



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

PRISCILA SUTIL DE OLIVEIRA

**PROVA TESTEMUNHAL E A APLICAÇÃO DA LINGUAGEM
CORPORAL PARA DETECTAR AS FALSAS MEMÓRIAS**

Jacarezinho/PR
2017



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ - UENP
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
Campus de Jacarezinho

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

PRISCILA SUTIL DE OLIVEIRA

**PROVA TESTEMUNHAL E A APLICAÇÃO DA LINGUAGEM
CORPORAL PARA DETECTAR AS FALSAS MEMÓRIAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça:
Justiça e Exclusão), do Centro de Ciências Sociais
Aplicadas da UENP/Campus de Jacarezinho, como
requisito final para obtenção do título de Mestre em
Ciências Jurídicas.

Prof. Dr. Orientador: Valter Foletto Santin

Jacarezinho/PR
Abril/2017

Banca Examinadora

Professor Doutor Orientador: Valter Foletto Santin

Professor Doutor: Gilberto Giacoia

Professor Doutor: José Antônio Remédio

Jacarezinho, 07 abril de 2017

OLIVEIRA, Priscila Sutil de.

Prova Testemunhal e a aplicação da linguagem corporal para detectar as falsas memórias/ Priscila Sutil de Oliveira. Jacarezinho, 2017. 158 f.

Orientador: Valter Foletto Santin

Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas. 2017.

Inclui bibliografia.

1 – Prova Testemunhal. 2 – Narrativismo. 3 – Falsas Memórias. 4 – Linguagem Corporal. 5 – Subjetivismo. I – SANTIN, Valter Foletto. II – Universidade Estadual do Norte do Paraná Centro de Ciências Sociais Aplicadas. Programa de Mestrado em Ciência Jurídica. III – Título.

CDU – 340.12

OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Prova Testemunhal e a aplicação da linguagem corporal para detectar as falsas memórias**. Jacarezinho, 2017. 158 fls. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica na linha de pesquisa “Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão”) UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

RESUMO

A presente pesquisa busca analisar a evolução das provas testemunhais no Processo Penal a fim de demonstrar a necessidade de identificar uma narrativa maculada pela mentira ou pelas falsas memórias. Será abordada a possibilidade de utilizar a análise da linguagem corporal emitida pelos narradores no interrogatório e em outras fases do processo criminal. Tendo em vista que o sistema probatório tem por escopo convencer as autoridades judiciárias na busca do juízo de certeza do fato, sendo que as provas servirão para consolidar o convencimento do juiz, devem-se analisar com maior cautela as ações em que são originadas e desenvolvidas apenas por meio de provas testemunhais e pelos depoimentos das partes. Desta forma pretende-se demonstrar que o juiz quando utiliza a “máxima da experiência” na valoração provas deverá ele descrever na decisão quais comportamentos das pessoas envolvidas foram determinantes para seu convencimento, evitando-se o subjetivismo. Por meio da pesquisa histórica e bibliográfica pretende-se conceituar falsas memórias e linguagem corporal, bem como demonstrar, por meio de decisões judiciais, que sua análise tem sido primordial para a construção de uma decisão justa, principalmente em face das provas não-verbais (expressão corporal) apresentadas na sala de audiência. Desta forma, por meio do método qualitativo e quantitativo, será abordado o tema em questão juntamente com a apresentação de alguns casos analisados pelo Poder Judiciário brasileiro que relatam sobre as falsas memórias e as expressões corporais na colheita de provas, e como foram utilizados para proferir suas decisões. A conclusão que se chega é que se torna imprescindível analisar a postura das testemunhas e dos depoentes em relação aos processos que não deixam sinais, cabendo aos operadores do direito observar se há, ou não, sinais de falsas memórias nas narrativas produzidas na Ação Penal.

Palavras-Chave: Prova Testemunhal; Narrativas; Falsas Memórias; Linguagem Corporal.

OLIVEIRA, Priscila Sutil de. **Testimonial evidence and the application of body language to detect false memories**. Jacarezinho, 2017. 158 fls. Dissertation (Master in Legal Science in the research line "Theories of Justice: Justice and Exclusion".) UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná.

ABSTRACT

The present research seeks to analyze the evolution of testimonial evidence in the criminal process in order to demonstrate the need to identify a narrative tainted by lies or false memories. The possibility of using the body language analysis emitted by the narrators in the interrogation and in other phases of the criminal process will be approached. Considering that the probationary system is intended to convince the judicial authorities in the search for the judgment of certainty of the fact, since the evidence will serve to consolidate the conviction of the judge, one must analyze with more caution the actions in which they are originated and developed Only by means of witnessing evidence and by the testimony of the parties. In this way it is tried to demonstrate that the judge when using the "maximum of the experience" in the valuation evidence must describe in the decision which behaviors of the people involved were determinants for its convincing, avoiding the subjectivism. Through historical and bibliographical research, we intend to conceptualize false memories and body language, as well as demonstrate, through judicial decisions, that their analysis has been central to the construction of a fair decision, especially in the face of nonverbal proofs (body language) In the courtroom. Thus, through the qualitative and quantitative method, the subject will be approached along with the presentation of some cases analyzed by the Brazilian Judiciary that report on the false memories and the corporal expressions in the collection of evidence, and how they were used to utter Their decisions. The conclusion reached is that it is essential to analyze the position of witnesses and deponents in relation to processes that leave no signs, and it is up to lawmakers to observe whether or not there are signs of false memories in the narratives produced in the Penal Action.

Keywords: Testimonial Evidence; Narratives; False Memories; Body language.

“Sempre tenha em mente que existem muitas interpretações para quase todos os aspectos da aparência, da linguagem corporal, do ambiente, das entonações vocais, palavras e ações de uma pessoa. A menos que você as considere sob a luz de todas as informações disponíveis, o seu esforço de interpretá-las será pouco melhor do que um tiro no escuro.” (Jo-Ellan DIMITRIUS e Mark MAZZARELLA)

DEDICATÓRIA

Dedico esta pesquisa aos meus pais Amauri e Maria (*in memoriam*), pelo apoio e incentivo.

Dedico ao meu esposo Alencar Frederico Margraf, pelos dias superados, a cada mudança que precisava fazer até a conclusão desta pesquisa, principalmente quando o mau humor, preocupação, irritação tomavam conta, bem como pela paciência que teve de me aguentar nesses dias ruins que já se foram.

Dedico à minha querida madrinha Dirlene Batista que desde início do percurso acreditou que seria possível a realização desta etapa, sendo que sem o seu auxílio não teria concluído esta pesquisa.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus, pelo dom da Vida e da Sabedoria.

Agradeço meu esposo *Alencar Frederico Margraf*, pelo incentivo a não desistir da pesquisa, bem como pelos posicionamentos críticos durante as conversas sobre a temática, sem sua paciência não teria conseguido concluir esta pesquisa.

Agradeço ao *Ildemar Margraf* e *Leoni Margraf* pelo estímulo nesta longa caminhada. Agradeço meu Orientador Professor *Dr. Valter Foletto Santin*, pela paciência em responder meus e-mails e mensagens via Whatsapp e pelo desafio proporcionado ao realizar esta pesquisa sobre uma temática tão complexa e importante para os dias atuais, bem como por todos os ensinamentos, indicações literárias e as conversas durante o Grupo de Pesquisa, o qual coordena com maestria.

Agradeço ao Professor *Dr. Eduardo Cambi*, *Dr. Gilberto Giacóia* e ao *Dr. Eliezer Gomes da Silva* pelas ponderações realizadas a fim de melhorar a qualidade desta pesquisa.

Agradeço também ao apoio recebido e pela disponibilidade do Professor *Dr. Fernando de Brito Alves* em passar informações relevantes sobre a pesquisa acadêmica para o desenvolvimento profissional.

Agradeço ao professor *Dr. Vladimir Brega Filho* pelos posicionamentos iniciais acerca do tema, logo nas primeiras aulas do Mestrado em Ciências Jurídicas da UENP -Turma XII.

Agradeço ao professor *Ilton Garcia da Costa* pelos apontamentos acerca da melhoria da qualidade nas referências Bibliográficas.

Agradeço também as Faculdades Integradas dos Campos Gerais - CESCAGE, nas pessoas do *Desembargador José Sebastião Fagundes Cunha* e ao Diretor Geral e Coordenador do Curso de Direito *José Sebastião Fagundes Cunha Filho* pelo incentivo e oportunidade que me foi dada para lecionar na melhor faculdade particular dos Campos Gerais.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1 BREVES LINHAS SOBRE PROVA NO PROCESSO PENAL	14
1.1 Das Provas e Sua Finalidade	19
1.2 Depoimento Pessoal e Provas Testemunhais	22
1.3 Valoração Da Prova Testemunhal	23
1.4 Por que analisar a Linguagem Corporal nos Processos Criminais?	25
2. A NARRATIVA PESSOAL: entre a verdade, a mentira e a falsa memória	33
2.1. Compreensão sobre o que são as falsas memórias	36
2.2 Falsas Memórias Espontâneas e Falsas Memórias Sugeridas	44
2.3. Falsas Memórias e as decisões judiciais contemporâneas	46
2.4. Linguagem corporal como meio de detectar as falsas memórias	54
3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A PADRONIZAÇÃO DA LINGUAGEM CORPORAL	66
3.1 Noções básicas sobre a Audiência de Custódia	68
3.2. Primeiros números da efetividade da Audiência de Custódia	70
3.3 Importância da Audiência de Custódia em relação à Linguagem corporal	85
4. LINGUAGEM CORPORAL E VALORAÇÃO JUDICIAL	89
4.1. Realizando a Leitura Corporal	100
4.2. Influência da Intuição Pessoal: sexto sentido ou “máxima da experiência”	119
4.3 Construção das decisões judiciais utilizando a Linguagem Corporal	124
4.3.1 Decisões judiciais utilizando a Linguagem Corporal	136
4.4. Consequências almejadas	144
5. CONCLUSÃO	146
REFERÊNCIAS	149

Abreviações, siglas e expressões

Art. – Artigo

CF – Constituição Federal

Cfr. – Conforme

CPP – Código de Processo Penal

CNJ – Conselho Nacional de Justiça

D.C – Depois de Cristo

D.J. – Diário de Justiça

DSD – Depoimento Sem Dano

Ed. – Edição

FIFA – Fédération Internationale de Football Association

HC – Habeas Corpus

MP – Ministério Público

n.º – número

Op. Cit. – do Latin “a Obra Citada”

ONG – Organização Não Governamental

Orgs. – Organizadores

p. – página

SAP – Síndrome da Alienação Parental

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TJ – Tribunal de Justiça

TST – Tribunal Superior do Trabalho

v. – Volume

Vol. – Volume

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como principal objetivo abordar sobre a necessidade de realizar um aperfeiçoamento em relação à prática processual penal, principalmente em relação à coleta de provas testemunhais e dos depoimentos prestados pelas pessoas que, direta ou indiretamente, participam da Ação Penal. Por mais que mudanças sejam criticadas durante sua fase embrionária, deve-se destacar que se não existir discussão teórica jamais ter-se-á evolução prática. O que se pretende com este trabalho é apresentar que a coleta de provas testemunhais possui muito mais informação do que aquelas descritas nas folhas de papel anexas ao processo, bem como em relação a análise fria e desatenta das imagens em vídeos. Portanto, será destacado na presente pesquisa a necessidade de tornar a observar o comportamento de quem está apresentando as narrativas durante um processo e não apenas as palavras que ele profere.

Talvez a situação mais impactante e de maior discussão na atualidade do sistema jurídico brasileiro se dá em relação à produção das provas testemunhais e a coleta das narrativas prestadas pelas pessoas que estão sendo inquiridas, uma vez que a psicologia tem demonstrado o quão delicado é identificar a verossimilhança das declarações realizadas verbalmente.

Por essa razão será dada maior atenção à necessidade do magistrado descrever em sua decisão os comportamentos incompatíveis praticados pelas partes durante suas exposições verbais, uma vez que, apesar de sempre afirmarem da existência da “máxima da experiência”, torna-se indispensável descrever o que vem a ser essas máximas. Muitas vezes a máxima da experiência do magistrado se dá exatamente por causa de um sentimento e uma sensação já experimentada no dia a dia do trabalho. Para evitar essa subjetividade tolerada pelos operadores do direito parte-se para a defesa de que, ao magistrado descrever quais foram as sensações que percebeu estar incompatível com a declaração prestada, passa a servir como uma ferramenta de combate ao subjetivismo judicial.

Apesar de o ordenamento jurídico brasileiro prever a gravação das audiências por sistema de áudio e vídeo, bem como a adaptação e aperfeiçoamento das audiências prestadas por videoconferência, percebe-se que cada vez mais se tem constatado irregularidades de interpretações em relação às narrativas prestadas pelas pessoas que são ouvidas em juízo. A psicologia tem demonstrado que as pessoas quando realizam a narrativa de um fato, poderão

apresentar ao menos 4 versões: a) dizer a verdade; b) dizer uma mentira; c) apresentar informações verdadeiras com algumas complementações inverídicas decorrentes das falsas memórias provocada por ela mesma; d) apresentar informações verdadeiras com algumas complementações inverídicas decorrentes das falsas memórias provocadas por outrem mediante a sugestibilidade.

Tendo em vista a essas variações nas narrativas torna-se indispensável analisar as provas testemunhais, os depoimentos e a maneira que o acusado narraram suas versões. É neste momento que a autoridade (policial ou judiciária) deverá estar atenta a demais elementos que possam auxiliar nas interpretações das narrativas prestadas por elas.

As autoridades públicas quando se deparam com a prática de um ilícito penal passam a buscar elementos de autoria e materialidade da infração. Toda investigação realizada no Inquérito Policial tende a desvendar o ocorrido, não podendo deixar passar despercebido pequenas informações e pequenos detalhes. Pensando nessas constantes ocorrências, passou-se a questionar o quão difícil é construir um juízo de certeza para a condenação de uma pessoa sendo que geralmente as provas mais utilizadas no processo criminal se tratam de narrativas prestadas por pessoas que possuem, de certo modo, algum contato com a pessoa que está sendo acusada.

Desde as primeiras informações da prática do ilícito até o fim do Inquérito Policial, mediante o relatório do delegado de polícia, bem como pelo oferecimento da denúncia elaborado pelo membro do Ministério Público passam a ser construídos pela reconstrução fática de uma história que foi narrada por alguém.

A problemática se dá exatamente na verossimilhança desta narrativa. Por essa razão torna-se indispensável observar o comportamento físico daquele que está sendo ouvido, seja na fase do Inquérito Policial, seja durante a fase da ação judicial. A linguagem corporal externada pela pessoa poderá facilitar a compreensão do intérprete (julgador) a respeito da coerência da história narrada e, principalmente, sua veracidade.

No primeiro capítulo deste trabalho foi abordada a evolução da prova testemunhal, dando destaque sobre a dificuldade/impossibilidade de alcançar a “verdade real” e de vencer o juízo de probabilidade para atingir o juízo de certeza em relação ao fato discutido.

No segundo capítulo foi abordada a temática das falsas memórias, demonstrando que a diferença entre a verdade, a mentida e as falsas memórias é muito tênue, exigindo do julgador muita cautela e atenção no momento de valorar uma ou outra narrativa pessoal. Neste

capítulo será apresentada algumas decisões judiciais que avaliaram as narrativas pessoais e as consideraram frutos de falsas memórias.

No terceiro capítulo apresentar-se-á a evolução da aplicação das Audiências de Custódias no Brasil. Também foi discutido sobre a possibilidade de utilizar a Audiência de Custódia como meio de padronizar a linguagem corporal daquele que está sendo ouvido, sendo utilizadas as imagens desta audiência juntamente com as imagens da realizada na fase processual para constatar se houve mudança de comportamento durante a exposição dos fatos entre uma e outra audiência. Ficou destacado neste capítulo que a utilização da Audiência de Custódia como padronização de comportamento somente seria aplicado para os crimes que não deixaram sinais e que será formado apenas por declarações orais das partes e testemunhas.

Por fim, no quarto capítulo foi abordado sobre a importância de analisar a linguagem corporal das pessoas que estão depondo ou testemunhando, principalmente em relação aos processos que a única prova a ser produzida é a Verbal. Desta forma, o juiz deverá ter muita cautela para realizar a valoração, uma vez que, para vencer o juiz da probabilidade do fato, deverá se certificar que o narrador não está mentindo ou se não está enganado pelas falsas memórias. Neste último capítulo foi realizada inicialmente uma abordagem teórica e por último um estudo jurisprudencial apontando diversas decisões em que os magistrados utilizaram a linguagem corporal das testemunhas e das partes para proferir sua decisão.

Para a elaboração da presente pesquisa foi utilizado o método dedutivo, consubstanciado por meio de livros, artigos científicos e trabalhos de conclusão de curso, bem como o método histórico, estruturalista e de análise de caso. Por meio de um procedimento dialético buscar-se-á mostrar a importância que deve ser dada às provas testemunhais e, principalmente, na capacidade do ser humano em armazenar as informações em sua memória, bem como, levantar o questionamento a respeito das falsas memórias criadas pelos narradores em face do decurso do tempo para suprir e preencher as lacunas da memória.

1 BREVES LINHAS SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL

Ao observar a evolução da sociedade, percebe-se que ela se deu por meio de regulamentações, seja ela de caráter social ou normativa, devendo ser destacado que a última modalidade é mais recente, sendo consolidada com o positivismo jurídico. Desta forma verificou-se, principalmente com o Direito Penal o surgimento, ao longo dos séculos, de algumas normas de condutas proibitivas e outras permissivas, nesse sentido Paulo Busato¹ ensina que o conceito de Direito Penal se trata de um conjunto de normas estabelecidas por lei, que descrevem comportamentos considerados graves ou intoleráveis, pois atingem bens jurídicos considerados indisponíveis de uma pessoa², e disciplinam a punição para aqueles que desrespeitam tais mandamentos.

Com a evolução da sociedade houve a necessidade da criação de normas e regras que melhorassem o convívio das pessoas e que reduzissem os conflitos entre elas. O estudo da humanidade demonstra que a formação de uma sociedade e sua manutenção está diretamente relacionada às regras, sejam elas de cunho social, quanto jurídico. Desta forma, percebe-se que na atualidade não existe a possibilidade de estudar o Estado e a sociedade sem a existência de um regramento previamente estabelecido e adequado ao momento vivido pela sociedade.

Sabe-se que o desenvolvimento do Direito depende diretamente da evolução da cultura e do comportamento da própria sociedade, seja para disciplinar um ato permissivo, seja para iniciar a proibição do mesmo. Ocorre que, muitos procedimentos foram criados como forma de proteção da sociedade em face de um Estado opressor e autoritário. O mesmo ocorreu em relação ao *jus puniendi* estatal, ou seja, com o desenvolvimento dos pensadores ao longo dos séculos, passou-se a perceber que o Estado não poderia proferir as decisões e realizar os julgamentos sem que fossem fiscalizados ou que existissem um procedimento a ser seguido por eles.

A busca estatal pela reconstrução dos fatos no Processo Penal tomaram várias formas ao longo dos séculos. O Direito Processual Penal sofreu mudanças históricas, devido às condições sociais, políticas e religiosas, que influenciavam os ideais e a forma da população visualizar a “justiça” aplicada pelas autoridades.

¹ BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal*: parte geral. 2013. p.1.

² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal*: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris. p. 258.

O Iluminismo proporcionou grande avanço em relação aos meios de se buscar a reconstrução dos fatos. A produção probatória e a maneira de aplicar as punições passaram a ser questionadas por inúmeros estudiosos, tais como: Giovanni Carmignani, conhecido como Maestro de Carrara, Césare Bonesana, o Marques de Beccaria, e Enrico Ferri. Destaca-se que, por muitos séculos, a religião, atrelada a “juízos de Deus”, teve na Idade Média a marca da “tirania onipotente”. Os processos criminais “eram instituídos a partir, de uma simples denúncia, visto que esta já era considerada prova de culpa; ao acusado competia provar a sua inocência; coisa praticamente impossível, porquanto este era mantido incomunicável.”³

Era ela quem determinava a maneira de se portar na sociedade e, principalmente, dispunha dos mecanismos para realizar a coleta das declarações pessoais, pois era a principal e mais segura fonte da verdade.⁴

Neste período era pacífico que os atos praticados pelas autoridades (governantes) decorriam de um interesse Divino e, para poder impedir uma condenação, cabia aos acusados a comprovação de sua inocência, convencendo o “enviado de Deus” de que não eram culpados. Desta forma os agentes eram submetidos às provas corporais para demonstrar que não eram merecedores de punição. “O julgamento, ademais, era feito em segredo; devendo ainda o acusado se, porventura solto, prometer, sob forma de juramento, jamais revelar o que a ele tivesse acontecido.”⁵

O historiador Flávio Josefo (nascido em 37 d.C., falecido em 103 d.C.) relata o uso frequente das “águas amargas” em relação às mulheres casadas que eram acusadas de adultério por seus maridos. Para elas serem inocentadas das acusações deveriam sobreviver à ingestão de tal líquido, o que raramente ocorria em razão dos ingredientes utilizados pelos sacerdotes da antiga Galileia, que dentre eles, havia a utilização de um veneno, que dependendo da dosagem, causava a morte em questão de minutos.

Quando alguma pessoa era vítima de algum comportamento desviado praticado por outrem, deveria comunicar a autoridade local para que ela pudesse realizar o julgamento. É importante destacar que geralmente eram aplicadas penas corporais quando o acusado se

³ LÉRIAS, Reinéro Antonio. O processo penal e os direitos humanos sob os grilhões de nosso passado inquisitorial. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 16. 2012 p. 13-42. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/212/211>. Acessado em: 19/02/2017.

⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001. p. 18.

⁵ LÉRIAS, Reinéro Antonio. O processo penal e os direitos humanos sob os grilhões de nosso passado inquisitorial. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 16. 2012 p. 13-42. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/212/211>. Acessado em: 19/02/2017.

declarava inocente das acusações. Diante disso, caberia às Autoridades, representantes de Deus na terra, aplicar as “provas”, se o acusado não sofresse danos físicos, seria considerado inocente das acusações. No entanto, as provas, chamados de *testes de inocência*, geralmente deixavam vestígios (pois esta era a intenção) e, por isto, passaram a ser considerados como mecanismos de punição. Esse período é conhecido como Ordálias ou Juízos de Deus⁶.

A explicação dada à época para a realização do teste de inocência era que Deus jamais deixaria que um filho seu fosse castigado em sendo inocente das acusações, assim o acusado realizaria os testes e não sofreria qualquer tipo de lesão. Assim, as autoridades locais devolviam à Deus a função de julgar seus filhos, punindo-os ou absolvendo-os.

A religião e a interferência divina nas relações processuais tinham uma vinculação muito forte, tanto é que, na França, existia um postulado que afirmava que se o acusado era inocente, ele não precisava de defensor, uma vez que Deus estava do seu lado. Mas, se ele fosse culpado, ele era indigno de defesa⁷.

Percebe-se que o procedimento processual utilizado para legitimar a aplicação das sanções era baseado no embate de forças físicas e psicológicas, sem nenhuma relação com a verdade dos fatos. Ademais, os procedimentos processuais não se preocupavam com a pacificação social, nem tampouco em saber qual das partes estava com a razão, mas com a mera punição daquele que era acusado de algo.

Era comum a argumentação de que o homem ao temer a conduta de outrem passaria a agir (atacar) ao invés de se defender, pois em caso da segunda opção, a punição era certa⁸. Assim, as pessoas passavam a realizar acusações e denúncias antecipadas, *ainda que inverídicas*, para que o desafeto tivesse que se submeter à prova e, não raro, ser considerado culpado, por algo que, efetivamente, não tinha cometido.

Destaca-se ainda que não era admitida a participação de outras pessoas além das autoridades que aplicariam os testes de inocência, o acusador e acusado, sendo simplesmente proibida a alegação do acusado de que o fato teria sido praticado por outra pessoa, ou seja, ele não poderia apresentar um novo fato, posto que à ele caberia apenas “provar” sua própria inocência e não apresentar nova acusação. A participação de testemunhas ou qualquer outra

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 103.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 20.

⁸ HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2ªed. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Vlare, 2012. p. 136-140.

pessoa era proibida, pois dificultariam a “solução” do caso e interfeririam na “busca da verdade”⁹.

A evolução da trilogia Julgador-Acusador-Acusado se deu a partir da segunda metade da Idade Média, com o surgimento de novas formas de se alcançar os fatos praticados pelas pessoas, mas ainda insuficiente para eliminar os abusos, violências e arbitrariedades. Nesse período a *prática da tortura para obtenção da confissão passou a ser a ferramenta processual mais utilizada pelas autoridades*¹⁰. Segundo Beccaria, a tortura era “muitas vezes um meio certo de condenar um inocente débil é absolver o criminoso forte”; o resultado “varia de homem para homem proporcionalmente à sua força e sensibilidade”¹¹.

Com a evolução da sociedade, e em face dos abusos praticados pelos monarcas, ocorreu a necessidade de reorganizar o Estado mediante a separação das funções de administrar (Executivo), legislar (Legislativo) e julgar (Judiciário), atividades estas centralizadas, até então, nas pessoas próximas dos monarcas. O livro escrito por Cesare Beccaria (*Dos Delitos e das Penas*), muito utilizado na academia de direito penal no Brasil e no exterior, apresentam diversos argumentos que influenciaram no aperfeiçoamento do direito de defesa e, principalmente, no desenvolvimento do direito penal e processual.

A fragmentação funcional, apesar de pouco mencionada, teve papel importante para a evolução do direito processual, pois de certa forma, influenciou a mudança dos sistemas de persecução criminal (Inquisitivo e Acusatório), pois o magistrado deixaria de acumular funções (acusar, processar e julgar), para, de maneira neutra, analisar as argumentações das partes (acusador e acusado) e então julgar a pretensão resistida.

Neste momento o acusado passa exercer o papel de *sujeito de direito* e efetivamente desempenhar uma atividade de relevância para a evolução do Direito Processual Penal, pois passou a realizar sua defesa, apresentar novas teses, produzir provas, fiscalizar e exigir o respeito ao trâmite processual... Se em um dado momento o acusado era apenas um objeto de prova, no qual deveria ele comprovar sua inocência sem apresentar novos fatos ou elementos, neste ele passa a transformar o direito processual, exigindo maiores garantias e proteções em face de um Estado que está pronto para aplicar as penas previstas na lei. Desta forma o Direito Processual Penal passou a constituir um “verdadeiro Direito Constitucional aplicado, sendo

⁹ BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 64.

¹⁰ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996. p. 62.

¹¹ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. Copyright Ed. Martin Claret, 2001. p. 39.

que quanto maiores as garantias processuais penais, sinal de mais democrática a Constituição”¹².

Deve ficar claro que esse avanço de pensamento não ocorreu de maneira rápida, levando-se séculos para seu desenvolvimento e para a sua concretização nas legislações dos países. No Brasil esse raciocínio passou a ser consolidado com a Constituição Federal de 1988 e com as modificações posteriores ocorridas no Código de Processo Penal. Como afirma Gilberto Giacóia:

Não há dúvida, assim, nesse universo histórico tupiniquim, pela marca de nossa formação social, que a busca de justiça substancial, desde a divisão de nosso território em capitanias hereditárias outorgadas ao latifúndio nobiliárquico, jamais se ter conseguido superar as enormes deformações decorrentes do uso equivocado do direito penal, senão inadequadamente conspirado como aparelho ideológico, incrementando a ampliação do poder de punir do Estado.¹³

Apesar de o Estado utilizar o Direito Penal para controlar a sociedade, a nova Constituição Federal garantiu às partes processuais principalmente o réu, a possibilidade de utilizar as normas processuais como garantia de que não teriam seus direitos violados e que o Estado não iria abusar de suas ferramentas de persecução criminal apenas para poder atribuir à parte o estigma de culpado, não podendo se admitir dúvidas na elaboração de uma condenação. Desta forma e principalmente os grandes abusos estatais ocorridos no século XX (grandes guerras e ditaduras) os Estados passaram a buscar diversas formas de proteger a sociedade, dando maior destaque ao fortalecimento do direito constitucional por meio de direitos fundamentais. Ilton Garcia e Aline Gonçalves afirmam que: “As mudanças realmente só começaram a surgir mesmo, após um grande período de guerra, que fez com que os Estados, repensassem sobre a dignidade do ser humano, e que esta deveria ser protegida por um documento oficial e internacional.”¹⁴.

¹² MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Revista e atualizada por Eduardo Real Ferrari. 2ª Edição. Campinas: Millennium. Vol. I. 2003. p. 22.

¹³ GIACÓIA, Gilberto. O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 6. 2006. p. 96-105. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/60/60>. Acessado em: 19/02/2017. p. 96.

¹⁴ COSTA, Ilton Garcia da; GONÇALVES, Aline de Menezes. Da sociedade antiga à sociedade política e a funcionalidade do Direito. *NOMOS Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza. Jul-dez 2016. v. 36/2, p. 205-224. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/download/6325/4568. Acessado em: 19/02/2017. p. 207.

Iniciou-se a exigir que o Direito Processual Penal fosse aplicado a mínima possibilidade de erros, respeitando toda a legislação constitucional e infraconstitucional, bem como os princípios básicos do direito previsto na Constituição Federal.

Para que o juiz possa elaborar sua decisão de maneira mais justa possível, se faz necessário que as partes atuem no sentido de auxiliar o magistrado com informações e provas que permitam a superação do *juízo de probabilidade* da ocorrência, ou não, do fato, para um *juízo de certeza*. Somente depois de vencida essa etapa é que se poderá iniciar a discutir a respeito da autoria do crime¹⁵. Para que tal barreira seja superada é indispensável que autor e réu atuem de forma digna, o que em muitos casos não se verifica.

Por essa razão o magistrado deve estar sempre atento às narrativas das partes e das testemunhas, bem como de todos os elementos de prova anexados aos autos, não podendo descartar, de plano, os pequenos detalhes que uma ou outra prova pode apresentar.

1.1 Das Provas e Sua Finalidade

A temática sobre provas é um dos mais importantes no sistema processual, pois busca a verificação das pretensões das partes assim como colabora para a elaboração de uma *decisão mais justa*¹⁶. A prova é todo meio destinado a convencer o juiz a respeito da verdade de uma situação de fato. O termo "prova" é originária do latim "*probatio*", que por sua vez emana do verbo "*probare*", com o significado de examinar¹⁷, estar satisfeito com algo, persuadir alguém à alguma coisa ou demonstrar.¹⁸

Tanto no Processo Civil quanto no Processo Penal a prova está voltada para a reconstrução dos fatos investigados¹⁹ confrontando a existência ou inexistências dos fatos narrados pela acusação contra o réu no processo. Sendo que na primeira, a evolução dos mecanismos de investigação se deu mais rápida que no segundo ramo do direito em virtude de não se verificar, na segunda, a participação da sociedade no seu desenvolvimento:

¹⁵ CHIARLONI, Sergio. Ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista trimestrale di diritto e procedural civile*, dez./2009, p. 112-113.

¹⁶ YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Marurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005. p.303.

¹⁷FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p.318; SANTOS, Moacir Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad.1970. v. I, p.11.

¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Sistema Penal*. 2015, p. 17.

¹⁹ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p.19.

... os movimentos sempre foram mais tímidos, provável mente porque a maioria dos crimes é de ação pública, de exercício privativo do Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), sendo minoria a movimentação privada, por ação privada do ofendido (art. 30, CPP).²⁰

Importa anotar a discussão referente à impossibilidade de se construir a “verdade real” dos fatos, pois o que é apresentado ao magistrado não passa de uma parcela da realidade fática e nunca a sua totalidade²¹, sendo uma missão impossível exigir que o magistrado alcance-a²². Desta forma percebe-se que almejar a verdade real “é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual (utilitarismo), típicos de um sistema inquisitório”²³. A dificuldade em alcançar a verdade real dos fatos se dá pela impossibilidade de recriá-lo com todos os elementos e mesmas características do fato original, pois a “flecha do tempo é irreversível, de modo que o que foi real, num fugaz presente, nunca mais voltará a sê-lo”²⁴.

Portanto, percebe-se a impossibilidade de se estabelecer a verdade real nos processos, por essa razão a prova tem um das funções mais complexas, que é a de reconstruir os elementos mais importantes do fato²⁵ para que o juiz possa apreciar se procede ou não a alegação levantada pela acusação ou apresentada pela defesa, nesse sentido leciona Pellegrini, Fernandes e Gomes Filho que:

Toda pretensão prende-se a algum fato, ou fatos, em que se fundamenta. As dúvidas sobre a veracidade das afirmações feitas pelas partes no processo constituem as *questões de fato* que devem ser resolvidas pelo juiz, à vista da prova de acontecimentos pretéritos relevantes. A prova constitui, assim, numa primeira aproximação, o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência de certos fatos.²⁶

O que condiz com o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci:

²⁰ SANTIN, Valter Foleto. A investigação criminal e o acesso à Justiça. *Justitia (São Paulo)*, v. 195, p. 11-26, 2001. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/49d361.pdf>. Acessado em: 19/02/2017. p. 1.

²¹ CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, 1965. p. 4/9.

²² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. 2ª Tiragem. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 341.

²³ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 266.

²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*– 3ª. ed. rev. atual. e ampliada. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005. p. 267.

²⁵ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p.19.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 143.

A prova vincula-se à verdade e à certeza, que se ligam à realidade, todas voltadas, entretanto, à convicção de seres humanos. O universo no qual estão inseridos tais juízos do espírito ou valoração sensíveis da mente humana precisa ser analisado tal como ele pode ser e não como efetivamente é.²⁷

Nesse sentido o processualista italiano Michele Taruffo²⁸, ressalta que o processo deve guiar-se pelos princípios da legalidade e da justiça (concepção legal-racional de justiça), de modo que as controvérsias judiciais sejam resolvidas com decisões justas, pois constatar a realidade dos fatos e vencer o juízo de probabilidade trata-se de uma das condições necessárias para a decisão justa. Sendo que, argumentando dessa maneira no âmbito da concepção legal-racional da justiça, Taruffo conclui que o processo deve estar orientado à consecução de uma decisão verídica, ou seja, correspondente *na maior medida possível à realidade dos fatos*.²⁹

Ainda sobre a importância da prova penal para a formação de convencimento do juiz, Aury Lopes Jr. ensina que “o processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.”³⁰

A problemática toma maior relevo quando para a produção de uma decisão, em um processo criminal, o magistrado carece de provas materiais em razão de determinado crime não ter deixado sinal, restando apenas analisar as narrativas das partes e das testemunhas, pois geralmente faltam elementos, são contraditórias, repletas de fantasias e vácuos de informações. Portanto, a realidade fática apresentada ao magistrado e por ele construída ao longo da Ação Penal estará consubstanciada em argumentos que podem não fazer parte do fato discutido. Assim, a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois, como define Jacinto Coutinho “a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto. Daí por que o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova.”³¹

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Sistema Penal*. 2015, p.18.

²⁸ TARUFFO, M. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. M Carbonell e P. Salazar. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVIII, v. 114, p. 1285-1312, 2005.

²⁹ TARUFFO, M. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. M Carbonell e P. Salazar. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVIII, v. 114, p. 1285-1312, 2005.

³⁰ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva. 2013. p. 563.

³¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Cernelutti, para os Operadores do Direito. *Revista De Estudos Criminais* – ano 4 – 2004 – nº 14, PUCRS, p. 79.

O direito processual regula os meios de prova que são os instrumentos que trazem toda e qualquer informação sobre o fato perante o magistrado na pretensão de convencê-lo de algo³². Desta forma Nucci afirma:

Se a prova é a demonstração lógica da realidade, com o objetivo de gerar, no magistrado, a certeza em relação aos fatos alegados, naturalmente, a finalidade da prova é a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade processual, vale dizer, a verdade possível de ser alcançada no processo, seja conforme a realidade, ou não.³³

Partindo dessas informações percebe-se que a finalidade principal da prova é formar o convencimento sobre o *fato probandi* do julgador³⁴, o qual deverá ser cauteloso na coleta das narrativas pessoais tendo em vista que, em face do interesse processual dos envolvidos, poderão ser apresentadas histórias e estórias, com mais, ou menos, informações manipuladas e/ou fantasiosas³⁵, que não poderão ser premiadas apenas por ser o depoente ou a testemunhas exímios narradores³⁶, exigindo do julgador cuidado redobrado quando a ação penal conter apenas provas testemunhais e depoimentos das partes.

1.2 Depoimento Pessoal e Provas Testemunhais

Para fins processuais, as partes prestam depoimento pessoal, enquanto que terceiro, alheios ao fato, mas próximo a ele, prestam seus testemunhos. A Testemunha no processo é uma pessoa distinta dos sujeitos processuais que quando intimada na forma da lei, por ter conhecimento de fatos ou de atos jurídicos, relevantes e controvertidos entre as partes, presta depoimento em juízo, para atestar a sua existência e a sua eficácia³⁷.

O papel da testemunha é relatar os acontecimentos descritos no processo, não podendo fazer juízo de valor, bem como não se exige qualquer técnica para depor, mesmo que a testemunha possua conhecimentos técnicos sobre os fatos, o importante é realizar a coleta

³² CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 21.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Sistema Penal*. 2015, p. 21.

³⁴ OLIVEIRA JUNIOR, Ivan Ito Messias. *Prova Ilícita – Inadmissibilidade Relativa*. Recife, 2002. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4409>. Acessado em: 27 Jan 2017.

³⁵ BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. I. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971. p. 53.

³⁶ TARUFFO, Michele. *Considerazioni su prova e motivazione*. Revista de Processo. Vol.151. Set / 2007. Revista dos Tribunais Online. p. 04.

³⁷ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 476.

do depoimento sem qualquer valoração dos fatos³⁸. Os testemunhos são classificados como *presenciais* (ou *originais*)³⁹ e de *referência* (ou *não originais*)⁴⁰. Pode-se dizer que um testemunho é original quando a pessoa depõe ante ao juiz sobre o fato questionado⁴¹, ou seja, a testemunha esteve presente no momento da ocorrência do fato. Já o testemunho não-original é quando a testemunha se refere a um fato que ela não percebeu diretamente⁴². Desta forma a função da testemunha nos autos trata-se da narrativa dos fatos que conhece, não cabendo fazer suposições, nem emitir opiniões pessoais sobre o acontecimento.

A testemunha pode ser qualquer pessoa independente de sexo, cor, raça, credo ou condição econômica ou social, além desse requisito a pessoa deve ser estranha⁴³ ao processo e deve ter presenciado o fato ou recebido informação de terceiro. Sabendo destas informações começa-se a perceber que diversas pessoas participam da ação penal como testemunha, mas que possuem contato direto com uma das partes (vítima ou réu) e a partir de então poderão distorcer a narrativa para prejudicá-las ou favorecê-las, cabendo ao magistrado desvendar quais pontos das narrativas deverão ser utilizados e quais deverão ser descartados no momento de elaborar sua decisão.

1.3 Valoração Da Prova Testemunhal

De um ponto de vista conceitual, Nieva Fenoll⁴⁴ afirma que a valoração das provas é a atividade de percepção pelo juiz dos resultados da atividade probatória que se realiza em um processo, que em regra é realizado pelas partes (as exceções estão descritas nos incisos I e II do artigo 156 do CPP). Quando se fala em verdade real, percebe-se que, pela impossibilidade de alcançá-la e a necessidade do magistrado produzir uma decisão, permite-se ao magistrado a produção probatória nos casos ora mencionados.⁴⁵ Em contrapartida para Gascón Abellán consiste “na verificação dos enunciados fáticos introduzidos no processo através dos meios de

³⁸ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 476.

³⁹ BENTHAN, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971. V. I. p.33 e 177-178.

⁴⁰ BENTHAN, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Tradução de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1971. V. I. p.33 e 177-178.

