente, na audiência de instrução e julgamento<sup>21</sup>; e publicidade, o qual indica que todos os atos processuais devem ser públicos, com a ressalva das situações restritas por lei.<sup>22</sup>

### 2.3 MEIOS DE PROVA

Os meios de prova são todos aqueles que, no decorrer da instrução processual, demonstram a veracidade dos fatos narrados na ação penal, seja direta ou indiretamente.<sup>23</sup> É através deles que os elementos probatórios são inseridos no processo para posterior análise e convencimento do magistrado.<sup>24</sup>

Sobre o tema, Gustavo Henrique Badaró anota que os meios de prova configuram-se por ser “[...] os instrumentos pelos quais se leva ao processo um elemento de prova apto a revelar ao juiz a verdade de um fato”<sup>25</sup>. No mesmo sentido, Fernando Capez defende que “o meio de prova compreende tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à demonstração da verdade que se busca no processo”.<sup>26</sup>

Contudo, far-se-á necessário observar, em virtude da amplitude dos meios probatórios, que estes se subdividem em lícitos, aqueles que se encontram em consonância com a legislação em vigor, e ilícitos, os quais desrespeitam o ordenamento jurídico, porém, tão-somente os primeiros podem ser utilizados pelo julgador como base para formar o seu convencimento.<sup>27</sup>

---

<sup>19</sup> BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 320.

<sup>20</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 409.

<sup>21</sup> BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 321.

<sup>22</sup> BONFIM, Edilson Mougén. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 321.

<sup>23</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 565.

<sup>24</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 388.

<sup>25</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 388.

<sup>26</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 403.

<sup>27</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 338.



Constituem meios lícitos para apresentar elementos probatórios na ação penal os preconizados em lei, bem como aqueles que são moralmente legítimos, sendo denominados estes últimos de provas inominadas, dado a ausência de previsão legal.<sup>28</sup>

Nesse sentido, registra-se que:

O CPP enumera alguns meios de prova e suas peculiaridades; entre outros, exemplificamos as perícias em geral (arts. 158 a 184); o interrogatório e a confissão do acusado (arts. 185 a 200, CPP); as declarações do ofendido (art. 201); o depoimento testemunhal (arts. 202 a 205); e a prova documental (arts. 231 a 238, CPP). No entanto, é importante ressaltar que os meios de prova não encerram hipóteses de *numerus clausus*, não precisam estar especificados na lei de maneira exaustiva, bastando que não encontrem nela qualquer obstáculo ou restrição à sua produção.<sup>29</sup>

Diante do exposto, infere-se que os meios probatórios configuram “o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”.<sup>30</sup>

## 2.4 ÔNUS DA PROVA

Neste tópico, explanar-se-á sobre o ônus da prova, porquanto tão essencial ao tema em exame quanto registrar os meios probatórios admitidos atualmente, mostra-se abordar acerca de quem possui o encargo de demonstrar no decorrer do processo o que se alega.

Para tanto, cumpre transcrever, primeiramente, o art. 156 do Código de Processo Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:  
I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas, consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;  
II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 465.

<sup>29</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 320.

<sup>30</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 465.

<sup>31</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2016.

Com base no preceituado no dispositivo legal transcrito, verifica-se que o ônus da prova é “o encargo que têm os litigantes de provar, pelos meios admissíveis, a verdade dos fatos”.<sup>32</sup>

A respeito do assunto, importa destacar que:

Ônus não é dever, em sentido formal, pois este não se constitui em obrigação, cujo não cumprimento acarreta uma sanção autônoma. Entretanto, não é demais salientar que as partes interessadas em demonstrar ao juiz a veracidade do alegado possuem o *dever processual* de fazê-lo. Do contrário, haveria uma *sanção processual*, consistente em perder a causa.<sup>33</sup>

Acrescenta-se que o ônus da prova possui dois aspectos, consistentes em objetivo e subjetivo. O primeiro refere-se à formação do convencimento do julgador, seja para condenar ou absolver o agente. Já o segundo caracteriza-se por ser o encargo das partes de comprovarem nos autos suas alegações.<sup>34</sup>

No mesmo sentido, colhe-se da doutrina de Gustavo Henrique Badaró que:

O ônus da prova subjetivo diz respeito a quem deverá provar cada fato. Consequentemente, determina quem sofrerá a consequência negativa pelo fato não provado, tendo a função de exercer uma pressão psicológica sobre a parte onerada, direcionando a sua atividade probatória. [...] De outro lado, o ônus da prova objetivo disciplina como o juiz deverá julgar, no momento de sentenciar, se estiver em dúvida sobre fato relevante. Trata-se de uma regra de julgamento, que tem como destinatário o juiz.<sup>35</sup>

Efetivamente, incumbe a parte que fizer a alegação no processo o ônus probatório. Todavia, se a defesa não lograr êxito em produzir provas que demonstrem a inocência do réu, tal fato não ocasiona, de forma automática, a sua condenação, em decorrência do preconizado pelos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* e, com isso, o édito condenatório almejado somente poderá ser prolatado se a acusação, diante de seu encargo, apresentar substrato probatório suficiente da responsabilidade do agente pelo ilícito penal praticado.<sup>36</sup>

Isso porque constitui ônus da acusação, ao oferecer a denúncia imputando a prática de uma infração penal a alguém, de apresentar provas cabais acerca da autoria e da

<sup>32</sup> CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 405.

<sup>33</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 342.

<sup>34</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 363.

<sup>35</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 429.

<sup>36</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 363.

materialidade delitivas, a fim de lograr uma sentença de procedência e submeter tal indivíduo as sanções penais cabíveis à espécie, não sendo responsabilidade da defesa de apresentar provas plenas da inocência do réu.<sup>37</sup>

Nesse viés, Tourinho Filho preceitua:

Cabe, pois, à parte acusadora provar a existência do fato e demonstrar a sua autoria. Também lhe cabe demonstrar o elemento subjetivo que se traduz por dolo ou culpa. Se o réu goza da presunção de inocência, é evidente que a prova do crime, quer *a parte objecti*, quer *a parte subjecti*, deve ficar a cargo da Acusação.<sup>38</sup>

Não obstante, no momento em que o réu aduz uma das causas de excludente de ilicitude, consistentes em estado de necessidade, legítima defesa e estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito, torna-se seu dever comprová-la, no entanto, se houver dúvidas permeando o feito, com base nos princípios supramencionados, a sua absolvição é medida que se impõe.<sup>39</sup>

À vista disso, infere-se que o ônus probatório procede das alegações que as partes fizerem no andamento processual, sem olvidar, contudo, as particularidades advindas dos princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*.

## 2.5 DISTINÇÃO DE PROVAS PARA INDÍCIOS

Primeiramente, far-se-á imperioso registrar que, apesar dos indícios encontrarem-se previstos na parte destinada às provas na legislação processual penal, diferenciam-se destas em sua essência.

Isso porque a prova é o meio pelo qual se busca aferir a veracidade dos fatos narrados na ação penal, tanto pela acusação quanto pela defesa<sup>40</sup>, sendo, por outro lado, os indícios oriundos de circunstância já provada anteriormente no decorrer da instrução processual, da qual é possível deduzir a ocorrência de outras circunstâncias.<sup>41</sup>

<sup>37</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 330.

<sup>38</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 576.

<sup>39</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 343.

<sup>40</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 563.

<sup>41</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 23 ago. 2016.

Alusivo ao tema, Mougenot, ao citar Hélio Tornaghi, destaca que “indício, portanto, é o fato conhecido e provado que, tendo relação com o fato probando, permite, por meio de um raciocínio lógico-dedutivo, que se conclua algo sobre ele”.<sup>42</sup>

Em decorrência disso, os indícios não podem ser considerados um meio probatório, uma vez que se configuram por ser a conclusão obtida através de outro meio utilizado para constatar a veracidade das alegações.<sup>43</sup>

Nesse sentido, extrai-se dos ensinamentos de Eugênio Pacelli de Oliveira que:

[...] o indício mencionado no art. 239 do CPP não chega a ser propriamente um meio de prova. Trata-se, antes disso, da utilização de um raciocínio dedutivo, para, a partir da valoração da prova de um fato ou de uma circunstância, chegar-se à conclusão da existência de um outro ou de uma outra.<sup>44</sup>

Sobre o valor probatório dos indícios, depreende-se que estes não são provas suficientes para embasar a prolação de uma sentença condenatória, porquanto indicam apenas o começo de prova em desfavor do agente. Por outro lado, constituem elementos de convicção suficientes para embasar uma sentença absolutória, em decorrência do preceituado pelo princípio do *in dubio pro reo*.<sup>45</sup>

Assim, a relevância dos indícios está condicionada à qual fato se pretende comprovar. Se for o elemento subjetivo do tipo, consistente no dolo ou na culpa, são provas hábeis a caracterizá-lo, porém, quando se tratar da materialidade e da autoria, os indícios não possuem valor probatório algum, dado que estas questões apenas podem ser demonstradas por intermédio de prova material.<sup>46</sup>

Para finalizar, ressalta-se que o “indício é o ponto de partida da presunção. Ou, visto pelo outro lado, a presunção é um juízo fundado sobre um indício”<sup>47</sup>, motivo pelo qual, diante das considerações realizadas acima, estes deverão ser sopesados com a devida cautela pelo julgador na prolação da sentença.

---

<sup>42</sup> TORNAGUI, 1989 apud BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 487-488.

<sup>43</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 490.

<sup>44</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 441.

<sup>45</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 406-407.

<sup>46</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 441.

<sup>47</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 490.

## 2.6 CLASSIFICAÇÃO DAS PROVAS

Apesar das divergências doutrinárias existentes, as provas, na maioria das vezes, são classificadas de acordo com os seguintes critérios no sistema processual penal vigente:

### 2.6.1 Quanto ao objeto

O objeto da prova é “a veracidade da imputação penal feita pelo Ministério Público em sua peça exordial, com todas as suas circunstâncias”.<sup>48</sup> Para tanto, este pode ser pertinente ao fato que se pretende comprovar, bem como a outra informação da qual é possível obter esclarecimentos sobre o primeiro.<sup>49</sup>

Impende destacar que:

*Quanto ao objeto, pode ser direta ou indireta. A primeira demonstra o fato de forma imediata (ex.: o flagrante, a confissão, o corpo de delito); a segunda, ao contrário, afirma um fato do qual se infira, por dedução ou indução, a existência do fato que se busque provar (ex.: os indícios, presunções e suspeitas).<sup>50</sup>*

Assim, o objeto é direto, quando se refere ao próprio fato que se quer provar, e indireto, quando se mostra necessário efetuar uma construção lógica para que este seja alcançado.<sup>51</sup>

### 2.6.2 Quanto ao sujeito

O sujeito da prova pode ser conceituado como “a pessoa ou a coisa de quem ou de onde promana a prova” e, em decorrência disso, é dividido pela doutrina em prova pessoal e prova real.<sup>52</sup>

A prova pessoal é aquela que emana de uma pessoa, podendo ser por intermédio de depoimento ou de laudo cadavérico assinado pelo perito oficial, por exemplo. Igualmente ao objeto da prova, esta pode ser direta, quando se refere exatamente ao fato que se quer provar, e indireta, quando não.<sup>53</sup>

Sobre a prova real, destaca-se a conceituação de Marcellus Polastri Lima:

<sup>48</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 466.

<sup>49</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 401.

<sup>50</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 414.

<sup>51</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 466.

<sup>52</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 467.

<sup>53</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 467-468.

Já, por outro lado, poderemos ter uma coisa que represente um fato e, assim, sem qualquer influência do espírito humano, teremos um vestígio real do fato que se deseja provar: é a prova real, feita por uma coisa onde restou registrado o fato ou uma marca do fato, como ocorre, v. g., com a perícia realizada em um objeto.<sup>54</sup>

Isso posto, resulta cristalino que a prova pessoal emana de um indivíduo e a real, de um objeto ou de uma coisa.<sup>55</sup>

### 2.6.3 Quanto à forma

Esse ponto da classificação refere-se ao modo em que a prova pode ser apresentada em juízo, ou seja, de forma testemunhal, documental e material.<sup>56</sup>

Anota-se alusivo ao tema que “[...] temos, ainda, a classificação quanto às formas da prova, pois, perante o juiz, que irá verificar a prova, teremos a forma da oralidade, que é transitória e inerente à pessoa, ou a forma escrita, que é permanente e se destaca da pessoa”.<sup>57</sup>

A prova testemunhal é aquela em que o indivíduo é “chamado a depor, demonstrando sua experiência pessoal sobre a existência, a natureza e as características de um fato, pois face estar em frente ao objeto [...], guarda, na mente, sua imagem”.<sup>58</sup>

Já a prova documental origina-se de uma afirmação escrita<sup>59</sup>, como escrituras públicas, livros, entre outros<sup>60</sup>, ou gravada.<sup>61</sup>

Por derradeiro, a prova material consiste em qualquer elemento que demonstre materialmente o fato que se quer provar, como os exames de corpo de delito e perícias, por exemplo.<sup>62</sup>

## 2.7 PROVAS ILÍCITAS

Antes de adentrar na análise das provas ilícitas, far-se-á necessário destacar que estas caracterizam-se por ser uma das espécies de provas ilegais, da mesma forma que as provas ilegítimas.<sup>63</sup>

<sup>54</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 401-402.

<sup>55</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 414.

<sup>56</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 468.

<sup>57</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 402.

<sup>58</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 469.

<sup>59</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 469.

<sup>60</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 402.

<sup>61</sup> BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 414.

<sup>62</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 469.

<sup>63</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 402.

A Constituição Federal, em seu art. 5º, LVI, prevê que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.<sup>64</sup>

Acompanhando o texto da Carta Magna, o Código de Processo Penal dispõe no art. 157, *caput*, que as provas ilícitas, as quais são oriundas da violação das normas constitucionais ou infraconstitucionais, devem ser desentranhadas do processo, dado sua inadmissibilidade no sistema processual em vigor.<sup>65</sup>

Com base no exposto, conceitua-se a prova ilícita como sendo “aquela que viola regra de direito material ou a Constituição no momento da sua coleta, anterior ou concomitantemente ao processo, mas sempre exterior a este (fora do processo)”.<sup>66</sup>

No mesmo norte, extrai-se dos ensinamentos de Paulo Rangel:

A vedação da prova pode estar estabelecida em norma processual ou em norma de direito material, surgindo, em nível doutrinário, a diferença entre as duas: será prova *ilegítima* quando a ofensa for ao direito processual e será *ilícita* quando a ofensa for ao direito material.<sup>67</sup>

Em virtude do desrespeito às normas constitucionais ou à legislação, as provas ilícitas devem ser desentranhadas do caderno processual e, assim que preclusa a matéria, destruídas.<sup>68</sup>

Impende registrar que, em que pese parte da doutrina estar admitindo o uso de provas ilícitas em razão dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, estas continuam sendo proibidas pelo ordenamento jurídico, uma vez que é direito fundamental do indivíduo e, via de consequência, base do Estado Democrático de Direito.<sup>69</sup>

Contudo, vale ressaltar que quando a prova ilícita for benéfica ao réu a sua utilização é admitida, porquanto se caracterizaria demasiada ilicitude condenar alguém que é comprovadamente inocente, ainda que esta informação somente possa ser obtida por meio de provas que afrontam as normas do direito material.<sup>70</sup>

Desse modo, verifica-se que a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos encontra respaldo não só na legislação processual em vigor, mas também na Constituição Federal, configurando-se, assim, como direito fundamental do indivíduo,

<sup>64</sup> BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>65</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>66</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 402.

<sup>67</sup> RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 476.

<sup>68</sup> JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 185.

<sup>69</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 483.

<sup>70</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 484.

excetuando-se os casos em que a inocência da pessoa tão-somente pode ser comprovada por intermédio de provas ilícitas.

### 2.7.1 Provas ilícitas por derivação

O art. 157, § 1º, do Código de Processo Penal, prevê que são inadmissíveis “as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre uma e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras”.<sup>71</sup>

A doutrina do *fruit of the poisonous tree*, conhecida como fruto da árvore envenenada, surgiu nos Estados Unidos da América, tendo grande repercussão em 1920 no caso da empresa *Silverthorne Lumber* contra Estados Unidos da América (*Silverthorne Lumber Company versus United States*), no qual restou preceituado que as provas derivadas das ilícitas são inadmissíveis tanto quanto as ilícitas.<sup>72</sup>

Sobre o assunto, Aury Lopes Júnior anota ser necessária a observância dos seguintes pressupostos:

- Inadmissibilidade da prova derivada (princípio da contaminação);
- Não há contaminação quando não ficar evidenciado o nexo de causalidade;
- Não há contaminação quando a prova puder ser obtida por uma fonte independente daquela ilícita;
- Desentranhamento e inutilização da prova considerada ilícita.<sup>73</sup>

Desse modo, mostra-se necessário resultar evidenciado nos autos que a prova originou-se daquela acometida por vícios, bem como que não poderia ser adquirida de outro modo, razão pela qual será necessário o seu desentranhamento.<sup>74</sup>

Isso porque:

[...] o vício se transmite a todos os elementos probatórios obtidos a partir do ato maculado, literalmente contaminando-os com a mesma intensidade. Dessa forma, devem ser desentranhados o ato originalmente viciado e todos os que dele derivem ou decorram, pois igualmente ilícita é a prova que deles se obteve.<sup>75</sup>

<sup>71</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>72</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 574.

<sup>73</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 409.

<sup>74</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 575.

<sup>75</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 409.



Existe, todavia, uma exceção acerca da inadmissibilidade das provas oriundas da ilícita, que é a prova de fonte independente, ou seja, aquela que não é contaminada pela ilicitude da outra prova, pois, mesmo que descoberta através de prova ilícita, seria encontrada de forma escoreita no decorrer da instrução processual.<sup>76</sup>

Diante do exposto, importa destacar que referida teoria, em que pese a sua origem norte-americana, é amplamente aceita pelas Cortes brasileiras, uma vez que resguarda o princípio constitucional da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

## 2.8 SISTEMA DE APRECIACÃO DAS PROVAS

No decorrer da história, apura-se a existência de três sistemas de apreciação das provas: “(1) prova legal ou tarifada; (2) íntima convicção ou do julgamento *secundum conscientiam*; (3) livre convencimento ou persuasão racional”.<sup>77</sup>

O sistema da prova legal preceitua que os meios probatórios possuem valores predeterminados, como no caso da confissão, em que nenhuma prova poderá descaracterizá-la, em razão desta ser “a rainha das provas”. Referido sistema visa restringir, ao máximo, a liberdade do julgador, pois este sob nenhum pretexto poderá afastar o valor absoluto que determinada prova possui.<sup>78</sup>

Pertinente ao tema, Demercian e Maluly sustentam que “no sistema da prova legal, ou da verdade legal, o julgador decide, com base nas provas apresentadas, que tem valores predeterminados. Em suma, a lei diz qual valor se deve dar a esta ou àquela prova”.<sup>79</sup>

Acrescentam, ainda, que:

Logo se percebeu que esse sistema dava azo a muitas injustiças, diante da impossibilidade de o juiz investigar de forma ampla e livre os fatos e dar-lhes o valor que viesse a merecer de acordo com sua fundamentada decisão. Estava prejudicada, a toda evidência, a investigação da verdade real.<sup>80</sup>

Já o sistema de íntima convicção possibilita que o magistrado julgue a ação penal em consonância com o seu entendimento, sem a necessidade de motivá-lo, ou seja, de apontar

<sup>76</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 341.