⁴¹ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 478.

⁴² CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 478.

⁴³ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 476-477

⁴⁴ NIEVA FENOLL, J. *La valoración de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p.34.

⁴⁵ MARTINS, Lisandra Moreira, et al. Prova não prova. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 22. p. 251-274. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/568/pdf_86. Acessado em: 19/02/2017.

prova, assim como no reconhecimento aos mesmos de um determinado valor ou peso na formação da convicção do julgador sobre os fatos que se julgam”⁴⁶.

Taruffo assevera que a valoração da prova tem por objetivo estabelecer a conexão final entre os meios de prova apresentados e a verdade ou falsidade dos enunciados sobre os fatos em litígio.⁴⁷ Contudo, pode-se observar que, apesar das aparentes diferenças conceituais, todas estas definições conduzem ao ponto crucial da valoração das provas, ou seja, o convencimento do julgador acerca da veracidade dos fatos. Em síntese pode-se dizer que valorar nada mais é senão *atribuir valor ou peso à prova trazida ao processo*. A grande questão é como fazer isso. Qual critério utilizar para se escolher um fato e rejeitar outro? Como saber se a testemunha está ou não dizendo a verdade? Qual o grau de certeza ou de probabilidade que deve ser dado às provas judiciais? Entretanto, em meio a tantas indagações uma questão há que se ter clara: a finalidade da valoração das provas não pode ser outra senão a de aproximação, na maior medida possível, da realidade dos fatos, sabendo que ela nunca será alcançada em sua totalidade, mas de maneira parcial e limitada.

Desta forma, verifica-se que a prova testemunhal não pode ser considerada somente uma *scientia declaratio*⁴⁸, mas também deve ser valorado o comportamento da testemunha, com o fato que pode ser analisado em relação a sua espontaneidade, contraditoriedade e coerência.⁴⁹ Muitas vezes a postura da testemunha ou da parte (autora ou réu) demonstram mais informações do que as palavras pronunciadas, sendo, portanto, um sinal importante a ser lembrado quando for valorar a narrativa apresentada.

Baltasar Gracian relata sobre a necessidade da cautela ao informar, pois:

Vive-se mais daquilo que se ouve do que daquilo que se vê. O ouvido é a segunda porta da verdade e a principal da mentira. Normalmente, a verdade é vista e, excepcionalmente, ouvida. Poucas vezes chega de forma pura a nossos ouvidos, menos ainda quando vem de longe: sempre traduz algo da mistura dos ânimos por onde passou. (...) A cautela deve servir de contrapeso para detectar o que falta e o que é falso.⁵⁰

⁴⁶ GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho*. 3. ed. Madri: Marcial Pons, 2010, Marcial Pons, Madrid, 2010. p. 140-141

⁴⁷ TARUFFO, M. *La prueba*. Madri: Marcial Pons, 2008.p.132.

⁴⁸ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 527.

⁴⁹ CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 527.

⁵⁰ GRACIÁN, Baltasar. *A arte da prudência*. Tradução de Davina Moscoso de Araújo. Rio de Janeiro: Sextante, 2006. p. 37-38.

Portanto é preciso ter cautela ao analisar e atribuir valor ao depoimento da testemunha, visto que na maioria das vezes tais questões são apuradas fora do processo.

1.4 Por que analisar a Linguagem Corporal nos Processos Criminais?

Todos bem sabem da evolução histórica do Direito Processual Penal, principalmente da ruptura desenvolvida pelos dois grandes sistemas (inquisitivo e acusatório). A oscilação entre uma e outra corrente fez com que surgisse a figura do Sistema Processual misto, atribuindo à fase do Inquérito Policial o caráter inquisitivo e a fase judicial a feição acusatória.

Desde o início de uma investigação criminal até o momento em que o juiz passa a avaliar as provas produzidas, devem-se observar diversas regras processuais que protegem as partes em face de eventuais abusos praticados pelas autoridades e até pelo Estado. Contudo, deve ficar claro que erros podem ser cometidos durante a produção probatória os quais se acumulam com eventuais equívocos traçados pelo próprio Sistema Penal. Valter Foleto Santin leciona sobre o assunto da seguinte maneira:

A investigação criminal comporta alguns problemas que começam pela atuação policial, passando pela intervenção do Ministério Público até a participação da vítima, do indiciado e de outros entes estatais, que se relacionam à atribuição de realização de investigação, ao monopólio policial e o valor das investigações, porque para o ingresso de ação penal exige-se um mínimo de elementos sobre a autoria e materialidade fornecidos pela investigação criminal, para acompanhar a denúncia ou queixa-crime para o seu recebimento pelo juiz.⁵¹

Verificou-se que, apesar de existirem regramentos a serem seguidos para a busca da imputação de um ilícito à uma pessoa, pouco se cumpria, uma vez que o que imperava era o desejo das autoridades do Estado. Os procedimentos que poderiam ser utilizados para a realização de um julgamento, poderiam até ser conhecido pela sociedade, contudo, restava apenas ao julgador decidir por qual caminho percorrer para então proferir uma decisão, sendo claro, segundo Lisandra Martins, que “o juiz não está totalmente livre quando da decisão. É

⁵¹ SANTIN, Valter Foleto. A investigação criminal e o acesso à Justiça. *Justitia (São Paulo)*, v. 195, p. 11-26, 2001. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/49d361.pdf>. Acessado em: 19/02/2017. p. 8.

claro que o juiz deve respeitar as regras processuais e as peculiaridades na produção e análise de cada prova.”⁵²

Também é notório que as coletas de provas não eram amplas, ou seja, somente seriam produzidas aquelas que o julgador entendesse relevante, cabendo às partes apenas aguardar a resposta final. Tais características são típicas de um sistema inquisitivo. Neste período a carência na produção probatória culminou na supervalorização da coleta da prova testemunhal, principalmente a confissão verbal do acusado, a qual passou a ser considerada como a “rainha das provas” e permitindo diversos abusos pessoais para sua obtenção, tais como as torturas corporais e os testes pessoais.

A evolução do direito processual garantiu a criação da relação processual tal qual como é vista atualmente, com a figura do Estado-Juiz, do Acusador e do Acusado, cabendo, principalmente aos dois últimos a produção das provas processuais. Essa alteração na concepção do direito processual permitiu que as partes pudessem produzir suas próprias provas e impediu que fossem utilizadas técnicas para forçar a confissão do acusado, criando, assim, o princípio da não-autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*).

Desde então os processualistas passaram a aprofundar e aperfeiçoar seus estudos no sentido de criar mecanismos seguros de produção probatória e de respeito às regras processuais criadas pelos legisladores e pela doutrina. No Brasil percebe-se que vem criando força a corrente garantista do Processo Penal, em que o Código de Processo penal deverá ser utilizado de maneira a garantir proteção e segurança para as pessoas que respondem uma Ação Penal. Por ser passível de críticas como as descritas por Gilberto Giacoia e Camila Casari⁵³, o garantismo constitucional culmina diversos conflitos tanto entre os operadores do direito quanto a aplicação das regras constitucionais e processuais, uma vez que ambos os diplomas (CF e CPP) foram construídos em situações fáticas e jurídicas totalmente distintas, o que por vezes tornam suas aplicações conjuntas duvidosas e passíveis de críticas. Apesar do CPP ter sofrido algumas reformas ao longo dos anos, percebe-se ainda resquícios e violações dos direitos das partes, como por exemplo a possibilidade, pelo menos normativa, de ser aplicada a incomunicabilidade do preso.

⁵² MARTINS, Lisandra Moreira, et al. Prova não prova. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 22. p. 251-274. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/568/pdf_86. Acessado em: 19/02/2017.

⁵³ CASARI, Camila Maria Rosa; GIACOIA, Gilberto. A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*. V. 11. N.1. 2016. p. 249 – 274. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20816/pdf#.WKmLujhTLZg>. Acessado em: 19/02/2017.

Contudo, o objetivo principal desta pesquisa é demonstrar que algumas situações verificadas no decorrer de uma ação penal não podem ficar estáticas por simples carência de uma produção legislativa ou pela falta de interesse do judiciário em se precaver em casos de extremada sensibilidade ou que possibilite maiores danos às vítimas, aos réus e até mesma a toda coletividade. Assim, torna-se necessário aprofundar e consolidar uma nova forma de realizar a coleta das provas testemunhais e dos depoimentos em relação aos crimes que não deixam vestígios, ou seja, atualmente muito se discute sobre *novas* formas de coletas de provas, mas pouco se fala em aperfeiçoamento das já existentes. Desta maneira, muitas delas passam a ser ignoradas e descartadas por entenderem já defasadas. Uma das provas mais delicadas a ser coletada é sem dúvida a forma de prova mais antiga de todas: a *narrativa e a linguagem corporal pessoal*. Se antes de analisar o presente tema o leitor não concordar e já tecer críticas, cabe uma análise realizada por Alexandre Moraes da Rosa: “Se você não concorda comigo, já pode ter balançado a cabeça negativamente, esbravejado, jogado o corpo para trás, mostrando, definitivamente, que estou redondamente enganado, ou não.”⁵⁴ Ou seja, a linguagem corporal “entrega” seus sentimentos, se isso ocorre consigo ao ler as primeiras páginas desta pesquisa, certamente tais comportamentos podem estar presentes nas salas de interrogatórios e de audiências.

Buscar-se-á nas próximas linhas demonstrar que as provas testemunhais e as narrativas são ainda as provas mais perigosas de todas, uma vez que é muito difícil, constatar se tal depoimento é verdadeiro ou não. Apesar de muito já se ter falado que o homem se manifesta por meio da linguagem expressada, pouco se tem valorizado tal ensinamento. Alexandre Almeida Moraes tem destacado que a linguagem não pode ser ignorada, mesmo com os avanços tecnológico. Pelo contrário, ele afirma que a análise da linguagem deve ser intensificada, uma vez que a tecnologia poderá apresentar dados relevantíssimos quando se estuda a linguagem⁵⁵. Contudo a dificuldade será ainda maior se os juristas não se atentarem para a seguinte situação: se as pessoas sofrem de falsas memórias, como constatar diferenciá-las da verdade? Isso porque, como será visto, as falsas memórias não são mentiras contadas

⁵⁴ ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual>. Acessado em: 24/02/2017.

⁵⁵ MORAES, Alexandre Almeida. A concepção de Charles Taylor de uma ética da autenticidade unida a uma política do reconhecimento. *Revista Filosofia Capital – RFC ISSN 1982-6613*, Brasília, vol. 6, n. 13, p. 03-12, jul/2011. Disponível em: <http://www.filosofiacapital.org/ojs-2.1.1/index.php/filosofiacapital/article/view/215/180>. Acessado em: 24/02/2017.

pelo narrador, mas histórias que foram incorporadas espontaneamente pelo depoente/vítima/testemunha ou sugeridas por outro meio externo.

O principal país a utilizar as expressões corporais como mecanismo auxiliar para apurações da autoria do ilícito penal é o Estados Unidos da América, no qual o FBI possui pessoas treinadas para realizarem os interrogatórios e constatarem alguma irregularidade no depoimento. Na página oficial do FBI percebem-se diversos avisos a respeito da leitura corporal dos interrogados destacando o seguinte:

Ao entrevistar um suspeito de crime, um policial pergunta o que aconteceu. Por um instante os olhos do entrevistado ficam largos de modo que o branco acima das íris é visível. A história do suspeito começa com detalhes sobre memórias antes do incidente, incluindo coisas que o suposto agressor fez e não fez. O criminoso suspeito descreve o evento enquanto torcendo as mãos e desviando o olhar, para cima e para a esquerda, não fazendo contato visual direto. O discurso do entrevistado torna-se mais lento e as referências a outras pessoas mudam com o uso de pronomes. O suspeito, cuja sobrancelha esquerda está se contorcendo, não fala sobre o próprio incidente e termina a história com "é sobre isso".⁵⁶(tradução livre).

Esse relato demonstra que um comportamento inicialmente simples poderá significar muita coisa, ou absolutamente nada. Saber diferenciar quais comportamentos devem ser considerados importantes passou a ser objeto de estudo mais aprofundado nos Estados Unidos, uma vez que, para evitar de ser enganado por peritos em ocultar expressões corporais, os investigadores passaram a se aperfeiçoar em relação à análise da linguagem corporal. Mas antes de analisar as expressões não-verbais os peritos fazem para si as seguintes perguntas: “i) Que sugestões contribuem para a determinação e por quê?; ii) Que comportamentos são signos significativos e quais não são?; iii) Que ações são sinais verdadeiros de algo importante, e que são apenas ruído?; iv) Quais sinais fornecem diretrizes para sondagens e

⁵⁶ Cfr. Matsumoto, Skinner e Hwang: “While interviewing a crime suspect a police officer asks what happened. For an instant the interviewee’s eyes get wide so that the white above the irises is visible. The suspect’s story begins with details about memories from before the incident, including things the alleged offender did and did not do. The suspected criminal describes the event while wringing the hands and looking away, up and to the left, not making direct eye contact. The interviewee’s speech becomes slower and references to other people change with the use of pronouns. The suspect, whose left eyebrow is twitching, does not speak about the incident itself and finishes the story with “and that’s about it.”” (MATSUMOTO, David; SKINER, Lisa G.; HWANG, Hyeonung C. Hwang. *Reading People: Behavioral Anomalies and Investigative Interviewing*. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2014/march/reading-people-behavioral-anomalies-and-investigative-interviewing>. Acessado em: 24/02/2017.)

questionamentos adicionais?; v) Que insights podem ser obtidos com os indicadores observados e por quê?”⁵⁷ (tradução livre).

Alguns apontamentos são realizados pelos investigadores do FBI a respeito de mitos das expressões não verbais, tais como o fato do narrador desviar o olhar e não “encarar” seu interlocutor ser sinal de que está mentira. Tal situação não foi confirmada após a realização de inúmeros testes, mas outra questão ficou comprovada, que na maioria das vezes, aqueles que encaram o interlocutor por muito tempo está mentindo, pois acredita no mito anterior e treinaram por muito tempo para poder afirmar suas narrativas sem desviar o olhar daquele que lhe pergunta.⁵⁸

Conhecer as técnicas de interrogatório tem-se tornado indispensável para quem atua na área criminal, uma vez que as pessoas passaram a se aperfeiçoar para esconder seus passos, bem como as testemunhas, por vezes, fantasiam suas declarações. Assim, saber detectar eventuais falhas passa a ser uma ferramenta indispensável para os operadores do direito. Porém, não se pode acreditar em padrões comportamentais pré-estabelecidos e que tais padrões não são passíveis de interpretações erradas. Na verdade, deve-se reconhecer que é o oposto, ou seja, não existem padrões comportamentais que demonstram ser verdadeira ou falsa uma narrativa. Os investigadores dos EUA deixam claro que cada pessoa se manifesta de maneiras diferentes e o comportamento de uma pode significar mentira nas declarações enquanto que em outra pode ser a verdade.⁵⁹ Para evitar erros de pré-julgamentos se faz necessário aprimorar a técnica de inquirir uma pessoa. Sobre isso relata Brian Fitch (investigador norte-americano) o seguinte:

Os investigadores gastam tempo tentando classificar o fato da ficção. Apesar da crença de que é fácil detectar um mentiroso, na verdade é difícil distinguir entre veracidade e decepção. Isto é porque nenhum comportamento único prediz exatamente se uma pessoa está mentindo. Portanto, ao invés de se

⁵⁷ Cfr. Matsumoto, Skinner e Hwang: “What cues contribute to the determination, and why?; Which behaviors are meaningful signs, and which are not?; Which actions are true signals of something important, and which are just noise?; Which signs provide guidelines for further probing and questioning?; What insights can be gained from the observed indicators, and why?” (MATSUMOTO, David; SKINER, Lisa G.; HWANG, Hyisung C. Hwang. *Reading People: Behavioral Anomalies and Investigative Interviewing*. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2014/march/reading-people-behavioral-anomalies-and-investigative-interviewing>. Acessado em: 24/02/2017.)

⁵⁸ MATSUMOTO, David; SKINER, Lisa G.; HWANG, Hyisung C. Hwang. *Reading People: Behavioral Anomalies and Investigative Interviewing*. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2014/march/reading-people-behavioral-anomalies-and-investigative-interviewing>. Acessado em: 24/02/2017.

⁵⁹ FITCH, Brian D.. *The Truth About Lying: What Investigators Need to Know*. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2014/june/the-truth-about-lying-what-investigators-need-to-know>. Acessado em: 24/02/2017.

concentrar em um único comportamento, os investigadores inicialmente devem realizar uma avaliação de linha de base. Eles devem fazer perguntas abertas para colher o máximo de informação possível enquanto observam indicadores de emoção, cognição e controle. Depois de concluir essas etapas, os pesquisadores podem fazer perguntas fechadas destinadas a obter respostas específicas. Independentemente de como um método particular pode ser promissor, os pesquisadores devem abordar cada entrevista com um nível adequado de ceticismo e apreciação pelas grandes diferenças individuais de comportamento e fala, bem como uma forte compreensão dos fatos do caso. Em geral, não há substituto para uma investigação completa.⁶⁰ (tradução livre).

No mesmo sentido o magistrado Alexandre Moraes da Rosa já ressaltou que as técnicas de inquirição devem ser aprimoradas até mesmo para que se possa alterá-la ao longo da audiência, justamente para poder tornar clara se a versão apresentada se trata de uma verdade ou de uma mentira. Diz o magistrado o seguinte:

Daí que indicar a importância na capacitação em mecanismos de leitura corporal parece importante ao agente processual que não queira desprezar sinais — postura corporal, gestual e expressões faciais — que podem modificar a tática, por exemplo, no decorrer de um depoimento judicial.⁶¹

E ainda complementa:

Pode-se objetar, de plano, que o domínio da linguagem corporal serve à manipulação. Entretanto, a linguagem corporal é prática comum nas abordagens e interrogatórios policiais e judiciais, fazendo com que, ao dominar a temática, possamos preparar-nos melhor para enfrentar quem usa ou não, no limite da ética. Afinal, caso você enfrente um jogador/julgador que as domina (ou acredita nelas), não saberá nem sequer que está sendo

⁶⁰ Cfr. Brian Fitch: “Investigators spend time attempting to sort fact from fiction. Despite the belief that it is easy to spot a liar, it actually is difficult to distinguish between truthfulness and deception. This is because no single behavior accurately predicts whether a person is lying. Therefore, rather than focusing on a single behavior, investigators initially should conduct a baseline assessment. They must ask open-ended questions to glean as much information as possible while watching for indicators of emotion, cognition, and control. After completing these steps, investigators may ask closed-ended questions intended to elicit specific responses. Regardless of how promising a particular method may appear, investigators should approach every interview with an appropriate level of skepticism and appreciation for the vast individual differences in behavior and speech, as well as a strong understanding of the case facts. Overall, there is no substitute for a thorough investigation.” (FITCH, Brian D.. *The Truth About Lying: What Investigators Need to Know*. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2014/june/the-truth-about-lying-what-investigators-need-to-know>. Acessado em: 24/02/2017.)

⁶¹ ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual>. Acessado em: 24/02/2017.

manipulado. Esse viés, então, fornece mecanismos para contingenciar a manipulação e compreender como o corpo, queiramos ou não, diz.⁶²

Sem um estudo cauteloso sobre tais possibilidades não haverá como aperfeiçoar e desenvolver a coleta da prova testemunhal e, muito menos, poder atribuir algum sentido às narrativas divergentes. Para tanto, basta se questionar sobre a seguinte situação hipotética: um pai passa a responder uma Ação Penal por violência sexual praticada em face de seu filho de 5 anos, mas que não existem traços ou sinais de violência corporal. O juiz irá analisar as palavras da criança e a do genitor. Qual terá prevalência?

Geralmente uma criança não mente, é o que afirma o senso comum. Contudo não se pode esquecer que ela pode ter sido influenciada pela mãe sobre a situação que, em tese, teria ocorrido. Esta situação é bastante corriqueira quando os genitores estão se divorciando e utilizam da prole para afetar o outro ex-consorte, no entanto vem culminando diversas ações penais em que os pais passam a responder por um ilícito que nunca ocorreu. Tal situação se trata da *Alienação Parental*.

Desta forma passasse ao seguinte questionamento: como produzir uma sentença criminal mais compatível com os fatos ocorridos?

A primeira resposta para isso é: produzindo provas fidedignas com o fato praticado e aceitar que as pessoas podem sofrer de falsas memórias e de sugestionalidades.

A segunda resposta é: analisar as provas testemunhais e as narrativas pessoais de modo que sejam constatadas irregularidades com os fatos informados ao interlocutor.

A terceira resposta é: observar atentamente todos os traços pessoais de quem está descrevendo os detalhes do suposto crime.

A quarta resposta é: reconhecer que as pessoas emitem expressões corporais não verbais que podem solucionar os casos em que existam somente provas testemunhais contraditórias.

A quinta resposta é: realizar uma análise cautelosa da linguagem corporal emitida pelo narrador em todas as fases da persecução criminal, ou seja, desde a prisão, da audiência de custódia e da audiência de instrução e julgamento, para poder construir um padrão comportamental do narrador, principalmente quando o ilícito não deixa outras provas senão as orais (testemunhais e depoimentos).

⁶² ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual>. Acessado em: 24/02/2017.

Perceba-se que tais medidas somente deverão ser postas em práticas nos crimes que não deixam vestígios ou que existam detalhes divergentes. Não deverão ser realizadas em todos os casos, uma vez que, na maioria das vezes, a Ação Penal possui tantas provas materiais que a prova testemunhal passa a ser desnecessária para a produção de uma sentença. Sendo assim, tal procedimento poderia ser aplicado para as ações que envolvem crianças e adolescente envolvidas em caso de exploração/violência sexual, posto que geralmente ocorrem na clandestinidade e podem não deixar vestígios, sendo as únicas provas a palavra da vítima contra a palavra do Acusado.

Desta forma, buscar-se-á demonstra a utilidade de se analisar as expressões não verbais dos narradores nas principais fases de uma persecução criminal, sem ter como objetivo debater se algumas inovações criminais (tal qual a Audiência de Custódia) poderá solucionar problemas por eles pretendidos, uma vez que pretende-se aqui aplicar os institutos jurídicos já criados em sintonia com o objeto final desta pesquisa, qual seja, a constatação das diversas variáveis de uma narrativa pessoal.

2. A NARRATIVA PESSOAL: entre a verdade, a mentira e a falsa memória

A sociedade mundial vem passando por diversas mudanças em face da globalização. Culturas e costumes estão sendo absorvidos por todos mesmo sem perceber. Diariamente cada pessoa passa a sofrer diversas interferências comportamentais, bem como de informações a respeito das mais variadas áreas do saber. Da mesma forma, passam a absorver relatos e situações vivenciadas por diversas pessoas que muito se assemelha com circunstâncias já vivenciadas pelo narrador. Todas essas mudanças passam a fazer parte das pessoas e, principalmente, para aquelas que estão passando pelo crivo do Judiciário, uma vez que, muitas vezes as histórias são significativamente semelhantes.

A coleta das provas no Processo Penal sofreu inúmeras mudanças no decorrer dos séculos. As recentes alterações (oralidade e técnicas de retórica) estão proporcionando discussões indispensáveis para a evolução do direito processual. No entanto, ainda são pouco destacadas na doutrina brasileira, não por falta de conhecimento, mas por simples dificuldade de aplicação prática de diversas novas ciências e áreas do saber, para tanto, basta observar a dificuldade de interpretar a declaração de uma testemunha com dificuldades de comunicação ou até mesmo em relação às crianças vítimas de abusos sexuais.

A narrativa é o meio de prova mais utilizado no Processo Penal cabendo ao magistrado, enquanto garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais, realizar essa difícil tarefa. Essa função exige muita cautela, uma vez que, ao analisar cada narrativa acostada aos autos, buscar-se-á sempre o menor sofrimento dos envolvidos no caso.

Vale ressaltar que as narrativas podem manipular a verdade dos fatos, uma vez que, os depoimentos demonstrarão apenas uma parcela da realidade dos fatos, pois é impossível ser reconstruído a totalidade dos fatos.

Para Michele Taruffo o narrativismo⁶³⁻⁶⁴ é fortemente influenciado pelas narrativas das partes e pelas experiências de vida das testemunhas, tornando-se difícil⁶⁵ separar os fatos

⁶³ TARUFFO, Michele. Narrazioni processual. *Revista de Processo*, v. 33, n. 155, p. 77-115, jan. 2008.

⁶⁴ TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*. Vol. 154. Dez/2007. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: https://www.academia.edu/4518682/VERITA_E_PROBABILITA_NELLA_PROVA_DEI_FATTI. Acessado em: 13/03/2014.

acontecidos da estória narrada nos autos⁶⁶⁻⁶⁷⁻⁶⁸⁻⁶⁹. Já José Calvo González⁷⁰⁻⁷¹ apresenta o narrativismo como a evolução processual a partir do entendimento e organização das narrativas processuais.

A realização da coleta da prova testemunhal, precisa de alguns cuidados, uma vez que, trata-se da prova mais fácil de ser “fraudada”. Destaca-se também a importância que vem sendo dada à proteção das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abusos sexuais, que, por serem facilmente manipuladas, podem modificar toda a realidade fática⁷². Diminuindo a credibilidade do testemunho no Processo Penal, desta forma pergunta-se, até que ponto pode confiar em um depoimento?

Cristina Di Gesu passou a se preocupar diretamente com a metodologia aplicada para a realização da coleta de prova testemunhal em criança e adolescente, concluindo que não há uma possibilidade de impedir que as testemunhas sofram influências dos familiares, e que, por essa razão, torna-se indispensável a constante evolução e aprofundamento das técnicas para coleta de provas no Processo Penal, principalmente naqueles que dependem dos relatos prestados por essas pessoas, vulneráveis, e que estão em desenvolvimento físico e mental⁷³.

A sugestibilidade tem influência direta no pensamento das crianças, acrescentam detalhes fantasiosos, acarretando o que a doutrina (família e civilista) passou a chamar de

⁶⁵ Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparad.* Ano XXXVIII, n. 114, set-dez 2005. p. 1285-1312. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11413.pdf>. Acessado em: 13/03/2014.

⁶⁶ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*. Vol.151. Set / 2007. Revista dos Tribunais Online. p. 04.

⁶⁷ TARUFFO, Michele. Considerazione su llemassime d’esperienza. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* v. 63, n. 2, p. 551-569, junho de 2009.

⁶⁸ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 63, Mar./2009.

⁶⁹ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta. 2005.

⁷⁰ GONZÁLEZ, José Calvo. *La controversia fáctica: Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho*. Disponível em: <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/controversia.pdf>. Acessado em: 12/03/2014.

⁷¹ GONZÁLEZ, José Calvo. Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio. Publicado in: Virgilio Zapaterio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102. Disponível em: <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/modelonarrativa.pdf>. Acessado em: 12/03/2014.

⁷² Cfr. Leila Brito e Joyce Pereira, ao realizar uma busca em decisões dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, constataram as seguintes justificativas para a oitiva de crianças e adolescentes: i) inexistência de outras provas em face da clandestinidade do ilícito; ii) seria uma maneira de combater a impunidade; iii) necessidade de dar valor probatório especial ao relato da vítima; iv) presunção de veracidade do depoimento infantil; v) ausência de motivos para querer incriminar falsamente o réu; vi) valor secundário das provas materiais. (BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. *Psico-USF* [online]. 2012, vol. 17, nº. 2 p. 285-293 . Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712012000200012&lng=en&nrm=iso. Disponível em: 06/06/2014. p. 286.)

⁷³ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 107.

Síndrome de Alienação Parental (SAP), mas que no Direito Penal poderá acarretar, além da ruptura familiar, na condenação de um inocente⁷⁴.

É importante que os profissionais que atuam nestes casos específicos estejam preparados para verificar se as crianças foram objetos da lide e alvos de falsas memórias, se estão mentindo, ou se estão realmente dizendo a verdade. A coleta da prova testemunhal tem se tornado um dilema a ser solucionado no processo contemporâneo.

O lapso temporal pode acarretar mudanças na percepção fática das pessoas que estão envolvidas no processo. Por essa razão, a questão do esquecimento, narrativas e as Falsas Memórias são um fenômeno que merece atenção especial, principalmente no que se refere à área do Direito, para que se evite chegar a conclusões errôneas quando houver a necessidade de ouvir o depoimento de alguma testemunha. Pois, como foi dito anteriormente, a prova testemunhal muitas vezes é o único elemento probatório a servir de base tanto para a acusação quanto para a defesa e há casos em que o depoimento de uma única testemunha foi o suficiente para a condenação do réu. Agora imagine se a testemunha cujo depoimento levou a condenação do réu estivesse sendo acometida por Falsas Memórias (FM)? Com toda certeza um inocente estaria sendo posto atrás das grades!

Apesar de as Falsas Memórias (FM) serem algo extremamente preocupante no que tange a área do Direito, há uma grande dificuldade em identificar se uma pessoa está sofrendo de Falsas Memórias ou não, pois estas fazem parte do funcionamento normal da memória, ou seja, não estão relacionadas com nenhuma patologia e além do mais a pessoa que está sendo acometida por Falsas Memórias julga que estas são verdadeiras, que realmente ocorreram da maneira como está sendo descrito por ela.

Vale salientar que as Falsas Memórias não devem ser confundidas com as mentiras deliberadas, já que nas Falsas Memórias a pessoa julga as informações como sendo expressão da verdade, enquanto que nas mentiras a pessoa sabe que a informação ou evento que ela está narrando se difere do que de fato aconteceu e mesmo assim, sustenta a “história” como sendo expressão da verdade. É justamente por isso que a pessoa que está acometida pelas Falsas Memórias, ao prestar um depoimento, não pode ser condenada pelo crime de Falso Testemunho, descrito no Artigo 342 do Código Penal.

Segundo Aury Lopes Jr:

⁷⁴ SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 220.

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 inconscientemente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, onde a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí porque é mais difícil identificar-se uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.⁷⁵

Torna-se indispensável para o aperfeiçoamento do Processo Penal Brasileiro um estudo mais dedicado e aprofundado em relação às falsas memórias que as pessoas podem sofrer, sejam elas introduzidas por agentes externos ou criadas pela própria pessoa que está sendo inquirida. Perceba-se, mais uma vez, que não se fala de uma mentira dolosa contada pelo narrador, mas apenas uma história fictícia que para ele se trata de uma verdade, ou em outros momentos de sugestões introduzidas por pessoas próximas à ela que podem modificar o resultado de uma Ação Penal, absolvendo um culpado ou condenando um inocente. Assim já foi relatado em outra oportunidade em coautoria com Eduardo Cambi:

A solução de processos, em especial os que dependam de provas testemunhais e cujas supostas vítimas sejam crianças e adolescentes, exigem maiores cautelas. Com efeito, a aproximação dos operadores jurídicos e os estudiosos de temas como sugestionabilidade, falsas memórias e auto engano, é imprescindível para o aprimoramento do Direito Processual, a fim de não apenas obter decisões justas, calcadas em informações realmente críveis (e, portanto, não fictícias), mas principalmente usar tal conhecimento para a devida proteção de crianças e adolescentes vítimas de violência sexual.⁷⁶

Portanto, estudar, compreender e conhecer as falsas memórias podem mudar o resultado de um processo e, sendo assim, dever-se-á dar mais atenção a ela.

2.1. Compreensão sobre o que são as falsas memórias

⁷⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. V. 1. 3. ed. ver. e atual. Editora Lúmen Juris. Rio de Janeiro: 2008. p. 615.

⁷⁶ CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. *Depoimento sem dano e Falsas memórias*. p.48.

É bastante frequente as pessoas se recordarem de um fato de maneira diferente da qual realmente aconteceu. Esse fenômeno é denominado de Falsa Memória.

Para melhor entender sobre as falsas memórias e sua constante incidência no dia-a-dia da população, basta pensar a respeito aos sinais de trânsito. Quando um motorista conhece as vias que trafega raramente ocorrem as falsas memórias, contudo quando faz uso de vias desconhecidas, por vezes acaba se deparando com falsas memórias, ou seja, passa a acreditar que já esteve naquela região ou que lembra de já ter passado por ali antes.

Se tais ocorrências atingem situações diárias e corriqueiras na população, por que não podem serem constatadas nas práticas de ilícitos?

A lógica leva a entender que as falsas memórias são mais frequentes durante a ocorrência de uma infração, uma vez que os atos vivenciados passam a ser tão intensos que, quando não compreendidos como um todo passa a exigir da pessoa pequenas complementações dos espaços vazios para que sua compreensão do todo seja mais verossímil.

Por essa razão as falsas memórias passam a ser entendida como “lembranças” ou recordações de situações e/ou elementos que nunca ocorreram, ou que ao menos não ocorreram exatamente naquela situação fática, ou seja, os fatos podem terem sido verificados, mas em outra situação, ou em outro contexto ou até mesmo em filmes e programas de televisão, mas que passaram a ser utilizados pela pessoa para complementar os vazios de sua memória.

Perceba-se então que as falsas memórias nada mais são do que fatos e/ou elementos incorporados à uma situação fática vivenciada pelo interlocutor (aquele que narra a história), contudo, nem sempre o que é narrado ocorreu, podendo ser informações verídicas vivenciadas em outra ocasião, ou até mesmo informações falsas assistidas ou assimiladas por meio de outros meios, surgindo assim duas formas de falsas memórias: a espontânea e a sugerida.

Antes de adentrar no estudo das falsas memórias, torna-se oportuno destacar que as maiorias dos processos criminais utilizam das narrativas prestadas pelo agente, por policiais militares e por testemunhas, sendo que todas podem sofrer das falsas memórias para complementar as informações ou detalhes esquecidos. O esquecimento passa a ser constatado com maior frequência quando há um grande lapso temporal entre a data da realização das investigações policiais em sede de Inquérito Policial e a audiência de instrução e julgamento no Judiciário. Quanto maior o lapso temporal, maior a probabilidade do narrador esquecer pequenos detalhes do fato e passará complementar com informações que não ocorreram.

Destaca-se aqui que essa complementação nem sempre se faz por meio de má-fé, ou seja, o narrador não está tentando enganar a justiça, mas apenas narra uma história que acredita ser a verdadeira e passa a expor maiores detalhes para dar credibilidade às suas palavras.

A discussão sobre as Falsas Memórias é muito recente no Brasil. Na verdade poucos juristas dão atenção à essa prática, uma vez que temem a interdisciplinaridade do Direito com conhecimentos psicológicos. No entanto tal fenômeno vem sendo discutido há mais de 100 anos. Países como França (1890 com Binet), Alemanha (1910 com Stern) e Inglaterra (1932 com Barlett) foram os exponenciais em relação à falsa memória, os quais estudaram a possibilidade das pessoas, de qualquer idade, seja criança ou adulto, de sofrerem desta complementação (espontânea ou sugerida/induzida) de informações em suas narrativas. Cíntia Alves e Ederaldo Lopes⁷⁷ discorrem que o conceito do que são as Falsas Memórias, começou a ser desenvolvido no período correspondente ao final do século XIX e início do século XX, em pesquisas realizadas em alguns países da Europa. Os primeiros estudos experimentais sobre Falsas Memórias em crianças se iniciaram na França e na Alemanha, com as pesquisas de Binet em 1890 (França) e de Stern em 1910 (Alemanha); e os estudos sobre Falsas Memórias em adultos tiveram início em 1932 com Barlett, na Inglaterra, o qual tinha como idéia o fato de que os detalhes de uma dada experiência, não poderiam ser lembrados na íntegra, mas que a essência do fato ficaria gravada na memória por um período maior de tempo.

Um exemplo muito comum na sociedade brasileira se dá nos casos em que os pais se encontram em fase de dissolução do relacionamento conjugal e passa a utilizar da criança como instrumento para atingir o outro consorte. Atualmente se fala de alienação parental, mas deve-se reconhecer que tal prática nada mais é do que uma falsa memória induzida, assim, um dos genitores passam a apresentar informações inverídicas na memória da criança que passam a acreditar que realmente ocorreram, tais como: “ele nunca gostou de você”, “ele nunca lhe ajudou”, “ele não quer ver você”, e “ele te abandonou”. Essas situações são muito comuns, infelizmente. Já em relação aos processos criminais já foram verificados casos em que a ação criminal foi iniciada por haver a criança afirmado ter sofrido abuso sexual do genitor, mas que após inúmeras atuações de psicólogos foi constatada que tais práticas nunca haviam ocorrido, e que tudo não passava de falsas memórias sugestionadas pelos familiares em oposição ao genitor (tais casos serão mais bem discutidos em capítulo próprio).

⁷⁷ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Falsas Memórias:...* Op. Cit.

A vingança entre os genitores são os casos mais comuns da prática das falsas memórias sugeridas, pois se busca prejudicar a imagem do outro consorte com intuito de criar as alienações parentais. Ou seja, com a carga de sugestões negativas introduzidas nas crianças de tenra idade, esta passa a crescer e se desenvolver com sentimento repulsivo em relação ao outro genitor. Contudo tal prática não ocorre apenas entre os genitores, podendo ser criada as falsas memórias em relação a qualquer outra pessoa da família por simples questão de desavença, ódio ou repulsa⁷⁸.

Quando os genitores passam a utilizar da criança e/ou do adolescente para atingir seu outro consorte esquecem-se de que aquele infante sugestionado está em fase de desenvolvimento mental e tudo que lhe ocorre neste período passa a ser responsável por tudo que ele vier a se tornar. As crianças que sofrem de alienação parental ou falsas memórias tendem a ser mais depressivas, pois se sentem vítimas e indesejadas exatamente por aquelas pessoas que deveriam lhe dar mais afeto e atenção. A implantação das falsas memórias, principalmente as relacionadas à abusos sexuais, passam a causar riscos à saúde emocional da criança, criando transtornos psicológicos na fase adulta⁷⁹. Por essa razão tornam-se indispensável análises psicológicas e psiquiátricas cautelosas.

⁷⁸ APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PALAVRA DA VÍTIMA OFENDIDA EM IDADE PRÉ-ESCOLAR. VINGANÇA DO GENITOR CONTRA O AVÔ INDUÇÃO DA MENOR. CONJUNTO PROBATÓRIO INCONSISTENTE. ABSOLVIÇÃO. I. A credibilidade da palavra da vítima deve pautar-se no discurso coerente e repetido sobre os fatos, além de estar consonante com os demais testemunhos e provas dos autos. II. Os fatos narrados na denúncia foram praticados, em tese, contra menina de 4 (quatro) anos de idade. O perigo de induzir respostas e gerar falsas memórias é um risco na entrevista de crianças no estágio pré-escolar. *Adultos e outras figuras de autoridade podem distorcer as percepções e recordações de infantes ao inquirir com uma pré-concepção do fato ocorrido*. III. No caso concreto, o genitor da menor, por vingança e pautado em longo histórico de entreveros com o acusado, incutiu a ideia dos abusos, como retaliação ao réu, fato reconhecido posteriormente. IV. O conjunto probatório não é suficiente para demonstrar a materialidade e a autoria. Mister absolver. V. Apelo provido. (TJ/DF. Apelação Criminal 2012-06.100.31.1996. Relatora: Sandra de Santis. 1ª Turma Criminal. Julgado em 15/10/2015. Publicado em: 19/10/2015)

⁷⁹ AGRAVO DE INSTRUMENTO - GUARDA DE MENOR - DISPUTA ENTRE OS GENITORES. ALTO GRAU DE BELIGERÂNCIA. ACUSAÇÕES RECÍPROCAS. ABUSO SEXUAL E ALIENAÇÃO PARENTAL. NECESSIDADE DE EXAME PSICOSSOCIAL POR PROFISSIONAL ESPECIALIZADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 5º, § 2º DA LEI Nº 12.318/2010. AFASTAMENTO DA CRIANÇA DO CONVÍVIO DO SUPOSTO ALIENADOR E DO ACUSADO DE ABUSO SEXUAL. GARANTIDO DIREITO DE VISITAÇÃO DO GENITOR DE FORMA ASSISTIDA. MEDIDA MAIS RECOMENDÁVEL. MANUTENÇÃO DA GUARDA À GENITORA. DEFERIMENTO DA BUSCA E APREENSÃO. CUMPRIMENTO DA MEDIDA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO COLEGIADA. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO POR MAIORIA. 1 - A alienação parental ou implantação de falsas memórias é tão grave quanto o abuso sexual, seja porque põe em risco a saúde emocional da criança, seja porque causa drásticas repercussões no desenvolvimento psicológico do indivíduo alienado, acarretando-lhes severos danos no presente e no futuro, devendo ambos receber o mesmo tratamento por parte do Poder Judiciário. 2 - Verificando o magistrado atos típicos de alienação parental, nada impede que adote algumas medidas, isolada ou cumulativamente, previstas no art. 6º da Lei nº 12.318/2010, dentre as quais se encontram: a) declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador; b) ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado; c) estipular multa ao alienador; d) determinar acompanhamento psicológico e/ou

Os processos que discutem a alienação parental, principalmente em que alega-se a prática da sugestão poder parte da genitora passa a exigir perícias detalhadas e cautelosas para evitar danos à um inocente⁸⁰.

Percebe-se com isso, que tal temática não pode ser descartada do direito processual penal, pois em sendo o ramo do direito mais estigmatizante e agressivo, atingindo diretamente o bem mais valioso do ser humano (a “liberdade foi e é ainda um dos mais altos fins de esforços e das aspirações humanas, sempre tão almejada”⁸¹), deve-se buscar sempre a realização da justiça, não podendo impor barreiras e limites simplesmente pela falta de conhecimento a respeito de determinado ramo de estudo. As Falsas Memórias, apesar de serem objeto de estudo da psicologia, merecem grande atenção no que tange a área do Direito, pois estas quando se apresentam no depoimento de uma testemunha (salientando que muitas vezes a prova testemunhal é o único elemento probatório a servir de base para a acusação e para a defesa e além do mais há casos em que o réu foi condenado com base na narrativa de uma única testemunha) podem levar a condenação da pessoa errada.

biopsicossocial; e) determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão; f) determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente; g) declarar a suspensão da autoridade parental; 3 - No caso de existir denúncia e/ou indícios de que a criança esteja sendo vítima de alienação parental, a prudência recomenda que medidas de cautela sejam tomadas pelo Judiciário para preservar os interesses da criança, assegurando, sempre que possível, a sua proteção e o seu bem estar, seja coibindo a continuidade do ato lesivo, seja afastando a vítima do convívio direto com o seu suposto agressor; 4 - Quando a situação envolver denúncia de abuso sexual em face de menor, basta que o agressor também seja afastado do convívio da vítima, impedindo-o, inclusive de manter com ela qualquer tipo de aproximação, competindo ao julgador, quando se deparar com tal situação, evitar que a mera acusação de crime de abuso sexual se transforme em sentença penal condenatória, sem antes ser observado o devido processo legal e o que diz o princípio da presunção da inocência previsto no art. 5º, LVII da CF/88, notadamente quando existe no processo laudo da Polícia Técnico-Científica atestando que não houve conjunção carnal; 5 - A solução que melhor se amolda ao caso concreto é restabelecer a guarda da criança à genitora, desde que o senhor A.N., namorado da agravante, não se aproxime de A.C.L.S., guardando, sempre, uma distância mínima de 300 (trezentos) metros da menor, nem faça com ela qualquer espécie de contato, seja presencialmente, seja por telefone, seja pela internet; 6 - Recurso Provido. À maioria de votos, vencido o relator. (TJ/PE. Agravo de Instrumento 3.186.765. Relator Stênio José de Sousa Neiva Coelho. 5ª Câmara Cível. Julgamento em 19/02/2014. Publicado em: 25/02/2014)

⁸⁰ Ementa: PROCESSO CIVIL E FAMÍLIA. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. ABUSO SEXUAL. ALIENAÇÃO PARENTAL. PENDENTE MAIOR ANÁLISE DE PROVAS. LIMITAÇÃO DE VISITAS. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DA FILHA MENOR. RECURSO IMPROVIDO. 1. Acusação de abuso sexual com implantação de falsas memórias na menor pela genitora, com o fim de realizar alienação parental, depende de exame mais aperfeiçoado. Necessário aguardar o término do estudo psicossocial no processo originário. 2. A atual situação fática ainda está pendente de dilação probatória, a manutenção da vigente limitação das visitas de forma acompanhada é a melhor medida que resguarda a integridade física e psíquica da menor, sem prejudicar por completo a convivência com o genitor. 3. Recurso parcialmente conhecido e, na parte conhecida, não provido. Unânime. (TJ/DF – Agravo de Instrumento 2014.00-200-34663. Relator: Fátima Rafael – 2ª Turma Cível. Julgado em 19/11/2014. Publicado em: 24/11/2014)

⁸¹ COSTA, Ilton Garcia da; GONÇALVES, Aline de Menezes. Da sociedade antiga à sociedade política e a funcionalidade do Direito. *NOMOS Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza. Julho de 2016. v. 36/2, p. 205-224. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/download/6325/4568. Acessado em: 19/02/2017. p. 216.

Voltando ao tema, tem-se que as falsas memórias espontâneas são aquelas que o próprio indivíduo passa a alterar a realidade fática. Ele tem conhecimento da essência do fato, mas passa a complementar os espaços vazios ocorridos pelo esquecimento. Guise-se, ele não está mentindo, uma vez que acredita que os fatos ocorreram da maneira que está narrando, posto que está sendo enganado pela própria memória. Já a falsa memória induzida é aquela em que os elementos complementadores dos vazios partiram de informações coletadas externamente, seja por meio de induzimentos apresentadas por outras pessoas (ex. quando em um acidente de carro um pedestre afirma que havia a placa de “preferencial” e o narrador passa a afirmar sua existência – acreditando da sua existência – sendo que na verdade a placa é de “pare”), seja por meio de sugestões em que outras pessoas passam informações similares à ocorrida e que o ouvinte passa a absorvê-las como se tivessem ocorridas consigo.

Toda narrativa elaborada por uma pessoa é construída a partir de elementos vivenciados ou adquiridos ao longo do tempo. É a partir da memória arquivada que a pessoa passa a descrever fatos passados podendo, ou não, ocultar informações relevantes, bem como podendo, ou não, acrescentar elementos irrelevantes. O pesquisador Ambrocio Heráldez passou a definir a memória como um sistema capaz de armazenar e arquivar informações que o narrador entenda relevante⁸². É a memória que arquiva, cria e recupera informações a respeito de algo ocorrido com o narrador. Ela poderá ser recuperada integralmente quando todos os fatos forem importantes, mas poderá ocorrer uma recuperação fragmentada, tais como ocorrem nos sonhos durante o sono.

Outros pesquisadores, Cintia Alves e Ederaldo Lopes⁸³, apresentam estudos realizados pelos pesquisadores Loftus e Hoffman em 1989, para afirmar que a memória não poderá ser considerada como apenas uma lembrança vivida no passado, mas uma mescla entre as lembranças dos fatos passados com elementos que a pessoa acredita ter realmente vivenciado. Para tanto basta pensar na situação já narrada: a narrativa de um sonho para outrem. Quando a pessoa busca explicar um determinado sonho, passa a descrevê-lo com as informações que se lembra incluindo informações que acredita terem ocorrido, principalmente quando busca descrever as pessoas que faziam parte da imagem sonhada. Diversas vezes os

⁸² HERÁLDEZ, Ambrocio Mojardín. *Origen y Manifestaciones de las Falsas Memorias*. Act.Colom.Psicol. vol.11 no.1 Bogotá Jan./June 2008. p. 37. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/acp/v11n1/v11n1a04.pdf>>. Acessado em: 04/08/2014.

⁸³ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas*. Paidéia (Ribeirão Preto) vol.17 no.36 Ribeirão Preto Jan./Apr. 2007. p. 47. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acessado em: 20/10/2014.

sonhos possuem pessoas desconhecidas, mas que passam a ser narradas como se fossem próximas ao interlocutor por acreditar, por alguma razão, que se tratava da mesma pessoa.

O mesmo pode ocorrer quando as pessoas passam a narrar suas histórias nas delegacias e nas audiências, pois desconhecem os agentes do crime, mas passam a afirmar que aqueles acusados eram realmente os autores do fato ilícito por ela sofrido. Outra situação muito corriqueira das falsas memórias se dá na identificação dos suspeitos. A sociedade brasileira, apesar de ser marcada pela diversidade cultural, possui em algumas regiões pessoas com traços semelhantes, seja pela cor de pele, vestimenta, cor de cabelo, olhos, para isso basta verificar a diversidade entre pessoas do Rio Grande do Sul com pessoas que residem em Salvador. Desta forma, percebe-se que muitas pessoas vítimas de assaltos em sinaleiros/semáforos não conseguem identificar claramente o agente do crime, ainda mais se ele estiver em uma motocicleta. Desta forma qualquer outra informação do dia-a-dia poderá passar a influir no seu discernimento sobre o ocorrido, podendo até mesmo levá-lo ao erro de “identificar” uma pessoa que não foi o autor da infração. Muito emblemática é a decisão proferida pelo TJ de Minas Gerais que absolveu os acusados por evidente irregularidade na identificação pessoal a qual está transcrita abaixo:

Na época dos fatos, as vítimas Jaqueline Furtado de Oliveira e Geraldo Flávio Batista da Cruz disseram que não sabiam descrever bem os seus algozes, pois ambos usaram capacetes durante a prática do delito (fls. 10 e 11). Cerca de 04 (quatro) meses depois, após verem, pela imprensa, que o apelante, que prestara serviços para eles meses antes, fora preso com a moto utilizada na empreitada delituosa, os ofendidos disseram, todavia, que reconheciam Glaysson Alves de Oliveira como um dos autores do crime sob análise.⁸⁴

Por essa razão tornam-se importantes os estudos realizados por Carmem Neufeld, Priscila Brust e Lilian Stein que descrevem a memória/recordação como “um processo

⁸⁴ APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - RECONHECIMENTO EXTRAJUDICIAL DA VÍTIMA ISOLADO NOS AUTOS - INDÍCIOS DE FALSA MEMÓRIA - PROVA INSEGURA - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. - É necessária prova escoreita 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. - Provimento ao recurso. (TJ/MG – Apelação Criminal – 10024043490044001. Relator Cássio Salomé. Julgamento em: 16/05/2013. Publicado em: 24/05/2013)

reconstrutivo, baseado em esquemas mentais e no conhecimento geral prévio da pessoa, salientando o papel da compreensão e a influência da cultura nas lembranças”⁸⁵.

Ainda em relação às pesquisas de Neufeld, Brust e Stein⁸⁶ torna-se relevante destacar que as falsas memórias passam a serem resultados corriqueiros e naturais do funcionamento cerebral da pessoa, não podendo ser caracterizado como desvio de atividade neurológica e, muito menos, como um ato praticado de má-fé. Ou seja, quando a pessoa acaba sofrendo das falsas memórias não significa dizer que ela sabe que está narrando informações inverídicas, pois na verdade ela crê que tais circunstâncias realmente ocorreram. Em outra pesquisa desenvolvida por Stein, com sua coautora Luciana Ávila⁸⁷, as falsas memórias devem ser consideradas como recordações de eventos verificados, mas não vivenciados, em outras palavras, as falsas memórias não devem ser consideradas como ilusão, fantasia ou mentira elaborada pelo narrador, mas como elementos já observados em situações diversas da que está sendo narrada, se assemelhando fortemente com as memórias verdadeiras⁸⁸. Utilizando os estudos de Ambrocio Heráldez pode-se perceber que as falsas memórias passam a ser uma das variações do lado oposto da ausência das Memórias Verdadeiras, uma vez que, em existindo um vácuo, uma fissura em relação às informações verdadeiras, torna-se necessário complementá-las com outras informações, que podem ser ilusórias e mentirosas ou podem ser as falsas memórias.

Segundo a pesquisa desenvolvida por Neufeld, Brust e Stein torna-se oportuno fazer um breve destaque a respeito de que as falsas memórias também foram analisadas por Freud quando este passou a estudar e revisar sua teoria a respeito da repressão em relação à eventos causadores de traumas em crianças e adolescentes que, por meio de tratamento psiquiátrico, foram esquecidas por certo período de tempo, mas que passaram a retornar à memória quando estas pessoas estavam em fase adulta, por meio de sonhos, lembranças e imagens distorcidas da realidade.

⁸⁵ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41. p. 24. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgyLkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acessado em: 05/08/2014.

⁸⁶ Idem.

⁸⁷ ÁVILA, Luciana Moreira de; STEIN, Lilian Milnitsky. *A Influência do Traço de Personalidade Neuroticismo na Suscetibilidade às Falsas Memórias*. Psic.: Teor. e Pesq. Vol.22 no.3 Brasília Sept./Dec. 2006. p. 339. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v22n3/11.pdf>>. Acessado em: 04/08/2014.

⁸⁸ NEUFELD, Carmem Beatriz; et. All. *Compreendendo o Fenômeno das ...* Op. Cit.

As pesquisas passaram a ser difundida a respeito das falsas memórias no final do século passado, mas segundo Brainerd⁸⁹, tal crescimento se deu apenas em função dos diversos casos envolvendo os testemunhos de crianças e adolescentes, que são mais suscetíveis à manipulação de informação e da sugestibilidade. Em contraponto a tal pensamento, Cintia Alves⁹⁰ afirma que o avanço dos estudos não se deu em razão das constatações acima, mas principalmente pelo reconhecimento da sua existência durante o cotidiano das pessoas.

Apesar de ser uma prática corriqueira, as falsas memórias devem ser melhor estudada quando se fala de processos judiciais e até mesmo em relação à convivência familiar para impedir ou reduzir as chamadas alienações parentais. Por essa razão torna-se indispensável a continuidade dos debates sobre a exposição das narrativas contendo informações complementares não vivenciadas, uma vez que ela poderá causar danos à terceiros por meio de elementos narrados inexistentes. Mesmo não sendo o ponto para o debate, há que ressaltar a utilização da análise comportamental e a expressão corporal das pessoas que estão realizando as narrativas, uma vez que, por meio da linguagem corporal poderá ser detectada alguma expressão que sinalize certa irregularidade na narrativa prestada pelo interlocutor em análise.

Desta forma, torna-se oportuno diferenciar as falsas memórias espontâneas das falsas memórias sugeridas.

2.2 Falsas Memórias Espontâneas e Falsas Memórias Sugeridas

Segundo pesquisas recentes sobre as falsas memórias foi constatado que elas podem ocorrer tanto em crianças quanto em adultos. Geralmente os primeiros sofrem das falsas memórias sugeridas enquanto que os últimos das falsas memórias espontâneas, mas nada impede que o oposto.

O pesquisador Ambrocio Heráldez⁹¹ esclarece que as falsas memórias espontâneas e as sugeridas possuem origem diversa, tal qual já explanado anteriormente. As sugeridas são

⁸⁹ BRAINERD, C. J.. Prefácio. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 15 Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgvLkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acessado em: 05/08/2014.

⁹⁰ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Falsas Memórias:...* Op. Cit.

⁹¹ HERÁLDEZ, Ambrocio Mojardín. *Origen y Manifestaciones de las Falsas Memorias...* Op. Cit.

aquelas que passam a fazer parte da memória do interlocutor por fatos e elementos externos que passam a ser interiorizados, ou seja, o narrador passa a receber informações de outras fontes diversas do seu próprio consciente.

De outro lado há as falsas memórias espontâneas que, segundo Stein⁹², se tratam de distorções fáticas produzidas internamente pelo mesmo interlocutor que apresenta a versão fática, pois decorre de um funcionamento normal da memória⁹³. Carmem Neufeld⁹⁴ apresenta em suas pesquisas outra possibilidade quanto à origem das falsas memórias espontâneas que seria sobre o erro quanto às lembranças. Para a pesquisadora o erro da memória sempre estará ligado com os fatos vividos pelo intérprete, mas que passa a ser confundido em alguns elementos com circunstâncias já vividas ou por circunstâncias presenciadas, mas nunca vividas. Complementando sobre a origem das falsas memórias, Carmem Neufeld afirma que os casos de sugestionabilidades sempre ocorrerão posteriormente ao fato vivenciado, sendo estas novas informações absorvidas e incorporadas pelo intérprete.

Deste modo passa a ser notório que todas as pessoas podem sofrer de falsas memórias, sejam elas espontâneas ou sugeridas, uma vez que basta ao interprete esquecer-se de alguns detalhes do fato vivenciado para que passe a completá-lo com novas informações, sejam elas criadas por si mesmo, sejam elas sugeridas por outras pessoas ou até mesmo pelos meios de comunicação⁹⁵. Um exemplo disso é uma mulher olhando vitrines que vê um vestido qualquer, e após ter passado certo tempo, ela olha uma determinada mulher andando na rua com uma saia da mesma cor que o vestido e passa a afirmar que se trata da mesma vestimenta, sendo que na verdade são utensílios distintos. Isso ocorre pela semelhança na essência dos dois fatos, no caso, as cores. Já as falsas memórias sugeridas, que ocorrem devido a influências exteriores ao indivíduo, são o resultado da incorporação de novas informações (nesse caso, informações falsas, que foram colocadas como fazendo parte do evento em questão) depois de certo tempo da ocorrência do evento.

Segundo Neufeld, quanto maior a carga de informações semelhantes recebidas ou criadas pelo intérprete menor serão as informações realmente verdadeiras, podendo causar uma total distorção da realidade. Se pensar nesta hipótese em relação à questões do dia-a-dia

⁹² STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. *Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram?*. Arq. Ciênc. Saúde Unipar. 5(2): mai./ago.,2001. p. 180. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/saude/article/view/1124/987>>. Acessado em: 04/08/2014.

⁹³ HERÁLDEZ, Ambrocio Mojardín. *Origen y Manifestaciones de las Falsas Memorias...* Op. Cit.

⁹⁴ NEUFELD, Carmem Beatriz; et. All. *Compreendendo o Fenômeno das ...* Op. Cit.

⁹⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. *Falsas Memórias: Porque Lembramos ...* Op. Cit.

passasse a ser irrelevante, contudo se tais situações ocorrerem durante um processo criminal em que a única testemunha passou por este processo de substituição de suas memórias verdadeiras por outras (sugeridas ou espontânea) causará, certamente, uma injustiça no caso, pois: ou irá absolver um agente realmente culpado criando a sensação de insegurança para a vítima; ou causará a condenação de um inocente.

2.3. Falsas Memórias e as decisões judiciais contemporâneas

A compreensão prévia sobre as falsas memórias é de extrema importância para verificar sua aplicabilidade, ou não, em um processo judicial.

O magistrado quando analisa os documentos e as informações anexadas nos autos processuais não possui informações complementares a respeito da produção das provas extrajudiciais, como, por exemplo, aquelas prestadas em delegacia. Sabe-se que de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro o julgador não poderá ficar preso aos elementos de informação do Inquérito Policial, devendo reproduzir as provas em juízo, salvo aquelas que não podem ser repetidas e as cautelares. Ocorre que, por diversas vezes, as narrativas prestadas em delegacia possuem informações não tão completas quanto aquelas prestadas em juízo, em outros momentos, as declarações em delegacia são mais detalhistas que as realizadas perante o magistrado, surgindo a seguinte dúvida: como constatar os elementos de falsa memória introduzidos nestas narrativas?

A pergunta não é de fácil resposta, devendo ser tomado todos os cuidados necessários para evitar um julgamento injusto e/ou desproporcional.

Quando o crime deixa vestígios materiais que permitem a realização de uma perícia, facilita o julgamento da ação em razão de não tornar o magistrado dependente de uma narrativa pessoal. Contudo alguns crimes são praticados na clandestinidade em que apenas a vítima é capaz de apresentar os detalhes do ocorrido, fazendo com que o magistrado tenha que confrontar as declarações prestadas por ela e pelo acusado. É nestas situações que a prova testemunhal passa a ser o diferencial sobre a condenação ou absolvição de uma pessoa, posto que se torna a única prova a ser produzida⁹⁶. Para Tin Po Huang e Gerson Janczura “o nosso

⁹⁶ FLECH, Larissa Civarde. *Falsas Memórias no Processo Penal*. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Dezembro de 2012. p. 7. Disponível em:

sistema jurídico é dependente e aceita relatos de testemunhas oculares e há casos em que o réu é condenado baseando-se no relato de uma única testemunha”⁹⁷.

Sabe-se também que o magistrado deverá analisar todas as provas apresentadas nos autos processuais, fazendo utilização do princípio do livre convencimento motivado, conforme dispõe o artigo 155 do CPP combinado com o artigo 93, inciso IX da Constituição Federal (CF), mas nada impede que ele seja ludibriado pelos elementos imaginários do narrador, assim, a *falsificação da memória*⁹⁸ da pessoa que está depondo é algo que deve ser analisado pelo magistrado para poder divisar os elementos de memória dos elementos introduzidos no ou pelo narrador (falsas memórias sugeridas e espontâneas, respectivamente).

Em uma rápida busca pelo site jusbrasil⁹⁹ (site repositório de decisões judiciais) percebe-se que muitos tribunais de justiça passaram a aplicar os conhecimentos trazidos pela psicologia para analisar os depoimentos pessoais e eventuais irregularidades. A maior parcela das decisões dispostas no link abaixo versa sobre as falsas memórias sugestionadas em crianças supostamente vítimas de abuso sexual. Tais julgamentos além de reconhecer a existência das falsas memórias passaram a exigir maiores cuidados na coleta de informações prestadas pelas vítimas e testemunhas, exigindo-se, portanto, um acompanhamento psicológico e de psiquiatras para poder constatar a irregularidade das narrativas, ou seja, se a história declarada possui vícios decorrentes das falsas memórias ou não, bem como, em havendo vícios, tentar desvendar quais informações integram a memória e quais foram introduzidas ou manipuladas pelo próprio narrador.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem realizado notáveis avanços sobre a temática em questão, sendo uma delas a análise das falsas memórias por meio da melhor técnica (depoimento sem dano). A decisão proferida no juízo de origem foi confirmada pelo Tribunal na Apelação Crime Nº 70057063984, Sétima Câmara Criminal, Julgado em 15/05/2014, em que o relator José Conrado Kurtz de Souza, destacou a necessidade de cautela

<<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1>>. Acessado em: 05/08/2014.

⁹⁷ HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. *Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias*. Psic.: Teor. e Pesq. vol.24 no.3 Brasília July/Sept. 2008. p. 353. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v24n3/v24n3a11.pdf>>. Acessado em: 20/10/2014. p. 353.

⁹⁸ SEGER, Mariana Fonseca; JR. Lopes Aury. *Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias*. Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da PUCRS no ano de 2012. p. 7. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf>. Acessado em: 05/11/2014.

⁹⁹ <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=falsas+mem%C3%B3rias>

na produção probatória de crianças e adolescentes vítimas de abusos sexuais, principalmente para verificar se a alegação da violência sofrida não é fruto de sugestões externas¹⁰⁰.

Esta dificuldade em individualizar as histórias narradas se justifica em razão da semelhança que elas possuem, uma vez que o narrador as declara acreditando veemente no que está dizendo¹⁰¹. O papel dos psicólogos e psiquiatras é observar as reações destas pessoas no momento em que estão realizando a exposição dos fatos vivenciados, uma vez que o magistrado não possui conhecimento técnico e específico sobre a leitura do comportamento das pessoas e da constatação da Linguagem Corporal, com exceção daquelas que são notórias¹⁰². Cabe ainda destacar que, mesmo o magistrado possuir formação superior específica sobre psicologia/psiquiatria, não poderá utilizar de tais conhecimentos para constatar e declarar as falsas memórias, uma vez que, pelo sistema acusatório cabe ao magistrado apenas analisar as provas colhidas, devendo se abster da sua produção.

Torna-se evidente que o maior problema em relação aos depoimentos pessoais se trata em relação à sua veracidade, uma vez que, apesar de não serem mentiras, se tratam de

¹⁰⁰ APELAÇÃO CRIMINAL. CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TÉCNICAS DE AFERIÇÃO DA CREDIBILIDADE DAS SUAS DECLARAÇÕES. FALSAS MEMÓRIAS. MATERIALIDADE E AUTORIA. Não prevalece a alegação de insuficiência de provas relativamente à materialidade e autoria do crime de estupro de vulnerável, tendo em vista o robusto conjunto probatório coligido, de onde se destaca, em particular, os relatos da vítima e de seu irmão. No que toca às declarações da vítima, constata-se que o depoimento prestado em juízo e aquele dado durante a investigação preliminar, mais especificamente na perícia psiquiátrica, são coerentes, harmônicos e ausentes de vícios entre si. No caso dos autos, não obstante teórica e potencialmente presentes as causas mais comuns para a criação (ou potencialização) de falsas memórias, sejam elas espontâneas - internas ao sujeito - ou sugeridas - externas ao sujeito -, como a) a não utilização da melhor técnica, em juízo, para colher o depoimento da vítima, tendo, inclusive, a entrevistadora incorridos nos erros mais comuns neste tipo de entrevista (depoimento sem dano), como a elaboração de perguntas fechadas, bem como sugestivas/confirmatórias, e a interrupção da vítima no momento em que ela está falando; b) o considerável lapso temporal existente entre o fato e o depoimento da vítima em juízo, o qual oportuniza falsas memórias; c) a revitimização da vítima quando provocada a prestar depoimentos sucessivamente, o qual, além de aumentar as chances de contaminação dos relatos com falsas memórias, é lhe prejudicial emocionalmente, verifica-se que o relato da vítima está em consonância com aquele prestado na perícia psiquiátrica, a qual ocorreu logo após o fato e com a melhor técnica, qual seja, a entrevista cognitiva. Para fins de inquirição da vítima/testemunha, ainda mais quando se trata de crimes sexuais, deve-se utilizar a Entrevista Cognitiva como técnica, a qual maximiza a quantidade e a precisão das informações dada pelo entrevistado. Tal técnica, que possui cinco etapas, tem como principais características a informalidade da entrevista, o entrevistado no controle da entrevista, a narrativa livre do entrevistado, sem interrupções, evitando-se a perguntas fechadas/confinatórias/ sugestivas. TENTATIVA RECONHECIDA. Situação que recomenda o reconhecimento da forma tentada do crime, porquanto evidenciado pela prova testemunhal colhida que o réu percorreu parte do iter criminis do estupro de vulnerável, não consumando seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. DESCLASSIFICAÇÃO DO FATO. Não prospera o pedido de desclassificação do fato em razão da ausência de prova documental da idade da vítima, que facilmente se verifica pelo depoimento dela, gravado em vídeo, que ela possuía à época do fato menos de 14 anos de idade. APELAÇÃO PROVIDA, EM PARTE. (Apelação Crime Nº 70057063984, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 15/05/2014)

¹⁰¹ HERÁLDEZ, Ambrocio Mojardín. *Origen y Manifestaciones de las Falsas Memorias...* Op. Cit.

¹⁰² Assunto que será abordado em temática específica no capítulo 4.

ilusões e/ou fantasias que não estavam presentes nos fatos vivenciados ou assistidos. Há na verdade vácuos que foram preenchidos pelo narrador-interlocutor para que suas declarações possuam um desenvolvimento retilíneo e coerente. Cíntia Alves esclarece que nas falsas memórias as pessoas realmente acreditam no que estão narrando, sendo este a principal diferença da mentira, pois as pessoas sabem que tais elementos nunca ocorreram¹⁰³. Em agosto de 2015 o Superior Tribunal de Justiça analisou o Habeas Corpus número 61.488 em que a defesa pleiteava a não realização antecipada de uma prova testemunhal. Seu julgamento foi realizado no mês de agosto de 2015, no qual foi negado provimento ao HC. Os ministros Reynaldo Soares da Fonseca, Newton Trisotto, Leopoldo de Arruda Raposo, Feliz Fischer e Gurgel de Faria decidiram pela produção antecipada da prova testemunhal.

A defesa impetrou o Habeas Corpus para impedir que as testemunhas fossem ouvidas antecipadamente. O magistrado de primeiro grau decidiu que era importante a oitiva antecipada em razão da probabilidade de ocorrer o “esquecimento dos fatos”. Cabe ressaltar que, mesmo não se tratando diretamente do assunto “falsas memórias” a antecipação desta prova impede seu surgimento ou seja, quanto mais demorar para ser realizada a coleta da prova oral, maior a probabilidade do narrador esquecer os fatos e com isso incluir elementos fictícios (falsas memórias). A decisão proferida pelo magistrado e pelo STJ acaba contrariando o contido na súmula 455 do próprio STJ, mas acaba permitindo que novas discussões sejam travadas a respeito das falsas memórias nas provas testemunhais e sobre a possibilidade de esquecimento dos fatos com a consequente complementação, por parte do narrador, de detalhes inexistentes.

Analisando as decisões judiciais dos tribunais (inferiores e superiores) verifica-se que era pacífico o entendimento de que a antecipação da produção da prova testemunhal somente ocorreria nos casos em que fosse comprovada extrema necessidade, não bastando a alegação de que o mero decurso do tempo provocará nas testemunhas a perda de informações relevantes sobre os fatos do caso.

Diversos processos, cíveis e criminais, passaram a discutir sobre a antecipação da coleta de prova testemunhal tendo como consequência a grande diversidade de posicionamento jurisprudencial. As divergências nas decisões foram tão relevantes que suas contradições levaram ao STJ o debate sobre a possibilidade de ser antecipada a coleta de

¹⁰³ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Falsas Memórias:...* Op. Cit.

prova testemunhal nos autos criminais suspensos em razão da aplicação do artigo 366 do Código de Processo Penal.

Em 2010 o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 455 pacificando, até então, essa problemática, da seguinte maneira:

SÚMULA N. 455-STJ. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. Rel. Min. Felix Fischer, em 25/8/2010.

Com a edição desta súmula, as decisões judiciais passaram a ter um norte a ser seguido, dirimindo qualquer divergência doutrinária. A seguir estão relacionadas duas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça em janeiro e fevereiro de 2014 e pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina também em janeiro de 2014, as quais destacam a necessidade de realizar a produção probatória antecipada somente se existir indícios que a prova possa não ser coletada na data da audiência de instrução. O que importa destacar destas decisões é o fato de que a alegação genérica do decurso de tempo não é suficiente para justificar a antecipação da prova por suposta possibilidade da testemunha esquecer os fatos que iria narrar, e em sendo determinada a antecipação da produção da prova testemunhal, tal deverá ser considerado ilegal, pois viola o princípio da Ampla Defesa e do Contraditório, veja-se as decisões:

HABEAS CORPUS. JUIZ QUE DETERMINOU A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SOB ALEGAÇÃO DE QUE A DEMORA NA SUA COLHEITA PODE ACARRETAR NO ESQUECIMENTO POR PARTE DAS TESTEMUNHAS ACERCA DO FATO DELITUOSO. NÃO VISLUMBRADA A NECESSIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 455 DO STJ. MEDIDA QUE SOMENTE PODE SER TOMADA SE JUSTIFICADA SUA EFETIVA NECESSIDADE, NÃO SENDO O DECURSO DO TEMPO MOTIVO SUFICIENTE. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE, DA CORTE SUPERIOR E DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DAS PROVAS QUE COMPORTA EM OFENSA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. ILEGALIDADE VERIFICADA. DECISÃO QUE DEVE SER CASSADA SOMENTE NESTE PONTO. ORDEM CONCEDIDA. (TJ-SC - HC: 20130857306 SC 2013.085730-6 (Acórdão), Relator: Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Data de Julgamento: 27/01/2014, Segunda Câmara Criminal (Janeiro) Julgado)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. JULGADO. PRESENTE WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INVIABILIDADE. VIA INADEQUADA. RÉU REVEL. SUSPENSÃO DO PROCESSO E DO LAPSO PRESCRICIONAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA ORAL. MERO DECURSO DO TEMPO. JUSTIFICATIVA INSUFICIENTE. DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DA NECESSIDADE. IMPRESCINDIBILIDADE. SÚMULA 455/STJ. FLAGRANTE ILEGALIDADE. EXISTÊNCIA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. É imperiosa a necessidade de racionalização do emprego do habeas corpus, em prestígio ao âmbito de cognição da garantia constitucional e em louvor à lógica do sistema recursal. *In casu*, foi impetrada indevidamente a ordem como substitutiva de recurso especial. 2. Nos termos do entendimento pacífico desta Corte, cristalizado no verbete sumular n.º 455, *a produção antecipada de provas*, com base no art. 366 do Código de Processo Penal, *deve ser concretamente fundamentada, não bastando a mera alegação do decurso de tempo*, bem como a afirmação de que havendo prova em prejuízo do réu poder-se-ia renovar a prova ou o ato processual. 3. *In casu*, existe manifesta ilegalidade pois, embora o fato seja datado de 9.4.2008, vindo a providência cautelar a ser determinada em 26.7.2011, não há motivação idônea a ensejar a medida excepcional. 4. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de anular a colheita de prova antecipada, cujo produto deverá ser desentranhado dos autos, sem prejuízo de nova determinação, desde que fundamentada em dados concretos. (STJ - HC: 225797 SP 2011/0279993-7, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 06/02/2014, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2014)

HABEAS CORPUS. JUIZ QUE DETERMINOU A PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS SOB ALEGAÇÃO DE QUE A DEMORA NA SUA COLHEITA PODE ACARRETAR NO ESQUECIMENTO POR PARTE DAS TESTEMUNHAS ACERCA DO FATO DELITUOSO. NÃO VISLUMBRADA A NECESSIDADE DA PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 455 DO STJ. MEDIDA QUE SOMENTE PODE SER TOMADA SE JUSTIFICADA SUA EFETIVA NECESSIDADE, NÃO SENDO O DECURSO DO TEMPO MOTIVO SUFICIENTE. PRECEDENTES DA SUPREMA CORTE, DA CORTE SUPERIOR E DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DETERMINAÇÃO DE ANTECIPAÇÃO DAS PROVAS QUE COMPORTA EM OFENSA DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. ILEGALIDADE VERIFICADA. DECISÃO QUE DEVE SER CASSADA SOMENTE NESTE PONTO. ORDEM CONCEDIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2013.085730-6, da comarca de Joinville (4ª Vara Criminal), em que é impetrante Ana Carolina Dihl Cavalin (Defensora Pública), e paciente Gelson Honorato Ramos: A Segunda Câmara Criminal (janeiro) decidiu, por unanimidade, conceder a ordem para que seja cassada a decisão do juízo de origem que determinou a produção antecipada de provas. Participaram do julgamento, realizado nesta data, o Exmo. Sr. Desembargador Ricardo Roesler (Presidente), e o Exmo. Sr. Desembargador Sérgio Rizelo. (Habeas Corpus n. 2013.085730-6, de Joinville. Relatora: Des. Substituta Cinthia

Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Julgado em 28 de janeiro de 2014)
(Sem destaque no original)

No entanto, em julho de 2014, uma decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal iniciou uma nova fase sobre a antecipação da coleta de prova testemunhal, considerando relevante a questão do decurso do tempo e a possibilidade de a demora da produção probatória prejudicar o julgamento da lide. A decisão foi delineada da seguinte maneira:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA. URGÊNCIA EM RAZÃO DO PERECIMENTO. OITIVA DE TESTEMUNHA. MEDIDA EXCEPCIONAL. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. *A prova testemunhal tem contra si, para o fim a que se destina, o decurso do tempo, que no ser humano provoca o esquecimento, e o esquecimento prejudica a apuração. Quanto mais recentemente se ouvir a pessoa que tomou conhecimento dos fatos, tanto melhor para o esclarecimento das situações.* 2. A Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a natureza urgente da antecipação da prova testemunhal, sobretudo quando o processo se encontra suspenso, nos termos do art. 366 do CPP, por se encontrar o réu foragido, sob o fundamento de que com o tempo, se exaure a memória dos fatos, prejudicando a busca da verdade real. 3. Ordem denegada. (TRF-1 - HC: 261003620144010000, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL HILTON QUEIROZ, Data de Julgamento: 10/06/2014, QUARTA TURMA, Data de Publicação: 01/07/2014) (sem destaque no original)

Ocorre que, no dia 18 de agosto de 2015, a quinta turma do STJ atenuou a imposição sumulada, afirmando que, em havendo risco de perecimento de informações em face do decurso do tempo, a antecipação da coleta da prova testemunhal passa a ser necessária e importante para o processo. Importa verificar o teor da decisão:

“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MOEDA FALSA. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA TESTEMUNHAL. NECESSIDADE. MOTIVAÇÃO CONCRETA. EXISTÊNCIA. 1. Esta Corte tem admitido a produção antecipada da prova testemunhal, na forma prevista no art. 366 do Código de Processo Penal, sempre que houver risco concreto de *persecimento de sua colheita em razão da "alta probabilidade de esquecimento dos fatos distanciados do tempo de sua prática"* (RHC 54.563/RO, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 12/05/2015, DJe 20/05/2015). 2. Caso em que a inquirição prévia das testemunhas, marcada para outubro de 2014, justificou-se pelo risco de extinção da prova oral, haja vista a data em que os fatos narrados na denúncia ocorreram (junho de 2008), ressaltando o acórdão impugnado a preocupação do magistrado singular com a preservação da verdade real. 3. Em obediência ao princípio *pas de nullité sans grief*, que vigora no processo penal pátrio (art. 563), não se declara nulidade de ato se

dele não resulta prejuízo para qualquer das partes. Precedentes. 4. Recurso ordinário desprovido.”¹⁰⁴

Percebe-se, dessa maneira, que as decisões judiciais *iniciaram um novo ciclo* e passaram a se preocupar, novamente, sobre a possibilidade dos fatos observados/acompanhados ou de conhecimento das testemunhas se percam em razão do decurso do tempo.

Atualmente muito tem se discutido a respeito das coletas de provas testemunhais e da importância das narrativas prestadas por elas, sendo de extrema relevância para o processo, cível ou criminal, a produção desta prova que, em determinadas situações, poderá ser única e exclusiva.

Saber analisar o narrador, seu comportamento pessoal e sua narrativa devem ser discutidos com maior atenção e cuidado, o que não vem sendo feito até o momento.

Conduzir um processo e proferir uma decisão com base em provas testemunhais é um risco muito elevado a ser corrido. Por essa razão, compreender como funciona a memória humana e a possibilidade de ela ser alterada e manipulada sem que o narrador perceba torna-se o novo dilema para os magistrados.

Estando os Tribunais inclinados a aceitarem a realização da antecipação da coleta de provas testemunhais em face da *probabilidade de esquecimento*, torna-se necessário atentar para outras situações, tais como: i) valoração das provas testemunhais; ii) credibilidade das narrativas; iii) sugestionabilidades, principalmente envolvendo crianças e adolescentes; narrativas fantasiosas; iv) narrativas mentirosas; v) as falsas memórias; vi) e, a expressão corporal durante as narrativas.

Por essa razão vê-se cada vez mais a discussão a respeito dos critérios de constatação das falsas memórias, sendo indispensável um estudo mais aprofundado sobre o assunto principalmente para facilitar sua verificação em um depoimento ou testemunho que culminará na absolvição ou condenação de uma pessoa.

2.4. Linguagem corporal como meio de detectar as falsas memórias¹⁰⁵

¹⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Habeas Corpus n.º 61.488/RR – 2015/0164225-3*. Relator Ministro Gurgel de Faria. Julgado em 18 de agosto de 2015. Disponível em: http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/226444388/andamento-do-processo-n-2015-0164225-3-recurso-habeas-corpus-01-09-2015-do-stj?ref=topic_feed. Acessado em: 07/11/2015.