<sup>77</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 419.

<sup>78</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 420.

<sup>79</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 332.

<sup>80</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 332.

as provas que fundamentaram a sua decisão, além de que estas não precisam estar colacionadas nos autos, podendo ser em decorrência de conhecimento privado do julgador.<sup>81</sup>

A respeito deste sistema, Renato Brasileiro de Lima anota:

[...] Esse sistema permite que o magistrado avalie a prova com ampla liberdade, decidindo ao final do processo de modo a aplicar o direito objetivo de acordo com sua livre convicção [...], não estando obrigado a fundamentar a sua conclusão. A decisão é o resultado da convicção do magistrado, sem que seja necessária a demonstração de razões empíricas que justifiquem seu convencimento, o que permite, em tese, que o juiz julgue com base na prova dos autos, sem a prova dos autos, e até mesmo contra a prova dos autos.<sup>82</sup>

Por fim, no sistema da persuasão racional, igualmente denominado de livre convencimento motivado, o juiz pode livremente sopesar as provas, desde que estas encontrem-se nos autos, a fim de preservar o contraditório, e fundamente a sua decisão, indicando a acusação e a defesa quais provas embasaram determinado posicionamento.<sup>83</sup>

Este sistema é o adotado na legislação processual penal em vigor, tanto que o Código de Processo Penal dispõe em seu art. 155:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.<sup>84</sup>

Para corroborar, colhe-se dos ensinamentos de Guilherme Madeira Dezem:

Extrai-se deste sistema que há ampla liberdade de julgamento para o juiz e para sua análise quanto ao contexto probatório havido nos autos. Contudo, a referida liberdade não implica arbítrio: o magistrado pode decidir a causa segundo seu livre convencimento, mas tal decisão deve ser amplamente motivada.<sup>85</sup>

Diante do exposto, verifica-se que entre os três sistemas de apreciação das provas, o da persuasão racional é o que resguarda os preceitos fundamentais estabelecidos em nossa Carta Magna, tanto que o Código de Processo Penal, através das alterações trazidas pela Lei n. 11.690/2008, buscou preservar estes direitos na própria legislação processual.

<sup>81</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 419.

<sup>82</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 604.

<sup>83</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 419.

<sup>84</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

<sup>85</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 421.

Assim, após explanar acerca das principais características do sistema probatório no processo penal, passa-se no próximo capítulo a análise específica da prova testemunhal, meio probatório atingido pelas falsas memórias.

### 3 PROVA TESTEMUNHAL

Neste capítulo, abordar-se-á especificamente o conceito e as características da prova testemunhal, dado que, em que pese ser o meio probatório mais utilizado pelos operadores jurídicos para comprovar a existência ou não de um crime, pode levar em erro o julgador em decorrência de sua fragilidade.

#### 3.1 CONCEITO

A prova testemunhal é aquela em que um indivíduo narra perante autoridade judicial informações acerca de um fato presenciado, que no processo penal, é a prática ou não de um crime.<sup>86</sup>

No tocante a este meio de prova, Renato Brasileiro de Lima registra que:

Testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante autoridade judiciária, declara o que sabe acerca de fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo.<sup>87</sup>

Acrescenta-se que “a prova testemunhal assume, no processo penal, função das mais importantes. Justamente por seu papel de relevo como fonte de convencimento do magistrado é que demanda cautela na sua produção, para que possa ser adequadamente valorada”.<sup>88</sup>

De acordo com a legislação processual penal em vigor, especificamente em seu art. 202, qualquer pessoa poderá ser testemunha, não existindo qualquer óbice legal que impeçam infantes e deficientes mentais a depor.<sup>89</sup>

Inferese, assim, da conceituação da prova testemunhal a sua importância para a comprovação da existência de um crime, tanto que esta constitui um dos meios probatórios mais antigos utilizados para tanto<sup>90</sup>, bem como que todos os indivíduos, independentemente da capacidade civil, poderão figurar em uma ação penal como testemunha.

<sup>86</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 468.

<sup>87</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 680.

<sup>88</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 508.

<sup>89</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

<sup>90</sup> MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 506-507.

### 3.2 CARACTERÍSTICAS

Na produção da prova testemunhal, far-se-á necessária a observância de suas características, a fim de que inexistam irregularidades a macular o meio probatório em questão.

A primeira característica é a judicialidade, isto é, somente é prova testemunhal aquela prestada perante autoridade judicial, sob o crivo do contraditório. Os depoimentos colhidos na fase indiciária, em tese, não constituem referido meio de prova, apenas dão ciência às partes da existência de testemunhas acerca do fato delituoso.<sup>91</sup>

Outra característica a destacar é a oralidade, porquanto o depoimento deve ser prestado de forma oral em juízo, não podendo ocorrer a substituição por sua forma escrita.<sup>92</sup>

A propósito, o Código de Processo Penal dispõe:

Art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.

Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.<sup>93</sup>

Contudo, existem exceções a este caso:

A regra da oralidade pode ser excluída segundo duas ordens de fatores: (a) por impossibilidade física da parte de produzir o testemunho oralmente, ou (b) pelo fato de determinadas pessoas possuírem prerrogativas de oferecerem seus depoimentos por escrito.<sup>94</sup>

O depoimento da testemunha deve ser objetivo, posto que trata apenas dos fatos narrados na ação penal, sendo que em nenhum momento pode ser emitido juízo de valor.<sup>95</sup>

Nesse sentido, transcreve-se o entendimento de Gustavo Henrique Badaró, o qual excepciona que:

A terceira característica da prova testemunhal é a objetividade. As testemunhas deverão depor sobre fatos percebidos pelos seus sentidos, sem emitir juízos de valor ou opinião pessoal. Excepcionalmente, admite-se que a testemunha manifeste suas

<sup>91</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 468.

<sup>92</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 509.

<sup>93</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)> Acesso em: 21 set. 2016.

<sup>94</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 509.

<sup>95</sup> LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 501.

apreciações pessoais, “quando inseparáveis da narrativa do fato” (por exemplo, que a briga foi muito rápida; que o soco foi muito forte...).<sup>96</sup>

Por fim, tem-se a característica da retrospectividade, a qual preconiza que o depoimento sempre vai referir-se a fatos passados e, via de consequência, é incabível que a testemunha realize qualquer consideração no tocante ao futuro ou que cogite hipóteses acerca do narrado.<sup>97</sup>

### 3.3 CLASSIFICAÇÃO

Existem diversas espécies de testemunha, destacando-se, primeiramente, as numerárias, que “[...] são computadas para efeito de aferição do número máximo de testemunhas legalmente permitido, ou seja, as arroladas pelas partes e que prestam compromisso legal”. Em sentido contrário, têm-se as extranumerárias, que são aquelas inquiridas por iniciativa do magistrado, bem como as que não possuem obrigação legal de prestar compromisso e, portanto, não são computadas na contagem acima.<sup>98</sup>

No que tange ao conteúdo, as testemunhas podem ser diretas ou indiretas, ou seja, referente à uma situação que presenciaram ou à informações obtidas por intermédio de terceiros e, em decorrência disso, o depoimento desta última não deve servir como base para o convencimento do magistrado.<sup>99</sup>

Outra classificação das testemunhas é em própria e imprópria, denominada esta também de instrumentária ou fedatária. Própria é aquela que depõe sobre o fato narrado na inicial acusatória, pertinente ao *thema probandum*. Já o objeto do depoimento da testemunha imprópria é fato diverso do crime abordado na ação penal.<sup>100</sup>

Ressaltam-se, ainda, os informantes, que são as testemunhas que não prestam compromisso legal de dizer a verdade.<sup>101</sup>

Sobre referida espécie de testemunha, o Código de Processo Penal prevê:

Art. 206. 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

<sup>96</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 469.

<sup>97</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 509.

<sup>98</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 687.

<sup>99</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 469.

<sup>100</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 688.

<sup>101</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 688.

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.<sup>102</sup>

Além disso, em seu art. 208, a legislação processual penal garante que o compromisso legal igualmente não será realizado pelos doentes e deficientes mentais, bem como pelos menores de 14 (quatorze) anos.<sup>103</sup>

Importa falar da testemunha referida, que são aquelas mencionadas por outra no decorrer do julgamento, sendo facultado às partes requerer a sua oitiva ou ao magistrado, de ofício, se entender necessário.<sup>104</sup>

Com isso, infere-se que existem diversas espécies de testemunha atualmente admitidas e, por conseguinte, far-se-á necessária a observância de suas características específicas.

### 3.4 DEVERES DA TESTEMUNHA

Como dito nos tópicos anteriores, a prova testemunhal é de suma importância na comprovação da prática de um delito. Em decorrência disso, a fim de resguardar a veracidade das informações prestadas, devem ser respeitados os deveres da testemunha, os quais se encontram previstos em lei.

O primeiro dever da testemunha é o de depor, sendo dispensados, em consonância com o art. 206 do Código de Processo Penal, os ascendentes e os descendentes do acusado em linha reta, exceto nos casos em que não for possível obter por outro meio a prova almejada.<sup>105</sup>

Não se pode olvidar, contudo, das pessoas que são proibidas por lei de depor acerca de determinado fato que “em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.<sup>106</sup>

<sup>102</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

<sup>103</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

<sup>104</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 688.

<sup>105</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 470.