O presente tema foi escolhido devido ao crescente número de ações criminais relatando abusos sexuais em crianças e adolescentes, na maioria das vezes, praticados por seus genitores. Contudo, o avanço da psicologia jurídica demonstrou que parte das acusações são, simplesmente, criações falsas e sugeridas às crianças, que passam a incorporá-las em suas lembranças como se fossem reais, mas que na verdade não passam de “falsas memórias”.

A presente pesquisa não pretende, de maneira simplista, afirmar que os acusados devam ser sempre inocentados quando existirem apenas provas testemunhais em seu desfavor, mas, em primeiro plano, demonstrar o quão delicado é a coleta da prova testemunhal e a indispensável necessidade do aperfeiçoamento das técnicas de entrevistas realizadas em juízo.

Por meio de uma análise garantista, buscar-se-á apresentar a importância da psicologia jurídica na condução e coleta das provas testemunhais, não apenas aos moldes do Depoimento Sem Dano, pois este também possui falha; mas, de uma maneira mais abrangente e que proporcione menos danos possíveis.

Como já relatado em outro momento, o Processo Penal deve ser construído de uma maneira que proporcione segurança à todos os envolvidos (familiares, vítimas, réu, Advogados, MP e Magistrados), sendo as interferências nas memórias o maior complicador para a constatação e comprovação de um ilícito que geralmente ocorre na clandestinidade e que não deixam vestígios.

Por essa razão, torna-se indispensável, nos dias atuais, um estudo aprofundado e detalhado da coleta das narrativas testemunhais para que sejam utilizadas da maneira correta e que não proporcione maiores injustiças.

A coleta das provas no Processo Penal sofreu inúmeras mudanças no decorrer dos séculos. As recentes alterações (oralidade e técnicas de retórica) estão proporcionando discussões indispensáveis para a evolução do direito processual. No entanto, ainda está sendo pouco destacada na doutrina brasileira.

Para Michele Taruffo o narrativismo¹⁰⁶⁻¹⁰⁷ é fortemente influenciado pelas narrativas das partes e pelas experiências de vida das testemunhas, tornando-se difícil¹⁰⁸

¹⁰⁵ Parte deste capítulo se trata de uma adaptação de um artigo científico intitulado “*Falsas Memórias e Depoimento Sem Dano: o novo dilema da Justiça Brasileira*” desenvolvido em coautoria com o Prof. Dr. Eduardo Cambi e publicado na Revista dos Tribunais, especificamente na Revista de Processo: RePro, v. 39, n. 235, p. 21-50, set. 2014

¹⁰⁶ TARUFFO, Michele. Narrazioni processual. *Revista de Processo*, v. 33, n. 155, p. 77-115, jan. 2008.

separar os fatos acontecidos da estória narrada nos autos¹⁰⁹⁻¹¹⁰⁻¹¹¹⁻¹¹². Já José Calvo González¹¹³⁻¹¹⁴ apresenta o narrativismo como a evolução processual a partir do entendimento e organização das narrativas processuais.

Com o passar do tempo, além da preocupação garantista no Processo Penal, percebeu-se que outras situações também necessitam de cuidados. Uma delas é a realização da coleta da prova testemunhal, uma vez que, trata-se da prova mais fácil de ser “fraudada”. Destaca-se também a importância que vem sendo dada à proteção das crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de abusos sexuais, que, por serem facilmente manipuladas, podem modificar toda a realidade fática¹¹⁵.

Por essa razão foram realizadas algumas modificações nas conduções das audiências na qual seriam colhidas à narrativa destas pessoas. Em São Paulo, por exemplo, criou-se o Projeto de Atendimento Não Revitimizante de Crianças e Adolescentes Vítimas de Violência (2011) e em Curitiba iniciou-se a aplicação de uma Audiência Sem Trauma, no entanto ambos decorrem do procedimento do Depoimento Sem Dano aplicado desde 2003 na 2ª Vara de Infância e Juventude da cidade de Porto Alegre-RS e incorporado no Projeto de Lei 35/2007.

¹⁰⁷ TARUFFO, Michele. Verità e probabilità nella prova dei fatti. *Revista de Processo*. Vol. 154. Dez/2007. Revista dos Tribunais Online. Disponível em: https://www.academia.edu/4518682/VERITA_E_PROBABILITA_NELLA_PROVA_DEI_FATTI. Acessado em: 13/03/2014.

¹⁰⁸ Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparad.* Ano XXXVIII, n. 114, set-dez 2005. p. 1285-1312. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11413.pdf>. Acessado em: 13/03/2014.

¹⁰⁹ TARUFFO, Michele. Considerazioni su prova e motivazione. *Revista de Processo*. Vol. 151. Set / 2007. Revista dos Tribunais Online. p. 04.

¹¹⁰ TARUFFO, Michele. Considerazione su llemassime d'esperienza. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* v. 63, n. 2, p. 551-569, junho de 2009.

¹¹¹ TARUFFO, Michele. Cultura e processo. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, vol. 63, Mar./2009.

¹¹² TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*. Traducción de Jordi Ferrer Beltrán. Editorial Trotta. 2005.

¹¹³ GONZÁLEZ, José Calvo. *La controversia fáctica: Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho*. Disponível em: <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/controversia.pdf>. Acessado em: 12/03/2014.

¹¹⁴ GONZÁLEZ, José Calvo. Modelo narrativo del juicio de hecho: inventio y ratiocinatio. Publicado in: Virgilio Zapaterio (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro Homenaje al Profesor Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá de Henares, Madrid, 2002, T. II, pp. 93-102. Disponível em: <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/modelonarrativa.pdf>. Acessado em: 12/03/2014.

¹¹⁵ Cfr. Leila Brito e Joyce Pereira, ao realizar uma busca em decisões dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo, Rio de Janeiro e do Rio Grande do Sul, constataram as seguintes justificativas para a oitiva de crianças e adolescentes: i) inexistência de outras provas em face da clandestinidade do ilícito; ii) seria uma maneira de combater a impunidade; iii) necessidade de dar valor probatório especial ao relato da vítima; iv) presunção de veracidade do depoimento infantil; v) ausência de motivos para querer incriminar falsamente o réu; vi) valor secundário das provas materiais. (BRITO, Leila Maria Torracca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. *Psico-USF* [online]. 2012, vol. 17, nº. 2 p. 285-293. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712012000200012&lng=en&nrm=iso. Disponível em: 06/06/2014. p. 286.)

O principal objetivo é realizar a audiência em local diverso do ambiente judicial, com a intenção de facilitar a exposição dos fatos por parte das crianças, assim ela poderá revelar a ocorrência de abuso sexual “sem desenvolver um sentimento de culpa ou vergonha”¹¹⁶.

A inquirição é realizada por profissional especializado, que utiliza um sistema de áudio e vídeo para que as demais partes do processo possam fazer as perguntas à criança e adolescente, mas sem que a mesma seja constrangida. Todo este trabalho deve ser gravado e depois transcrito, para anexar aos autos, evitando que uma nova oitiva seja realizada, todo esse procedimento trata-se de uma proposta para “colher o depoimento infantil sem prejuízos”, ou seja, sem dano, sem trauma e sem revitimização”¹¹⁷.

Após analisar os pontos e contrapontos do *Depoimento Sem Dano* (DSD), Leila Brito e Daniella Parente concluíram que “não é possível assegurar que com o DSD deixará de ocorrer a revitimização da criança”¹¹⁸. Pois ela já pode “chegar” na audiência revitimizada de diversas maneiras e continuar sendo após sua oitiva. Por essa razão recomendam maior reflexão sobre o Projeto de Lei 35/2007 que pretende ser implantado no Brasil.

Estes influenciam no pensamento das crianças, acrescentam detalhes fantasiosos, acarretando o que a doutrina (família e civilista) passou a chamar de Síndrome de Alienação Parental (SAP), mas que no Direito Penal poderá acarretar, além da ruptura familiar, na condenação de um inocente¹¹⁹.

Para melhores resultados do DSD alguns operadores do Direito têm argumentado que as inquirições das crianças devem ser realizadas por psicólogos ou assistentes sociais, pois seriam mais capacitados para enfrentar situações do que os técnicos judiciais¹²⁰.

¹¹⁶ BRITO, Leila; AYRES, Lygia ; AMEN, Marcia. A escuta de crianças no sistema de justiça. *Psicologia e Sociedade* [online]. 2006, vol. 18, nº. 3. p. 68-73. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822006000300010&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 69.

¹¹⁷ BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. *Psico-USF* [online]. 2012, vol. 17, nº. 2 p. 285-293 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712012000200012&lng=en&nrm=iso>. Disponível em: 06/06/2014. p. 286.

¹¹⁸ BRITO, Leila Maria Torraca de; PARENTE, Daniella Coelho. Inquirição judicial de crianças: pontos e contrapontos. *Psicologia e Sociedade* [online]. 2012, vol. 24, nº. 1. p. 178-186 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822012000100020&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 184.

¹¹⁹ SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 220.

¹²⁰ BRITO, Leila Maria Torraca de. Diga-me agora... O depoimento sem dano em análise. *Psicologia Clínica* [online]. 2008, vol. 20, nº. 2. p. 113-125 . Disponível em:

Os principais objetivos dos depoimentos, para as famílias, são para conseguir a condenação do acusado, e nem sempre se trata de uma verdade, mas apenas intenção de proporcionar dor e castigo à outra parte¹²¹.

Por essa razão é que se deve adequar, não só a realização do *Depoimento Sem Dano*, mas de toda a coleta de prova testemunhal, pois o perito judicial colhe o depoimento com o fim de produzir provas e o psicólogo e assistente social tenta auxiliar a criança para evitar traumas em razão das agressões sofridas, deixando de lado a privacidade.

Portanto, é importante que os profissionais que atuam nestes casos específicos estejam preparados para verificar se as crianças foram objetos da lide e alvos de falsas memórias, se estão mentindo, ou se estão realmente dizendo a verdade.

Atualmente um dos problemas mais encontrados nos processos criminais é a necessidade do magistrado proferir uma decisão fundamentada apenas em provas testemunhais.

A narrativa é o meio de prova mais utilizado no Processo Penal cabendo ao magistrado, enquanto garantidor da eficácia do sistema de garantias constitucionais, realizar essa difícil tarefa. Essa função exige muita cautela, uma vez que, ao analisar cada narrativa acostada aos autos, buscar-se-á sempre o menor sofrimento dos envolvidos no caso.

Sabe-se que o julgador não possui a liberdade para proferir uma decisão absolutória apenas porque em sua consciência valorou mais uma prova do que outra, pelo contrário, a análise e fundamentação das provas contidas nos autos é que deverão formar essa razão subjetiva de maneira que a convicção seja formada com base em provas seguras, diferentemente do que ocorre com processo substanciado exclusivamente por narrativas¹²².

Vale ressaltar que as narrativas podem manipular a verdade dos fatos, uma vez que, os depoimentos demonstrarão apenas uma parcela da realidade dos fatos, pois é impossível ser reconstruído a totalidade dos fatos.

Por essa razão se faz necessário o estudo aprofundado sobre as falsas memórias no Processo Penal, pois, em face da morosidade processual, a memória pode passar a sofrer

http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200009&lng=en&nrm=iso.
Acessado em: 06/06/2014. p. 114.

¹²¹ BRITO, Leila Maria Torraca de. Diga-me agora... O depoimento sem dano em análise. *Psicologia Clínica* [online]. 2008, vol. 20, nº. 2. p. 113-125. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-56652008000200009&lng=en&nrm=iso.
Acessado em: 06/06/2014. p. 122.

¹²² LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005. 305 p. Revista, Atualizada e Ampliada. p. 65

interferências fáticas que não condizem com a realidade do fato discutido. Além da dificuldade do magistrado diferenciar as narrativas, existem narradores que se aproveitam da memória visual, ou seja, das imagens gravadas em seu subconsciente para descrever o fato ocorrido, podendo ter sido a memória manipulada ou não, gerando incerteza para os ouvintes, o que torna mais difícil para o magistrado fazer a distinção do útil e do inútil para o processo, principalmente quando se trata de criança e adolescente vítimas de abusos sexuais, uma vez que, as partes geralmente são tendenciosas em suas narrativas, incluindo fatos inexistentes e ocultando outros tantos, variando conforme o interesse na causa.

Tem-se cada vez mais estudado sobre as falsas memórias e o Processo Penal, visto que é de grande importância para a reconstrução do ilícito, pois são por meio das lembranças das partes que se reconstroem os fatos nos autos criminais.

Assim como na psicologia, o direito processual penal passou a se preocupar com os estudos referentes às memórias, uma vez que ela possui papel importante para a reconstrução de um ilícito penal, ou seja, são por meio das lembranças das partes processuais que se reconstroem os fatos descritos nos autos criminais.

Muito se discute na psicologia sobre o conteúdo da *memória*. Porém Salo Carvalho, de maneira simples e pontual, relata que “a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento”¹²³. A memória, ou o que restou dos fatos, é armazenado em fragmentos e ao tentar recuperá-la contam-se apenas alguns fragmentos, e é com base neles que se reconstrói, parcialmente, o evento inicial.

O estudo da neurologia já comprovou que é possível que a memória sofra alterações entre a aquisição do fato e sua consolidação na lembrança dos seres humanos. Também ficou constatado que a variação da absorção das informações depende diretamente dos fatores externos e internos pelos quais a pessoa é exposta, assim sendo, as lembranças sofrem alterações durante o espaço de tempo compreendido da data do acontecimento e a data em que a narrativa é feita pela pessoa (vítima ou testemunha)¹²⁴. Segundo Cristina Di Gesu “o que se vê hoje não é uma memória em tempo real, mas sim uma memória de esquecimento, pois ainda não houve tempo para aquela se fixar”¹²⁵, pois há a necessidade de um tempo entre a aquisição de um fato e a evocação da memória.

¹²³ CARVALHO, Salo. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. In: *Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (org) Porto Alegre: EDIPUCRS. p. 57-92. 2008. p. 57/58.

¹²⁴ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 86.

¹²⁵ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 105.

Se por um lado a lembrança dos fatos é a peça chave para desvendar algum ilícito, passou-se a verificar que ela também pode ser considerada como principal causadora de injustiças, isso porque a memória humana é frágil, mas essencialmente dinâmica¹²⁶, pois “pode-se esquecer de forma rápida ou gradual eventos importantes ou até mesmo distorcer o passado de forma surpreendente”¹²⁷.

O cérebro humano, no ato de reter e conservar a memória pode modificar a realidade, incorporando ou esquecendo fatos e/ou detalhes. Também deve ser ressaltado que a mente humana tem a tendência de fixar com mais facilidade e por mais tempo as situações que lhe causem maiores emoções¹²⁸, sejam elas boas ou más. Assim, quando a pessoa a ser ouvida é vítima de um ilícito, passa a memorizar mais a situação em face da emoção do que os detalhes do acontecimento, “deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo”, ou seja, os detalhes técnicos e “despidos de contaminação”¹²⁹.

Por essa razão é que os operadores do Direito devem ter a ciência de que a vítima, e principalmente as testemunhas (que raramente sentem a mesma “emoção” que as vítimas), nunca irão se recordar de todos os detalhes dos fatos e quando se recordam de “um rosto ou uma cena, não se obtém uma reprodução exata, mas uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original”.¹³⁰

Destaca Cristina Di Gesu que outro ponto de suma importância para o estudo diz respeito ao esquecimento dos detalhes ao longo do tempo, quando se trata, por exemplo, de uma tragédia. Logo que o fato acontece, as pessoas lembram-se do acontecimento com riqueza de detalhes.¹³¹ Porém com o passar do tempo os detalhes não emocionais vão sendo esquecidos, restando apenas aqueles que marcaram para a própria pessoa, mas que em um processo judicial as vezes são dispensáveis; enquanto outros detalhes (não emocionais) importantes para solucionar uma ação penal, foram esquecidos pelo narrador.

¹²⁶ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 90.

¹²⁷ AVILA, Luciana Moreira de; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência do traço de personalidade neuroticismo na suscetibilidade às falsas memórias. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* [online]. 2006, vol. 22, nº. 3. p. 339-346. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000300011&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 339.

¹²⁸ Cfr. Cristina Di Gesu: “No momento de evocar, muitas vezes, é o coração quem pede ao cérebro que lembre, e, muitas vezes, a lembrança acelera o coração”. (DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 115)

¹²⁹ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 89.

¹³⁰ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 90.

¹³¹ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 88.

Em outras palavras, quanto maior for o espaço de tempo entre a ocorrência do fato e sua narrativa (pela vítima ou testemunha), maiores serão as alterações das lembranças dessas pessoas. Por essa razão é que se aconselha que a realização da audiência para inquirir estas pessoas seja realizada o mais rápido possível, evitando-se assim “contaminações” da realidade¹³².

Apesar de existir a necessidade da realização da oitiva das partes em tempo hábil, torna-se impossível especificar qual seria o prazo razoável para que a audiência seja realizada, o certo é que, quanto menor o prazo maior será a confiabilidade da narrativa, pois “menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influências externas.”¹³³

Cristina Di Gesu relata alguns problemas que ocorreria com a redução dos prazos para coleta da prova oral, tais quais: i) ser inoperante devido às pautas de audiências; ii) complexidade dos casos; iii) quantidade de testemunhas e de réus; iv) ausência de sanção para eventual descumprimento; e perda de qualidade na coleta das provas. Tais medidas seriam capazes de minimizar o dano pela sugestibilidade à memória, mas “por outro, não se teria como conferir qualidade à tomada dos depoimentos.”¹³⁴

O esquecimento de algo também é importante quando se fala de falsa memória, por dois motivos: primeiro porque faz os seres humanos ficarem livres de suas próprias lembranças e rancores; e, segundo, porque abre a possibilidade destes esquecimentos serem “completados” por fatos inexistentes, mas menos depreciativos¹³⁵. Por essa razão é que Cristina Di Gesu afirma ser um risco para o Processo Penal utilizar-se, em alguns processos, tão somente da prova testemunhal para proferir uma decisão condenatória.

Essa é a questão principal a ser discutida na atualidade, pois a verdade que se busca no processo está sob suspeita, pois grosso modo, e sem a ajuda de uma psicologia jurídica, técnica, treinada e aplicada, torna-se “difícil mensurar até que ponto não há fatos ou apenas interpretações das interpretações.”¹³⁶

¹³² Cfr. Cristina Di Gesu: “... o transcurso do tempo é fundamental para o esquecimento.” (p. 141) “Se a memória opera efetivamente a partir do presente (...) conservando-se na memória tão-somente aquilo que é reconstruído, a velocidade e a instantaneidade dos acontecimentos, aliada ao decurso do tempo, não permitiriam a recordação, isto é, a fixação dos fatos na memória. Por isso que a prova deve ser colhida em um prazo razoável.” “... a coleta da prova em um prazo razoável aumenta sua confiabilidade.” (...)” (DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 141)

¹³³ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 142.

¹³⁴ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 144/145.

¹³⁵ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 83.

¹³⁶ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 92.

A ilusão e a falsificação da lembrança em criança equivalem à “falsa memória”, ou seja, consistem na sugestão de uma falsa informação, “uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito ‘falsa informação’, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa”¹³⁷.

Segundo Stein e Pergher a narrativa de um evento nada mais é do que uma reconstrução baseada em esquemas e de conhecimentos prévios das próprias lembranças.¹³⁸ Ocorre que a falsa memória pode ser incorporada à pessoa de duas maneiras: uma sendo aquela que a própria pessoa distorce as informações absorvidas (falsa memória espontânea); ou quando “resultar de sugestão externa, acidental ou deliberada, de uma informação falsa”, por exemplo, quando a pessoa “A” presencia um acidente de trânsito em que um motorista ultrapassa uma preferencial e outra pessoa “B” afirma que a placa era de “pare”, momento em que a pessoa “A” passa a afirmar que no local existia realmente a placa de “pare”¹³⁹. O procedimento de sugestão de uma falsa informação nada mais é do que apresentar uma informação falsa, mas consistente e compatível com a experiência vivida¹⁴⁰.

Foi constatado, após experiências com diversas pessoas, que as narrativas podem sofrer alterações e oscilar a predominância de informações falsas ou verdadeiras, tudo dependendo da quantidade de sugestão de falsa informação direcionada à pessoa em análise¹⁴¹.

Porém tem-se que levar em consideração o quanto que a emoção pode interferir na incorporação de fatos ou o quanto que é responsável pelo esquecimento de fragmentos. A memória utiliza de dois sistemas para ser processada: o literal e a essência. A *memória de essência* é ampla e “armazena somente as informações que representem significado da

¹³⁷ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010. p. 106/107.

¹³⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. *Psicologia Reflexão e Crítica*. [online]. 2001, vol. 14, nº. 2 p. 353-366. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 353.

¹³⁹ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. *Psicologia Reflexão e Crítica*. [online]. 2001, vol. 14, nº. 2 p. 353-366. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 354.

¹⁴⁰ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?. *Psicologia em Estudo*. [online]. 2008, vol. 13, nº. 3. p. 539-547. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000300015&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014. p. 540.

¹⁴¹ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Revista Psicologia, reflexão e crítica [online]*. Vol. 12. N.º 2. 2001.

experiência como um todo”¹⁴². Enquanto que a *memória literal* realiza a codificação dos fatos e informações de maneira precisa, ou seja, os detalhes são registrados e armazenados de forma episódica e por essa razão passam a ser esquecidos ou suscetíveis à interferência com maior facilidade. Elas se diferem em relação ao conteúdo e nos detalhes dos fatos¹⁴³.

Segundo Hudson, Fivush e Kuebli¹⁴⁴, as falsas memórias acabam sendo mais facilmente verificadas em situações do dia a dia das pessoas, pois a emoção de um evento traumático acabaria fixando os fatos vivenciados por elas, portanto, sendo mais difícil a ocorrência de interferências pelas falsas memórias. No entanto, Perger, Stein e Wainer¹⁴⁵ relatam que as emoções podem ter papel diverso, ou seja, o contato com uma situação traumática pode ser justamente a responsável pela criação de falsas memórias para preservar a autobiografia ou a de outrem, e para isso, manipulam e distorcem os fatos reais e externam fatos verdadeiros mesclados com fantasias ou com as falsas memórias.

Neufeld, Brust e Stein, perceberam a necessidade de aprimorar os mecanismos utilizados para a recuperação da memória a partir de desenvolvimento e aprimoramento das técnicas de entrevistas que minimizariam a ocorrência das falsas memórias¹⁴⁶. Para isso desenvolveram testes em que apresentavam às pessoas analisadas situações em que elas já haviam vivenciado, mas com fragmentos diferentes, ficando evidente que os fatores ligados à emoção interferiam diretamente na fixação do evento na memória. Na continuidade dos estudos da sugestionabilidade das informações acabou se contrapondo “à ideia de que uma lembrança com forte carga emocional perdura intacta por anos”¹⁴⁷. Assim sendo, não se sabe

¹⁴² NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Adaptação de um método de investigação do impacto da emoção na memória. *Psico-USF* [online]. 2008, vol. 13, nº. 1. p. 21-29. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 21.

¹⁴³ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia (Ribeirão Preto)* [online]. 2007, vol. 17, nº. 36. p. 45-56. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 49.

¹⁴⁴ HUDSON, J., FIVUSH, R.; KUEBLI, J.. Scripts and episodes: The development of event memory. *Applied Cognitive Psychology*, Vol. 6, p. 483-505. 1992.

¹⁴⁵ PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky; WAINER, Ricardo. Estudos sobre a memória na depressão: achados e implicações para a terapia cognitiva. *Revista de Psiquiatria Clínica* [online]. 2004, vol. 31, nº. 2. p. 82-90. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832004000200004&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014.

¹⁴⁶ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Adaptação de um método de investigação do impacto da emoção na memória. *Psico-USF* [online]. 2008, vol. 13, nº. 1. p. 21-29. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 22.

¹⁴⁷ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?. *Psicologia em Estudo*.

como que a emoção de um evento poderá interferir na memória de uma pessoa, apenas confirmou-se que há, para mais ou para menos, uma correspondência entre emoção e memória.

Assim sendo, quando se realiza uma busca pela lembrança de fatos vivenciados pelo narrador, a pessoa (testemunha ou vítima) se vê obrigada a “viajar mentalmente no tempo e reviver a experiência”¹⁴⁸, podendo ela, ocultar ou modificar os fatos ou simplesmente narrar tal qual presenciou. Por essa razão é que não se pode dizer que uma narrativa realizada com confiança, rica em detalhes e com emoção, seja na realidade uma exposição dos fatos tais quais como ocorreram, pois os pequenos detalhes podem terem sido simplesmente incorporados pelo interlocutor sem que ele saiba que são inexistentes¹⁴⁹.

A partir destas verificações é que surgiram os primeiros estudos sobre a *falsa memória*¹⁵⁰, principalmente para diferenciar as mais variadas narrativas prestadas em juízo. Destaca-se que as falsas memórias se referem a eventos que nunca ocorreram ou com fragmentos narrados que não condizem com a realidade devido ao fato de haver sido incorporado (voluntaria ou involuntariamente) na história contada, fatos estes que devem ser diferenciados das mentiras¹⁵¹, até mesmo porque estas são inerentes “ao comportamento humano, e permeia as relações sociais.”¹⁵²

[online]. 2008, vol. 13, nº. 3. p. 539-547. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000300015&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014. p. 545.

¹⁴⁸ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia (Ribeirão Preto)* [online]. 2007, vol. 17, nº. 36. p. 45-56. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 53.

¹⁴⁹ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia (Ribeirão Preto)* [online]. 2007, vol. 17, nº. 36. p. 45-56. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 54.

¹⁵⁰ Cfr. Sternberg falsa memória é: “o meio pelo qual você recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refere-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação”. (STERNBERG, Robert. J.. *Psicologia cognitiva*. Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 2000. p. 204.)

¹⁵¹ Cfr. Cíntia M. Alves e Ederaldo J. Lopes: “Nas falsas memórias a pessoa sinceramente acredita que viveu aquele fato, e na mentira ela está consciente de que o narrado por ela não aconteceu, mas sustenta a história por algum motivo particular.” (ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia (Ribeirão Preto)* [online]. 2007, vol. 17, nº. 36. p. 45-56. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-863X2007000100005&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 46)

¹⁵² SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 222.

Por essa razão torna-se importante e indispensável a realização de estudos referentes à maneira de constatar uma falsa memória¹⁵³ de modo que não sejam expostas as condições pessoais e mentais dos entrevistados, pois já foi evidenciado que algumas pessoas possuem maiores facilidades de sofrerem a sugestionabilidade de informações¹⁵⁴.

Se para uma análise clínica já deve haver o devido cuidado, maior atenção deve ser despendida em relação à uma “entrevista” realizada com objetivo de reconstruir um fato em um processo criminal, pois além de não existir uma maneira das partes do processo saberem se as “entrevistadas” sofrem de neuroticismo¹⁵⁵, deverão valorar exatamente o que foi colhido nas narrativas. Sendo estas as principais provas processuais, torna-se cada vez mais temerária uma condenação com a simples exposição oral dos fatos sem outros indícios ou fatores que corroborem a história¹⁵⁶.

Como se não bastasse as experiências realizadas para o reconhecimento de que as memórias podem sofrer alterações de seus detalhes, ficou constatado que “eventos complexos estimulantes são responsáveis pela produção de mais falsas lembranças do que eventos neutros”¹⁵⁷, bem como, é provável que o fenômeno das falsas memórias ocorra em maior

¹⁵³ STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços metodológicos no estudo das falsas memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas. *Psicologia Reflexão e Crítica* [online]. 2006, vol. 19, nº. 2. p. 166-176. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722006000200002&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 166-176.

¹⁵⁴ Cfr. Luciana Ávila e Lilian Stein as falsas memórias são mais facilmente constatada em pessoas com baixa estima; depressivas; com problemas emocionais; que sofreram alguma forma de violência enquanto criança; condescendentes; pessoas com pouco afeto..., mas não excluem a possibilidade de que pessoas, com situações emocionais diversas das acima relatadas, também sejam sujeitas às falsas memórias. (AVILA, Luciana Moreira de; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência do traço de personalidade neuroticismo na suscetibilidade às falsas memórias. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* [online]. 2006, vol. 22, nº. 3. p. 339-346. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000300011&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 339.)

¹⁵⁵ Cfr. Luciana Ávila e Lilian Stein: “Pessoas com alto neuroticismo apresentam como características, altos níveis de instabilidade emocional, sofrimento psicológico, ansiedade, depressão, vulnerabilidade e autocrítica.” (AVILA, Luciana Moreira de; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência do traço de personalidade neuroticismo na suscetibilidade às falsas memórias. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* [online]. 2006, vol. 22, nº. 3. p. 339-346. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000300011&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 339.)

¹⁵⁶ Cfr. Denise Silva: “Considerando-se então que a memória pode apresentar vieses ou distorções sistemáticas, que fazem com que as evocações sejam transformadas (editadas, adicionadas, reprimidas) para serem coerentes com crenças subjetivas e informações sugestionadas, torna-se potencialmente problemático condenar alguém somente com base neste tipo de evidência.” (...) “devendo-se exigir maior cautela por parte dos profissionais ‘psi’ clínicos e jurídicos que trabalham com lembranças infantis de eventos de abuso.” (SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá. 2011. p. 248)

¹⁵⁷ BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Memória para eventos emocionais: o papel do momento da testagem e do tipo de teste. *Universitas Psychologica*. Bogotá. Vol. 11. N.º 1. p. 79-90. 2012. Disponível em: <http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.javeriana.edu.co%2Findex.php%2FrevPsycho%2Farticle%2Fdownload%2F7>

escala quando os participantes são instruídos a recordarem de certos itens estudados; por outro lado, quando a instrução não solicita essa evocação deliberada, a produção de falsas memórias diminui consideravelmente¹⁵⁸.

Destaca-se, com isso, que as condenações, na maioria das vezes, pelo crime de atentado violento ao pudor podem estar sendo realizadas de maneira equivocada e com base em depoimentos (realizados por crianças) que foram alvo de sugestões e por armazenamento de fatos inexistentes, criado por outras pessoas. Não pretende-se aqui afirmar que a oitiva de uma criança seja desnecessária ou infrutífera, pelo contrário, elas devem continuar sendo realizadas, pois a palavra da criança ainda é de suma importância para a coleta de provas no processo criminal, até mesmo porque, em muitas situações “essa seria a única prova possível de ser produzida”¹⁵⁹, no entanto, deve ser evitado que, tanto elas quanto as demais partes do processo, sejam prejudicadas por irregularidades processuais e falsidade das provas testemunhais.

53%2F1520&ei=U6SRU_msH83jsAS9v4KQAQ&usg=AFQjCNG02YwUJ_mSgHC30rolbalMgGsgCA&sig2=peetLMFrCmPpg088DMGuEQ&bvm=bv.68445247,d.cWc (download). Acessado em: 06/06/2014. p. 89.

¹⁵⁸ HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* [online]. 2008, vol. 24, nº. 3. p. 347-354. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722008000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014. p. 353.

¹⁵⁹ BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. *Psico-USF* [online]. 2012, vol. 17, nº. 2 p. 285-293 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712012000200012&lng=en&nrm=iso>. Disponível em: 06/06/2014. p. 286.

3. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E A PADRONIZAÇÃO DA LINGUAGEM CORPORAL

Antes de adentrar ao ponto ora debatido, se faz necessário uma breve explicação por sua escolha. Como a presente pesquisa optou em buscar novas formas de coletar as provas testemunhais e os depoimentos das partes, tornou-se importante debater sobre a utilização dos mecanismos já existem no direito pátrio. Ademais, não custa salientar que grandes mudanças exigem quebras de paradigmas ou de conceitos pré-estabelecidos. Sendo assim, será destacado que este novo instituto jurídico poderá ser utilizado de diversas formas no Direito Brasileiro e não apenas como meio de confirmar, ou não, a prisão de uma pessoa. Portanto, evoluir é preciso. Neste sentido afirma Samia Gallotti Bonavides e Soraya Lopes que:

Como percebemos as coisas e como atuamos no mundo implica nas nossas formas de ver o mundo. Na verdade estamos sempre imersos em nossos paradigmas, os quais funcionam como filtros. Pessoas com diferentes paradigmas, ao analisarem uma mesma coisa, a verão de forma diversa, o que é perceptível para umas, será imperceptível para outras. A diferença entre elas será o paradigma.¹⁶⁰

Samia e Soraya destacam com maestria que “a paralisia de paradigma pode nos conduzir a não ver as oportunidades positivas que se encontram a nossa volta. Para reconhecê-las e usufruir delas precisamos ser flexíveis e dispostos a visões diferentes daquelas a que estamos acostumados”¹⁶¹.

Não se pretende aqui criar um novo instrumento processual, mas apenas dar novos rumos e novas utilidades para um procedimento já incorporado pelo Judiciário Brasileiro, portanto, se faz necessário evoluir o raciocínio de algo que já foi criado. Assim disse Ilton Garcia:

Por fim, tudo acabará por influenciar na criação, seremos imitadores de nós mesmo, nossa liberdade de criação estará delimitada ao que vivemos, ao que conhecemos, a liberdade para criar existe, porém não somos seres livres para criar algo, sem a influência de algo que já vivemos. Isso ocorre

¹⁶⁰ BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para resolução de controvérsias. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mon. p. 615/628. 2016. p. 620.

¹⁶¹ BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para resolução de controvérsias. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mon. p. 615/628. 2016. p. 621.

muito no Direito, pois normalmente os fatos acontecem e depois são feitas as leis, influenciadas pelos fatos acontecidos.¹⁶²

Uma das adequações do mundo jurídico proporcionada pelo Pacto San José da Costa Rica e as normas de direitos fundamentais dispostas na Constituição Federal de 1988 está presente na Lei 11.900/09, que se trata da Lei de Videoconferência, grande evolução do Processo Penal, facilitando a análise dos depoimentos, podendo até mesmo averiguar se a pessoa está mentindo, retratando falsas memórias ou não.

A priori não se pode deixar de ressaltar a importância das oitivas de pessoas, no Processo Penal, tanto no que tange o papel de acusado, testemunha e vítimas. A lei em tela beneficia o tramite do processo no Judiciário, pois trouxe celeridade e economia processual, bem como maior segurança nos atos processuais.

A utilização desse meio pode ser eficaz, pelo fato de que, no texto transcrito pelo escrivão ou pelo assistente do Judiciário, não aduz todas as falas e reações do depoente. Sendo assim, com o áudio e vídeo seria possível identificar certas linguagens não-verbais, demonstradas no momento do depoimento, através de gestos e expressões corporais que serão gravadas e arquivadas pelo Judiciário. Destaca-se que tal medida já vem sendo realizada por alguns Estados no que tange as audiências por videoconferência.

Apenas para superar qualquer pré-questionamento e crítica, tal hipótese somente seria utilizada nos crimes que não deixam sinais, quer pela execução, quer pelo fato do decurso do tempo ter ocasionado o desaparecimento de tais sinais, que é constantemente verificado em crimes sexuais sem penetração dos genitais. Desta forma, para evitar qualquer violação de direito das partes, torna-se importante gravar os depoimentos e os testemunhos desde a fase da Audiência de Custódia, se houver, posto que, no momento seguinte, em audiência de instrução perante o juiz, se existir alguma dúvida em relação à reação corporal e a linguagem não-verbal expressada pelo narrador, poderá o magistrado verificar esta gravação para sanar a dúvida por meio da comparação dos comportamentos.

Entende-se como videoconferência o procedimento em que há a possibilidade do réu preso, seja interrogado através de imagem e voz em tempo real, sem a necessidade da

¹⁶² COSTA, Ilton Garcia da; GONÇALVES, Aline de Menezes. Da sociedade antiga à sociedade política e a funcionalidade do Direito. *NOMOS Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza. Jul-dez 2016. v. 36/2, p. 205-224. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/download/6325/4568. Acessado em: 19/02/2017. p. 217.

presença física, do réu, defensor, juiz e promotor no mesmo lugar, desde que observados os requisitos dispostos art. 185 do Código de Processo Penal, ou seja, em casos excepcionais.

Com a utilização dessa tecnologia no Processo Penal, especificamente na colheita de provas através do interrogatório, possibilita ao magistrado a reprodução do vídeo a qualquer momento, a fim de se observar o mecanismo não verbal da linguagem corporal. Sendo que com esta revisão detalhada do vídeo, fica mais fácil assimilar os detalhes de gestos e movimentos corporais de postura e faciais do acusado, com intuito de averiguar na narrativa a detecção da verdade e/ou mentira.

Vale ressaltar de que as imagens e sons são transmitidos em tempo real, sendo possível a formulação de perguntas e respostas, pelo juiz, promotor, defensor, bem como pelo réu, exceto no caso em que o réu reserva seu direito de manter-se em silêncio e ampla defesa. A diferença do interrogatório por vídeo conferência do interrogatório convencional está no que tange ao espaço, ou seja, um é virtual e outro não.

3.1 Noções básicas sobre a Audiência de Custódia

O procedimento da obrigatoriedade da audiência de custódia foi implantado em meados do ano de 2011, quando o Processo Penal sofreu alteração com o advento da Lei nº 12.403/11, sendo que o seu principal objetivo era reduzir a utilização de prisões provisórias. No entanto não está sendo aplicada, bem como o intuito de diminuir os detentos gozadores do estado de inocência, não está surtindo efeito. Entretanto esta fase de adaptação não ocorre rapidamente, por essa razão, a sociedade deve se conscientizar que a audiência de custódia pode resolver os problemas de superlotação¹⁶³, se for utilizada corretamente, no Processo Penal, como salienta Aline Casari e Gilberto Giacoia: “É dever do Estado, juntamente com a sociedade, buscar alternativas para solução do problema carcerário que enfrentamos em nosso país. Não podemos desviar o olhar da situação precária em que se encontram as unidades prisionais, bem como a violação aos direitos fundamentais dos reclusos.”¹⁶⁴

¹⁶³ Combate ao encarceramento. Lewandowski pede que tribunais promovam audiência de custódia. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/lewandowski-tribunais-promovam-audiencias-custodia> . Acesso em 10 de maio de 2015.

¹⁶⁴ CASARI, Camila Maria Rosa; GIACOIA, Gilberto. A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*. V. 11. N.1. 2016. p. 249 – 274. Disponível em:

Percebe-se que a audiência de custódia, ainda é pouco aplicada no Brasil, talvez pelo fato de desconhecimento ou pela resistência a não aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos. Desta forma, Ministério Público e Defensores Públicos devem passar a analisar este novo instituto de maneira que possibilite realizar o desenvolvimento do Processo Penal Brasileiro, ou seja, se sua aplicação pura, no sentido de apenas analisar a prisão em flagrante e a necessidade, ou não, de convertê-la em preventiva não se justifica na realidade atual brasileira, então deve-se buscar uma outra forma de utilizar este instituto jurídico¹⁶⁵. Sobre a necessidade de busca a evolução de sistemas preexistentes cabe o destaque realizado por Eliezer Gomes da Silva a respeito da atuação do Ministério Público:

Neste sentido, um exercício acadêmico útil é o de examinar o modelo institucional do Ministério Público brasileira proteção e defesa dos direitos humanos, com foco na criação, modificação ou implementação de políticas, à luz de um referencial teórico que tome como corpus analítico a específica realidade do sistema de justiça brasileiro, mas que almeje conclusões científicas generalizáveis.¹⁶⁶

Importante destacar o posicionamento do Procurador de Justiça do Estado do Paraná, Eliezer Gomes da Silva, que critica a “disputa” existente por parte da Defensoria Pública em assumir funções exercidas pelo Ministério Público em relação à efetivação e proteção de direitos sociais, salientando que ao invés disso, melhor seria se ela “estive mais preocupada com os aspectos de proteção e promoção de direitos humanos em áreas em que o MP tem se mostrado menos eficiente (e não o contrário)”¹⁶⁷. Neste sentido, será visto no tópico “4.3.1 Decisões judiciais utilizando a Linguagem Corporal” que algumas defensorias públicas passaram a ter exigir a degravação das audiências que possuem a imagem e som gravada, podendo se afirmar que se trata de um grave retrocesso à evolução do Processo Penal, posto que, as imagens em sua totalidade demonstram muito mais que as letras frias do papel.

<https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20816/pdf#.WKmLujhTLZg>. Acessado em: 19/02/2017. p. 271.

¹⁶⁵ Sobre a nova forma de utilizar as Audiências de Custódias vide o tópico 3.3.

¹⁶⁶ SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos no âmbito do Estado: Instituições Nacionais de Direitos Humanos e Ministérios Públicos na América Latina – para além dos princípios de Paris. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 71/104. 2016. p. 84.

¹⁶⁷ SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos no âmbito do Estado: Instituições Nacionais de Direitos Humanos e Ministérios Públicos na América Latina – para além dos princípios de Paris. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 71/104. 2016. p. 90/91.

Em São Paulo, a audiência de custódia iniciou em 24 de fevereiro do presente ano, no Fórum Ministro Mário Guimarães, no Bairro da Barra Funda. Foram realizadas 25 audiências, sendo que 17 pessoas foram liberadas. Este projeto piloto foi desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, conjuntamente com o Tribunal de Justiça de São Paulo e o Ministério de Justiça, no entanto houve resistência do Ministério Público Estadual (órgão responsável em deslocar os promotores para as audiências), pois não assinou o termo de cooperação entre judiciário e o Executivo, a respeito da temática em tela.¹⁶⁸

O referido projeto piloto objetiva que o preso seja entrevistado no período de 24 horas, pelo juiz, bem como seja ouvido as manifestações do seu defensor e do Ministério Público. Com esse procedimento é possível analisar informações e averiguar problemas¹⁶⁹, antes que o preso seja detido inocentemente.

3.2. Primeiros números da efetividade da Audiência de Custódia¹⁷⁰

O novo paradigma proporcionado pela modernidade e pelo constitucionalismo trouxeram mudanças em todos os ramos do direito em face das novas garantias constitucionais. Uma delas é a realização da Audiência de Custódia, sendo considerada como uma grande evolução do Processo Penal, pois, além de preservar os interesses do detido, também ressalta a importância das oitivas testemunhais.

A utilização desse meio pode ser eficaz, no que concerne a redução da superlotação nos presídios brasileiros, além de combater a tortura e o controle judicial da detenção. Destaca-se que tal medida já vem sendo realizado por alguns Estados brasileiros tendo o CNJ o objetivo de implantar a audiência de custódia em todo o Brasil até o final do ano de 2015.

Torna-se necessário mencionar a relevância do Judiciário face à aplicação das garantias legais assumidas no cenário do constitucionalismo contemporâneo. Com o advento da Constituição Federal de 1988 houve ampliação do sistema de liberdades públicas e colocou o Poder Judiciário como destinatário das demandas sociais, principalmente aquelas assumidas e não cumpridas pelo Estado. Nesse sentido o Poder Judiciário atua como *protagonista* e em

¹⁶⁸ Audiência de custódia começa em São Paulo, com resistência do Ministério Público. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico>. Acesso em: 01/06/15.

¹⁶⁹ Audiência de custódia começa em São Paulo, com resistência do Ministério Público. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico>.

¹⁷⁰ Este capítulo teve contribuição do professor Valter Santin e foi adaptado para a publicação na obra “Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia”.

certos momentos, *ativista*, destacando-se que há a necessidade de limitar essa ingerência institucional, mas, da mesma forma, uma dependência da população ao Judiciário para a redução de abusos praticados pelo Estado.

A constituição da república federativa do Brasil enfatiza como fundamento, a dignidade da pessoa humana, a qual se manifesta especialmente na “autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas”¹⁷¹.

Considerando a dignidade uma essência da pessoa humana, ela “concede unidade aos direitos e garantias fundamentais, sendo inerente às personalidades humanas”, tal princípio integra o núcleo essencial dos direitos fundamentais¹⁷², sendo impossível negá-lo nos dias atuais, podendo ainda, em caso de recusa desta aplicação, verificar uma atuação dos tribunais internacionais garantidores da aplicabilidade dos Direitos Humanos.

Não é possível, portanto, desconsiderar a existência da dignidade da pessoa humana, esteja ela, ou não, envolvida em um procedimento criminal, pois mesmo tendo ela “atentado da forma mais grave e insuportável, contra tudo aquilo que a ordem de valores da Constituição coloca sob sua proteção, não pode ser negado o direito ao respeito da sua dignidade”¹⁷³.

A dignidade da pessoa humana, sendo evidente garantia fundamental, embora essencial ao ser humano, precisa ser protegida e, em alguns casos, implantada. Quando se trata de prevenção terciária da criminalidade, depara-se com uma população que, em muitos casos, sequer teve a dignidade deferida. No momento da ressocialização, a dignidade é mais do que um direito individual, é um direito esférico de responsabilidade de todos. A sustentabilidade social não será completa se nesses nichos humanos a dignidade não for implantada e respeitada por toda a sociedade.

No caso dos presos, é lícito afirmar que a sua maioria já se encontrava, antes de adentrar ao sistema prisional, à margem da sociedade. A expressão ressocializar é a mais correta a ser empregada àquele que está cumprindo pena de privação de liberdade e que mais tarde será solto. Não estaria ele sendo devolvido à sociedade, mas, sim, teoricamente, tendo a

¹⁷¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

¹⁷² MOARES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 16.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

oportunidade de nela ver-se inserido. Thompson comenta que, a partir do século passado, essa questão já merecia ênfase especial, inclusive as suas variadas designações “[...] terapêutica, cura, recuperação, regeneração, readaptação, ressocialização, reeducação e outras correlatas.”¹⁷⁴

Embora o sistema penal tenha por base segregar para ressocializar, tal ressocialização não ocorre pelo simples encarceramento. Muito mais que o ideal de ressocialização, que pressupõe o tratamento com dignidade, adequado e legalmente previsto, deve se optar pela condição de reintegração social (quando não é necessária a própria integração) em que há a suposição de uma comunicação entre a prisão e a sociedade, objetivando uma identificação entre os valores da comunidade livre com a prisão e vice-versa. Nesse sentido, e visando alcançar uma eficaz integração social daquele que foi condenado a uma sanção penal, torna-se imprescindível maior aproximação e consequente envolvimento da comunidade na busca da solução de seus conflitos sociais, mantendo o equilíbrio e a consequente sustentabilidade social.

Muitos métodos e programas são utilizados na prevenção terciária fim de exercer influência na ressocialização dos presidiários: são políticas de trabalho, extinção do analfabetismo, prática de esportes e oficina de aptidão. Existem propostas de integração público-privada, com o objetivo de abrir caminhos para diminuir os efeitos negativos que envolvem a vida do preso no sistema prisional, e prevenir a reincidência criminal quando for colocado fora dele.

A mídia passou a utilizar um discurso repressivo fundado no medo da população em relação à crescente criminalidade, na qual a única saída seria a elaboração de penas mais severas e o imediato encarceramento dos detidos ocasionando o crescimento da utilização do sistema punitivo penal¹⁷⁵. Sendo relevante destacar as palavras de Alessandro Baratta sobre a imagem “vendida” sobre os que fizeram parte do sistema penal:

Em geral, a imagem da criminalidade promovida pela prisão e a percepção dela como uma ameaça à sociedade, devido à atitude de pessoas e não à existência de conflitos sociais, produz um desvio de atenção do público, dirigida principalmente ao ‘perigo da criminalidade’, ou às chamadas ‘classes perigosas’, ao invés de dirigir-se à violência estrutural. [...] Sobretudo em momentos de crises dos governos e da democracia, o ‘perigo

¹⁷⁴ THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 3.

¹⁷⁵ CASARA, Rubens R.R.; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*, Lumen Juris, vol. 1.

da criminalidade’ utilizado nas campanhas de ‘Lei e Ordem’, converte-se num instrumento de produção de consenso das majorias silenciosas frente às relações de poder existentes.¹⁷⁶

Nesse sentido Edna Araújo¹⁷⁷ relata que é extremamente sério o atual quadro do sistema prisional, caracteristicamente criminalizante, que atua no contexto de um conjunto arcaico em que subsiste uma escola para a reprodução do crime. Na prática, apenas segrega temporariamente o condenado, pelo entendimento exclusivo da repressão.

Porém, é preciso enfatizar que o problema se agrava quando se expõe uma crise sobre outra crise, pois, ante os problemas econômicos e sociopolíticos, a prisão torna-se objeto de urgente e indispensável intervenção. Isso porque a seletividade do sistema penal se exerce, majoritariamente, sobre as populações menos favorecidas econômica e socialmente. Nesse sentido, basta conferir os dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça: 95% da clientela do sistema são de presos com renda mensal média, anterior à prisão, de menos de um salário mínimo per capita familiar¹⁷⁸.

A formação do “réu sem rosto” favorece um a cultura de aprisionamento. Além do mais, o formato processual adotado hoje é moldado para conduzir uma condenação. O juiz não tem um feedback de retrospectiva porque sequer conhece o réu que está julgando, logo, na prática, não reavalia no curso do processo a necessidade de manutenção da custódia cautelar aplicada no início do processo.

A audiência de custódia surge com a finalidade de analisar processos de presos provisórios que são autuados em flagrante e imediatamente apresentados à um juiz para que ele decida sobre a conversão em Prisão Preventiva ou se concede a Liberdade Provisória, possibilitando a redução de tempo e de pessoas dentro do sistema carcerário, e, consequentemente, reduzindo a superlotação¹⁷⁹ dos presídios e cadeias públicas.

¹⁷⁶ BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos Entre a Violência Estrutural e a Violência Penal. *Fasc. De Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 6, n.2, p. 44-61, abr/mai/jun, 1993. p. 54.

¹⁷⁷ ARAÚJO. Edna Del Pomo de. *Vitimologia em Debate II*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 1997. p. 6.

¹⁷⁸ Desde 1997, o Censo Penitenciário Nacional, editado pelo Departamento Penitenciário do Ministério da Justiça, não faz o levantamento da situação socioeconômica dos presos. A partir de 2006, a coleta de dados do sistema foi substituída pelo InfoPen – Sistema Integrado de Informações Penitenciárias e que está disponível em www.mj.gov.br.

¹⁷⁹ Cristina Zackseski: “a situação das prisões brasileiras tornou-se tão grave que, em 2008, o Conselho Nacional de Justiça colocou em ação um programa emergencial para revisar os processos das pessoas encarceradas. Os relatórios dos Mutirões Carcerários apresentam exemplos claros dos abusos cometidos, como estes citados por Santos (2010): “FLS foi preso em 26 de dezembro de 2007. Em quase dois anos a instrução sequer havia sido iniciada. AA furtou dois tapetes em um varal. Foi preso em novembro de 2006 e condenado, em julho de 2009, a um ano de prisão no regime aberto. Apesar disso, apenas uma semana após a sentença AA

A introdução desta ferramenta no sistema processual, além de dar cumprimento às obrigações internacionais assumidas pelo governo brasileiro (juiz natural previstos em tratados), abrirá espaço para o combate às prisões desnecessárias e arbitrárias, bem como um efetivo controle judicial das prisões em flagrante. Diversos documentos têm sido firmados pelas nações, invocando a proteção dos direitos humanos e exigindo um tratamento digno aos presos. Entre estes, está o Pacto Internacional de Direitos Civil e Políticos (1966), que entrou em vigor em 23 de março de 1976, cujo art. 7º proíbe a tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. O art. 10, item 3, determina que “o regime penitenciário consistirá em um tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e reabilitação moral dos prisioneiros”. Mesmo teor é contemplado pelo Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 5º, item 6: “As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados”¹⁸⁰.

Na condição de país signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), materializada pelo Decreto n. 678, de 6/11/92, é impositiva a observância de que as penas privativas de liberdade tencionam à readaptação dos condenados. Nesse contexto o Pacto San José da Costa Rica, também conhecida como convenção de Direitos Humanos em que o Brasil é signatário, trata-se de fundamentado na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Prevê seu artigo 7 o seguinte:

Toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer as funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser colocada em liberdade, sem prejuízo de que o prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.

A expectativa da Audiência de Custódia é que ela seja realizada em 24 horas, fato este que permitirá a redução de prisões arbitrárias, desnecessárias e que ainda estão em alta no Brasil. Maurício Cirino dos Santos faz uma importante observação sobre a realização deste instituto processual da seguinte maneira:

foi liberado. LSM foi preso em janeiro de 1998. Sem sentença até junho de 2009, LSM foi solto no mutirão carcerário. RS ficou preso mais de 2 anos sem sequer ser denunciado.” (ZACKSESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. In. FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2010. Anuário.... São Paulo: FBSP, 2010. p. 88-99.)

¹⁸⁰ LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 6-7.

(b) a substituição do papel ou da informação virtual, utilizados na comunicação imediata da prisão em flagrante ao juízo, em 24 (vinte e quatro) horas, pela garantia de apresentação pessoal do ser humano, e igual período, à presença física dos operadores do direito, legitimando os princípios da oralidade e da imediatidade, confere elevado nível de humanização ao procedimento flagrancial e, neste sentido, de dignidade da pessoa presa em flagrante, na medida em que permite uma análise presencial e integral acerca da universalidade de circunstâncias e condições de caráter pessoal, que, ao tempo em que proporcionam um relevante conjunto de impressões sensitivas, autorizam uma reflexão concretamente ponderada e um posicionamento racionalmente equilibrado, a embasar a opção jurídico-penal mais madura e responsável acerca da polaridade prisão cautelar/liberdade individual.¹⁸¹

Pelas palavras do nobre professor Maurício Cirino dos Santos percebe-se que a audiência de custódia garante ao preso sua apresentação pessoal perante os operadores do direito (*princípio da imediatidade*) o que permite ao magistrado, por meio de um “conjunto de impressões sensitivas” passe a analisar melhor a situação do que apenas analisando um papel ou uma informação digital. Ou seja, a audiência de custódia permite ao magistrado proferir uma decisão mais humanizada quando passa a prestar mais atenção na pessoa do narrador e não apenas nas tintas que marcam um papel.

Segundo a ONG Conetas:

Ao contrário do que prega o senso comum, o Brasil prende muito e mal. Em dezembro de 2012, nossa população carcerária era de 548 mil pessoas – a quarta maior do mundo, atrás apenas de Estados Unidos, China e Rússia – segundo dados oficiais do Infopen (Ministério da Justiça). A diferença com relação a esses países é que, contrariando a tendência de queda, a taxa de encarceramento do Brasil, que calcula o número de presos por cada 100 mil habitantes, apenas cresce. Nesse quesito, já ocupamos a terceira posição entre os países mais populosos¹⁸².

O projeto piloto, iniciado em São Paulo e sendo desenvolvido por outros Estados de forma gradativa¹⁸³, objetivava que o preso fosse ouvido o mais rápido possível pelo juiz, pois

¹⁸¹ SANTOS, Maurício Cirino dos. A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 521/530. 2016. p. 525/526

¹⁸² CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Mapa das Prisões. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>. Acesso em 16 de maio de 2015.

¹⁸³ Ajudam a amparar o projeto *três acordos de cooperação técnica*, conforme consta do endereço eletrônico do Conselho Nacional de Justiça, firmados entre o órgão constitucional/administrativo do Poder Judiciário, o Ministério da Justiça, bem como o Instituto de Defesa do Direito de Defesa: “O primeiro acordo de cooperação técnica estabelece a ‘conjugação de esforços’ para a implantação da audiência de custódia nos estados. O projeto busca garantir a rápida apresentação do preso em flagrante a um juiz para que seja feita uma primeira análise

somente este possui a atribuição de poder conceder a liberdade ou não para uma pessoa que tenha sido detida. Diz Aury Lopes Jr o seguinte:

Não cabe à autoridade policial deferir liberdade provisória ou medidas cautelares diferentes do previsto no artigo 319 do Código de Processo Civil. Para isso há reserva de Jurisdição. A polícia judiciária não é órgão do Poder Judiciário (é um paradoxo, mas é uma polícia judiciária não subordinada ao Poder Judiciário), mas do Executivo. Daí que a alegação de que o Delegado de Polícia seria a outra autoridade referida pela Convenção não se sustenta¹⁸⁴.

O magistrado quando preside a Audiência de Custódia deverá levar em consideração todos os elementos processuais para a conversão em Prisão Preventiva, bem como, e principalmente, as suas manifestações, das testemunhas, do seu defensor e do Ministério Público. Com esse procedimento almejava-se inicialmente “esvaziar” as cadeias públicas, o que não significa dizer que haverá impunidade para aqueles que cometeram um ilícito, ou seja o mérito processual não é discutido nesta audiência. Rosivaldo Toscano afirma que:

Na audiência de custódia não se aborda questão de mérito, senão a instrumentalidade da prisão e a incolumidade e a segurança pessoal do flagrantado, quando pairam indícios de maus-tratos ou riscos de vida sobre a pessoa presa. Não é o contato pessoal do juiz com o preso que o contamina. O distanciamento que é contamina de preconceitos, no sentido de

sobre a necessidade e o cabimento da prisão ou a adoção de medidas alternativas. O acordo prevê apoio técnico e financeiro aos estados para a implantação de Centrais de Monitoração Eletrônica, Centrais Integradas de Alternativas Penais e câmaras de mediação penal. Os recursos devem ser repassados pelo Ministério da Justiça aos estados que implementarem o projeto audiência de custódia e também serão usados para a aquisição de tornozeleiras eletrônicas. O segundo acordo firmado pretende ampliar o uso de medidas alternativas à prisão, como a aplicação de penas restritivas de direitos, o uso de medidas protetivas de urgência, o uso de medidas cautelares diversas da prisão, a conciliação e mediação. As medidas alternativas à prisão podem ser aplicadas pelos juízes tanto em substituição à prisão preventiva, quando são chamadas de medidas cautelares, quanto no momento de execução da pena. O uso de tornozeleiras eletrônicas, o recolhimento domiciliar no período noturno, a proibição de viajar, de frequentar alguns lugares ou de manter contato com pessoas determinadas são alguns exemplos de medidas alternativas que podem ser aplicadas. O terceiro acordo tem por objetivo elaborar diretrizes e promover a política de monitoração eletrônica. Segundo informações do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) do Ministério da Justiça, o monitoramento eletrônico é usado hoje em 18 estados da federação, principalmente na fase de execução da pena ou como medida protetiva de urgência. O acordo busca incentivar o uso das tornozeleiras em duas situações específicas: no monitoramento de medidas cautelares aplicadas a acusados de qualquer crime, exceto os acusados por crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade superior a quatro anos ou que já tiverem sido condenadas por outro crime doloso, e no monitoramento de medidas protetivas de urgência aplicadas a acusados de crime que envolva violência doméstica e familiar contra mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Audiência de custódia*. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia>. Acesso em 26 de maio de 2015).

¹⁸⁴ LOPES JÚNIOR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. Afinal, *Quem Tem Medo da Audiência de Custódia?* Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-13/limite-penal-afinal-quem-medo-audiencia-custodia-parte>. Acesso em 07 de novembro de 2015.

conceitos prévios, sem maiores fundamentos. A presença do preso permite avaliar muito melhor o cabimento ou não da prisão. Traz a facticidade.¹⁸⁵

O novo cenário no ordenamento jurídico proporcionado inicialmente pelo Conselho Nacional de Justiça, após a edição da Resolução nº 66 de 27 de janeiro de 2009¹⁸⁶, na qual estabeleceu a obrigatoriedade do procedimento da audiência de custódia, na qual o juiz deve justificar a decisão que mantém a prisão em flagrante e converter em prisão preventiva.

Posteriormente tal procedimento foi implantado em meados do ano de 2011, quando o Processo Penal sofreu alteração com o advento da Lei nº 12.403/11, sendo que o seu principal objetivo era reduzir a utilização de prisões provisórias, pois esse novo rito procedimental não só impôs ao juiz a obrigatoriedade de justificar a necessidade de conversão da prisão em flagrante em preventiva, como também previu amplo rol de medidas substitutivas à prisão.

Entretanto esta nova ferramenta está sendo pouco aplicada no Brasil, talvez pelo fato de “desconhecimento” ou pela resistência a não aplicação das normas internacionais de Direitos Humanos, pois, segundo informações oficiais apenas o Estado de São Paulo vem realizando diariamente essa audiência prévia diariamente e em grande escala. Segundo a página do Conselho Nacional de Justiça, verifica-se que diversos estados brasileiros estão aderindo à realização da Audiência de Custódia.

Desta forma torna-se necessário analisar o impacto das audiências de custódia no Estado Brasileiro, principalmente no que tange à redução dos presos provisórios. As mudanças que ocorreram no Processo Penal são visíveis, principalmente no que tange as transformações de comportamentos da sociedade face aos novos institutos processuais¹⁸⁷.

Os números publicados são importantes, uma vez que comprova a real aplicabilidade deste instrumento processual da seguinte maneira¹⁸⁸:

a) No Estado de São Paulo até novembro de 2015 foram realizadas 10.316 audiências de custódia. Após a análise das informações colhidas foram convertidas as prisões em

¹⁸⁵ TOSCANO JR., Rosivaldo. *Muito Mais que Uma Audiência de Custódia*. Disponível em: <http://emporiadodireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/> Acesso em 12 de maio de 2015.

¹⁸⁶ Preceitua o art. 1º, da resolução 66, do CNJ: “*Art. 1º Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, imediatamente, ouvido o Ministério Público nas hipóteses legais, fundamentar sobre: (Redação dada pela Resolução nº 87, de 15 de setembro de 2009); I - a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, quando a lei admitir; II - a manutenção da prisão, quando presentes os pressupostos da prisão preventiva, sempre por decisão fundamentada e observada a legislação pertinente; ou III - o relaxamento da prisão ilegal.*”

¹⁸⁷ SANTIN, Valter Foletto; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambii, Alencar Frederico Margraf (orgs.) p. 539.

¹⁸⁸ Informações coletadas em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acessado em: 07/11/2015.

flagrante em Prisão Preventiva em 56,17% dos casos. Em números, tem-se que 5.795 pessoas permaneceram presas e 4.521 (43,83%) receberam a liberdade provisória.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 13.894 audiências de custódias, das quais 6.690 pessoas permaneceram encarceradas e 7.204 passaram a responder o processo em liberdade.

b) No Estado do Espírito Santo foram realizadas 2.691 audiências até novembro de 2015, sendo que delas em 51,1% foram decretadas em Prisão Preventiva e 48,9% foram concedidas a liberdade provisória. Em números tem-se que 1.316 pessoas permaneceram presas.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 4142 audiências de custódias (quase 45% a mais que no período anterior), das quais 2335 pessoas permaneceram encarceradas.

c) No Estado do Rio Grande do Sul foram realizadas 1.674 até novembro de 2015, sendo que 68,1% das prisões foram convertidas em preventiva e 31,9% concedida a liberdade provisória. Em números 1.140 pessoas permaneceram presas e 534 foram soltas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1320 audiências de custódias, das quais 1339 pessoas permaneceram encarceradas.

d) No Estado de Minas Gerais foram realizadas 1.569 audiências de custódia até novembro de 2015, das quais 52,07% foram convertidas em preventiva e 47,93% foram concedida liberdade provisória. Em números 817 pessoas permaneceram presas e 752 foram soltas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 6.695 audiências de custódias, das quais 3.499 pessoas permaneceram encarceradas e 3196 foram soltas para responder o processo em liberdade.

e) No Estado do Maranhão foram realizadas 931 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que 50,48% foram convertidas em preventiva e 49,52% foram concedidas liberdade provisória. Em números, 470 pessoas permaneceram presas e 461 foram soltas e responderão o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.053 audiências de custódias, das quais 493 pessoas permaneceram encarceradas e 560 foram soltas para responder o processo em liberdade.

f) No Estado de Goiás foram realizadas 720 audiências de custódia até novembro de 2015, das quais 36,53% foram convertidas em preventiva e 63,47% foram concedidas liberdade provisória. Em números tem-se que 263 pessoas permaneceram presas e 457 pessoas foram soltas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 524 audiências de custódias, das quais 493 pessoas permaneceram encarceradas e apenas 04 (quatro) foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 285 casos foram relatados abuso na atividade policial.

g) No Estado do Ceará foram realizadas 588 audiências de custódias até novembro de 2015, sendo que 54,08% foram convertidas em preventiva e 45,92% foram concedidas liberdade provisória. Em números, 318 pessoas permaneceram presas e 270 foram soltas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 4.447 audiências de custódias, das quais 2.623 pessoas permaneceram encarceradas e 1824 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 296 casos houve relato de abuso na atividade policial.

h) No Estado de Pernambuco foram realizadas 570 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 62,81% dos processos as prisões foram convertidas em preventivas e 37,19% foram concedidas a liberdade provisória. Em números tem-se que 358 pessoas permaneceram presas e 212 foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 2.385 audiências de custódias, das quais 1469 pessoas permaneceram encarceradas e 916 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 45 casos houve relato de abuso na atividade policial.

i) No Distrito Federal foram realizadas 550 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 42,36% dos casos foram convertidas as prisões em preventiva e em 57,64% foram concedidas a liberdade provisória. Em números, 233 pessoas continuaram presas e 317 foram soltas e responderão o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 7.039 audiências de custódias, das quais 3.267 pessoas permaneceram encarceradas e 3.772 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 196 casos houve relato de abuso na atividade policial.

j) No Estado do Mato Grosso foram realizadas 484 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 40,5% dos casos ocorreu a conversão em prisão preventiva e em 59,5% ocorreu a concessão da liberdade provisória. Em números tem-se que 196 pessoas continuaram presas e 288 foram soltas e responderão o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.914 audiências de custódias, das quais 765 pessoas permaneceram encarceradas e 1.149 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 334 casos houve relato de abuso na atividade policial.

k) No Estado da Bahia foram realizadas 436 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 31,88% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 68,12% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 139 pessoas permaneceram presas e 297 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 2.019 audiências de custódias, das quais 716 pessoas permaneceram encarceradas e 1.303 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em apenas 02 (dois) casos houve relato de abuso na atividade policial.

l) No Estado da Paraíba foram realizadas 412 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 51,7% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 48,3% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 213 pessoas permaneceram presas e 199 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.414 audiências de custódias, das quais 671 pessoas permaneceram encarceradas e 743 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em nenhuma delas houveram relatos de abuso na atividade policial.

m) No Estado do Amazonas foram realizadas 200 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 49,5% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 50,5% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 99 pessoas permaneceram presas e 101 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.106 audiências de custódias, das quais 603 pessoas permaneceram encarceradas e 503 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 40% dos casos (512) houveram relatos de abuso na atividade policial.

n) No Estado do Rio de Janeiro foram realizadas 194 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 57,22% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 42,78% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 111 pessoas permaneceram presas e 83 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 2.728 audiências de custódias, das quais 1.494 pessoas permaneceram encarceradas e 1.234 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 57 casos houve relato de abuso na atividade policial.

o) No Estado de Rondônia foram realizadas 148 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 57,43% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 42,57% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 85 pessoas permaneceram presas e 63 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 2.230 audiências de custódias, das quais 1.266 pessoas permaneceram encarceradas e 964 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 195 casos houve relato de abuso na atividade policial.

p) No Estado do Paraná foram realizadas 129 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 44,19% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 55,81% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 57 pessoas permaneceram presas e 72 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 5.269 audiências de custódias, das quais 2.903 pessoas permaneceram encarceradas e 2.366 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 101 casos houve relato de abuso na atividade policial.

q) No Estado de Santa Catarina foram realizadas 115 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 39,13% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 60,87% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 45 pessoas permaneceram presas e 70 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.022 audiências de custódias, das quais 545 pessoas permaneceram encarceradas e 477 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 196 casos houve relato de abuso na atividade policial.

O intuito de diminuir o número de detentos vinculados ao sistema prisional tem surtido efeito. Se analisar os números acima, percebe-se que na maioria dos Estados (exceto Rio Grande do Sul) concede-se a liberdade provisória em pelo menos 40% dos casos em que a Audiência de Custódia é realizada. No entanto os resultados seriam melhores se este mecanismo passasse a ser aplicado em larga escala. Segundo os dados colhidos no site do Conselho Nacional de Justiça, percebe-se que diversos Estados brasileiros sequer alcançaram três dígitos de audiências¹⁸⁹:

a) No Estado do Tocantins foram realizadas apenas 99 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 39,39% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 60,61% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 39 pessoas permaneceram presas e 60 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 434 audiências de custódias, das quais 262 pessoas permaneceram encarceradas e 172 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que não foi informado nenhum caso de abuso na atividade policial.

b) No Estado do Amapá foram realizadas apenas 82 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 23,17% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 76,83% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 19 pessoas permaneceram presas e 63 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.508 audiências de custódias, das quais 632 pessoas permaneceram encarceradas e 874 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que não foram relatados casos de abuso na atividade policial.

c) No Estado de Roraima foram realizadas apenas 76 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 34,21% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 65,79% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 26 pessoas permaneceram presas e 50 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 2.302 audiências de custódias, das quais 1.325 pessoas permaneceram encarceradas e 977 foram soltas para

¹⁸⁹ Informações coletadas em: <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/audiencia-de-custodia/mapa-da-implantacao-da-audiencia-de-custodia-no-brasil>. Acessado em: 07/11/2015.

responder o processo em liberdade. Sendo que em 196 casos houve relato de abuso na atividade policial.

d) No Estado do Alagoas foram realizadas apenas 76 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 34,21% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 65,79% foram concedidas liberdades provisórias.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas *apenas* 23 audiências de custódias no prazo de 8 meses.

e) No Estado do Pará foram realizadas apenas 61 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 34,43% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 65,57% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 21 pessoas permaneceram presas e 40 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.666 audiências de custódias, das quais 809 pessoas permaneceram encarceradas e 857 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 107 casos houve relato de abuso na atividade policial.

f) No Estado do Mato Grosso foram realizadas apenas 46 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 41,3% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 58,7% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 19 pessoas permaneceram presas e 27 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 2.352 audiências de custódias, das quais 942 pessoas permaneceram encarceradas e 1.410 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 334 casos houve relato de abuso na atividade policial.

g) No Estado do Rio Grande do Norte foram realizadas apenas 38 audiências de custódia até novembro de 2015, sendo que em 55,26% dos casos foram convertido flagrante em preventiva e em 44,74% foram concedidas liberdades provisórias. Em números tem-se que 21 pessoas permaneceram presas e 17 pessoas foram liberadas para responder o processo em liberdade.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 1.357 audiências de custódias, das quais 687 pessoas permaneceram encarceradas e 670 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 29 casos houve relato de abuso na atividade policial.

h) No Estado do Acre não foram registradas nenhuma audiência de custódia até novembro de 2015.

De novembro de 2015 até 30 de junho de 2016 foram realizadas mais 965 audiências de custódias, das quais 398 pessoas permaneceram encarceradas e 567 foram soltas para responder o processo em liberdade. Sendo que em 17 casos houve relato de abuso na atividade policial.

Em janeiro de 2017 o site do Conselho Nacional de Justiça apresentou novos números em relação à audiência de custódia, os quais se confundem com os dados apresentados anteriormente, impossibilitando uma abordagem mais detalhada a respeito da evolução da implantação da Audiência de Custódia no direito pátrio. Mesmo assim ficou destacado que até dezembro de 2016 foram realizadas 174.242 audiências, resultando a liberdade de 80.508 pessoas e a conversão em prisão preventiva de 93.734. Segundo os dados gerais do CNJ foram relatados 8.300 atos de violência policial durante a prisão.

Percebe-se então que essa fase de adaptação não vem ocorrendo rapidamente. Segundo o Ministro Lewandowski a audiência de custódia pode auxiliar na redução da superlotação das cadeias públicas em face das inúmeras manutenções de presos provisórios¹⁹⁰.

Vale ressaltar que essa mudança paradigmática se dará em longo prazo e seus benefícios não se apresentarão imediatamente. Por essa razão há necessidade deste acompanhamento realizado pelo CNJ, o qual facilitará o processo de correção do desenho dessa política pública, minimizando os seus impactos negativos e corrigindo suas possíveis falhas. Além do mais esse monitoramento tem papel importante no cumprimento dos propósitos do *accountability do sistema prisional*.

Cabe ainda ressaltar que as Audiências de Custódias passam a representar o primeiro contato das testemunhas, vítima e acusado com o judiciário, sendo muito importante a coleta de toda e qualquer informação realizada neste momento, uma vez que as informações e os detalhes do fato ainda estão recentes. A principal crítica em relação à esse apontamento se dá pela não verificação de coletas de informações e das narrativas por gravação em mídia e, muito menos, a oitiva de testemunhas e vítima em relação ao fato praticado pela pessoa que foi presa em flagrante.

¹⁹⁰ Combate ao encarceramento. Lewandowski pede que tribunais promovam audiência de custódia. *Disponível em:* <http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/lewandowski-tribunais-promovam-audiencias-custodia>. Acesso em 10 de maio de 2015.

Tem-se verificado no Brasil que muitas leis são criadas sem a realização de estudos de sua viabilidade e efetividade. Por essa razão leis são revogadas por estarem ultrapassadas ou por caducidade, outras por evidente impossibilidade prática. Quando tal situação é verificada os legisladores e a classe atingida pelas idas e vindas da legislação passam a orientar a nova construção normativa. Gilberto Giacoia assim preleciona:

Em princípio, despreocupado em tal diagnóstico, o Estado-nação brasileiro improvisa a construção e desconstrução de seu arquétipo jurídico num contínuo movimento de vai-e-vem, atuando estrategicamente ao sabor do acaso com o objetivo superficial de aplacar, abafar ou controlar as tensões sociais oriundas das discriminações apontadas, quando não oficialmente incrementadas.¹⁹¹

A repulsa em relação à Audiência de Custódia é muito grande pelos Operadores do Direito, no entanto, como ela está sendo implantada no Brasil, busca-se aqui encontrar uma razão de ser desta inovação jurídica, pois, como ela continuará sendo realizada, nada mais correto que encontrar uma aplicação eficiente e que possa trazer bons resultados. Sendo assim discutir-se-á uma das possibilidades de desdobramentos da Audiência de Custódia.

3.3 Importância da Audiência de Custódia em relação à Linguagem corporal

A evolução histórica do instituto da Audiência de Custódia teve previsão, inicialmente, na Convenção Americana de Direitos Humanos do ano de 1992. Posteriormente teve uma menção na Constituição Federal de 1988 no que tange a aplicação da dignidade da pessoa humana, em seguida o novo cenário jurídico proporcionado pelo Conselho Nacional da Justiça, após edição da Resolução nº. 66 de 27 de janeiro de 2009, que estabeleceu a obrigatoriedade do procedimento da audiência de custódia. No entanto, durante todo esse período, o instituto ganhou mais força com a mudança processual penal que ocorreu em 2011 com o advento da Lei 12.4003/11.

Todavia o mecanismo surgiu, em meados do ano de 1992 com a Convenção Americana de Direitos Humanos, o chamado Pacto São José da Costa Rica, porém só ganhou visibilidade no sistema processual brasileiro após o Projeto Piloto instituído pelo CNJ, com

¹⁹¹ GIACOIA, Gilberto. O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 6. 2006. p. 96-105. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/60/60>. Acessado em: 19/02/2017. p. 100.

intuito de reduzir a utilização das prisões provisórias (conversão da prisão em flagrante em preventiva).

Na prática percebe-se que essa nova ferramenta tem sido pouco utilizada no Brasil, apesar de alguns Estados brasileiros já terem implantado tal mecanismo, ainda é pouco significativa para atingir o objetivo geral do instituto.

Nos Estados brasileiros onde há a aplicabilidade da audiência de custódia, numericamente restou demonstrado que há concessão de liberdade provisória em pelo menos 40 % dos casos em que o novo mecanismo processual vem sendo utilizado. Entretanto os números ainda são baixos, pois não alcançaram três dígitos de audiências realizadas.

Como por exemplo, em Tocantins após realização de 99 (noventa e nove) audiências, 39 (trinta e nove) pessoas tiveram prisão decretada e 60 (sessenta) pessoas foi concedida liberdade provisória, em Sergipe 36 audiências realizadas 17 (dezessete) pessoas tiveram prisão decretada e 19 (dezenove) pessoas foi concedida liberdade provisória.

Percebe-se que o período de adaptação vem ocorrendo lentamente, sendo necessário o acompanhamento do CNJ na implantação e aplicação diante dos estados brasileiros, pois se verificou que o instituto da audiência de custódia pode trazer benefícios para o sistema prisional brasileiro, diminuindo a superlotação em cadeias públicas, bem como reduzindo o número de presos provisórios.

Os números são expressivos em relação á porcentagem de êxito nas audiências, no entanto, em face da extensão dos Estados, do número de prisões realizadas, a baixa aplicação da audiência de custódia ainda é um problemas a ser solucionado.

Sabe-se que a ideologia trazida para as Audiências de Custódia é de proteção máxima aos direitos fundamentais do preso em flagrante, sabe-se também, que no projeto inicial ficou disciplinado que “a produção de prova, nos termos do projeto, fica adistrito a casos excepcionalíssimos, como no caso da tortura, ou de provas irrepetíveis (*ad perpetum rei memoriam*), sob pena de violação do contraditório e da ampla defesa”¹⁹². Segundo José Laurindo de Souza Neto:

A audiência de custódia possui finalidades limitadas, circunscritas à formação do convencimento do magistrado com vistas a cumprir os comandos emanados do art. 310 do Código de Processo Penal, relativos à

¹⁹² SOUZA NETO, José Laurindo de. Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 509/520. 2016. p. 517.

prisão preventiva. Consequentemente, deve-se encarar de maneira restrita as possibilidades de produção probatória, pois haveria distorção da finalidade da audiência e em desfavor do acusado.¹⁹³

No entanto o Tribunal de Justiça de São Paulo já utilizou as imagens da audiência para realizar o reconhecimento do réu pelas vítimas¹⁹⁴, ou seja, a Audiência de Custódia, como instrumento processual deverá ser utilizada por todas as partes e pelo magistrado para melhor gerenciar e desenvolver o processo. Desta forma, vale destacar que a Audiência de Custódia já passou a ser utilizada como meio de prova no Processo Penal, bem como meio de reconhecimento da autoria do ilícito, cabendo destacar o seguinte trecho de uma decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

Observa-se que a afirmativa da vítima, dando conta de que o réu trajava uma blusa de manga comprida, foi confirmada pelas imagens da audiência de custódia realizada no dia da prisão, onde o réu se apresentou vestindo uma blusa com as características por ela descritas (mídia constante do 3º apenso).¹⁹⁵

Este trabalho não busca questionar qual seja efetivamente o fim pretendido por este instituto processual e se ele está sendo eficaz. Não se levantará questionamento sobre a possibilidade ou não de reduzir a Situação do Sistema Carcerário que se encontra sucateado e abandonado. Será utilizado este instituto processual para outra função: *a coleta dos traços comportamentais do suposto agente infrator, da suposta vítima e das testemunhas do caso.*

Tal medida, como se verá à frente, é de extrema importância para a interpretação e valoração das provas testemunhais coletadas nas ações que não possuam comprovação material do delito, como muito ocorre em casos de violências sexuais que não deixam vestígios.

O arquivamento em áudio e vídeo do comportamento pessoal durante as audiências passam a ser indispensáveis para a constatação de irregularidades nas narrativas, sejam elas verdadeiras, mentirosas ou até mesma em decorrência das falsas memórias. Para as ações

¹⁹³ SOUZA NETO, José Laurindo de. Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 509/520. 2016. p. 517.

¹⁹⁴ TJ-SP - Apelação : APL 00797541620158260050 – Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/381666138/apelacao-apl-797541620158260050-sp-0079754-1620158260050/inteiro-teor-381666158>. Acessado em: 18/02/2017.