<sup>106</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

A testemunha regularmente intimada tem o dever de comparecimento, caso não o faça, poderá ser conduzida coercitivamente, além de ser aplicada multa, e responder pelo crime de desobediência.<sup>107</sup>

Sobre as exceções, extrai-se dos ensinamentos de Guilherme Madeira Dezem que “as pessoas impossibilitadas de comparecer”, “as autoridades que serão inquiridas com data e horários por elas agendados” e as “hipóteses envolvendo depoimento por carta precatória e carta rogatória”, não se incluem no dever de comparecimento.<sup>108</sup>

O dever de dizer a verdade, isto é, de prestar compromisso legal, encontra-se previsto no art. 203 da legislação processual penal, nos seguintes termos:

Art. 203. 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.<sup>109</sup>

Algumas pessoas estão isentas do compromisso de dizer a verdade, entre elas, os parentes em linha reta do acusado, os menores de 14 (quatorze) anos e os doentes e deficientes mentais.<sup>110</sup>

A respeito do tema, contudo, é de suma importância observar:

De todo modo, é bom que se diga que o compromisso legal de dizer a verdade não decorre do ato de a testemunha prestar compromisso legal, previsto no art. 203 do CPP, cuja natureza é meramente processual e o valor jurídico é o de mera exortação, mas decorre do tipo penal do falso testemunho (art. 342 CP).<sup>111</sup>

Infere-se, ainda, que a testemunha tem o dever de comunicar ao juízo a mudança de endereço dentro do interregno de 1 (um) ano, podendo sofrer, em caso de omissão, as penalidades impostas pelo não comparecimento.<sup>112</sup>

Assim, resulta evidenciada a importância de resguardar os deveres da testemunha na produção do meio probatório em voga.

<sup>107</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 513.

<sup>108</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 513.

<sup>109</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

<sup>110</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

<sup>111</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 686.

<sup>112</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 515.



### 3.5 PROCEDIMENTO

As testemunhas da acusação e da defesa deverão ser arroladas no oferecimento da denúncia e na resposta do réu, respectivamente, hipótese não garantida ao assiste da acusação, uma vez que este ingressa na ação penal posteriormente. Todavia, este último poderá realizar questionamentos tanto as testemunhas arroladas pelo órgão ministerial quanto as indicadas pela defesa.<sup>113</sup>

Pertinente ao número de testemunhas, Renato Brasileiro de Lima preceitua:

O número de testemunhas varia de acordo com o procedimento a ser seguido: 1) Procedimento comum ordinário: 8 (oito) testemunhas (CPP, art. 401, *caput*); 2) Procedimento comum sumário: 5 (cinco) testemunhas (CPP, art. 532); 3) Procedimento sumaríssimo (Lei nº 9099/95): 3 (três) testemunhas; 4) Primeira fase do procedimento do júri: 8 (oito) testemunhas (CPP, art. 406, § 3º); 5) Segunda fase do procedimento do júri: 5 (cinco) testemunhas (CPP, art. 422); 6) Procedimento da Lei de drogas: 5 (cinco) testemunhas (Lei nº 11.343/06, art. 54, inciso III); 7) Procedimento ordinário do CPPM: 6 (seis) testemunhas (CPPM, art. 77, alínea “h”).<sup>114</sup>

Tem-se, ainda, a contradita, a qual se configura por ser o meio processual adequado para aventar a idoneidade ou suspensão da testemunha. Referido instituto não se refere ao conteúdo do depoimento, mas sim com a testemunha em si, razão pela qual o momento adequado para a sua arguição é após a qualificação.<sup>115</sup>

Nesse sentido, transcreve-se o art. 214 da legislação processual penal:

Art. 214. Antes de iniciado o depoimento, as partes poderão contraditar a testemunha ou arguir circunstâncias ou defeitos, que a tornem suspeita de parcialidade, ou indigna de fê. O juiz fará consignar a contradita ou arguição e a resposta da testemunha, mas só excluirá a testemunha ou não lhe deferirá compromisso nos casos previstos nos arts. 207 e 208.<sup>116</sup>

Inicia com os questionamentos a parte que arrolou a testemunha, isto é, se esta foi apontada pelo Ministério Público, este realiza primeiramente as perguntas, caso tenha sido indicada pela defesa, constitui seu encargo inquiri-la antes. Em ambos os casos, o magistrado

<sup>113</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 472.

<sup>114</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 688.

<sup>115</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 475.

<sup>116</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

apenas complementa os questionamentos alusivo aos pontos que não ficaram devidamente esclarecidos.<sup>117</sup>

Depreende-se que deve ocorrer na audiência de instrução e julgamento, primeiramente, à inquirição das testemunhas da acusação e, após, as da defesa, nesta ordem, exceto nos casos em que o depoimento é colhido por meio de carta precatória, pois a testemunha reside em área que não pertence à jurisdição do magistrado.<sup>118</sup>

A inobservância desta ordem, constante no art. 400 do Código de Processo Penal, pode ocasionar a nulidade relativa do ato processual em questão, sendo imprescindível para tanto a comprovação do prejuízo, em consonância com o princípio da nulidade.<sup>119</sup>

Diante do exposto, constata-se que a legislação processual penal prevê, dependendo do procedimento, critérios a ser seguidos na produção da prova testemunhal que, na hipótese de não serem observados, podem motivar a nulidade do ato processual.

### 3.6 FALSO TESTEMUNHO

Neste momento, mostra-se adequado abordar o crime de falso testemunho, previsto no art. 342 do Código Penal, a fim de resultar cristalina a diferença deste com o fenômeno das falsas memórias.

Sabe-se que neste artigo encontra-se previsto igualmente o crime de falsa perícia, contudo, prescindível qualquer manifestação em relação ao tema neste trabalho, devido o objeto de estudo.

Mencionado delito está previsto nos seguintes termos no Código Penal:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:  
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.  
§ 1º. As penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.  
§ 2º. O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 474.

<sup>118</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 697.

<sup>119</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 697.

<sup>120</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

O tipo penal em comento refere-se à conduta de fazer afirmação falsa, negar a ocorrência de um fato ou não se manifestar sobre ele, impossibilitando, de qualquer forma, o esclarecimento do ocorrido.<sup>121</sup>

Pertinente à estas condutas descritas no *caput* do referido dispositivo legal, Rogério Greco, ao citar Hungria, destaca:

Na primeira hipótese, temos a falsidade *positiva*, consistente na asseveração de um fato mentiroso; na segunda, a falsidade *negativa*, consistente na negação de um fato verdadeiro; na terceira, a *reticência*, isto é, o silêncio acerca do que se sabe ou a recusa em manifestá-lo (ocultação da verdade).<sup>122</sup>

O crime de falso testemunho visa proteger à Administração da Justiça, porquanto resguarda a produção de provas em processos judiciais e administrativos, bem como em inquérito policial e juízo arbitral.<sup>123</sup>

Trata-se de crime instantâneo, formal, próprio e de mão própria.<sup>124</sup> Destas características, ressalta-se a de ser formal, ou seja, o crime resulta caracterizado no momento em que uma das condutas narradas no tipo penal é praticada, independente do depoimento influenciar no resultado do julgamento.<sup>125</sup>

O sujeito ativo pode ser a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete e o sujeito passivo, diante do bem jurídico protegido pela norma penal, é o Estado, figurando subsidiariamente a pessoa que o falso testemunho prejudicaria.<sup>126</sup>

Na doutrina brasileira existe divergência referente à possibilidade do informante responder pelo crime de falso testemunho. A primeira corrente, a qual, registra-se, é minoritária, defende que a omissão da verdade por parte do informante enquadra-se na conduta constante no art. 342 do Código Penal, porquanto o tipo em voga não exige o compromisso legal. Já a segunda corrente sustenta a impossibilidade do informante praticar mencionado crime, em razão da inexistência do compromisso, isto é, dever de dizer a verdade.<sup>127</sup>

No que tange a este ponto, Celso Delmanto defende:

<sup>121</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 1057.

<sup>122</sup> HUNGRIA, 1958 apud GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 1057.

<sup>123</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal, 4º volume**: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 341.

<sup>124</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal, 4º volume**: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 347.

<sup>125</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal**: comentado. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 1057.

<sup>126</sup> DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 992.

<sup>127</sup> LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 686.

Ora, se a lei não tem dispositivos ou palavras inúteis, não haveria sentido em deferir-se compromisso a certas testemunhas e não a outras, se ambas – as compromissadas e as não compromissadas – são passíveis de falso testemunho. Afinal, se assim não fosse, nenhum valor jurídico teria, então, o compromisso, a “promessa de dizer a verdade”, “sob palavra de honra”.<sup>128</sup>

Em sentido contrário, alusivo ao compromisso de dizer a verdade, Rogério Greco expõe:

Como este não é elementar do delito tipificado no art. 342 do Código Penal, a outra conclusão não podemos chegar a não ser pelo reconhecimento do delito de falso testemunho em qualquer situação, ou seja, haja ou não a testemunha assumido o compromisso de falar a verdade do que souber e lhe for perguntado.<sup>129</sup>

Existem duas teorias acerca do crime de falso testemunho, na objetiva, o delito em questão é praticado quando o depoimento não corresponde com a realidade dos fatos; já na subjetiva, o delito resulta da diferença entre o que a testemunha diz e o que realmente sabe sobre o narrado na inicial acusatória.<sup>130</sup>

De qualquer forma, o elemento subjetivo do tipo penal é o dolo e, assim, para a configuração do crime far-se-á imperiosa a intenção de praticá-lo, não existindo tipificação legal de possível modalidade culposa.<sup>131</sup>

Além disso, a ação penal é pública incondicionada, conseqüentemente, a titularidade pertence ao órgão ministerial.<sup>132</sup>

Importa observar que, em decorrência da pena cominada no preceito secundário do tipo penal ser de 1 (um) a 3 (três) anos<sup>133</sup>, é possível a suspensão condicional do processo.<sup>134</sup>

Para finalizar, acrescenta-se que, se a testemunha que prestou falsas declarações retratar-se antes da prolação da sentença, a conduta perpetrada deixa de ser punível, em decorrência do disposto no § 2º do art. 342 do Código Penal.<sup>135</sup>

<sup>128</sup> DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 992-993.