¹⁹⁵ TJ/SP – 8ª Câmara Criminal - Apelação nº 0051284-72.2015.8.26.0050. Julgado em 29/09/2016. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/391097446/apelacao-apl-512847220158260050-sp-0051284-7220158260050/inteiro-teor-391097484>. Acessado em: 18/02/2017.

mais delicadas, torna-se necessário tomar todas as medidas possíveis para não provocar maiores danos às partes envolvidas e até mesmo para com a sociedade.

Assim, a Audiência de Custódia poderá ser utilizada mais como um mecanismo de constatação de uma prova conturbada do que para a solução de um problema de superlotação carcerária.

Utilizando as imagens da Audiência de Custódia, será mais uma passo firme para a interpretação das linguagens corporais e não-verbais emitidas pelos interlocutores o que poderá modificar o resultado de uma Ação Penal, ao passo que o julgador poderá formar seu convencimento de maneira mais sólida, ou ao menos, possuirá maiores informações para poder, com base em nova técnica de inquirição, desvendar as falsas memórias e/ou as mentiras apresentadas pelos narradores.

4. LINGUAGEM CORPORAL E VALORAÇÃO JUDICIAL

Antes de adentrar no estudo da linguagem corporal, torna-se importante realizar um relato.

Falar sobre a análise da linguagem corporal sem destacar sua real importância poderá acarretar na sua desvalorização. Portanto deve-se parar para pensar no seguinte: por que as audiências passaram a ser gravadas em áudio e vídeo? Por que foi necessário substituir as antigas transcrições realizadas pelos serventuários da Justiça por novos meios de registros das audiências? A primeira vista poder-se-á afirmar que se trata apenas de facilitação de arquivamento de dados. Mas na verdade as gravações são úteis para relativizar a figura do Juiz Natural. Explica-se.

O Princípio do Juiz Natural não é *absoluto*¹⁹⁶, bem como o Princípio da Identidade Física do Juiz, também não o é, apesar de trata-se de uma garantia do réu de que a ação será julgada pelo mesmo magistrado que presidiu a audiência de instrução em julgamento. Esse princípio possui relevância absoluta em relação aos processos que não há gravação das audiências, sendo importante que o magistrado acompanhe fisicamente cada depoimento e o interrogatório para poder fazer sua análise processual. Se não há meios de ser reanalisada a prova colhida em juízo, uma vez que os atos narrados foram transcritos para uma folha de papel, nada mais lógico que o mesmo magistrado que realizou a transcrição seja o responsável pela elaboração da sentença. Isto deve ocorrer pela simples razão de que somente este magistrado saberá o sentido das palavras descritas na ata de audiência. Quando os atos processuais ocorridos na audiência de instrução e julgamento não são gravados, somente o magistrado que a presidiu poderá saber o que realmente aconteceu dentro da respectiva sala de audiência. Mesmo se ocorrer a transcrição detalhada das palavras ditas, não haverá exposição de outros elementos não verbais, como: choro, nervosismo, ansiedade...

Desta forma, com o início da gravação das audiências, percebe-se a relativização do Princípio do Juiz Natural, mas nem sempre há esse entendimento em relação ao Princípio da Identidade Física do Juiz, pois todo e qualquer juiz poderá analisar as gravações dos depoimentos e dos interrogatórios e então *constatar* o que ocorreu na data da audiência.

¹⁹⁶BREGA FILHO, Vladimir. FEDERALIZAÇÃO DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 45-63, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/39>>. Acessado em: 19/02/2017. p.58.

Contudo, alguns tribunais, como se verá a frente, entendem que a identidade física do juiz deverá prevalecer sempre, uma vez que somente aquele que verifica, pessoalmente, determinado comportamento poderá realmente “sentir” todo o contexto narrado pelas testemunhas ou depoentes. Não haverá problemas para a produção da sentença, devido ao fato de que todas as palavras e todos os atos praticados estarão registrados em áudio e vídeo, não em palavras transcritas em termo pelo interlocutor-julgador.

Desta forma, fica claro que o juiz ao produzir uma decisão sempre está analisando todos os elementos ocorridos dentro da sala de audiência, inclusive realizando uma leitura corporal daquelas pessoas envolvidas com o processo. Se não fosse assim não haveria razão da existência do Princípio da Identidade Física do Juiz e, conseqüentemente, deveria haver a consolidação da relativização prática de tal princípio a partir do momento em que passou-se a utilizar as gravações em áudio e vídeo.

Portanto questiona-se: se realmente todos fazem uma análise comportamental das testemunhas, vítimas e do acusado, por que não reconhecer que a linguagem corporal se trata de um assunto importante a ser discutido e aprofundado? Se advogados, promotores, magistrados e demais operadores do direito sempre fazem uma leitura das expressões das pessoas para posteriormente decidir em qual acreditar, por qual razão não reconhecem que há a necessidade de maior cautela nos processos em que não existam outras provas senão as testemunhais?

Importa ressaltar, como já disse Charles Catania: “Para um organismo que nada pode fazer sobre o que vê, não há vantagem em ver”¹⁹⁷. Traduzindo para o ramo Jurídico: *de nada adianta ter um sistema de gravações de audiências, que permite analisar expressões corporais com maior cautela e credibilidade, se não há aceitabilidade pelos juristas de que tais percepções podem mudar o rumo de um processo.*

Por essa razão está correto Charles Catania ao afirmar que “o fenômeno pode ser colocado em termos de bom ou mau uso, e a melhor defesa contra o seu uso incorreto é aprender tanto quanto possível sobre seu funcionamento.”¹⁹⁸

A sociedade contemporânea vem aproveitando a evolução tecnológica em diversos setores, sendo a saúde, educação e, principalmente, o entretenimento os principais campos de

¹⁹⁷ CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 55.

¹⁹⁸ CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 283

investimento. Segundo Marcelo Beckert a psicologia tem papel fundamental na análise do comportamento humano, uma vez que se trata de uma disciplina que une conhecimentos filosóficos e fisiológicos, permitindo maior aprofundamento no estudo de uma expressão corporal. Segundo ele:

Questões do cotidiano devem encontrar respaldo em investigações científicas. Assim como as razões de o céu ser azul estarem na física e as da síndrome de Down estarem na biologia, a psicologia oferece uma contribuição enorme para o melhor entendimento do homem em interação com seu mundo.¹⁹⁹

Em relação à este ultimo tem-se uma observação importante a ser realizada.

Nos dias atuais veem-se cada vez mais filmes e jogos tão evoluídos que apresentam todas as características dos atores que não cabe à população decifrá-los, mas apenas assistir sem expressar uma valoração sobre seus comportamentos.

Os primeiros filmes comercializáveis foram apresentados a mais de 100 anos, sendo o lendário Charlie Spencer Chaplin o nome mais marcante de todos. Em seus filmes a principal característica a ser observada era a linguagem corporal dos atores, sem as quais os cineastas jamais poderiam decifrar o que estaria a ocorrer.

No filme *The Kid* (A criança), de 1921, logo no início percebe-se uma cena interessante. Uma mãe, que não pode cuidar da criança, a coloca no banco de trás de um veículo parado em frente a uma mansão. Segundos depois dois homens furtam o carro sem perceber que havia a criança em seu interior. Esta cena é decifrada desta maneira não pela análise do filme por inteiro, mas pela forma que a mãe olha para a criança e pela maneira que os dois homens caminham até o veículo e ficam a analisar a sua volta.

Já no filme *Modern Times* (Tempos Modernos) de 1936, tornou-se épica a cena em que Charlie, preso injustamente, se dirige ao refeitório e acaba fazendo utilização de um “pó-branco-proibido” e passa a agir de maneira descontrolada. Tais constatações se dão exatamente por uma observação comportamental do ator.

Atualmente filmes mudos não são produzidos. A sociedade está sendo modelada a não observar o mundo que a circunda e por essa razão as informações devem ser as mais claras possíveis para que os interlocutores-ouvintes não necessitem de maiores esforços para

¹⁹⁹ BECKERT, Marcelo Emílio. Correspondência verbal/não-verbal: pesquisa básica e aplicações na clínica. p. 229/244. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 229.

compreender o que está acontecendo. Nos filmes mudos era necessário analisar todas as circunstâncias das cenas e das pessoas que estavam em foco, algo que deixou de ser importante nos entretenimentos modernos.

A modernidade tem proporcionado avanços maravilhosos, mas também tem causado um isolamento entre as pessoas. Mas fica claro que a sociedade perdeu a característica de prestar atenção do outro²⁰⁰. A utilização das redes sociais e a internet facilitam as atividades burocráticas e acelera a quantidade de informações, mas ao mesmo tempo tem causado um distanciamento entre as pessoas. As antigas reuniões que eram realizadas de corpo presente e olho no olho, passaram a ser firmadas por conferências; cartas que eram escritas a mão passara a ser resumidas em simples frases por e-mail e ultimamente por simples ícones nas mensagens via celular. Ou seja, as pessoas deixaram de dar importância para o comportamento humano e suas expressões, interferindo nas avaliações dos julgadores quando realmente mais precisam de tais habilidades.

A análise do comportamento não é uma disciplina recente e inovadora, pelo contrário, ela já fora discutida desde antes de Cristo, contudo, em razão da dificuldade de comprovação empírica em face da ausência de tecnologia apropriada para a época ela passou a ser ignorada. Muitos filósofos discutiam e/ou fizeram referências sobre as expressões humanas e sua relevância para a evolução da sociedade, mas pouco puderam fazer para aperfeiçoar suas teorias. Segundo Millenson:

As origens precisas da ciência do comportamento, como aquelas de todos os campos do conhecimento, estão perdidas na obscuridade dos tempos. Mesmo assim, sabemos que pelo ano de 325 a.C., na Grécia antiga, Aristóteles combinou a observação e a interpretação num sistema naturalístico de comportamento, ainda que primitivo.” (...) “Descreveu muitas categorias de comportamento tais como a percepção dos sentidos, visão, olfato, audição, bom senso, pensamento simples e complexo, apetite, memória, sono e sonho. Seus tópicos soam-nos familiares, atualmente, e eles são ainda encontrados de uma forma ou de outra, em quase todos os textos de psicologia.²⁰¹

²⁰⁰ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 92.

²⁰¹ MILLENSON, J. R. *Princípios de Análise do Comportamento*. Tradução de Alina de Almeida Souza e Dione de Rezende. Brasília: THESAURUS Editora de Brasília LTDA. 1967. p. 23.

Segundo Kennon Lattal o estudo do comportamento humano como ciência passou a ser ampliado em 1930 com as pesquisas de Skinner sobre processos de aprendizagem e as observações da sociedade²⁰².

Burrhus Frederic Skinner é sem dúvida o expoente em relação aos estudos do comportamento humano. Sua obra *Ciência e comportamento humano*²⁰³ tornou-se paradigmática em relação à disciplina de análise comportamental e continua sendo utilizada por todos que buscam compreender as razões que levam o ser humano a expressar sua linguagem verbal e não-verbal.

A problemática de realizar a leitura das expressões corporais em processos judiciais se dá pelo desejo humano de apenas relatar os fatos tal como ocorridos, sem se preocupar as suas verdadeiras razões. O Direito Penal já venceu a etapa do “direito penal do autor” passando a se preocupar com o fato, questionando os motivos da sua prática apenas para realizar a tipificação adequada ou até mesmo para quantificar a penalidade. Em relação a tais constatações crê-se que está adequado, contudo, muitas destas punições são aplicadas apenas com relatos apresentados por testemunhas e vítimas que podem, ou não, conter falhas. É exatamente nesta questão que a observação das linguagens corporais devem ser mais bem observadas e discutidas. Tratar a leitura corporal como ciência permitirá a constatação de que alguns atos estão relacionados à outros e por essa razão não podem ser observados isoladamente, pois “A ciência é mais que a mera descrição dos acontecimentos a medida que ocorrem. É uma tentativa de descobrir ordem, de mostrar que certos acontecimentos estão ordenadamente relacionados com outros.”²⁰⁴ O desenvolvimento tecnológico, que sempre é defendido como o ideal para a promoção de uma vida em harmonia e digna, está além da imaginação dos gênios do início do século XX, posto que se tem percebido que muitas das vezes esta mesma tecnologia dificulta o convívio entre as pessoas²⁰⁵. Muitos temem o desenvolvimento da ciência. Se de um lado ela pode proporcionar avanços maravilhosos, de

²⁰² LATTAL, Kennon A.. Ciência, tecnologia e análise do comportamento. p. 15/26. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 16.

²⁰³ SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003.

²⁰⁴ SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 7.

²⁰⁵ Burrhus Frederic Skinner: “O poder do homem parece ter aumentado desproporcionalmente a sua sabedoria. Nunca esteve antes em melhor posição de construir um mundo sadio, alegre e produtivo; contudo, as coisas nunca pareceram tão difíceis.” (SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 3.)

outro, quando mal intencionadas ou desajustadas, podem acarretar catástrofes e mortandade²⁰⁶. A análise do comportamento, deste modo, passou a ser considerada como uma disciplina pragmática, pois “tanto a ciência como a tecnologia da análise do comportamento têm como critério de verdade de um conceito a utilidade daquele conceito”²⁰⁷, ou seja, só haverá utilidade se ao aplicar a prática e a teoria conseguir encontrar um padrão desviante para caracterizar um desvio de comportamento ou alguma irregularidade. Tais estudos equivalem ao princípio da serendipidade, pois “por meio do quais observações sistemáticas futuras do comportamento são controladas por observações que desviam do esperado.”²⁰⁸ Desta forma torna-se importante observar o comportamento humano em duas ou mais oportunidades para poder definir um padrão. Segundo Cristiano dos Santos “conhecer as variáveis responsáveis pela maior ou menor persistência da resposta é imprescindível.”²⁰⁹ Se a resposta for mantida mesmo em condições ambientais diversas, trata-se de “uma questão de elevada relevância”²¹⁰, pois tudo indica que o narrador está relatando o que acredita ser verdade.

Para Paul Ekman, alguns gestos e algumas expressões corporais podem ser aprendidas de acordo com a intensidade que a pessoa recebe tais informações, bem como sofrem variações conforme a cultura a qual a pessoa pertence²¹¹, no entanto a maioria das expressões corporais possuem o mesmo significado. Posteriormente outros estudos foram

²⁰⁶ Burrhus Frederic Skinner: “A aplicação da ciência evita a fome e as pragas e diminui os índices de mortalidade, apenas para aumentar a população da Terra além do alcance dos sistemas estabelecidos de controle cultural ou governamental. A ciência fez as guerras mais terríveis e mais destrutivas. A maior parte disto não se fez deliberadamente, mas se fez. E, como os cientistas são necessariamente homens de alguma inteligência, poder-se-ia esperar que estivessem preparados e alertas para estas consequências.” (SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 4.)

²⁰⁷ LATTAL, Kennon A.. Ciência, tecnologia e análise do comportamento. p. 15/26. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 16.

²⁰⁸ LATTAL, Kennon A.. Ciência, tecnologia e análise do comportamento. p. 15/26. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 16.

²⁰⁹ DOS SANTOS, Cristiano Valério. Momento Comportamental. p. 63/80. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 63.

²¹⁰ DOS SANTOS, Cristiano Valério. Momento Comportamental. p. 63/80. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 63.

²¹¹ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revoluçõe sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 20.

realizados e ficou confirmado que alguns comportamentos são aprendidos²¹², tais como gestos ao falar e a utilização de gírias.

No início de suas pesquisas, Paul Ekman acabou constatando que algumas expressões corporais podem ser universalizadas, mas com o desenvolvimento dos estudos em relação a leitura corporal, percebeu que a cultura do país poderá interferir no resultado da análise, ou seja, as emoções sentidas pelas pessoas são universalizadas, mas a maneira de externá-las podem sofrer alterações²¹³. Pode-se citar como exemplo uma imagem de uma pessoa sorrindo em um funeral e que o falecido possui mais de 80 anos de idade. Se a imagem for apresentada no Brasil certamente a resposta será de que a pessoa está contente com a morte, o mesmo ocorrerá se a imagem for apresentada no Japão. Contudo o contentamento da pessoa que está a sorrir se dá por razões diversas, isso por que no Japão é tradição a pessoa ficar feliz com o falecimento de um ente querido, em razão da longevidade e da boa vida vivida, não existindo motivos para a tristeza. No Brasil não há esse costume, mas sempre o sinal de perda e de tristeza. Em relação ao aprendizado de gestos corporais, principalmente em relação às expressões ligadas às emoções, existem fortes evidências de que cada cultura aborda tais assuntos de maneira diversa, como por exemplo, os esportistas norte-americanos quando perdem a disputa pela medalha de ouro não emitem expressão emocional, permanecem rígidos e neutros. Não demonstram tristeza nem descontentamento. Já os esportistas brasileiros possuem um perfil diverso, pois ao serem eliminados de uma competição (ex. Copa do Mundo de Futebol da FIFA) passam a deixar em evidência sinais de fraqueza, tristeza e fracasso. Por essa razão pode-se afirmar que alguns gestos emocionais são fortemente influenciados pela cultura do país²¹⁴.

²¹² Charles Catania: “A aprendizagem com outros é especialmente importante no comportamento humano. Uma parcela muito substancial do que qualquer um de nós sabe e o que aprendemos com os outros, e muito disso nos tem sido explicitamente ensinado, seja no contexto informal de interações entre membros da família e outros, seja no contexto formal das instituições educacionais. Mas os tipos mais remotos de aprendizagem social devem ter sido muito mais simples.” (CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 236)

²¹³ Paul Ekman: “*Testei essa formulação em uma série de estudos que mostram que, quando sozinhos, japoneses e norte-americanos exibem as mesmas expressões faciais ao assistir a filmes de cirurgias ou acidentes, mas quando um cientista estava perto, os japoneses, mais que os norte-americanos, mascaravam as expressões negativas com um sorriso. Em particular, expressões inatas; em público, expressões controladas.*” (EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 22.)

²¹⁴ Burrhus Frederic Skinner: “O fato de que a identificação final do padrão de estímulo denominado sorriso seria muito mais complicado e demorado que a identificação de um sorriso na vida diária não significa que a observação científica está em que o cientista deve identificar um estímulo com respeito ao comportamento de

Segundo Paul Ekman o ideal em relação à cada análise de um comportamento humano é realizá-lo do zero, sem conhecimentos pré-determinados e tendenciosos, assim o intérprete correrá menos risco de errar e, até mesmo, de encontrar apenas a resposta que deseja alcançar²¹⁵. Muitos que ingressam na atividade da leitura corporal cometem este erro: de observar apenas o que querem ver, esquecendo-se de buscar os verdadeiros sentidos das expressões apresentadas.

Observar as pessoas passou a ser cada vez mais raro. A tecnologia vem provocando o distanciamento corporal entre as pessoas. Se antigamente havia a necessidade de contatos prévios para poder se relacionar com outra pessoa, atualmente isso não se faz necessário. A maioria dos relacionamentos tem início por redes sociais e aplicativos que facilitam a comunicação verbal, mas enfraquecem a comunicação não-verbal e esquecem que aquela representa tão somente 7% da forma de comunicação humana pois, segundo Alexandre Moraes da Rosa:

Nem por isso, porém, podemos desprezar o fator da linguagem corporal, já que apenas 7% da nossa comunicação se dão pela fala, todo o resto é linguagem corporal e o modo como se diz. (...) O comportamento não verbal pode ser fonte de indicativos relevantes no decorrer do jogo processual. E o corpo nos entrega muitas vezes, pois uma parcela significativa de nossas ações não passa pelo sistema reflexivo, pois são automáticas e intuitivas. Desde cruzar os braços, arregalar os olhos, fazer cara de espanto, expor

alguém mais. Não pode confiar em sua reação pessoal. Ao estudar um padrão objetivo simples e comum como um “triângulo”, o cientista pode usar com segurança sua própria identificação do padrão. Mas um padrão como “sorriso” é outro assunto. Um estímulo social, como qualquer outro estímulo, torna-se importante no controle do comportamento por causa das contingências em que se encaixa. As expressões faciais que agrupamos juntas e chamamos “sorrisos” são importantes porque são ocasiões em que certas espécies de comportamento social recebem certos tipos de reforço. Qualquer unidade na classe do estímulo segue essas contingências. Mas são determinadas pela cultura e por história particular. Mesmo no comportamento de um único indivíduo pode haver diversos grupos de padrões, todos denominados sorrisos, se todos mantiverem a mesma relação com as contingências reforçadoras. O cientista pode recorrer a sua própria cultura ou história apenas quando ela se assemelha a do sujeito que está estudando. Mesmo então pode errar, exatamente como as reações apressadas do leigo podem ser erradas, especialmente quando tenta identificar um sorriso em uma cultura diferente.” (SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 331.)

²¹⁵ Paul Ekman: “As descobertas da ciência comportamental são mais confiáveis quando se opõem em vez de confirmar as expectativas dos cientistas. Na maioria dos campos científicos, ocorre exatamente o contrário; as descobertas serão mais confiáveis se previstas. Isso acontece devido à possibilidade de tendenciosidade ou erro ser verificada pela tradição dos cientistas repetindo as experiências uns dos outros para ver se obterão os mesmos resultados. Infelizmente, a tradição não existe nas ciências comportamentais. As experiências raramente se repetem, quer por cientistas que originalmente realizam o trabalho ou por outros. Sem essa salvaguarda, os cientistas comportamentais são mais vulneráveis a descobrir involuntariamente somente o que eles querem achar.” (EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionare sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 21.)

sarcasmo, jogar o corpo para trás, cruzar os braços, tudo passa pelo o que dissemos e fundamentalmente pelo o que nosso corpo diz, mesmo quando estamos despistando. Sabemos, todavia, a diferença entre um sorriso sincero e um falso/forçado.²¹⁶

Assim, muitas pessoas passaram a ser enganadas em razão da diminuição da habilidade de analisar o comportamento verbal e o não-verbal²¹⁷, uma vez que estão acostumadas a conviver apenas com as palavras verbais (aquelas apresentadas por escrito ou gravadas em áudio) sem se preocupar com a leitura corporal apresentada pela outra pessoa.

O estudo da linguagem corporal é sem dúvida uma das disciplinas mais complexas da atualidade²¹⁸, pois não é possível atribuir um padrão comportamental em uma sociedade tão diversificada. Diz Jo-Ellan e Mark o seguinte:

O estudo da linguagem corporal é de longe uma das ‘ciências’ menos compreendidas que já entraram na onda da cultura popular. Com a publicação do livro de Julius Fast, *Body language*, em 1970, as pessoas começaram a estudar as pernas cruzadas, os tiques faciais e o hábito de puxar as calças ao sentar que seus amigos e conhecidos tinham. Pareciam crianças com decodificadores secretos, esperando que alguns poucos truques comportamentais revelassem os sentimentos e as motivações mais profundas de uma pessoa. (...) Um sistema tão complexo não é para qualquer um usar.²¹⁹

No fim do século passado muito se discutiu em utilizar a leitura da linguagem corporal durante os processos criminais para poder decifrar algumas inverdades narradas pelas testemunhas, vítimas e réus.

²¹⁶ ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual>. Acessado em: 24/02/2017.

²¹⁷ Marcelo Beckett: “A mentira, a promessa não-cumprida, a negação, a omissão ou o uso da fala como recurso educacional e terapêutico são temas do cotidiano cuja compreensão é beneficiada pela investigação da relação entre o comportamento verbal e o não-verbal. Essa área de investigação tem sido denominada de correspondência verbal/não-verbal, correspondência dizer-fazer (ou fazer-dizer) ou apenas correspondência.” (BECKERT, Marcelo Emílio. Correspondência verbal/não-verbal: pesquisa básica e aplicações na clínica. p. 229/244. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 229.)

²¹⁸ Burrhus Frederic Skinner: “O comportamento é uma matéria difícil, não porque seja inacessível, mas porque é extremamente complexo. Desde que é um processo, e não uma coisa, não pode ser facilmente imobilizado para observação. É mutável, fluido e evanescente, e, por esta razão, faz grandes exigências técnicas da engenhosidade e energia do cientista.” (SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 16.)

²¹⁹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 39.

Importa lembrar que a linguagem verbal *não poderá ser considerada como meio de obtenção da verdade ou como um fim em si mesma*, pois antes disso ela desenvolve apenas um papel de poder sobre o ouvinte, ou seja, a pessoa que está narrando busca com suas palavras apenas convencer ou dar uma direção (ordem) àquele que está no mesmo ambiente. As palavras ditas não são outra coisa senão uma forma de expressão um comportamento pretendido. Charles Catania afirma que:

A linguagem não é um instrumento da razão ou um veículo da verdade; essas propriedades são apenas corolários de sua função primária, a mudança do comportamento do ouvinte. Ordens são dadas, conselhos são oferecidos, leis são postas em vigor e assim por diante; cada um desses casos envolve o controle instrucional. Esse controle passa facilmente despercebido quando o comportamento instruído e também verbal.²²⁰

No entanto pouco foi discutido e acrescentado em relação à sua possibilidade em face da dificuldade de documentar uma expressão, posto que as audiências não eram gravadas em aparelhos que captassem som e imagem. Sendo as audiências transcritas pelos serventuários da justiça e as palavras das testemunhas ditadas pelo magistrado, jamais seria constatada uma expressão corporal ou outra linguagem não verbal, e muito menos utilizada como meio para fundamentar uma decisão.

Com o avanço da tecnologia passou a captar o som e a imagem das audiências, retornando toda discussão sobre a possibilidade de estudar os comportamentos das partes para proferir uma decisão. A problemática ainda se dá na constatação de uma linguagem corporal, uma vez que, às vezes os gestos praticados naquele específico ato às vezes não condizem realmente com a realidade do narrador. Diz Jo-Ellan e Mark o seguinte:

A linguagem corporal muitas vezes reflete apenas uma condição física (como costas doloridas) ou um estado mental temporário (como frustração), e não um traço mais permanente da personalidade. A linguagem corporal de uma pessoa pode mudar de um momento para outro, de um ambiente para outro, e, assim, se você só encontrou uma pessoa uma vez, é arriscado julgar sua personalidade com base na linguagem corporal. Todo mundo fica tenso às vezes; isso não significa que somos uma pilha de nervos. Mas se alguém parece estar muito tenso todas as vezes que você o encontra, provavelmente

²²⁰ CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 275.

você percebeu um traço da personalidade – ou, pelo menos, um tema recorrente na vida dele – não só um dia ruim.²²¹

A pessoa quando entra na sala de audiência automaticamente passa a se comportar de maneira diversa daquela que apresentaria em uma praça pública, por exemplo, diz Skinner que “se removermos um homem de seus ambientes característicos, grande parte de seu comportamento social não poderá ser emitido”²²², sendo importante levar em consideração essa elementar, pois nem sempre o que o narrador afirma em palavras é posto em prática. Sobre a prática jurídica ocorrida nas salas de audiências, o magistrado Alexandre Moraes da Rosa destaca o seguinte:

Podemos imaginar a seguinte situação que já nos aconteceu muitas vezes. Ao adentrarmos na sala de audiência e vasculharmos quem está presente, ou mesmo depois, quando uma testemunha adentra, nosso mecanismo crítico está presente, sem que nos demos conta, sendo que: a) no *primeiro minuto*, avaliamos a idade dos presentes, a aparência, as funções, e classificamos como ameaçador ou acolhedor; b) no *segundo e no terceiro minutos*, verificamos os detalhes do corpo, das mãos, das vestimentas, da postura corporal e ficamos atentos à voz e seu tom; c) no máximo no *quarto minuto*, já temos a primeira impressão sobre a pessoa, sem muita reflexão, antes mesmo de dialogarmos. E, mais uma vez, os detalhes (Efeito Borboleta) comparecem, pois basta um único sinal, certa arrogância, risinho de canto de boca, roupa fora do contexto, postura, contato visual, para que tenhamos um julgamento sobre o sujeito, naquilo que a psicologia cognitiva denomina de heurística e vieses, com os quais diminuimos a carga de trabalho mental e manejamos melhor o dia a dia.²²³

Algumas pessoas conseguem controlar seu comportamento não-verbal²²⁴, mas não é a regra. Outras por sua vez tendem a emitir expressões faciais falsas, pois é muito “mais fácil

²²¹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 39.

²²² SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 181.

²²³ ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual>. Acessado em: 24/02/2017.

²²⁴ Marcelo Beckert: “O comportamento verbal controlando o comportamento não-verbal não é explicado por seu caráter verbal (qualquer comportamento pode gerar estímulos discriminativos que controlam qualquer outro comportamento), mas sim por contingências de reforçamento operando na correspondência entre o que as pessoas dizem sobre o que fazem e o que elas realmente fazem.” (BECKERT, Marcelo Emílio. Correspondência verbal/não-verbal: pesquisa básica e aplicações na clínica. p. 229/244. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 235.)

simular uma expressão facial falsa”²²⁵, do que esconder uma verdadeira. Essa análise torna-se clara, pois:

A sociedade está repleta de situações geradores de raiva e ansiedade. Desde a infância, encontramos proibições e conflitos, ameaças e frustrações. Algumas são caprichosas; outras parecem necessárias para a ocorrência ordenada das atividades humanas. A maioria dos indivíduos consegue sair dessa história com um repertório de habilidades para evitar eventos aversivos e produzir reforçadores positivos, o que é suficiente para manter a raiva e a ansiedade em níveis toleráveis. Mas alguns indivíduos, talvez porque suas histórias contenham uma quantidade incomum de controle aversivo, ou talvez porque, geneticamente, são mais sensíveis a operações geradoras de raiva ou ansiedade, não adquirem as habilidades suficientes para um ajustamento satisfatório às contingências da sociedade.²²⁶

Geralmente o controle é perceptível na narrativa e nos elementos voluntários, tais como vestimenta, aparência, e até mesmo a fala por meio de gírias e gestos, mas o comportamento não-voluntário, que faz parte da própria pessoa, dificilmente são controlados. Alguns movimentos corporais podem ser apenas reflexos de um aprendizado social, ou seja, pessoas que falam gesticulando não necessariamente estão demonstrando algum desconforto interno²²⁷, mas talvez seja apenas convivência com a cultura italiana. Tal constatação não ocorre com algumas expressões faciais e a tonalidade da voz, pois estas não são aprendidas, mas apenas reflexos das emoções internas e que dificilmente podem ser controladas. Diz Jo-Ellan e Mark que:

Poucas pessoas têm consciência de suas reações físicas ao mundo que as rodeia, e ainda menos pessoas podem controlar sempre essas ações, mesmo que desejem. Boas maneiras podem ser aprendidas conscientemente, mas expressões faciais, piscar de olhos, cruzar de pernas e tamborilar nervosos de dedos são difíceis de reprimir. (...) Então, a linguagem corporal tende a revelar a personalidade interior e as emoções – medo, honestidade, nervosismo, alegria, indecisão, frustração e muitas outras coisas - , que não aparecem por meio das roupas. Embora a aparência e a linguagem corporal

²²⁵ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 76.

²²⁶ MILLENSON, J. R. *Princípios de Análise do Comportamento*. Tradução de Alina de Almeida Souza e Dione de Rezende. Brasília: THESAURUS Editora de Brasília LTDA. 1967. p. 432

²²⁷ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 79.

normalmente tragam tipos diferentes de informação, ambas são igualmente importantes.²²⁸

Outro fator importante para a análise de uma pessoa (testemunha ou réu) é saber separar a aparência da linguagem corporal. A aparência pode ser muito bem disfarçada e até mesmo construída a partir das roupas, maquiagens, tatuagens, dentre outros meios. Já a linguagem corporal demonstrará os sentimentos da pessoa, a não ser que ela seja muito bem treinada, podendo disfarçar em situações extremas. Contudo, deve-se ter em mente que a linguagem corporal treinada não permanece por muito tempo, fazendo com que a linguagem corporal natural passe a ser externada novamente.

Quando se fala de vestimenta das pessoas, percebe-se que algumas vezes há a tendência de atribuir o uso de moletoms e capuz mesmo em pleno verão, trata-se de uma conduta suspeita, ao passo que a utilização de um terno completo ou, sobretudo, passa a ser tido como um descuido em relação ao clima. Definir o comportamento humano e a utilização de vestimenta é considerado como elementos controláveis²²⁹ dos seres humanos. Desta forma, na sala de audiência torna-se impossível atribuir uma leitura do narrador a partir de suas roupas, uma vez que ele poderá tentando simular algo que não é como, por exemplo: em um processo de estelionato o réu aparece com roupas elegantes para demonstrar que a ausência de fundos do cheque emitido se tratou apenas de um descuido e não a tentativa de obter lucros por uma conduta ilícita. Outro exemplo dos traços opcionais pode se dar quando um grande traficante de drogas aparece na audiência utilizando vestimentas sujas e fétidas para tentar demonstrar que é um pobre moribundo usuário de drogas.

O oposto aos traços opcionais estão os não-opcionais. Os traços não opcionais, como o termo já indica, são aqueles que as pessoas carregam consigo sem ter a possibilidade de renegá-las. Um exemplo a ser citado pode ser os deficientes físicos e a tonalidade da pele. Estes traços não-opcionais podem ser muito relevante no momento de tomar a narrativa de uma pessoa, uma vez que ela poderá estar muito mais sensibilizada com a vítima ou com o réu dependendo da proximidade das características encontradas entre eles. Por exemplo: se um réu está sendo acusado por cometimento de um homicídio em razão da tonalidade da

²²⁸ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 30/31

²²⁹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 23.

pele²³⁰ e o corpo de jurados serem semelhante à vítima, muito provavelmente a condenação do acusado será mais elevada do que se os jurados não possuísem tais semelhanças. Isso não significa dizer que a semelhança entre as pessoas possa manipular ou acarretar um julgamento injusto, mas apenas que as pessoas podem se sensibilizar mais facilmente em razão dos fatos apresentados²³¹.

Torna-se importante ainda destacar que não é possível descrever um rol de comportamentos e seus possíveis significados. Cada comportamento/gesto poderá significar vários sentidos ou até mesmo nenhum. As lágrimas saindo dos olhos de uma testemunha podem significar inúmeras sensações, desde a tristeza ou felicidade pelo falecimento de alguém, as dores sofridas por ela ou até mesmo reflexas de uma doença ocular. Por essa razão cada gesto deve ser sempre analisado no conjunto dos atos em que a pessoa se encontra, assim, se a vítima chora durante o Inquérito Policial e chora durante a audiência de Instrução e Julgamento irá demonstrar maiores significativos do que aquela testemunha que chora escandalosamente apenas na perante a promotoria e do magistrado. Diz Jo-Ellan: “Por exemplo, a ausência de contato ocular pode ser um sintoma de desonestidade, raiva, nervosismo, defesa, vergonha, medo, arrogância, tédio e de outras emoções. Você só pode saber qual se observar outras pistas que indiquem uma direção específica.”²³² Essa análise comportamental vem sendo chamada de “momento comportamental”²³³ que compreende a

²³⁰ Jo-Ellan e Mark: “Os estereótipos raciais são de longe os mais dominantes. E mais uma vez, é tolo agir baseado nesses aspectos, em vez de reunir informação para tomar uma decisão fundamentada. A experiência de uma pessoa, não a cor de sua pele, dita o modo como ela vê o mundo. Até que nos tornemos uma sociedade verdadeiramente cega à cor sem dúvida o histórico racial terá um impacto sobre nossa experiência. Mesmo assim, o filho de um médico afro-americano de Beverly Hills normalmente terá mais crenças em comum com seu vizinho do que com um homem afro-americano criado nos bairros em que moram somente negros.” (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 27.)

²³¹ Jo-Ellan e Mark: “Em um caso, nós podemos descobrir que as mulheres jovens, solteiras, com educação universitária e renda alta tendem a favorecer o réu, enquanto que homens casados, mais velhos e operários favorecem a promotoria. Em outro caso, com fatos diferentes, pode acontecer justamente o contrário.” E ainda (...) “O fato de que a maioria dos homens casados, operários, favorece a promotoria não significa que aquele no banco do júri fará o mesmo. Nós podemos descobrir durante o questionamento verbal, por exemplo, que ele já foi acusado injustamente de um crime e provavelmente suspeitará muito da polícia e da promotoria.” (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 26.)

²³² DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 40.

²³³ DOS SANTOS, Cristiano Valério. Momento Comportamental. p. 63/80. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 63.

observação da frequência com que a resposta é emitida e a sua respectiva alteração quando apresentada um elemento relevante, causando mudanças em sua exposição.

A leitura do comportamento humano está intimamente ligada à vida pessoal. Desde os primeiros dias de vida já se consegue perceber que o ser humano realiza a leitura comportamental, um bom exemplo disso é que os recém-nascidos conseguem diferenciar os genitores de outras pessoas mesmo sem possuir, de maneira desenvolvida, sua visão. É justamente a leitura corporal, a silhueta, os gestos, o tom de voz que permite aos bebês realizar a identificação dos seus genitores.

Na adolescência inúmeros pais passam a verificar que seu filho, um excelente aluno que só recebia notas escolares altas passou, repentinamente, a dormir nas aulas, a não participar das atividades e suas notas passaram a ser uma tragédia. Alguns pais afirmavam que era fruto da adolescência e de uma paixão juvenil, sendo que na maioria das vezes se trata “apenas” de utilização de drogas. Os sinais eram claros, o comportamento corporal mais ainda, contudo, por vezes, os pais por não terem mais tanto contato com os filhos preferem encontrar outra resposta do que encarar a realidade.

Já em outra fase da vida, durante um relacionamento amoroso, percebe-se que as pessoas realizam constantemente tais leituras, seja para se sentir mais amado ou para encontrar pistas do fim da relação e/ou para descobrir uma traição.

A vida humana nada mais é do que uma constante análise comportamental de quem está próxima.

Com a evolução tecnológica da sociedade e a tendência do individualismo pessoal, percebe-se que está cada vez mais difícil compreender as pessoas e muito mais complexa a arte de decifrá-las, assim já dizia Jo Ellan Dimitrius:

Entender as pessoas sempre foi um dos maiores desafios da vida, mas as mudanças sociais e a explosão tecnológica das últimas décadas tornou-se ainda mais difícil. Hoje, muitos de nós não têm vínculos íntimos ou contatos nem mesmo com as pessoas mais importantes em nossas vidas. Estamos distantes e temos dificuldade em entender as pessoas.²³⁴

Todo e qualquer sinal é relevante para poder decifrar uma pessoa, mas não basta analisar uma a uma, e sim de maneira globalizada, ou seja, a leitura de um comportamento

²³⁴ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Editora Elsevier. 2009. p. 6

testemunhal deverá ser realizada estudando quadro a quadro de maneira conjunta com o ato judicial que está sendo realizado. Desta forma:

Juntar uma montanha de informações variadas a respeito de alguém, observando sua aparência, a linguagem corporal, o ambiente, a voz e a conduta não lhe servirá de nada a menos que você saiba quais traços poder ser importantes indícios da personalidade e quais são relativamente menos importantes. Depois de ter identificado as características potencialmente importantes de alguém, então você terá de examiná-la e descobrir como as peças se encaixam. Você precisa aprender a ver o quadro geral (...).²³⁵

A análise globalizada deverá ser o foco principal para evitar um “ tiro no escuro ”²³⁶. As práticas policiais sempre demonstram certa aplicação de uma linguagem corporal ou uma leitura dos fatos verificados, pois não é raro escutar que a abordagem das pessoas se deram em razão de uma “ conduta suspeita ”, sendo elas: o modo de andar, a vestimenta, o local em que se encontrava, o horário... O ambiente em que a pessoa se encontra pode interferir nas expressões corporais apresentadas por ela. Da mesma forma, a pessoa tende a mascarar suas reais emoções, tentando demonstrar equilíbrio²³⁷, quando sabem são convocadas para uma reunião importante ou, na área jurídica, para uma audiência perante advogados, promotores e juízes. Tudo isso demonstra que a linguagem verbal se trata de uma forte ferramenta nas audiências, pois todos passam a sofrer alterações (corporais) enquanto outrem está falando. “ Uma das consequências mais gerais do comportamento verbal e que, por meio dele, um falante pode mudar o comportamento de um ouvinte. As palavras são meios de levar as pessoas a fazerem coisas. ”²³⁸

De outro modo, se a análise está sendo realizada durante um Inquérito Policial a leitura será diversa daquela que se desenvolve na audiência de instrução e julgamento, isso porque determinadas pessoas se sentem mais “ pressionadas ” em uma delegacia do que na

²³⁵ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 18

²³⁶ Jo-Ellan e Mark: “ *Sempre tenha em mente que existem muitas interpretações para quase todos os aspectos da aparência, da linguagem corporal, do ambiente, das entonações vocais, palavras e ações de uma pessoa. A menos que você as considere sob a luz de todas as informações disponíveis, o seu esforço de interpretá-las será pouco melhor do que um tiro no escuro.* ” (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 21)

²³⁷ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 70.