<sup>129</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 1059.

<sup>130</sup> JESUS, Damásio de. **Direito penal, 4º volume: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 348.

<sup>131</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 1058.

<sup>132</sup> DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 993.

<sup>133</sup> BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em: 21 set. 2016.

<sup>134</sup> DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 992.

<sup>135</sup> GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013. p. 1059.

Desse modo, após tecer algumas considerações sobre o crime de falso testemunho, depreende-se que neste caso o indivíduo possui plena ciência de que as informações prestadas são inverídicas, o qual visa, a todo o momento, levar em erro o julgador.

### 3.7 VERDADE REAL NO PROCESSO PENAL

A princípio, cumpre ressaltar que existem divergências entre os doutrinadores a respeito da busca da verdade real no processo penal, como pode ser visto nos conceitos abordados a seguir.

Pertinente à verdade real, Guilherme Madeira Dezem destaca o preceituado por Mirabete:

[...] Decorre desse princípio o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal.<sup>136</sup>

Referido objetivo, no processo penal, possibilita ao julgador que este busque provas com a finalidade de investigar o que, de fato, ocorreu, não estando este limitado ao conjunto probatório produzido pelas partes no decorrer da instrução processual.<sup>137</sup>

Atualmente, o conceito de verdade real encontra-se relativizado, uma vez que se percebeu a impossibilidade de alcançar a verdade absoluta acerca da prática ou não de uma infração penal, tanto que se mostra mais adequado, na verdade, buscar a verdade possível e não mais a real.<sup>138</sup>

A propósito, alguns doutrinadores defendem o descabimento da verdade real almejada pelos atuantes na ação penal, seja magistrado, Ministério Público e defesa, pois esta ocasiona inúmeros transtornos e fere os princípios que abarcam o processo penal.<sup>139</sup>

Entre eles, ressalta-se o disposto no escólio de Aury Lopes Júnior:

O maior inconveniente da verdade real foi ter criado uma “cultura inquisitiva” que acabou se disseminando por todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A partir dela, as práticas probatórias mais diversas estão autorizadas pela nobreza de seus propósitos: a verdade.<sup>140</sup>

<sup>136</sup> MIRABETE, 2006 apud DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 398.

<sup>137</sup> DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 2.

<sup>138</sup> DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 398.

<sup>139</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 381.

<sup>140</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 381.

Com isso, verifica-se que, até a data da presente monografia é utópico pensar que o acervo probatório vai demonstrar fielmente as informações acerca de um crime, razão pela qual a diligência na produção probatória deve ser ainda maior, independente do meio utilizado para tanto.

Diante do exposto, depreende-se que a prova testemunhal possui diversas características e preceitos estabelecidos na legislação que devem ser observados em sua produção, a fim de preservar, ao máximo, a veracidade das informações colhidas através dos depoimentos.

Contudo, somente o previsto em lei não é o suficiente para preservar a prova testemunhal de ser atingida por fenômenos psicológicos, entre eles, as falsas memórias, assunto a ser abordado no próximo capítulo.

## 4 A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

A prova testemunhal, meio probatório amplamente utilizado para comprovar a prática ou não de um crime, pode estar acometida por diversos vícios, merecendo destaque os ocasionados pela incidência das falsas memórias.

Isso porque referido fenômeno psicológico torna incerta a veracidade das informações extraídas através dos depoimentos, porquanto faz com que um indivíduo recorde ter presenciado ou vivenciado certa situação que nunca ocorreu.<sup>141</sup>

Em decorrência disso, diversos problemas são acarretados no processo penal, precipuamente pelo fato de colocar em dúvida se tão-somente a prova testemunhal constitui elemento de convicção suficiente para a comprovação da prática de um ilícito penal.

### 4.1 DEFINIÇÃO DE MEMÓRIA

Primeiramente, para melhor elucidação do objeto de estudo, examinar-se-á o conceito de memória.

A memória é qualquer “aquisição, formação, conservação e evocação de informações” e, por conseguinte, esta define a personalidade de um indivíduo, visto que é por intermédio dela que a pessoa recorda as experiências sociais a qual foi submetida, sejam elas boas ou ruins.<sup>142</sup>

A conceituação pode ocorrer através de três abordagens diversas: neurológica, em que a base é a capacidade de reter conhecimentos e recordar-se deles; antropológica, na qual, por exemplo, a realidade da prática de um crime é percebida de uma forma por quem o presencia ou é informado deste, sendo posteriormente transformada em outra devido às características pessoais; e, social, em que a existência de uma memória coletiva é defendida.<sup>143</sup>

Sobre a influência das memórias na formação da personalidade, Izquierdo expõe que:

O conjunto das memórias de cada um determina aquilo que se denomina personalidade ou forma de ser. Um humano ou um animal criado no medo será mais

<sup>141</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 14.

<sup>142</sup> IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 09-10.

<sup>143</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 105, 114 e 122.

cuidadoso, introvertido, lutador ou ressentido, dependendo de suas lembranças específicas mais do que suas propriedades congênitas.<sup>144</sup>

Importa destacar que a recordação de informações previamente armazenadas pela memória não vai corresponder igualmente com a realidade, visto a interferência de vários fatores que a aquisição destas pode vir a sofrer, entre eles a atividade sensorial<sup>145</sup>, pois “ouve-se melhor à noite, vê-se com mais exatidão depois de ter descansado do que quando se está fatigado”.<sup>146</sup>

Nesse sentido, Izquierdo anota em seus ensinamentos que “a memória do perfume da rosa não traz a rosa, a dos cabelos da primeira namorada não a traz de volta, a da dor do amigo falecido não nos recupera o amigo”, situação que permeia as recordações de informações adquiridas referentes à prática de uma infração penal.<sup>147</sup>

Com isso, verifica-se que a memória, em síntese, é a aquisição de informações por um indivíduo, a qual pode ser analisada sobre diferentes enfoques. Todavia, todos eles convergem em um ponto, a lembrança de uma memória não vai corresponder no todo a realidade em que foi adquirida, característica esta que deve ser considerada na colheita dos depoimentos em ambas as fases da persecução penal, precipuamente sob o crivo do contraditório.

## 4.2 MEMÓRIA E ESQUECIMENTO

A memória é a base para a formação da personalidade de um indivíduo. Contudo, os mecanismos desta podem vir a saturar, sendo necessário, portanto, o esquecimento de algumas informações, com o propósito de possibilitar que novas sejam adquiridas.<sup>148</sup>

O esquecimento, ao contrário do que parece, é benéfico ao ser humano, porquanto:

Nossa vida social, de fato, seria impossível se lembrássemos de todos os detalhes de nossa interação com todas as pessoas e todas as impressões que tivemos de cada uma dessas interações. Não poderíamos sequer dialogar com os seres queridos se

<sup>144</sup> IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 10.

<sup>145</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 103-104.

<sup>146</sup> ALTAVILLA, 1945 apud DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 104.

<sup>147</sup> IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 17.

<sup>148</sup> IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martin. A arte de esquecer. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 289-296, set./dez., 2006. Quadrimestral.



cada vez que os víssemos viesse à nossa lembrança algum mal-estar ou alguma briga ou humilhação, por menor que fosse.<sup>149</sup>

Existem diversas formas de esquecimento, sendo a principal a extinção da informação, a qual Izquierdo, Bevilaqua e Cammarota exemplificam da seguinte forma:

[...] se associamos uma campainha (estímulo condicionado) com um choque elétrico (estímulo incondicionado) e com isso se gera uma resposta de flexão, e passamos a apresentar à campainha isolada, sem o choque, essa aos poucos irá se associando com a falta de choque e a resposta de flexão será suprimida. A campainha deixa de sinalizar um choque; passa a sinalizar que não vira mais um choque.<sup>150</sup>

Outra forma de esquecimento, preconizada por Sigmund Freud, é a repressão da memória. Ainda, pode ocorrer pelo tempo em que esta é armazenada, como a de poucos segundos que se encontram localizadas na memória de trabalho, bem como outras que não ultrapassam a memória de curta duração. Além disso, impende destacar as que desaparecem pela falta de uso, configurando o esquecimento real.<sup>151</sup>

Atualmente, “[...] o que se vê [...] não é uma memória do tempo real, mas sim, uma memória do esquecimento, pois ainda não houve tempo para aquela se fixar, relembramos, ainda, haver um tempo entre a aquisição e a evocação da memória”.<sup>152</sup>

À vista disso, depreende-se a normalidade do esquecimento das experiências vivenciadas por um indivíduo, tanto as recentes quanto as adquiridas no decorrer dos anos, situação que reflete diretamente na produção da prova testemunhal.

#### 4.3 CONCEITO DE FALSAS MEMÓRIAS

As falsas memórias configuram-se por ser aquelas em que “pessoas normais lembram de fatos específicos como se tivessem ocorrido durante determinados episódios de suas vidas quando, de fato, não ocorreram naquele momento – ou jamais ocorreram”, sendo o campo jurídico o mais atingido pelos seus efeitos danosos.<sup>153</sup>

<sup>149</sup> IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 37.

<sup>150</sup> IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martin. A arte de esquecer. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 289-296, set./dez., 2006. Quadrimestral.

<sup>151</sup> IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martin. A arte de esquecer. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 289-296, set./dez., 2006. Quadrimestral.

<sup>152</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 103-104.

<sup>153</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 14.

Referido fenômeno psicológico decorre do funcionamento normal da memória e, em decorrência disso, possui significativa semelhança com a memória verdadeira no que concerne as bases cognitiva e neurofisiológica, diferenciando-se tão-somente destas devido a sua composição ser, em parte, de recordações de fatos que não ocorreram.<sup>154</sup>

Sobre o tema, mostra-se necessário ressaltar do escólio de Cristina Di Gesu:

As falsas memórias não giram apenas em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento. Há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quando espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestionabilidade externa.<sup>155</sup>

Inferese, assim, que as falsas memórias subdividem-se de acordo com a origem da falsificação, isto é, podem ser espontâneas, em que a alteração da memória ocorre em razão do próprio funcionamento desta, sem que uma fonte externa influencie para tanto, ou seja, de distorções endógenas do próprio indivíduo.<sup>156</sup>

Tal situação é exemplificada da seguinte forma na obra de Stein e outros:

Um exemplo baseado em uma situação real aconteceu com uma colega de trabalho que tinha certeza de ter trazido seus óculos de grau presos a um cordão no pescoço, já que lembrava vividamente ter ajeitado os óculos no cordão, quando saía do seu carro ao chegar à universidade. Não conseguindo encontrar seus óculos, depois de frustradas buscas pelos caminhos que teria passado naquele dia, ela resolveu arcar com o prejuízo e comprar óculos novos. Alguns dias depois, um outro professor encontrou os óculos perdidos em sua sala, onde a colega havia estado para uma reunião alguns dias antes.<sup>157</sup>

De outro lado, existem as falsas memórias sugeridas, nas quais “após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz”, decorrendo esta de influência de fonte externa ao indivíduo, seja de forma intencional ou acidental.<sup>158</sup>

Nesse ponto, far-se-á necessário destacar Elisabeth Loftus, responsável por uma das principais pesquisas acerca da sugestionabilidade da memória, tendo em vista que em seu

<sup>154</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 20.

<sup>155</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 128-129.

<sup>156</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 23.

<sup>157</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 23.

<sup>158</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 24.

estudo os psicólogos participantes, com o objetivo de implementar falsas lembranças, apresentaram a voluntários situações vivenciadas por estes, conforme relatos de seus familiares, acrescentados de novos fatos. No fim da pesquisa, restou constatado o resultado alarmante de que 25 % (vinte e cinco por cento) dos voluntários participantes relataram que a falsa memória foi vivenciada por estes.<sup>159</sup>

A propósito, transcreve-se relato da pesquisadora supracitada sobre um caso referente às falsas memórias sugeridas:

Nadean Cool, auxiliar de enfermagem de Wisconsin, consultou um psiquiatra porque não conseguia lidar com as consequências de um acidente sofrido pela filha. Durante o tratamento, o terapeuta utilizou hipnose e outras técnicas de sugestão. Depois de algumas sessões, Nadean se convenceu de que tinha sido usada na infância por uma seita satânica que a violentara, a obrigara a manter relações sexuais com animais e a forçara a assistir um assassinato de um amigo de 8 anos. O psiquiatra acabou por fazê-la acreditar que ela tinha mais de 120 personalidades em decorrência dos abusos sexuais e da violência sofridos quando criança. Esse profissional realizou várias sessões de exorcismo, uma das quais durou cinco horas. Quando, enfim, compreendeu que estavam lhe inculcando falsas lembranças, Nadean processou o psiquiatra. Em 1997, o caso foi resolvido mediante o pagamento de indenização.<sup>160</sup>

Com isso, depreende-se que o fenômeno psicológico sob exame faz com que um indivíduo acredite ter vivenciado uma situação que, de fato, não ocorreu, em virtude da influência de fatores externos, como a sugestionabilidade de informações por outras pessoas, bem como por fatores internos, decorrentes do próprio funcionamento da memória.

#### 4.4 TEORIAS EXPLICATIVAS DAS FALSAS MEMÓRIAS

Acerca da falsificação das lembranças, existem três teorias que buscam explicar a sua formação.

A primeira, denominada de Teoria do Paradigma Construtivista defende que a memória é “um sistema único que vai sendo construído a partir da interpretação que as pessoas fazem dos eventos. Assim, a memória resultante do processo de construção seria

<sup>159</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 134.

<sup>160</sup> LOFTUS, 2005 apud DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 133.

aquilo que as pessoas entendem sobre experiência, seu significado, e não a experiência propriamente dita”.<sup>161</sup>

Infere-se, assim, que a lembrança encontra-se diretamente relacionada com as experiências anteriormente vivenciadas, pois estas influenciam no significado que a nova experiência adquirida vai ter para o indivíduo<sup>162</sup>, sendo no processo de interpretação que as falsas memórias são originadas.<sup>163</sup>

A Teoria do Paradigma Construtivista não é aceita em decorrência de preconizar que as informações literais sobre determinado fato, que no processo penal seria a prática de uma infração penal, são perdidas durante o processo de interpretação da experiência.<sup>164</sup>

Já a segunda, a do Monitoramento da Fonte, baseia-se na distinção entre a fonte verdadeira de outras, que podem ser internas ou externas, por intermédio do monitoramento da realidade. Destaca-se que fonte é o “local, pessoa ou situação de onde uma informação é advinda”.<sup>165</sup>

As falsas memórias, segundo esta Teoria, decorreriam quando uma informação é atribuída a uma fonte diversa, por erro no monitoramento de qual fonte teria sobrevivido à recordação.<sup>166</sup>

Nesse sentido, Cristina Di Gesu anota:

As falsas memórias não seriam fruto de distorção da lembrança, mas sim, “atribuições errôneas da fonte da informação lembrada por erro de julgamento”, ou seja, atribuímos pensamentos, imagens e sentimentos advindos de uma fonte equivocadamente a outra.<sup>167</sup>

Neste caso, a falsificação da memória ocorre quando deve ser atribuída rapidamente a uma lembrança a fonte desta, em decorrência do indivíduo portador da

---

<sup>161</sup> BRANSFORD E FRANKS, 1971 apud STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 27.

<sup>162</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 27.

<sup>163</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 138.

<sup>164</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 138.

<sup>165</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 31.

<sup>166</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 31.

<sup>167</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 139.

informação ter que prestar atenção em outros aspectos referentes à atribuição que está a executar.<sup>168</sup>

Para complementar, destaca-se do escólio de Stein e outros:

Situação em que se realizam simultaneamente duas ou mais tarefas prejudicam o armazenamento e, conseqüentemente, a recuperação de uma informação específica. A atenção do indivíduo está focada em diversos aspectos de ambas as tarefas, impedindo uma identificação confiável da origem da informação. Um julgamento rápido da fonte da informação contribui para um erro de atribuição, ou seja, para a formação de Falsas Memórias (FM).<sup>169</sup>

Todavia, a Teoria do Monitoramento da Fonte, como a do Paradigma Construtivista, não é aceita para a explicação da formação das falsas memórias, diante da sua incompletude, pois a falsificação ocorreria tão-somente pelo erro na indicação da fonte responsável pela informação.<sup>170</sup>

Por último, a Teoria do Traço Difuso expõe, ao contrário das outras, que a memória subdivide-se em sistemas, a memória de essência, consistente na compreensão da experiência, e a memória literal, na qual são armazenados os detalhes de uma informação.<sup>171</sup>

A respeito do tema, Stein e outros exemplificam da seguinte forma:

Segundo essa Teoria, as pessoas armazenam separadamente representações literais e de essência de uma mesma experiência, as literais capturam os detalhes específicos e superficiais (p. ex., “bebeu um guaraná”, “comeu um hambúrguer com queijo”), e as de essência registram a compreensão do significado da experiência, que pode variar em nível de generalidade (p. ex., “bebeu um refrigerante”, “comeu um sanduíche”, “comeu um lanche”).<sup>172</sup>

Impende destacar, ainda, que as taxas de esquecimento dependem da representação, contudo, no decorrer do tempo, as memórias de essência caracterizam-se por ser mais estáveis que as literais, fato que influencia diretamente nas falsas memórias.<sup>173</sup>

Isso porque:

<sup>168</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 32.

<sup>169</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 32.

<sup>170</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 139.

<sup>171</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 139-140.

<sup>172</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 34.

<sup>173</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 34.

No que tange as Falsas Memórias (FM) sugeridas, a Teoria do Traço Difuso (TTD) [...] propõe que a sugestão de uma falsa informação gera efeitos diferentes nas Memórias Verdadeiras (MV) e FM. A sugestão (p. ex., placa de “dê a preferência”) interfere e enfraquece a MV (placa de “parada obrigatória”), podendo também dificultar sua recuperação. Assim, a recuperação de traços literais das falsas informações sugeridas pode produzir dois efeitos: tanto a redução das MV quanto o aumento das FM sugeridas. Por outro lado, somente a lembrança de traços de essência do que foi sugerido (p. ex., “placa de trânsito”) levaria somente ao segundo efeito, ou seja, um aumento das FM, já que esses traços de essência são consistentes tanto com o significado geral da experiência vivida quanto com a essência da falsa informação.<sup>174</sup>

Além disso, constata-se que, em decorrência da memória não ser constituída por um sistema unitário, mas sim por dois sistemas paralelos, as funções de armazenamento e recuperação das lembranças são dissociadas.<sup>175</sup>

Mencionada teoria, em que pese ser a mais completa entre as três existentes, igualmente é objeto de críticas por parte de especialistas da área, porquanto deixa de abordar aspectos que vão de encontro com a base desta, como a sua divisão em traços, sendo um predominante, quando existem estudos comprobatórios que a recuperação de ambos é possível.<sup>176</sup>

Com base no exposto, infere-se que apesar dos crescentes estudos acerca da falsificação da lembrança, atualmente, inexistente uma teoria que consiga abarcar todos os aspectos de sua formação.

#### 4.5 FALSAS MEMÓRIAS, MENTIRA E CRIPTOMNÉSIA

As falsas memórias, a mentira e a criptomnésia são fenômenos distintos, razão pela qual é necessário realizar a sua distinção.