²³⁸ CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 272.

presença do juiz, sendo desnecessário qualquer comportamento externo advindo das autoridades públicas para causar este abalo psicológico, ou seja, é inerente da própria pessoa.

Já disse Dimitrius o seguinte:

No tribunal, observo constantemente os jurados, as testemunhas, os advogados, os espectadores, até o juiz, procurando qualquer pista de como estão respondendo ao caso e às pessoas que o apresentam. Ouço cuidadosamente as palavras que são ditas, e o modo como são ditas. Dou atenção à maneira como as pessoas respiram, suspiram, tamborilam os dedos, mexem os pés, ou mudam de posição na cadeira. Quando os jurados entram, sinto qualquer cheiro incomum – perfume forte, odor corporal, cheiro de remédio. Quando aperto a mão de alguém, percebo a sensação deste aperto de mãos. Eu uso todos os meus sentidos, o tempo todo.²³⁹

Todos os advogados realizam uma análise comportamental de seus clientes e principalmente das suas testemunhas. Fazem isso para evitar surpresas no tribunal. Se em uma simples conversa no escritório o advogado perceber que a testemunha exita em responder ou fica muito nervosa, muito provavelmente tais reações poderão intensificar na sala de audiência. Jo Ellan Dimitrius afirma que “eu classifico todos os candidatos quanto a sua empatia, habilidade analítica, liderança, sociabilidade e experiência de vida, e considero também minha reação visceral a eles. Depois considero as outras características que poderiam ser importantes em cada caso específico.”²⁴⁰

Em uma sala de audiência todos devem tomar cuidado com as perguntas que irão realizar e a maneira que irão expressá-la, pois as palavras, sendo agressivas, poderão desencadear respostas fantasiosas e/ou mentirosas, uma vez que ninguém aceita passivamente o fato de ser atacado sem poder se defender. Dimitrius afirma que: “Ninguém gosta de ser atacado ou criticado. Com frequência respondemos reforçando nossas defesas como se fôssemos um forte sitiado. Vemos tudo vermelho e deixamos de ouvir. Perdemos a objetividade, e, junto com ela, a nossa capacidade de julgar.”²⁴¹

Desta forma, pode-se pensar na seguinte situação: se o advogado da acusação, o membro do Ministério Público ou o Magistrado passa a realizar afirmações forçadas e acabam sendo repelidos pelo narrador, seja ele testemunha ou até mesmo o réu, poderá a outra parte

²³⁹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 8

²⁴⁰ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 10

²⁴¹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 14.

passar a analisar as declarações de maneira diversa da que foram prestadas, ou seja, poderão, por simples repulsa à agressividade recebida, passar a ter sua análise prejudicada²⁴². Percebe-se então que o falante, muitas vezes, apresenta sua versão conforme as reações do ouvinte, bem como o ouvinte consegue extrair informações do falante por meio da maneira que o escuta.

O falante então transforma a copia em palavras, cujos significados, de alguma forma, correspondem aquilo que o falante percebeu. O ouvinte extrai os sentidos das palavras e compõe outra copia ou representação. Dessa forma, o ouvinte *recebe* ou *concebe* o que o falante *percebeu*. Alguma coisa foi comunicada, sentido de ter se tornado comum ao falante e ao ouvinte. A mensagem foi enviada, e seu conteúdo as vezes é chamado de informação.²⁴³

Para que seja possível realizar uma leitura corporal sem que prejudique a própria avaliação é indispensável que o intérprete esqueça-se de todas as suas características pré-concebidas ao longo dos anos. Seria fazer a utilização do véu da ignorância tanto apresentada por John Rawls em sua obra “Teoria da Justiça” em que defende que as pessoas quando forem tomar uma decisão importante devem utilizar um véu que o impede de aplicar suas valorações morais e culturais adquiridas ao longo dos anos, pois estas poderão interferir em sua avaliação/decisão final²⁴⁴.

Um aspecto importante que foi constatado pelos estudiosos do comportamento humano se dá a respeito da velocidade em que uma pessoa profere sua resposta quando questionado sobre algum assunto que lhe incomoda. Segundo os estudos, quanto mais rápida a resposta, maior a probabilidade de ela ser uma mentira, ou uma fantasia, ou uma falsa

²⁴² Jo-Ellan e Mark: “Já vi isto acontecer centenas de vezes no tribunal. Um advogado está interrogando uma testemunha e toca num ponto sensível. A testemunha fica tensa, range os dentes e se inclina para a frente, torna-se sarcástica, começa a confrontar ou discutir. Tentando se defender, perde completamente de vista o modo como todos no tribunal a vêem, inclusive o júri. Não enxerga os jurados balançando as cabeças nem ouve os comentários que murmuram. Não sabe mais, nem se importa, se de fato respondeu a pergunta do advogado, e todos percebem isso”. (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Editora Elsevier. 2009. p. 14)

²⁴³ SKINNER, Burrhus Frederic. *Questões recentes na análise comportamental*. 5ª edição. Campinas: Papirus Editora. 1989. p. 53.

²⁴⁴ No mesmo sentido Jo-Ellan e Mark apresentam que: “O próximo passo para ficar pronto para decifrar é limpar a sua mente dos estereótipos e de outras formas de preguiça mental que frequentemente substituem uma reflexão cuidadosa. Você não pode tomar um banho quente se começar com meia banheira de água fria. E se quiser avaliar as pessoas de modo preciso, tem de começar do zero, sem noções preconcebidas a respeito do resultado. Pense em si mesmo como um cano entupido durante anos de preconceitos e desvios. Você precisa desentupí-la e deixar que a informação flua livremente”. (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Editora Elsevier. 2009. p. 15)

memória. Da mesma maneira o será quando a resposta demora muito a ser proferida, uma vez que o narrador estará construindo mentalmente a melhor história a ser contada. Mas como saber diferenciar uma resposta verdadeira de uma mentira? É possível emitir um juízo de valor imediatamente após a exposição dos fatos? É possível reconhecer uma mentira? Segundo Paul Ekman sim²⁴⁵, mas é necessário cautela e treinamento da linguagem corporal.

Nesse ponto Dimitrius relata que o julgador deverá tomar cuidado de ele mesmo não atribuir uma valoração às palavras da testemunha de maneira tão imediata como ela foi narrada, pois “as respostas rápidas quase sempre estão erradas”²⁴⁶.

Portanto, analisar cada gesto, cada fala torna-se importante para a construção dos fatos, assim:

Descobrir um padrão previsível é mais do que simplesmente reunir informação seguindo os passos A, B e C. Uma vez que tenha toda a informação disponível, você precisa examiná-la e pesá-la até finalmente possa dar um passo para trás e olhar para a pessoa inteira.²⁴⁷

Assim os autores relacionam alguns atos importantes para realizar uma boa interpretação dos fatos, bem como, para decifrar a linguagem corporal: “1) comece com os traços mais marcantes da pessoa, e conforme você reúne mais informações, veja se os outros traços são consistentes ou inconsistentes; 2) considere cada característica em seu contexto, não isoladamente; 3) procure os extremos, a importância de um traço ou de uma característica

²⁴⁵ Paul Ekman: “Ao utilizar o Sistema de Codificação da Ação Facial, identificamos os sinais faciais que denunciam a mentira. O que denominei microexpressões — movimentos faciais muito rápidos, que duram menos de um quinto de segundo — são fonte importante de escapamento, revelando uma emoção que a pessoa está tentando ocultar. Uma expressão falsa pode ser denunciada de diversas maneiras: em geral, é levemente assimétrica e carece de uniformidade da forma que flui de vez em quando da face. Meu trabalho a respeito da mentira me colocou em contato com juizes, policiais, advogados, o FBI, a CIA, o ATF (Bureau of Alcohol Tobacco and Firearms) e órgãos similares, em alguns países amistosos. Ensinei a todas essas pessoas como determinar com mais precisão se alguém está dizendo a verdade ou mentindo. Esse trabalho também me deu a oportunidade de estudar as expressões faciais e emoções de espíões, assassinos, fraudadores, criminosos, líderes nacionais estrangeiros e outros, que um professor não teria contato normalmente.” (EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 32.)

²⁴⁶ Jo-Ellan e Mark: “Em quase todas as jurisdições do país, o juiz chama a atenção dos jurados no início do julgamento para o fato de que eles não devem decidir o caso até que todas as evidências tenham sido apresentadas. Esse conceito permeia a lei há centenas de anos, e por uma boa razão. Do mesmo modo que você não pode resolver uma charada sem ter todas as pistas, não pode tomar uma decisão sábia sobre as pessoas e agir prematuramente.” (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 8)

²⁴⁷ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 19.

pode ser uma questão de grau; 4) identifique os desvios do padrão; 5) pergunte a si mesmo se aquilo que você vê reflete um estado mental temporário ou uma característica permanente; 6) fala uma distinção entre traços opcionais e não-opcionais. Algumas coisas você controla, outras coisas o controlam; 7) dê atenção especial a alguns traços altamente indicativos.”²⁴⁸

É por meio de uma boa análise comportamental que o intérprete poderá de plano identificar se o narrador está mentindo sobre os fatos. Perceba-se aqui o seguinte, o intérprete, por meio de uma técnica apurada, poderá diferenciar uma verdade da mentira, mas não uma verdade de uma falsa memória, não pelo menos de maneira imediata. Segundo Jo-Ellan:

Embora você não deva se basear demais apenas na linguagem corporal, não há como negar que ela pode trazer informações valiosas. Por exemplo, se tiver a impressão de que alguém está mentindo, você pode tentar forçar a pessoa a lhe contar a verdade, procurar alguma evidência material ou talvez confirmar sua suspeita com informações de uma outra pessoa. A maioria das pessoas fica muito incomodada por mentir, e assim não é muito difícil pegar uma mentira se você souber em que prestar atenção. Você pode não ser capaz de provas as suas conclusões num tribunal – mas provavelmente não precisará fazer isto. Uma vez que a linguagem corporal de uma pessoa tenha lhe dado um sinal de que ela estaria mentindo, você pode confirmar sua suspeita por intermédio dessas outras fontes, se a situação permitir.²⁴⁹

Por essa razão torna-se importante aprender a realizar uma leitura corporal sem qualquer pré-julgamento e, muito menos, inclinado para um ou para outro lado. Ou seja, uma boa leitura corporal exige neutralidade e imparcialidade, pois somente assim poderá constatar os verdadeiros sentidos dos narradores.

4.1. Realizando a Leitura Corporal

Já foi mencionando anteriormente que realizar uma análise da linguagem corporal não se trata de atividade simples e fidedigna, a não ser que o intérprete tenha tempo para acompanhar o interlocutor e aprender seus costumes e padrões comportamentais. Fora destas hipóteses, qualquer análise primária não deixa de ser meras primeiras impressões, passíveis de falhas e equívocos.

²⁴⁸ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 20.

²⁴⁹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 40.

No entanto alguns pontos podem ser destacados em relação à leitura corporal. O primeiro deles é que existem na sociedade pessoas que possuem habilidades extraordinárias em ocultar suas reais intenções e sua linguagem corporal verdadeira, utilizando-as para ocultar ludibriar os intérpretes e/ou os ouvintes, assim tem-se que:

(...) mentirosos habituais e profissionais, são difíceis de serem percebidos apenas pela linguagem corporal. O mentiroso habitual está tão acostumado a mentir que pode não se importar ou nem se dar totalmente conta de que está mentindo e assim ele normalmente não o demonstra. O mentiroso profissional ensaia suas mentiras tão bem que seu comportamento demonstra pouca coisa.²⁵⁰

Apesar de saber da dificuldade em analisar os mentirosos profissionais ou habituais, tem-se que reconhecer que esta não é a regra da sociedade. A maioria das pessoas que passam por um tribunal, seja como parte processual ou como testemunha não possuem tais habilidades, mas da mesma forma podem tentar prestar informações inverídicas. Tais pessoas são chamadas de mentirosos ocasionais, facilitando a verificação de que tal narrativa é mentirosa. Jo-Ellan e Mark apresenta um rol de comportamentos (pistas)²⁵¹ para constatar se a pessoa está ou não mentindo durante a sua narrativa, pois o desconforto²⁵² em expor uma história fantasiosa faz com que o *corpo literalmente fale de maneira diversa*: i) olhos que se movimentam frequentemente para os lados, buscando desviar o olhar do interlocutor inquisidor; ii) corpo inquieto; iii) exposição dos fatos de maneira apressada; iv) alteração na entonação da voz; v) inclinar o corpo para frente e para trás durante a fala; vi) suor e tremor; vii) colocar a mão sobre a boca e esfregar constantemente a cabeça; viii) esfregar a língua sobre os lábios.

Apesar de ser apresentado um rol de comportamentos que *podem* indicar desonestidade por parte do narrador, tem-se que ter calma antes de afirmar categoricamente que tal depoimento se trata de uma mentira. Tais expressões corporais somente poderão ser consideradas como indícios de falsidade se aquele que está analisando conseguir fixar um

²⁵⁰ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 41.

²⁵¹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 41.

²⁵² Paul Ekman: “Se tentarmos controlar o que fazemos e dizemos, haverá um conflito entre nossos esforços deliberados, voluntários e nosso comportamento emocional involuntário. Esse conflito será maior para aqueles que vivenciam emoções com mais rapidez e com muito mais força do que os outros.” (EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 70.)

padrão comportamental do narrador, ou seja, é muito arriscado afirmar que a pessoa está mentindo simplesmente porque está a falar com a mão em frente da boca, sendo que na verdade ela assim o faz porque tem vergonha de seus dentes ou de seus lábios. Bem como, é temeroso atribuir ao narrador o estigma de mentiroso apenas pelo fato de não falar olhando nos olhos, pois poderá ocorrer que ela sofra de nistagmo (doença dos olhos inquietos).

Assim, é importante que os intérpretes consigam identificar um padrão nas respostas da pessoa, sendo mais facilmente identificadas no momento da qualificação da pessoa, uma vez que neste momento a testemunha ou a parte tende a estar mais tranquila posto que não está a narrar nenhum fato, mas apenas descrever suas próprias características pessoais. Destaca-se ainda que “a narrativa é apenas um pedacinho da historia. A Historia em si, é, as vezes, nada mais que uma narrativa semelhante em maior escala.”²⁵³

Neste ponto é importante destacar o total desinteresse dos magistrados e dos membros do Ministério Público em acompanhar a qualificação das partes e das testemunhas, posto que, não raramente, entram nas salas de audiências “apenas” para acompanhar o interrogatório e o depoimento, mostrando-se totalmente desinteressadas em relação à constatação de uma falsidade na exposição dos fatos. Por essa razão a linguagem corporal e identificação das falsas memórias nunca foram compreendidas e aceitas pelo Judiciário, posto que, sem o acompanhamento prévio das informações a serem prestadas pelo narrador, dificilmente poderá ser constatada uma variação comportamental que indique a mentira ou a desonestidade pessoal.

Se as audiências de Instrução e Julgamento fossem realizadas na presença de todos os envolvidos na relação processual (Estado-Juiz, Acusação e Defesa) seria mais fácil à construção de um padrão comportamental. Está-se aqui objetivando uma evolução para a coleta das provas e não a discussão sobre a facilitação ou não do trabalho da acusação ou da defesa, até mesmo porque não é admitida a inércia do Direito frente aos interesses pessoais. Assim, os cuidados em relação à coleta da prova testemunhal passam a ser crucial para a evolução do Processo Penal, principalmente em relação às ações em que não há outro meio de prova senão os relatos das vítimas e dos acusados.

Para a construção de um padrão comportamental é possível realizar diversas perguntas de cunho pessoal. Tais questionamentos geralmente serão respondidos de maneira

²⁵³ SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 16.

espontânea e natural, facilitando um delineamento do perfil do narrador. As perguntas mais utilizadas nos tribunais por Jo-Ellan e Mark²⁵⁴ são: i) Onde você nasceu?; ii) Onde foi criado?; iii) Qual sua atividade profissional?; iv) Qual atividade profissional dos seus pais?; v) O que faz nos tempos livres?; vi) O que gosta de assistir?; vii) Quais os objetivos pessoais para os próximos anos?; viii) Qual era seu sonho profissional quando criança? ... Tais perguntas são importantes para que se conheça o narrador e realizar seu *insight*²⁵⁵.

Outros sinais importantes a serem analisados durante uma narrativa (por isso é importante o contato prévio, no momento da qualificação da pessoa) são as expressões de raiva, medo e hostilidade. Segundo Jo-Ellan e Mark²⁵⁶ podem ser constatados os seguintes padrões: i) rosto ou olhos vermelhos; ii) braços ou pernas cruzadas; iii) respiração curta e rápida; iv) repetição de frases; v) mandíbula cerrada ou lábios apertados; vi) tremor ou braços frenéticos; vii) riso falso ou sarcástico; viii) interromper a fala de outrem.

A raiva e medo produzem mudanças no organismo da pessoa que está sob sua influencia. Já foi dito uma vez que “o homem “zangado” mostra uma alta probabilidade de lutar, insultar, ou de algum modo infligir danos, e uma pequena probabilidade de auxiliar, favorecer, confortar, ou amar”²⁵⁷, cabendo a Paul Ekman descrever que:

Há um conjunto de mudanças psicológicas internas que também produzem sinais, visíveis ou audíveis, do que está acontecendo. Robert Levenson e eu estudamos algumas das mudanças do sistema nervoso autônomo (SNA) que ocorrem durante a emoção, como a transpiração, que, às vezes, podemos ver ou sentir o cheiro; a respiração, que pode ser ouvida; e a atividade cardíaca e a temperatura da pele, que são invisíveis. Nossa descoberta de diversos padrões de atividade do SNA para cada uma das emoções pesquisadas também confirma o que descrevi antes como ações predefinidas. Na raiva e no medo, por exemplo, o batimento cardíaco aumenta, preparando a pessoa para o movimento. Na raiva, o fluxo sanguíneo corre para as mãos, aquecendo-as e preparando-as para dar o golpe ou para lutar de alguma forma contra o objeto de raiva. No medo, o fluxo sanguíneo é conduzido para as pernas, deixando as mãos mais frias e preparando os músculos da perna para a fuga. A transpiração aumenta com o medo e a raiva de acordo com a intensidade. A respiração, por sua vez, torna-se mais intensa com o

²⁵⁴ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 91.

²⁵⁵ Jo-Ellan e Mark: “*Algumas poucas perguntas nessa direção lhe trarão rapidamente algum insight a respeito dos objetivos que ela alcançou em sua vida e do modo como ela se sente por não ter realizado outros, não force a situação como se fosse um repórter que tem uma pista quente.*” (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 91)

²⁵⁶ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 45.

²⁵⁷ SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 178.

medo, a raiva e a angústia, e se diferencia do suspiro de quando ficamos aliviados. A ruborização é outro sinal visível.²⁵⁸

Da mesma forma deve ser tomado todo cuidado para não se enganar com as *primeiras impressões* caso não tenha acompanhado a qualificação da pessoa, pois o rosto vermelho pode ter sido causado pela exposição ao sol e os olhos vermelhos podem ser resultado de uma noite de trabalho árduo ou até mesmo irritação em face ao contato com algum produto químico; assim como a respiração curta, rápida e ofegante pode ser apenas resultado de algum problema pulmonar/respiratório.

Outro comportamento relevante para o estudo atual é a constatação do *nervosismo*. O nervosismo poderá acarretar alterações nas narrativas, podendo ocorrer um incremento na história ou até mesmo a supressão, mas não por um querer do narrador, mas em razão do próprio estado emocional. Os principais sinais do nervosismo²⁵⁹ são: i) olhos inquietos; ii) tensão corporal; iii) corpo balançando; iv) tamborilar com os dedos ou com as mãos; v) pés inquietos (dançantes); vi) limpar a garganta; vii) tossir de modo nervoso; viii) sorrir de modo nervoso (este é o principal sinal do nervosismo); ix) falar nervosamente; x) roer unhas; mãos nos bolsos;

Percebe-se então que muitas características são semelhantes. Então como diferenciá-las? O segredo de uma boa análise é delimitar os padrões comportamentais antes da narrativa e durante ela, bem como *a maneira que os fatos são narrados*. Nem sempre o que é dito pela pessoa que presta o depoimento ou a parte interrogada deverá ser levado em consideração, mas sim a forma que ela narra determinada situação. Saber fazer as perguntas corretas é muito importante, mas não só saber fazer as perguntas ideais somente será útil se a pessoa souber o que está procurando nas respostas e mais, se estiver atento em analisar a forma em que é respondida a questão²⁶⁰. Alguns pontos podem ser irrelevantes para o fato analisado, mas

²⁵⁸ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 79.

²⁵⁹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 45.

²⁶⁰ Jo-Ellan e Mark: “Aprender a ouvir é mais difícil do que aprender a fazer boas perguntas. Lembro-me constantemente disso no tribunal enquanto observo advogados inexperientes questionando as testemunhas. Muitos deles estão tão preocupados em manter uma linha de interrogatório cuidadosamente construída, que deixam de lado uma resposta evasiva ou não seguem uma pista importante que a testemunha deixou escapar. Se eu ensinasse Direito, insistiria para que meus alunos aprendessem como ouvir, muito antes de eles começarem a formular perguntas. Ouvir é essencial, mas como parece passivo, é frequentemente subestimado.” (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 82)

torna-se indispensável para constatar uma irregularidade na narrativa da pessoa. “A personalidade é revelada, em última instância, por aquilo que uma pessoa faz, não pelo que diz”²⁶¹. Assim, as vezes *não importa realmente o que foi falado, mas a forma que a parte escolheu para se expressar*. Deste modo:

Quando o tom de voz, as palavras e a linguagem corporal de uma pessoa estão sincronizados – quando se combinam num padrão consistente – é bem fácil interpretar o modo como ela está se sentindo e prever como irá reagir a diversas situações. A situação é bem diferente quando o tom de voz e a linguagem corporal não combinam um com o outro, ou com as palavras da pessoa. Nesse caso você precisa considerar quais os elementos que formam um padrão mais consistente e tirar conclusões adequadas.²⁶²

O desenvolvimento na coleta das provas testemunhais, principalmente em relação aos crimes sexuais e agressões corporais (homicídio e lesões corporais) em que se busca imputar a autoria dos atos ilícitos, deve-se tomar cuidado em relação à forma que as histórias são narradas, ou seja, não apenas nas próprias palavras, mas como elas são pronunciadas, isto porque é bem possível encontrar pessoas muito bem preparadas para expor histórias fantasiosas ou mentirosas, bem como aquelas que buscarão apenas satisfazer os interesses do interlocutor narrador, o que, da mesma forma torna-se um risco para a produção da prova. Segundo Jo-Ellan e Mark²⁶³ deve-se observar as seguintes espécies de narradores: i) pessoa elástica; ii) pessoa que ensaiou a fala; iii) o mentiroso; iv) pessoa com pensamento ilusório; v) doente mental; vi) pessoa com influência de drogas ou álcool; vii) pessoa influenciada por sua cultura e/ou religião.

A *pessoa elástica* é aquela que se amolda conforme a situação que se encontra. Em sendo pressionada buscará desviar os caminhos que lhe sejam prejudiciais, já nas situações mais flexíveis, essa pessoa se mostrará mais a vontade. Isso não significa dizer que a pessoa elástica passará a manipular suas informações, pois ela poderá apenas demonstrando um reflexo da “tentativa inconsciente e bem-intencionada de obter aceitação ou aprovação”. Estas pessoas raramente tendem a manipular os interlocutores-ouvintes. Elas apenas objetivam ser

²⁶¹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 115.

²⁶² DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 71.

²⁶³ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 130.

vistas de uma maneira em que seu depoimento seja aproveitado da melhor maneira possível. As pessoas elásticas são aquelas que poderão sofrer mais vezes das falsas memórias espontâneas, uma vez que tenderão a demonstrar uma narrativa coerente e repleta de detalhes. A dificuldade estará realmente em encontrar elementos para caracterizar este narrador como sendo uma Pessoa Elástica.

Muitos advogados tem o péssimo costume de instruir as testemunhas para falar o que realmente interessa para o próprio cliente, nem que as informações sejam falsas (mentiras). A *pessoa que ensaia a fala* geralmente fica estática em sua cadeira e dificilmente olha para o interlocutor-inquisidor. As pessoas que treinam uma versão dos fatos estão sempre preparadas para responder conforme o raciocínio apresentado pelo seu articulador, contudo se desesperam quando a parte contrária passa a realizar questionamentos que não foram levantados anteriormente. Por essa razão é importante fazer perguntas que não possuem relação com os fatos narrados no processo ou até mesmo questionar para uma simples testemunha o que é que estava fazendo antes de saber dos fatos ou se assistiu aos jogos de futebol no fim de semana. Tais perguntas servem para tirar a testemunha da sua história pré-estabelecida e pré-elaborada, forçando-a a reorganizar seus pensamentos e, quem sabe, demonstrar que tudo não passa de informações inverídicas. Segundo Jo-Ellan e Mark:

Não é muito difícil perceber esse tipo de comportamento. Muitas vezes, a representação parece perfeita demais e nada espontânea. As pessoas se sentem à vontade quando estão dizendo uma fala preparada antecipadamente. Se você quiser descobrir como elas se comportam quando não têm a oportunidade de se preparar, retire esta vantagem delas. Tire-as de sua zona de conforto e coloque-as em seu campo.²⁶⁴

Outra situação importante se trata de reconhecer que é mais fácil modificar e remodelar o que se diz (expressão verbal) do que controlar o que se faz (linguagem corporal)²⁶⁵, portanto, ao realizar perguntas que não foram alvo dos ensaios, poderá ser

²⁶⁴ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 131.

²⁶⁵ Charles Catania: “As implicações práticas disso e que pode ser mais fácil mudar o comportamento humano modelando aquilo que alguém diz, do que modelando aquilo que esse alguém faz. O comportamento humano não-verbal e frequentemente governado verbalmente, mas o comportamento humano verbal é geralmente modelado por contingências (talvez porque não seja comum falarmos sobre as variáveis que determinam nosso próprio comportamento verbal).” (CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*. / A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 283)

percebido algumas reações, tais como: resposta natural; boa articulação das palavras; desconforto; receio; desejo de voltar ao assunto anterior. Somente na análise pessoal é que poderá saber qual a próxima pergunta a ser realizada. Em sendo constatada uma insatisfação em responder a pergunta desconexa com o fato, torna-se importante realizar outra pergunta totalmente divergente com a primeira e com os fatos, para deixar evidente o descontentamento do narrador, pois somente assim ele externará elementos que comprovem ser sua narrativa uma ficção muito bem articulada.

Detectar um mentiroso durante um processo judicial é o mais importante nas provas testemunhais, pois dentre as diversas dificuldades encontradas nas declarações prestadas pelas pessoas a mentira é a mais fácil delas. Um “hábil interrogador pode usar o mesmo procedimento para levar uma testemunha a emitir respostas verbais que de outra forma poderiam ser contidas.”²⁶⁶ Como já explanado em outros momentos, diferenciar a verdade de uma falsa memória é sem dúvida mais complexo do que a constatação de uma mentira.

Segundo Jo-Ellan e Mark, todas as pessoas são mentirosas ocasionais, pois mentem esporadicamente para esconder pequenos detalhes ou situações desagradáveis, mas o fazem de maneira contrária aos seus ideais e, por essa razão, se sentem desconfortáveis ao fazê-lo, emitindo diversos sinais de que algo está errado. A voz, a aparência e a linguagem corporal são os principais sinais externados pelo narrador que está a mentir, mas não se trata de uma leitura fácil:

É frequente que o mentiroso ocasional pense um pouco em sua mentira, e assim ela pode ser lógica e coerente com o resto de sua história. Por ser bem pensada, você provavelmente não conseguirá descobrir a mentira por seu conteúdo ou contexto, ou pela informação de terceiros. Na verdade, o mentiroso ocasional raramente irá mentir sobre algo que possa ser facilmente verificável. Consequentemente, ao lidar com um mentiroso ocasional, você precisará se concentrar nas diversas pistas visuais e verbais que ele lhe dará.²⁶⁷

Por sua vez existem o *mentiroso frequente* e o *habitual* que são aqueles que estão acostumados a mentir e não demonstrarão sinais da mentira em suas narrativas, o ideal é prestar muita atenção nas suas falas, pois aquele que mente frequentemente está sempre

²⁶⁶ SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 186.

²⁶⁷ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 132.

descuidada com a história a ser exposta, podendo entrar em contradição. Por essa razão deve-se relembrar que o comportamento verbal é importante tanto para aquele que fala quanto para aquele que ouve²⁶⁸, ou seja, estas partes devem prestar atenção em tudo que ocorre na sala de audiência, uma vez que não são ouvintes passivos, pois “comportam-se verbalmente ao mesmo tempo em que o falante, dizendo coisas para si mesmos, planejando replicas, etc”²⁶⁹. O observador deve estar preparado para detectar os sinais, até mesmo os pequenos e quase inexpressivos, caso contrário poderá deixar de constatar um comportamento importante²⁷⁰.

O *mentiroso profissional* é o mais difícil de ser identificado. Diversamente do mentiroso habitual que mente por mentir, o profissional sempre irá praticar seus atos com um objetivo específico, transformando-o em um profissional da mentira. O mentiroso profissional além de pensar cuidadosamente sobre a mentira a ser narrada, tomará todo cuidado para tornar possível a constatação de sua história, mesmo sendo ela mentirosa. Assim, quando um mecânico afirma que o motor do veículo estava com defeito e por essa razão faltava potência do motor, ele irá demonstrar quais são as peças estragadas e quais foram substituídas, mesmo estando elas em ótimos estados. O mesmo poderá ocorrer em um tribunal quando um mentiroso profissional apresenta seus álibis para o dia do fato ilícito supostamente praticado por ele. Nesta situação a única maneira de desmascarar o mentiroso profissional se dá por outros meios de provas, sendo “o único modo seguro de detectá-la é checar as afirmações do mentiroso com fontes totalmente independentes.”²⁷¹

Jo-Ellan e Mark apresentam os casos de pessoas com pensamentos ilusórios, mas que na verdade não passam de pessoas que sofreram falsas memórias, espontâneas ou sugeridas. Importa relatar na íntegra essa passagem:

²⁶⁸ Charles Catania: “O comportamento verbal envolve tanto o comportamento do ouvinte, que é modelado pelos seus efeitos sobre o comportamento do falante, quanto o comportamento do falante, que é modelado pelos seus efeitos sobre o ouvinte. Tais reciprocidades definem o comportamento verbal.” (CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 272)

²⁶⁹ CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 283.

²⁷⁰ Charles Catania: “A teoria da detecção de sinais admite que um observador responde ou não a um estímulo que consiste em um sinal com um ruído, ou apenas em um ruído. Responder ao sinal é considerado correto, mas responder apenas ao ruído é um alarme falso\ não responder ao sinal é uma perda, mas não responder ao ruído apenas é uma rejeição correta.” (CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999. p. 278)

²⁷¹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 133.

O pensamento ilusório pode ser resultado das sugestões de outra pessoa, ou nós podemos desenvolver pontos cegos por nós mesmos. Enquanto eu trabalhava no caso da pré-escola McMartin e em outros casos de abuso sexual infantil, vi como as crianças poder ser facilmente persuadidas de que lhes pediram para participar de atos sexuais – não só com as pessoas que cuidavam delas, mas num caso famoso, com animais grandes e que nem caberia numa sala. A realidade das crianças foi alterada pelas sugestões – elas sofreram lavagem cerebral. De modo semelhante, alguns dos pontos cegos que vi em adultos provavelmente eram resultados de ideias estranhas implantadas por seus pais desde tenra idade. Entretanto, o mais frequente é que os adultos façam lavagem cerebral em si mesmos. Alguns se comportam de modo desonesto e, em vez de admitir isso, criam justificativas elaboradas para suas ações.

É normal do ser humano utilizar os freios comportamentais para evitar danos à si ou a outrem²⁷². Muitas pessoas percebem que seus atos poderão causar lesões ou sua fala poderá ofender outra pessoa. Percebe-se então que é natural do ser humano conter suas emoções e buscar evitar essa exposição, conforme diz Paul Ekman, essa é a regra. Contudo a utilização de substâncias alcoólicas e drogas faz com que o usuário libere o gatilho que antes o prendia, passando a externar todas as suas emoções em ato único, trafegando da ira à tristeza (e vice-versa) em questões de segundos.

No que tange as pessoas que se apresentam para apresentar seu depoimento sob a *influência de drogas ou álcool* trata-se de um delicado problema, pois estas substâncias são responsáveis para liberar “os freios” sentimentais das pessoas, tornando-os sempre exagerados e opostos ao verdadeiro sentir da pessoa. O álcool e as drogas fazem com que a pessoa chore repentinamente, fale demasiadamente, fiquem agressivas e que tenha repulsa às demais pessoas. No entanto o consumo de drogas e outras substâncias também poderão ser utilizados para eliminar qualquer sinal de desconforto ou de emoções diversas²⁷³. Em relação às

²⁷² Paul Ekman: “A maioria de nós adquiriu padrões reguladores que moderam nosso comportamento emocional, pondo algum freio na fala e nas ações antes de nos envolvermos em um comportamento extremamente prejudicial. Podemos fazer e dizer coisas terríveis, mas há um limite: não arrisco minha vida ou a vida de outras pessoas em um pico emocional impulsivo descontrolado. Mesmo quando enfurecidos, apavorados ou angustiados, detemo-nos antes de ficarmos irreversivelmente destrutivos. Podemos não ser capazes de afastar as emoções de nossas faces ou vozes, podemos não ser capazes de nos impedir alguma fala cruel, ou chutar a cadeira (embora isso devesse ser mais fácil que inibir os sinais faciais ou vocais da emoção), mas podemos e devemos impedir que a crueldade se transforme em dano físico. Devo reconhecer que há pessoas que apresentam um controle deficiente dos impulsos, mas considero isso um desvio, não uma regra.” (EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucione sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 88.)

²⁷³ Burrhus Frederic Skinner: “Também se faz uso pratico de certas drogas que induzem ou eliminam reações emocionais. Por exemplo, nos serviços militares uma droga que reduza as respostas características de ansiedade ou medo obviamente e de grande valor sob condições da batalha.” (SKINNER, Burrhus Frederic.

perguntas que lhe são feitas tendem a negar o consumo de tais substâncias e, principalmente, que se tratam de viciados. Já em relação aos fatos da ação em análise juntamente com os sintomas que alteram suas emoções eles poderão ainda estar expondo um fato inexistente, tornando ainda mais difícil a constatação desta mentira, posto que a linguagem corporal dificilmente irá apresentar uma análise diversa do que de uma pessoa drogada ou alcoolizada.

O ideal, nos casos em que não há provas materiais sobre o ilícito, que seja marcada mais uma audiência para que a pessoa exponha novamente sua versão e, de preferência sem utilização de qualquer substância, a qual permitirá a construção de um padrão comportamental deste narrador.

Por fim cabe ainda destacar as *pessoas com forte influência cultural*. Importa destacar de início que *cultura* não se trata apenas à cor de pele, raça ou etnia, a cultura da pessoa é muito mais forte que isso e analisá-la apenas pelos traços corporais configurarão uma percepção simplista e equivocada tal qual já fora realizado por Cesare Lombroso em classificar os criminosos por suas características físicas. Por essa razão cabe ao interlocutor-julgador esquecer os traços físicos e buscar elementos que demonstrem a maneira que essa pessoa foi criada e educada para entender quais culturas passaram a influenciá-la. Destaca-se que tais constatações não devem ser utilizadas para justificar a prática do crime, mas para poder identificar as razões de sua prática, o que é totalmente diferente. Justificar a prática de um crime trata-se de se buscar elementos para eximir a responsabilidade do agente, mas explicar a razão pela qual o crime foi praticado faz parte da reconstrução fática, ou seja, faz parte da produção probatória. Por essa razão nunca se deve avaliar uma pessoa em razão de suas características físicas:

Lembre-se de que raça e país de origem não são as únicas influências importantes. Considere também a religião, a idade, a origem geográfica, a orientação sexual, o histórico econômico e a profissão, bem como os outros grupos de que a pessoa participa. Nunca tome decisões baseadas em estereótipos culturais. Sempre teste esses estereótipos a partir das experiências de vida da pessoa que você está avaliando.²⁷⁴

(1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003. p. 186.)

²⁷⁴ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 139.

Tendo em vista toda a dificuldade de identificar e interpretar as expressões não-verbais das pessoas, pois a cultura, a educação, o meio social, o ambiente que se encontra, tudo por acarretar em interpretações e significados distintos para comportamentos idênticos. Sabendo disso deve ficar claro que: *a constatação e a valoração da Linguagem Corporal se trata de um meio para um fim, não devendo ser considerada um fim em si mesma*. Com isso, caberá ao magistrado e qualquer Operador do Direito identificar os comportamentos irregulares ou incompatíveis com a narrativa e saber explorar ainda mais o narrador, para que possa desvendar se houve ou a exposição de uma narrativa, ou de uma mentira, ou de uma falsa memória (espontânea ou sugestionada).

4.2. Influência da Intuição Pessoal: sexto sentido ou “máxima da experiência”

Diversas pessoas já passaram por situações em que tomaram uma decisão por simples intuição, seja durante o cotidiano ou em situações mais importantes como a escolha de uma profissão, a definição se contrata ou não determinada pessoa. Geralmente se fala que a intuição pessoal ou sexto sentido é decisivo nas entrevistas de emprego, entrevistas de bolsas de pesquisas em instituições de ensino e de seleção de candidatos para estagiários em escritórios ou órgãos públicos. Mas na verdade a intuição que muitos alegam ter, nada mais é do que uma aplicação mais aguçada de uma leitura corporal em relação a quem está sendo entrevistado. Portanto, não se trata de adivinhação, mas de pura análise da linguagem corporal²⁷⁵. Diz Jo-Ellan e Mark:

Ao contrário do que muitas pessoas lhe dirão, acredito que a intuição é parte normal de nosso equipamento mental, que a maioria das pessoas simplesmente não entende muito bem. Se nós a entendêssemos melhor, poderíamos usá-la com mais frequência e de modo mais efetivo.²⁷⁶

²⁷⁵ Jo-Ellan e Mark: “É claro, as avaliações de jurados que faço para os meus clientes são importantes demais para depender de adivinhação. Eu nunca adivinho quem deve se sentar no júri. Mas a intuição não é adivinhação, e tem tido sempre um importante papel em meu trabalho. No decorrer dos anos, aprendi a dar bastante atenção a meus sentimentos mais profundos a respeito das pessoas e das situações. Muitas vezes, flashes repentinos de intuição me levaram a conclusões sobre as pessoas que no início pareciam estar totalmente contra o funcionamento racional de minha mente. E, na maioria das ocasiões, essas conclusões intuitivas se mostraram corretas. Em consequência disso, estou totalmente convencida de que a intuição é muito real e muito poderosa, e sei que ela pode ser muito útil na leitura das pessoas.” (DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 141.)