A princípio, ressalta-se do escólio de Aury Lopes Júnior em relação à diferença entre a falsificação da memória e as mentiras:

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação.<sup>177</sup>

<sup>174</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 34.

<sup>175</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 34.

<sup>176</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 141.

<sup>177</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 485.

Com isso, verifica-se que nas falsas memórias, o indivíduo narrador dos fatos não possui ideia de que estes não condizem com a realidade, situação diversa da mentira, em que a verdade é conscientemente modificada.<sup>178</sup>

Acrescenta-se que “[...] enquanto a mentira ou simulação por pressão social tem base social, a falsa memória, sugerida ou espontânea é um fenômeno de base mnemônica, mais precisamente, uma lembrança.”<sup>179</sup>

Ambas ocasionam graves prejuízos a persecução penal, porém, a falsificação da memória é mais grave que a mentira, em decorrência da dificuldade de identificá-la, pois o indivíduo não tem consciência de que as informações prestadas são inverídicas.<sup>180</sup>

Não se pode olvidar da criptomnésia, a qual consiste em “[...] um falseamento da memória em virtude do qual as lembranças perdem suas qualidades e aparecem ao paciente como fatos novos”.<sup>181</sup>

Resulta cristalino que diversos fenômenos podem influenciar na prova testemunhal, sendo necessário que o operador jurídico tenha ciência desse fato, a fim de intentar preservar referido meio probatório.

#### 4.6 FATORES DE CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS TESTEMUNHAIS E DA REDUÇÃO DE DANOS

A persecução penal possui como objetivo precípuo a reconstrução de um crime, isto é, de um fato passado, sendo a prova testemunhal o meio probatório mais utilizado para tanto.<sup>182</sup>

Todavia, a prova testemunhal depende da memória de quem presenciou a prática delitiva, razão pela qual pode sofrer influências de fatores externos, proporcionando, assim, a criação de falsas memórias.<sup>183</sup>

À vista disso, abordar-se-á os fatores de contaminação do transcurso do tempo e do método utilizado pelo entrevistador, bem como da redução de danos ocasionados por estes.

<sup>178</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 137.

<sup>179</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 137.

<sup>180</sup> LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 485.

<sup>181</sup> TRIPICCHIO, Adalberto. Revisão: alterações da cognição: (b) memória – parte II. **RedePsi Psicologia**, 31 jan 2008. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/2008/01/31/revis-o-altera-es-da-cogni-o-b-mem-ria-parte-ii/>>. Acesso em: 10 out. 2016.

<sup>182</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 164-165.

<sup>183</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 165.

#### 4.6.1 Transcurso do tempo

A Constituição Federal, por intermédio de seu art. 5º, LXXVIII, garante a todos a razoável duração do processo, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial, pois é necessário um prazo para findar a persecução penal.<sup>184</sup>

Porém, não é estipulado constitucionalmente nem na legislação processual penal em vigor um período exato para tanto, não podendo ser julgado precocemente, com o objeto de garantir a ampla defesa e o contraditório às partes, nem ser postergado indefinidamente.<sup>185</sup>

Nessa senda, Cristina Di Gesu anota:

O processo não pode demorar demais – para não configurar em negação à justiça –, mas, por outro lado, também não pode ser julgado imediatamente, pois deve respeitar, além da maturação do ato de julgar, as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação das decisões judiciais, entre outras.<sup>186</sup>

Referida medida visa proteger a produção das provas, pois, se colhidas dentro de um prazo razoável, maior confiabilidade esta terá. Tal situação pode ser vista na prova testemunhal, dado que se colhidos os depoimentos em tempo, evitar-se-á o esquecimento, além da falsificação da memória.<sup>187</sup>

Depreende-se, assim, que a colheita da prova testemunhal em tempo razoável minimizaria de sobremaneira os danos ocasionados pelo transcurso do tempo, pois evitaria influências de diversos fatores no depoimento do indivíduo, os quais podem induzir as falsas memórias, bem como o esquecimento do que, de fato, ocorreu.

#### 4.6.2 Linguagem e método do entrevistador

A linguagem e o método utilizado pelo entrevistador igualmente constituem fatores de contaminação, pois é através dele que se extrai o relato da testemunha acerca de um

<sup>184</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 168.

<sup>185</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 169.

<sup>186</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 169.

<sup>187</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 169-170.



fato delituoso, uma vez que é o responsável por “engajá-la no processo de busca de informações precisas contidas na sua memória”.<sup>188</sup>

A respeito do tema, Di Gesu destaca:

Através da entrevista – intervenção verbal entre duas pessoas – uma delas, isto é, o entrevistador, busca do entrevistado a obtenção de informações específicas acerca de determinado evento. Considerando ser a inquirição as vítimas e de testemunha de um evento delituoso o componente mais importante das investigações e o principal elemento de prova no processo criminal, crucial para a avaliação da confiabilidade dos relatos o estudo acerca da linguagem e o método utilizado pelo entrevistador, até mesmo como forma de minimização dos danos.<sup>189</sup>

Stein e outros, ao citarem Ceci e Bruck, expõem que a opinião do entrevistador sobre o fato investigado, ao ser manifestada na postura deste, reflete diretamente no comportamento da testemunha e reflete em seu depoimento, levando a distorções acerca do presenciado.<sup>190</sup>

Acrescentam, ainda, que os dez erros mais comuns dos entrevistadores são: “1. Não explicar o propósito da entrevista; 2. Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3. Não estabelecer *rapport* (afinidade); 4. Não solicitar o relato livre; 5. Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; 6. Fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7. Não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8. Não permitir pausas; 9. Interromper a testemunha quando ela está falando e 10. Não fazer o fechamento da entrevista”.<sup>191</sup>

Com o propósito de reduzir os danos, far-se-á imperioso a utilização da entrevista cognitiva, ou seja, aquela em que os entrevistadores são treinados para conduzir apropriadamente os depoimentos, nos quais evitam as perguntas fechadas e quaisquer outras intervenções que possam interferir nas declarações das testemunhas, diminuindo, dessa forma, drasticamente a incidência das falsas memórias.<sup>192</sup>

<sup>188</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 204.

<sup>189</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 176.

<sup>190</sup> CECI E BRUCK, 1995 apud STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 204.

<sup>191</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 211.

<sup>192</sup> STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 218.

#### 4.7 CASOS EM QUE AS FALSAS MEMÓRIAS FORAM RECONHECIDAS

Neste ponto, com a finalidade de demonstrar a ocorrência do fenômeno psicológico sob exame, apresenta-se casos em que foram reconhecidas as falsas memórias pelo julgador.

Não se olvida o caso da Escola de Base de São Paulo, no qual resulta devidamente demonstrada a sugestionabilidade do depoimento infantil em crimes sexuais, porquanto as crianças possuem a tendência de “corresponder às expectativas do que deveria acontecer, bem como às expectativas do adulto entrevistador”.<sup>193</sup>

Contudo, demonstrar-se-ão ações penais propostas pelo Ministério Público em que os agentes foram absolvidos em virtude do reconhecimento das falsas memórias.

Referidos casos referem-se a crimes em que bem jurídico diverso da dignidade sexual fora violado, demonstrando, assim, que a falsificação da memória não está limitada a crimes sexuais e nem ao menos atingem apenas infantes.

Na ação penal n. 0264028-43.2014.8.24.0001, de competência da 2ª Vara Criminal e Juizado do Torcedor e Grandes Eventos da Comarca de Porto Alegre, Rio Grande do Sul, o Ministério Público ofereceu denúncia em face de Adriano Melo Teixeira, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, uma vez que supostamente subtraiu, em concurso com indivíduo não identificado, mediante o emprego de arma de fogo, dois celulares e um automóvel.<sup>194</sup>

Ao sentenciar o feito, o magistrado Mauro Caum Gonçalves absolveu o réu em decorrência da autoria delitiva não estar comprovada, pois evidentemente o depoimento da vítima estava contaminado pelas falsas memórias.<sup>195</sup>

Isso porque, no reconhecimento fotográfico realizado, conforme informações extraídas do seu depoimento em juízo, a vítima foi induzida pelos policiais a apontar o réu como autor do crime, uma vez que confirmaram que este possuía diversas passagens pela polícia, induzindo-a a crer que o réu igualmente era responsável pelo roubo em questão.<sup>196</sup>

<sup>193</sup> DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 147.

<sup>194</sup> FALSAS memórias reconhecidas em sentença absolvem acusado de roubo, em Porto Alegre. **Empório do Direito**, 6 jun. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/falsas-memorias-reconhecidas-em-sentenca-absolvem-acusado-de-roubo-em-porto-alegre/>>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>195</sup> FALSAS memórias reconhecidas em sentença absolvem acusado de roubo, em Porto Alegre. **Empório do Direito**, 6 jun. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/falsas-memorias-reconhecidas-em-sentenca-absolvem-acusado-de-roubo-em-porto-alegre/>>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>196</sup> FALSAS memórias reconhecidas em sentença absolvem acusado de roubo, em Porto Alegre. **Empório do Direito**, 6 jun. 2015. Disponível em: <<http://emporiiodireito.com.br/falsas-memorias-reconhecidas-em-sentenca-absolvem-acusado-de-roubo-em-porto-alegre/>>. Acesso em: 28 out. 2016.

A propósito, transcreve-se da supramencionada sentença absolutória que:

[...] De fato, em um ambiente propício para a indução – onde são apresentadas fotografias de “suspeitos” da autoria de crimes -, o contexto criado e estimulado pela consabida expectativa dos envolvidos para que seja encontrado um culpado constitui motivo suficiente para a criação de uma impressão cognitiva contrafeita.

Nada obstante tenha a vítima identificado “com certeza” o acusado como sendo o autor do roubo durante a instrução em audiência, entendo que a sua firme posição decorra de bases cognitivas contrafeitas e induzidas– “falsas memórias”. É o que revela o depoimento que prestou na fase judicial, que parte de premissas notadamente influenciadas por um contexto engendrado na fase investigatória e desfavorável à formação de um juízo isento e apto a orientar o ato de identificação e apontamento do autor do delito.

[...]

Saliento, por fim, que não se trata de desconsiderar totalmente a palavra da vítima ou de refutar inexoravelmente o reconhecimento fotográfico como técnica investigativa (e não fonte de prova!!!), mas de respeitar a perspectiva constitucional e convencional reclamada para a prolação de um decreto condenatório, que exige traga-se com a maior amplitude possível para o processo toda a complexidade do fato e das circunstâncias em que se materializou.

E sem olvidar do caráter pedagógico que o Código de Ética da Magistratura recomenda seja observado na atuação jurisdicional, destaco que é dever dos atores da persecução penal manterem-se constantemente atentos para esse grave problema que macula a prova testemunhal e o reconhecimento de pessoas, no intuito de buscar um aprimoramento das técnicas de interrogatório visando à redução da possibilidade de induções e otimizando a constatação da ocorrência das falsas memórias.<sup>197</sup>

Outro caso em que houve o reconhecimento do fenômeno psicológico das falsas memórias foi o que versava a Apelação Criminal nº 3490044-98.2004.8.13.0024, julgada pela 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, ementado o acórdão da seguinte forma:

APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA ISOLADO NOS AUTOS - INDÍCIOS DE FALSA MEMÓRIA - PROVA INSEGURA - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA.

- É necessária prova escorreita e segura da existência e da autoria do fato delituoso para que a presunção de inocência que milita em favor do acusado seja elidida. Isso porque uma condenação baseada apenas em conjecturas e ilações feriria de morte o princípio da não-culpabilidade, ínsito à dignidade da pessoa, matriz de nossa Constituição.

- Em se tratando de crimes contra o patrimônio, as palavras da vítima têm especial relevância. Entretanto, quando há fortes indícios de que elementos externos inflaram a imaginação dos ofendidos, é impossível prolatar sentença condenatória fundada exclusivamente nas suas declarações, diante da manifesta insegurança probatória.<sup>198</sup>

<sup>197</sup> FALSAS memórias reconhecidas em sentença absolvem acusado de roubo, em Porto Alegre. **Empório do Direito**, 6 jun. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/falsas-memorias-reconhecidas-em-sentenca-absolvem-acusado-de-roubo-em-porto-alegre/>>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>198</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 3490044-98.2004.8.13.0024, Relator: Cássio Salomé, Belo Horizonte/MG, 16 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 28 out. 2016.

O Ministério Público estadual ofereceu denúncia em face de Glaysson Alves de Oliveira, dando-o como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, pois em concurso de agentes e com o emprego de arma de fogo, subtraiu 2 (dois) celulares, 1 (um) telefone, 3 (três) relógios de pulso, R\$ 7.400,00 (sete mil e quatrocentos reais) em dinheiro e diversos cheques que encontraram no estabelecimento comercial, tendo o magistrado singular condenado-o pela prática da conduta ilícita narrada na inicial acusatória.<sup>199</sup>

Por unanimidade, a Câmara competente para o julgamento de referido recurso absolveu o apelante do crime que lhe fora imputado.<sup>200</sup>

Tal veredicto ocorreu devido as vítimas, ao prestarem depoimentos na fase inquisitorial, afirmarem a impossibilidade de reconhecerem os agentes em virtude destes usarem capacetes no momento do crime, contudo, após a prisão do apelante na motocicleta empregada na fuga, a qual foi amplamente divulgada, as vítimas o reconheceram como um dos autores do delito.<sup>201</sup>

Com base nisso, o Relator expôs que o conjunto probatório demonstra que, por fatores internos, após saberem da prisão de um indivíduo na posse do veículo utilizado para a fuga, surgiram falsas memórias nas vítimas, uma vez que estas modificaram o teor de suas declarações iniciais e reconheceram o apelante como autor do crime, não olvidando ser fato incontroverso que os agentes permaneceram com capacetes enquanto perpetravam o delito.<sup>202</sup>

À vista do exposto, constata-se a fragilidade da prova testemunhal, uma vez que comprovado ser esta amplamente influenciável, seja por fatores externos, como o transcurso do tempo e o método utilizado na colheita dos depoimentos, bem como por fatores internos,

---

<sup>199</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 3490044-98.2004.8.13.0024, Relator: Cássio Salomé, Belo Horizonte/MG, 16 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>200</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 3490044-98.2004.8.13.0024, Relator: Cássio Salomé, Belo Horizonte/MG, 16 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>201</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 3490044-98.2004.8.13.0024, Relator: Cássio Salomé, Belo Horizonte/MG, 16 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 28 out. 2016.

<sup>202</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 3490044-98.2004.8.13.0024, Relator: Cássio Salomé, Belo Horizonte/MG, 16 de maio de 2013. Disponível em: <[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 28 out. 2016.

próprios do indivíduo, sendo ambos capazes de originarem falsas memórias e, via de consequência, alterarem a veracidade dos relatos das testemunhas.

## 5 CONCLUSÃO

Neste trabalho, apresentou-se a fragilidade da prova testemunhal, dado que esta pode encontrar-se acometida por diversos vícios, entre eles, destaca-se a falsificação da memória.

Para tanto, abordou-se, primeiramente, acerca do sistema probatório em geral preconizado na legislação processual penal vigente para, após, adentrar-se especificamente na prova testemunhal.

A fim de demonstrar a falibilidade de referido meio probatório, discorreu-se sobre o fenômeno psicológico das falsas memórias, como a sua conceituação, teorias explicativas de sua formação, bem como os fatores que podem desencadeá-las.

O Estado, ao apurar se o *jus puniendi* prospera ou não por intermédio do processo, utiliza do sistema probatório previsto em lei, sendo a prova testemunhal o meio mais empregado.

Entretanto, a prova testemunhal mostrou-se ser um meio probatório frágil e amplamente influenciável, seja por fatores externos ou internos ao indivíduo que figura em uma ação penal como testemunha ou vítima, situação que propicia o surgimento das falsas memórias.

O fenômeno psicológico em questão, principalmente, demonstra que a prova testemunhal não é confiável, porquanto faz com que um indivíduo acredite ter vivenciado situação que nunca ocorreu.

Ademais, é difícil a sua constatação, visto que a própria pessoa não consegue perceber que seus relatos não são condizentes com a realidade diante da complexidade da falsificação da memória, tanto que até nos dias de hoje os especialistas do tema não conseguiram apresentar uma teoria que explique a formação desta, sem deixar dúvidas ou tópicos a serem esclarecidos.

Em decorrência disso, a persecução penal não pode ser embasada apenas em depoimentos, os quais podem levar em erro o julgador caso incidam as falsas memórias em sua produção.

Não se desconhece que, em que pese ser um tema de pouca discussão no ordenamento jurídico brasileiro, operadores do direito buscam medidas para reduzir os danos ocasionados pelas falsas memórias, preferencialmente os decorrentes pelo transcurso do tempo e pelo método empregado pelo entrevistador.

Todavia, referidas medidas não podem ser direcionadas tão-somente para os testemunhos infantis, nem apenas para crimes perpetrados contra a dignidade sexual, uma vez que as falsas memórias podem atingir qualquer pessoa, independente da idade ou do sexo, bem como do crime que testemunhou ou fora vítima.

Com isso, verifica-se que as partes atuantes no processo penal, como o magistrado, o representante do órgão ministerial e o advogado, devem sopesar com cautela a prova testemunhal, uma vez que é necessário que estes tenham consciência da fragilidade e a inconfiabilidade do meio de prova em questão.

## REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, 1945 apud DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANSFORD E FRANKS, 1971 apud STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 29 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)>. Acesso em: 21 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 13 ago. 2016.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CECI E BRUCK, 1995 apud STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

DELMANTO, Celso et al. **Código penal comentado**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DEMERCIAN, Pedro Henrique; MALULY, Jorge Assaf. **Curso de processo penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

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

FALSAS memórias reconhecidas em sentença absolvem acusado de roubo, em Porto Alegre. **Empório do Direito**, 6 jun. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/falsas-memorias-reconhecidas-em-sentenca-absolvem-acusado-de-roubo-em-porto-alegre/>>. Acesso em: 28 out. 2016.



GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

HUNGRIA, 1958 apud GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 7. ed. Niterói: Impetus, 2013.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 1. ed. Porto Alegre: Artmed, 2006.

\_\_\_\_\_. **Memória**. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2011.

IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martin. A arte de esquecer. **Estudos Avançados**, São Paulo, v. 20, n. 58, p. 289-296, set./dez., 2006. Quadrimestral.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

\_\_\_\_\_. **Direito penal, 4º volume: crimes contra a fé pública a crimes contra a administração pública**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Marcellus Polastri. **Curso de processo penal**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOFTUS, 2005 apud DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. **Curso de processo penal**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça. Apelação Criminal nº 3490044-98.2004.8.13.0024, Relator: Cássio Salomé, Belo Horizonte/MG, 16 de maio de 2013. Disponível em: <  
[http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri\\_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar](http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=4691859116C2D523D98D14636E5173C2.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=3490044-98.2004.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar)>. Acesso em: 28 out. 2016.

MIRABETE, 2006 apud DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

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

TORNAGUI, 1989 apud BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal: volume 1**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TRIPICCHIO, Adalberto. Revisão: alterações da cognição: (b) memória – parte II. **RedePsi Psicologia**, 31 jan 2008. Disponível em: :<<http://www.redepsi.com.br/2008/01/31/revis-o-altera-es-da-cogni-o-b-mem-ria-parte-ii/>>. Acesso em: 10 out. 2016.