²⁷⁶ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 141.

Diversamente do que muitas pessoas argumentam, a intuição é algo normal do ser humano. Não se trata de um dom ou uma paranormalidade, mas apenas a aplicação de um sentido subconsciente que faz analisar pequenos detalhes humanos e finalizar com uma resposta sobre o perfil analisado.

Não se trata de clarividência, mas de aplicação de interpretação pessoal e fática. No judiciário muitos magistrados e operadores do direito aplicam a “máxima da experiência”²⁷⁷ para enquadrar determinado comportamento à um posicionamento já vivenciado em outros processos ou por outros profissionais, ou seja, em razão da semelhança de conduta e dos fatos, passasse a tratá-las da mesma maneira, uma vez que a experiência profissional demonstra se tratar de algo equivalente, “servindo de motivação para a decisão”²⁷⁸.

A sociedade cada vez mais se assusta com tais ocorrências em razão de não ser mais comum que as pessoas observem o mundo circundante, pois apenas aguardam dos demais uma resposta pronta e finalizada, sendo desnecessário forçar seu consciente a encontrar a solução para a dúvida surgida (para tanto basta lembrar o que foi dito sobre a evolução tecnológica e os filmes mudos do início do século passado). Portanto:

(...) aquilo que chamamos intuição é quase sempre a parte aparente de uma memória submersa, um acontecimento quase não percebido, ou alguma combinação dos dois. A sensação não vem do éter cósmico, mas emerge de nosso próprio subconsciente. Isto significa que tudo que temos de fazer para ampliar nossas habilidades intuitivas é encontrar novas formas de reunir informação, guardá-la e recuperá-la do subconsciente.²⁷⁹

A leitura corporal de uma pessoa não pode ser realizada de maneira acelerada, pois “quanto menor o tempo que você tiver para avaliar alguém, maior será a probabilidade de

²⁷⁷ EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – SENTENÇA QUE JULGOU IMPROCEDENTE AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE C/C AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO JURÍDICO – CONTRATO DE EMPREITADA E CONTRATO DE COMPRA E VENDA – ALEGAÇÃO DE NULIDADE POR VÍCIO DE CONSENTIMENTO -SIMULAÇÃO DE COMPRA E VENDA DE IMÓVEL COMO GARANTIA DE QUE O EMPREITEIRO RECONSTRUA OBRA DE ESTRUTURA METÁLICA DE GALPÃO DE FAZENDA QUE CAIU EM RAZÃO DE VENDAVAL - UTILIZAÇÃO PELO TRIBUNAL DO MECANISMO DA MÁXIMA DE EXPERIÊNCIA PARA ENTENDER E INTERPRETAR OS FATOS – ARTIGO 335 DO CPC – SENTENÇA MANTIDA EM PARTE- RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-MT - Apelação : APL 00021248620088110003 7524/2015 – Primeira Câmara Cível. Julgado em: 16/02/2016. Disponível em: <https://tj-mt.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312329615/apelacao-apl-21248620088110003-7524-2015/inteiro-teor-312329628>. Acessado em: 19/02/2017)

²⁷⁸ TJ-SP - Agravo de Instrumento : AI 00514840620138260000. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116106706/agravo-de-instrumento-ai-514840620138260000-sp-0051484-0620138260000/inteiro-teor-116106716>. Acessado em: 19/02/2017.

²⁷⁹ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 142.

cometer erros.”²⁸⁰ Portanto, utilize todo tempo que dispuser para compreender as expressões corporais praticadas pela pessoa que está sendo interrogada ou prestando informações, evitando-se juízos de valor antecipados. Se o interlocutor-inquisidor realizar um questionamento que interfira nas emoções do narrador, dificilmente ele conseguirá controlá-las, provocando mudanças corporais claras. A emoção é algo natural de todos os seres humanos e, a não ser que estejam muito preparadas para ela, as pessoas tendem a demonstrar algum sinal quando surge algo que interfere seu estado emocional. Sinais faciais, tom da voz, gestos corporais passam a ser modificados em razão da emoção e são importantes para a interpretação do que realmente está acontecendo dentro do consciente do narrador²⁸¹.

O Judiciário brasileiro raramente permite que as partes (Ministério Público e Defesa) tenham um contato prévio com as testemunhas, acusado e vítima. Se a testemunha é de Acusação, a defesa não busca informações sobre ela; se a testemunha é de Defesa, o Ministério Público não busca conhecê-la. Os primeiros contatos serão realizados exatamente no dia da audiência, momento em que será realizada toda instrução processual, os debates e o julgamento do caso. Manter-se atento aos detalhes dos atos processuais em que exigem a exposição dos fatos por meio de narrativas torna-se peça fundamental para desvendar a linguagem corporal. Isso porque as pessoas podem demonstrar alguns sinais de emoção, mas raramente apresentarão espontaneamente sua origem²⁸². Desta forma, se a pessoa demonstra raiva na sala de audiência, somente será possível saber sua origem se ela deixar transparecer ou se externar a razão, caso contrário ninguém descobrirá se a ira é em relação ao membro do Ministério Público, do Magistrado, do Advogado ou da outra parte (Réu ou Vítima).

Sabendo destas características do Judiciário Brasileiro, torna-se primoroso que os operadores do Direito estejam preparados para uma leitura mais acelerada das pessoas envolvidas. Os autores Jo-Ellan e Mark apresentam uma técnica que eles chamam de S.P.E.E.D. para auxiliar numa leitura corporal rápida e mais próxima da segura, contudo destacam apenas que ao acelerar as etapas de interpretação da linguagem corporal poderá ser cometidos erros.

²⁸⁰ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 161.

²⁸¹ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 81.

²⁸² EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 73.

Segundo eles a técnica de leitura acelerada é dividida em 5 atividades: i) Scaneie; ii) Pode; iii) Expanda; iv) Examine; v) Decida.²⁸³

Na primeira atividade é importante realizar um scaneamento de toda situação fática, bem como do comportamento geral da pessoa que está narrando os fatos. Para evitar problemas em relação à essa primeira leitura é importantíssimo que tome conhecimento de todas as informações do caso.

A segunda etapa se dá com a captação de todas as informações pertinentes e a filtragem das informações. Os autores afirmam que nesta fase é importante o ato de *podar* as informações desnecessárias e excessivas, pois estas servirão apenas para tumultuar o processo. Desta forma ao abordar uma testemunha ou uma das partes (acusado ou vítima) deve-se ter em mente as razões dos questionamentos a serem formulados, ou seja, o que se deseja com as respostas a serem fornecidas. Caso contrário os narradores irão divagar em suas respostas sem que o interlocutor perceba, pois quem não sabe o que objetiva, aceitará qualquer resposta dada.

A terceira etapa, após focar o assunto esperado, torna-se indispensável expandir os questionamentos sobre os pontos específicos que interessam para o caso. Nesta terceira etapa é que ocorrem as constatações das irregularidades nos depoimentos, uma vez que, quando se busca aprofundar determinado assunto, melhor dizendo, expandir as informações, as pessoas que estão mentindo passam a cometer erros em suas narrativas e as pessoas que não sabem o que responder passam a completar suas histórias para tentar agradar ou convencer aqueles que os escutam, tornando mais fácil a demonstração de que a testemunha não deve ser considerada relevante para o caso, pois não tem sido verdadeira em seu depoimento.

O próximo passo é examinar todas as informações colhidas e filtradas, bem como analisar as declarações falsas, pois estas poderão servir de base para entender o porquê da prática de tal ato, pois se há uma mentira sendo narrada, ela sempre será feita por alguma razão, ou mente-se para encobrir o verdadeiro autor do crime, mente-se para afirmar que não houve crime, mente-se para aliviar a situação do acusa, mas também é possível que a mentira seja realizada no sentido inverso, ou seja, para prejudicar o acusado ou para atribuir-lhe um ilícito que ele não cometeu.

²⁸³ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier, 2009. p. 161.

Examinar as informações prestadas pelas testemunhas juntamente com a linguagem corporal apresentada poderá facilitar a atuação do magistrado no momento em que for proferir sua decisão final, mas deve ser destacado o seguinte, aquele que conseguir demonstrar de maneira mais clara as irregularidades do processo ou as falsidades das partes e das testemunhas possui maior probabilidade de êxito na causa. Desta forma, se a Defesa consegue demonstrar que os policiais militares são contraditórios em suas narrativas e que há falsidade em seus depoimentos, dificilmente a tese do Ministério Público será aceita pelo Magistrado, posto que as testemunhas perdem a característica de detentoras de fé pública em razão das irregularidades apresentadas pela defesa.

Por fim, a última etapa cabe à decisão a ser tomada pelo interlocutor-julgador. Segundo Jo-Ellan e Mark “quando você estiver lendo com S.P.E.E.D. sempre existe uma possibilidade de tomar a decisão errada. (...) É por isso que eu sempre sigo uma regra: *se você for erar, erre do lado seguro.*”²⁸⁴ Se o objetivo é o MP ou a Defesa desmascarar uma testemunha que possuem ciência de que está faltando com a verdade, tem que conseguir identificar o ponto certo a atingir, caso contrário, quanto mais oportunidade for dado a ela de falar, maiores danos poderão ser causados à parte contrária, e isso independe se é testemunha da Acusação ou da Defesa, até mesmo porque, em razão do Princípio da Comunhão das Provas, as testemunhas fazem partes do processo, podendo ser utilizada por qualquer uma das partes.

Paul Ekman ainda afirma ser importante não tomar decisões apressadas para não cometer erros. Analisar uma pessoa movida por interesses diversos acabará causando uma leitura corporal equivocada. Um exemplo citado pelo autor é a verificação de que o narrador está com medo ao expor sua versão dos fatos. A análise cuidadosa da Linguagem Corporal do narrador é crucial para saber se ele está apenas apresentando uma versão em que o interlocutor deseja ouvir ou se realmente se trata de uma narrativa verdadeira²⁸⁵. Quando a pessoa é surpreendida em uma audiência, fica claro que “o controle do comportamento

²⁸⁴ DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Ediora Elsevier. 2009. p. 164.

²⁸⁵ Marcelo Beckert: “Muitas vezes, essa verbalização consiste em uma resposta de fuga de uma situação constrangedora, como revelar uma dificuldade que impeça a emissão do comportamento adequado. Então, nessa situação, o cliente diz “o que o terapeuta gostaria de ouvir”, recebendo o reforço social desejado (Ferster, 1972; 1979; Glenn, 1983; Hamilton, 1988; Kohlenberg e Tsai, 1991; Rosenfarb, 1992).” (BECKERT, Marcelo Emílio. Correspondência verbal/não-verbal: pesquisa básica e aplicações na clínica. p. 229/244. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007. p. 237.)

emocional nem sempre funcionará”²⁸⁶. Se o intérprete estiver buscando apenas os elementos para fundamentar sua primeira impressão poderá, se for membro do Ministério Público, alegar que o *medo* nada mais é do que a expressão apresentada por um culpado ao ser desmascarado e que teme a prisão; de outro lado, se o intérprete for o Advogado de defesa irá alegar que o *medo* é característica de um inocente que teme não ser levado em consideração. Percebe-se que a linguagem corporal poderá demonstrar uma mesma emoção, mas com significados diferentes, exigindo o máximo de cuidado de seus intérpretes²⁸⁷.

4.3 Construção das decisões judiciais utilizando a Linguagem Corporal

Muito se critica a utilização da Linguagem Corporal nos processos criminais principalmente pela possibilidade de ampliar a subjetividade (discricionariedade) do magistrado em relação à interpretação dos sinais corporais apresentados pelos narradores. Por essa razão que se defende neste trabalho a necessidade de sua utilização com parcimônia e não como regra geral.

Como já mencionado ao longo do texto, o magistrado e os demais operadores do direito somente utilizariam da Linguagem Corporal nos casos em que não existam provas materiais sobre o fato, no qual o julgador irá apenas analisar as versões apresentadas oralmente pela acusação (vítima) e réu. Para evitar uma premiação do melhor narrador nesta modalidade de ação, o magistrado deverá observar e valorar as provas orais de maneira mais intensa, caso contrário um falsário ou uma pessoa que sofre de falsa memória (interna ou sugestionada) poderão ser “beneficiados” por demonstrarem seguram em suas versões, pois o primeiro possui experiência em produzir narrativas seguras, mas inverídicas; e o segundo por acreditar veemente no que está narrando.

Apesar de tais argumentos já serem suficientes para justificar a necessidade de aperfeiçoar as técnicas da produção das provas orais surge uma pergunta: Como o magistrado irá relatar tal constatação na decisão judicial?

Antes de buscar responder a essa pergunta deve-se observar que o magistrado, durante a elaboração de uma sentença praticará diversos atos que podem, ou não, ser

²⁸⁶ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 96.

²⁸⁷ EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011. p. 73.

destacados como totalmente discricionário ou de cognição subjetiva, como, por exemplo, na fixação da pena base (artigo 59 do CP) em que o mesmo fato certamente terá valorações diferentes se diferentes forem seus julgadores, ou seja, dificilmente um mesmo fato criminoso terá a mesma penalidade se ele for julgado por vários magistrados. Isso se dá exatamente em razão da subjetividade do magistrado no momento de dosar os elementos descritos no artigo 59 do CP. Sem o intuito de aprofundar nesta discussão cabe apenas ressaltar quais são os elementos passíveis de valorações diferenciadas em razão da subjetividade de cada julgador: i) culpabilidade; ii) aos antecedentes; iii) à conduta social; iv) à personalidade do agente; v) aos motivos; vi) às circunstâncias; vii) consequências do crime; viii) comportamento da vítima. Dos itens acima relacionados pelo menos em alguns deles a subjetividade é mais notória que os demais, tais como: conduta social, personalidade do agente, consequências do crime e comportamento da vítima. Mas sabe-se que "é a motivação da sentença que oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica ou os demais vícios de julgamento".²⁸⁸ Cabe ressaltar o apontamento realizado por Jairo José Genova o seguinte:

... o consentimento da vítima já tem relevância penal nos casos em que o dissenso é elementar do crime e nas condutas lesivas a bens jurídicos disponíveis." (...) "Acreditamos que isso é muito perigoso e, afirmar que a conduta da vítima sempre excluirá a responsabilidade do autor do crime precedente, é abrir e tornar, cada vez mais largas, as portas da impunidade."²⁸⁹

Assim como afirma o autor supra citado, tornar mais branda a punição do réu em razão do comportamento da vítima, sem que seja feito um trabalho interpretativo e expositivos de suas razões, poderá causar danos mais graves para a sociedade em razão da insegurança jurídica. O mesmo ocorre se em razão de comoção por parte do comportamento da vítima o magistrado "optar" por agravar a pena.

O objetivo deste capítulo não é rebater a atuação dos magistrados, mas demonstrar que a subjetividade é algo corriqueiro no Judiciário brasileiro, sendo encontrados casos em que mesmo sendo declarado no processo que todos os elementos contidos no artigo 59 do CP são

²⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 2. ed. rev., ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 226.

²⁸⁹ GÊNOVA, Jairo José. O comportamento da vítima e a teoria da imputação objetiva. *Caderno Jurídico*, São Paulo, v. 1, p. 41-50, 2001. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Escola_Superior/Biblioteca/Cadernos_Tematicos/teoria_da_imputacao_objetiva.pdf. Acessado em: 22/02/2017.

favoráveis ao réu, ainda assim podem-se ver decisões com a pena base acima do mínimo, por simples subjetividade do magistrado, ou seja, mesmo uma decisão bem fundamentada poderá conter sinais de subjetivismo. Evidentemente que uma decisão construída desta maneira será reformada pelo Tribunal Superior, tal como ocorreu em Minas Gerais em que uma juíza de primeira instância valorou todos os critérios do citado artigo de forma favorável ao acusado e mesmo assim fixou a pena acima do mínimo legal²⁹⁰. Outra situação de relevância que fica sujeito ao critério subjetivo do magistrado é em relação à consideração da quantidade de drogas encontrada com uma pessoa para caracterizá-la usuária ou traficante, ou seja, não há um direcionamento legal e jurídico afirmando se 5 pedras de crack, por exemplo, se encaixa como para fins de uso ou mercancia. Desta forma, um juiz poderá, dependendo da sua livre concepção, trata-lo como usuário ou traficante. Sobre o assunto importa relatar a crítica feita ao projeto do novo Código Penal realizada por Christiano Jorge Santos:

No que tange às drogas, deixou de ser crime portar droga para consumo pessoal e estabeleceu-se que, “salvo prova em contrário”, presume-se não ser tráfico ter consigo quantidade de droga “suficiente para o consumo médio individual por cinco dias” (artigo 212, parágrafo 4º). Embora extremamente polêmico o assunto, cabem algumas considerações, com vistas a provocar a reflexão. Qual o consumo médio de LSD ou de cocaína no Brasil? Como se fará este cálculo? A partir do consumo dos usuários eventuais (quem saberia quantos são e quanto consomem)? Ou a partir dos viciados internados nos hospitais públicos? Supondo-se que as autoridades sanitárias digam que a média de consumo de “crack” no Brasil é de cinco “pedras” (porções) diárias. Por certo que nenhum traficante minimamente inteligente trará consigo vinte e seis porções da droga, pois se flagrado com vinte e cinco porções ou menos (suposta quantidade de drogas correspondente a cinco dias para ser considerada porte para “uso comum”), facilmente poderá alegar ser um mero usuário, dificultando a atuação dos órgãos de repressão ao tráfico e facilitando a situação do traficante. Também parece óbvio que o consumo de drogas aumentará à medida em que a polícia não poderá reprimir o porte do crack, da cocaína, do LSD, do ecstasy ou de qualquer outra droga, para “uso próprio”. Outra questão importante: como o Estado brasileiro não venderá as drogas, evidentemente que os traficantes aplaudirão em pé a medida, pois seus lucros aumentarão consideravelmente. Vale lembrar que em nosso país as facções do crime organizado dominam cada vez mais amplamente tal atividade ilícita, ou seja, aumentar o poderio econômico de marginais perigosos e armados é atentar contra a segurança de toda a população. Ademais, há forte tendência de aumento dos viciados em drogas como o crack, sendo possível prever o aumento de áreas dominadas por usuários e viciados, as chamadas “cracolândias”, por todo o país, com enormes

²⁹⁰ TJ-MG - Apelação Criminal : APR 10105130362871001. Disponível em: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/131330761/apelacao-criminal-apr-10105130362871001-mg/inteiro-teor-131330818>. Acessado em: 22/02/2017.

problemas na área da saúde pública, para não se cogitar dos problemas sociais, familiares, de urbanismo e de segurança pública também gerados a partir do surgimento de novos dependentes das drogas (mormente as chamadas “drogas pesadas”).²⁹¹

Muitas vezes o magistrado ao realizar a fixação da pena base passa a observar o réu segundo sua própria percepção sobre o fato e não sob o ângulo daquele que está sendo julgado. Situações de vida do agente como a embriaguez, por exemplo, por vezes passam a ser ignoradas pelo magistrado ou valoradas de maneira negativa se em algum momento de sua vida o magistrado acabou tendo um desconforto praticado por alguém que estivesse embriagado. Essa informação não estará no processo, mas a condição de vida do agente do crime passara a sofrer uma reprimenda maior por parte do magistrado que analisa a embriaguez de maneira mais repulsiva, isso pode ocorrer porque "o insuficiente conhecimento e capacidade de penetração no mundo do acusado, por parte do juiz, acaba por desfavorecer os indivíduos provenientes dos estratos inferiores da população", isso ocorre em função de que a sociedade ainda analisa uma pessoa "por estereótipos e preconceitos"²⁹².

Cabe ressaltar as palavras de Ney Moura Teles a respeito da valoração da personalidade do réu:

Aqui, outra circunstância que não tem relação direta com o fato praticado, a personalidade, característica interna do homem, é incluída entre as circunstâncias judiciais. Deve o juiz, a teor do art. 59, considerá-la no momento da fixação da pena base? [...] Ora, a personalidade não é um conceito jurídico, mas do âmbito de outras ciências - Psicologia, Psiquiatria, Antropologia - e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito. Considerá-la no momento da fixação da pena é considerar o homem, enquanto ser, e não o fato por ele praticado. [...] O exame de personalidade, de outro lado, não pode ser feito a contento pelo juiz, no âmbito restrito do processo penal, sem o concurso de especialistas - psiquiatras, psicólogos etc. O magistrado não é formado e preparado para o exame aprofundado de características psíquicas do homem, e permitir-lhe exame apenas superficial, para um desiderato tão grave - perda da liberdade-, seria de uma leviandade inaceitável num ordenamento jurídico democrático e sério. Facultar ao juiz a consideração sobre a personalidade do condenado importa em conceder ao julgador um poder quase divino, de invadir toda a

²⁹¹ SANTOS, Christiano Jorge. Novo Código Penal põe em risco segurança da sociedade. *Consultor Jurídico (São Paulo. Online)*, v. 1, p. conjur.com.br, 2012. Disponível em: <http://www.cepad.ufes.br/conteudo/novo-c%C3%B3digo-penal-p%C3%B5e-em-risco-seguran%C3%A7a-da-sociedade>. Acessado em: 22/02/2017.

²⁹² BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. Rio de Janeiro : Revan, 2002. p. 117.

alma do indivíduo, para julgá-la e aplicar-lhe a pena pelo que ela é, não pelo que ele, homem, fez.²⁹³

Por essa razão afirma Luigi Ferrajoli que “o juiz não deve indagar sobre a alma do imputado, e tampouco emitir veredictos morais sobre a sua pessoa, mas apenas por aquilo que fez, e não pelo que é.”²⁹⁴

Outra questão que fica à critério do magistrado é a verificada em relação ao *quantum* a ser majorada ou atenuada a pena do réu, sendo já afirmado que “A análise do quantum da atenuante da menoridade fica a critério do juiz sentenciante, que apenas deve respeitar a proporcionalidade e legalidade”²⁹⁵. Já na área cível a subjetividade fica mais evidente em relação à fixação do quantum indenizatório em relação aos danos morais²⁹⁶. Ou seja, a subjetividade (discrecionalidade) do magistrado sempre existiu quando ele precisa realizar a valoração do caso. Por essa razão, torna-se mais que oportuno discutir a respeito da coleta da prova testemunhal e a forma de interpretar a maneira que as narrativas estão sendo apresentadas em juízo, não podendo ficar no subjetivo as razões que o levaram a confiar em uma ou noutra versão dos fatos.

Por fim, torna-se importante apontar uma das razões pela qual foi criada a Súmula Vinculante n.º 11 do STF em que proíbe a utilização de algemas em audiências. Segundo essa Súmula “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do

²⁹³ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral* – II, arts. 32 a 120 do Código Penal: teoria geral da pena, medidas de segurança e extinção da punibilidade, suspensão condicional do processo, prescrição. 2ª ed. São Paulo: Edipro, 2002. p. 105/106.

²⁹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 208

²⁹⁵ TJ-ES - Apelação : APL 00285700420108080048. Primeira Câmara criminal. Julgado em: 04/04/2012. Relator: Sérgio Bizzotto Pessoa de Mendonça. Disponível em: <https://tj-es.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400160191/apelacao-apl-285700420108080048>. Acessado em: 22/02/2017.

²⁹⁶ Ementa: REPARAÇÃO DE DANOS - ARRENDAMENTO MERCANTIL - INSCRIÇÃO INDEVIDA NOS ÓRGÃO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO - FATO E DANO - EXISTÊNCIA DE PROVA E NEXO CAUSAL - DANOS MORAIS - FIXAÇÃO CORRETA - INEXISTÊNCIA DE EXCESSIVIDADE E AUSÊNCIA DE ENRIQUECIMENTO ILÍCITO - RECURSOS IMPROVIDOS. (...) 2 - A fixação dos danos morais, apesar de contar com certa subjetividade do Juiz, deve sempre atentar aos fatos ocorridos e a forma como se deram, ou seja, deve contemplar os elementos probatórios e medir as circunstâncias e, ainda, levar em conta as condições das partes e a gravidade da lesão e sua repercussão, não podendo ser fixado em valor irrisório e também não em valor exorbitante e, desta forma, a fixação da quantia posta nos autos se revela adequada. (TJ/PR Apelação cível: 2651850. Quarta Câmara Cível (extinto TA). Julgado em: 19/08/2004. Relator: Costa Barros. Disponível em: <https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5061842/apelacao-civel-ac-2651850-pr-apelacao-civel-0265185-0>. Acessado em: 22/02/2017)

agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”. Portanto, a utilização de algemas durante o Júri, fazia com que os jurados realizassem um pré-julgamento do acusado pela simples linguagem corporal apresentada, ou seja, “se a pessoa estava algemada é porque era perigosa e provavelmente culpada”. Ou seja, os jurados antes mesmo de saber quais eram as teses de acusação e defensiva já faziam uma análise do réu considerando-o culpado antecipadamente. Abaixo estão relacionadas as duas decisões modelos utilizadas pelo STF quando da produção da decisão que justificou a aprovação da Súmula Vinculante n.º 11. Segue o teor das decisões:

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não-culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos - a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no país - repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento do Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado, indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados." (HC 91952, Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgamento em 7.8.2008, DJe de 19.12.2008)

Ementa: (...) 1. O uso legítimo de algemas não é arbitrário, sendo de natureza excepcional, a ser adotado nos casos e com as finalidades de impedir, prevenir ou dificultar a fuga ou reação indevida do preso, desde que haja fundada suspeita ou justificado receio de que tanto venha a ocorrer, e para evitar agressão do preso contra os próprios policiais, contra terceiros ou contra si mesmo. (HC 89429, Relatora Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgamento em 22.8.2006, DJ de 2.2.2007)

Ainda falando da subjetividade do (dis)cricionariedade do magistrado cabe ressaltar outro julgado em que o Ministro do STF Edson Fachin reconheceu a violação da Súmula Vinculante n.º 11 por ter o réu sido obrigado a permanecer com as algemas durante a audiência de Instrução, tendo como consequência a anulação do ato judicial. Deve ser destacado que a decisão do juiz da comarca de origem não demonstrou a necessidade da utilização de tal instrumento, ficando evidente que a decisão foi discricionária. O Ministro do STF, Edson Fachin, decidiu da seguinte maneira:

A partir da leitura do verbete sumular, depreende-se que a retirada de algemas é a regra. O uso constitui exceção que desafia fundamento idôneo devidamente justificado na forma escrita. (...) No caso concreto, o pedido de retirada das algemas foi indeferido pelos seguintes fundamentos (grifei) : '(...) Assim, diante do delito imputado ao réu, observa-se que não obstante não exista relato de violência ou grave ameaça, cumpre salientar que a eventual prática de crimes desta natureza não implica em conclusão, no mínimo precipitada, de que a personalidade do réu não seja violenta ou que não possa ensejar perigo aos presentes ao ato. Com efeito, o réu se encontra preso e, por tal razão deverá permanecer algemado, (...)'. Como se vê, a decisão desvirtua a lógica da Súmula. Compreende que a infração que motiva a acusação não afasta a periculosidade do agente, partindo da inconfessada premissa de que o uso de algemas configura regra não afastada pelo caso concreto. Mas a ótica da Súmula é inversa. E ótica vinculante! O fato de o réu encontrar-se preso é absolutamente neutro, pois não se imagina que o uso de algemas seja cogitado na hipótese de acusado que responde à acusação em liberdade. À obviedade, ao exigir causa excepcionante, a Súmula não se contenta com os requisitos da prisão, naturalmente presentes. (...) Pelo exposto, com fulcro no artigo 161 do RISTF, julgo procedente a presente reclamação para o fim de anular o interrogatório impugnado, com prejuízo dos atos processuais posteriores, prejudicados os demais pedidos. (Rcl 22557, Relator Ministro Edson Fachin, Decisão Monocrática, julgamento em 15.12.2015 , DJe de 17.12.2015)

Importa ressaltar que os argumentos acima apontados não significam que está sendo ele defendido por esta autora, mas que apenas se trata de uma informação pertinente sobre a análise da linguagem corporal daqueles que trafegam pelo judiciário. Reconhece-se que a determinação da não utilização das algemas como regra pode colocar em risco a atividade dos policiais e a segurança pública, tal como já defendido por Christiano Jorge Santos em que afirma ser necessário a utilização da algema como regra, posto que em eventual fuga caberá ao policial apenas “atirar pelas costas”, o que sim seria muito mais grave ao acusado²⁹⁷.

Passados todos estes argumentos a respeito da prática de condutas de cunho subjetivo e discricionário do magistrado em relação à fixação da pena base, retorna-se a pergunta anteriormente realizada: Como que magistrado irá relatar a constatação das expressões não-verbais ocorridas em sala de audiência e qual a interferência que pode ocorrer com a decisão judicial?

De veras, se trata uma pergunta extremamente delicada e que exige o máximo de cautela, posto que a subjetividade poderá ser extrapolada por aquele que não leva o “direito a sério” tal como afirma Ronald Dworkin.

²⁹⁷ SANTOS, Christiano Jorge. *Todo preso deve ser algemado*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), v. 1, p. 1, 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67142,41046-Todo+preso+deve+ser+algemado>. Acessado em: 22/02/2017.

A questão do subjetivismo do operador do direito poderá ser aplicada, de maneira equivocada e propositalmente, se não existir o mínimo de segurança em relação à análise da Linguagem Corporal apresentada pelos narradores e por aqueles profissionais tendenciosos, e tal postura dificilmente irá ser extirpada da sociedade brasileira. No entanto, para aqueles profissionais que atuam conforme a legislação e seguindo as regras das normas fundamentais irão analisar tais apontamentos como uma possibilidade de correção de injustiças. E é exatamente o que se almeja com o posicionamento apresentado neste trabalho.

Desta forma, para reduzir posicionamentos discricionários e subjetivos em relação à valoração das provas testemunhais e dos depoimentos pessoais, passasse a defender a possibilidade e, até mesmo, a necessidade dos magistrados descreverem todos os comportamentos relevantes observados em audiência, pois o soluçar, as lágrimas, os gestos dos braços apresentados pelo interlocutor-narrador sempre acabam afetando a percepção e a valoração da narrativa, seja em relação ao Magistrado, ao Ministério Público e à Defesa. Tal argumento é visível em relação ao Tribunal do Júri quando o membro do Ministério Público ou o Defensor passam a utilizar de gestos para demonstrar como os fatos ocorreram (facadas, agressões, estrangulamento...) ou as testemunhas se emocionam ao narrar o que presenciaram, cabendo aos jurados sopesarem tais comportamentos. Geralmente tais gestos acabam interferindo na convicção dos jurados, que infelizmente não possuem a obrigação de esclarecer quando proferem seus veredictos, “pois o ritual de produção e discussão das provas desenrola-se sob os olhos e fiscalização direta do juiz e dos jurados, sem qualquer tipo de intermediação.”²⁹⁸ Por essa razão destaca Antônio Sérgio Cordeiro Piedade que todos os quesitos a serem apresentados aos jurados deverão ser esclarecidos e realizados separadamente, para que não existam dúvidas sobre as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença. Diz Antônio Piedade o seguinte:

Todavia, entendemos que a formulação individualizada de quesitos das teses suscitadas pela defesa, assegura um julgamento transparente e com efetiva segurança jurídica, pois o acusado e a sociedade saberão qual foi a tese acolhida pelos jurados. O Tribunal do Júri possui conotação nitidamente democrática, sendo incompatível com sua missão constitucional proferir uma decisão sem clareza, a qual não esteja em sintonia com os direitos fundamentais de índole individual e coletiva. Os

²⁹⁸ PONTE, Antonio Carlos da. Falso testemunho no procedimento do Júri. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. v. 44, p. 89-112, 2005. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18387/Falso_Testemunho_no_Procedimento_do_J%c3%bari.pdf. Acessado em: 22/02/2017. p. 90.

jurados são soberanos, porém “não se deve olvidar que a liberdade de o júri decidir não pode degenerar em abuso. Se o jurado não é obrigado a decidir pela convicção legal, o é a proferir decisão que seja produto de juízo sensato, fundamentado e grave”.²⁹⁹

Segundo Paulo Sérgio Markowicz de Lima, os jurados necessitam ter contato mais aproximado com as provas, pois somente assim poderão captar uma mentira ou a sinceridade da testemunha. Por fim defende a impossibilidade de ser realizada a simples leitura de peças processuais e de provas em plenário. Paulo Markowicz afirma que:

Cabe realçar que só é soberano o júri quando os jurados conhecem as provas do processo. Ouvir as principais testemunhas no júri refina a compreensão do juiz leigo. Este, tendo contato direto com a testemunha, em número significativo de casos, capta a mentira ou a sinceridade. Não é fácil a tarefa do jurado que, diante de um julgamento de réu revel e sem testemunhas de plenário, ouve apenas as sustentações das partes e já é encaminhado para a sala secreta pois, por mais que a promotoria e defesa se empenhem, o conhecimento do jurado a respeito do caso criminal corre sério risco de ser insipiente. Por isso, na reforma do rito do júri regrou-se para que a maior parte da prova se reproduzisse em plenário, como por exemplo, com a restrição da leitura de peças.³⁰⁰

Para Antonio Carlos da Ponte:

Indubitavelmente, a inquirição direta da testemunha em plenário mostra-se medida mais acertada e necessária para a melhor aferição do valor do depoimento pelos jurados que não possuem, a tal respeito, a mesma experiência do juiz singular; na inquirição direta, o jurado, que é juiz, observa melhor a testemunha ao inquiri-la, bem como quando ela é inquirida pelas partes. Por sua vez, esclarece a psicologia que a dilação entre a formulação da pergunta e a correspondente resposta pode conduzir à elaboração racionalizada do informe, com a conseqüente modificação da verdade dos fatos.³⁰¹

²⁹⁹ PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *Quesito genérico das teses defensivas: risco à segurança jurídica e à transparência nos julgamentos pelo tribunal do Júri*. Disponível em: <http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/tese.pdf>. Acessado em: 24/02/2017.

³⁰⁰ MARKOWICZ DE LIMA, Paulo Sérgio. Tribunal do Júri: um julgamento democrático e humanista. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 545/560. 2016. p. 552/553.

³⁰¹ PONTE, Antonio Carlos da. Falso testemunho no procedimento do Júri. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. v. 44, p. 89-112, 2005. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18387/Falso_Testemunho_no_Procedimento_do_J%c3%bari.pdf. Acessado em: 22/02/2017. p. 99.

Paulo Markiewicz ressalta que “não há dúvidas que toda essa energia transcendental paira sobre o plenário e, o julgamento, de acordo apenas com a consciência e os ditames da Justiça, corre muito menos riscos de ser injusto do que o veredicto do magistrado togado”³⁰².

Tais apontamentos deixam claro que *em qualquer decisão judicial é possível verificar, ora mais ora menos, sinais de subjetivismo posto que a análise realizada em determinado processo não pode ser dissociada do seu julgador*³⁰³, em outras palavras, a interpretação dos fatos e dos atos praticados são lidos de maneiras distintas por aqueles que os observam, ou seja, “o significado está no olho do observador”³⁰⁴. Cardozo ensina que “podemos tentar ver as coisas com o máximo de objetividade. Mesmo assim, jamais poderemos vê-las com outros olhos que não os nossos”³⁰⁵.

A questão passa a tomar maior relevância quando passa-se a discutir se o subjetivismo do operador do direito está estritamente ligado ao modo de ver e acreditar se tal conduta é juridicamente relevante ou não, em outras palavras, se “algo é um fato jurídico em virtude de o juiz individual acreditar que seja um fato jurídico”³⁰⁶ ou não. Desta forma passa-se a defender que o jurista não poderá simplesmente afirmar que determinada situação não possui relevância somente porque acredita, na sua subjetividade, que não o tenha, é necessário abrir possibilidade de novos debates, ampliando o entendimento de que “objetivismo jurídico” não é criado apenas com base no ordenamento jurídico e sem interpretação dos sinais. Buscando esclarecer o termo “objetividade jurídica” na contemporaneidade, Luiz Roberto Barroso, agora Ministro do STF, já lecionou da seguinte maneira:

A objetividade se realizaria na existência de princípios, regras e conceitos de validade geral, independentemente do ponto de observação e da vontade do observador. O certo, contudo, é que o conhecimento, qualquer conhecimento, não é uma foto, um flagrante incontestável da realidade. Todos os objetos estão sujeitos à interpretação. Isto é especialmente válido para o Direito, cuja matéria prima é feita de normas, palavras, significantes e significados. A moderna dogmática jurídica já superou a ideia de que as leis

³⁰² MARKOWICZ DE LIMA, Paulo Sérgio. Tribunal do Júri: um julgamento democrático e humanista. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 545/560. 2016. p. 558.

³⁰³ GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3ª ed. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2009. p. 59-62

³⁰⁴ RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 235-265. p. 263.

³⁰⁵ CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 4.

³⁰⁶ COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 303/418.

possam ter, sempre e sempre, sentido unívoco, produzindo uma única solução adequada para cada caso. A objetividade possível do Direito reside no conjunto de possibilidades interpretativas que o relato da norma oferece.³⁰⁷

Esse raciocínio passou a exigir uma complementação quando se fala em decisões judiciais. Para que uma decisão seja considerada objetivamente correta não importa apenas se ela foi construída conforme o ordenamento jurídico, ela deve criar condições de serem aceitas pela sociedade. Para isso, a fundamentação apresentada pelo julgador deve estar relacionada diretamente com as informações apresentadas no processo. Portanto, de nada adianta aplicar a legislação, o entendimento jurisprudencial e seguir as determinações constitucionais se na primeira oportunidade deixar o subjetivismo definir por uma ou outra decisão (ex. variação injustificada para a pena base, dano moral, manutenção da prisão em razão da ordem pública, social ou econômica...).

Com a teoria do objetivismo jurídico busca-se na verdade maior segurança na produção das decisões judiciais, mas isso não significa dizer que o magistrado será considerado mera boca da lei em que possui o dever de apenas dizer o direito tal qual descrito no ordenamento jurídico. Na verdade esse período já está de longe superado. Espera-se atualmente, pelo menos em teoria, que os operadores do direito caminhem para um Objetivismo Moderado, no qual além de observar as normas previamente estabelecidas, os operadores do direito observem: i) a realidade social que o cerca; ii) os julgados dos tribunais superiores em relação à matéria discutida; iii) que fundamente suas escolhas claramente; iv) que não proceda de maneira discricionária e subjetivista; v) que elabore uma decisão que seja aceita pela classe e pela sociedade como a correta para aquela situação.

Apesar de ser uma teoria bem apresentada por Jules Coleman e Brian Leiter percebe-se que no Brasil ela pode ser tida como utópica em razão das posturas verificadas por parte de alguns operadores do direito. Contudo, não se pode deixar de discutir sobre esse tema tão perigoso que é o “subjetivismo jurídico”.

Partindo destes ensinamentos percebe-se que é possível mais aceitar que ausência de informações a respeito da valoração da prova testemunhal e do depoimento das partes. Permitir que a valoração seja realizada ainda nos ditames do “livre convencimento motivado

³⁰⁷ BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf Acessado em: 22/02/2017. p. 6.

do juiz” ainda está permitindo que a subjetividade prevaleça no momento de ser atribuído um valor à prova oral. Desta forma, em sendo necessário analisar com maior cautela essa prova, se faz primordial para a validação da decisão que o magistrado registre todos os “sentidos” atribuídos aos sinais expostos pelas testemunhas e partes, pois somente assim a sociedade poderá entender e aceitar a fundamentação dada para a decisão proferida pelo julgador.

Logicamente que essa atividade não é fácil, exigirá um trabalho redobrado dos Operadores do Direito e principalmente do magistrado, mas o que não se pode aceitar é desmerecer ou ignorar um determinado comportamento praticado em audiência em razão de mero comodismo, desconforto funcional ou desconhecimento sobre o assunto. Por essa razão torna-se pontual a observação outrora realizada por Alexandre Almeida Moraes, da seguinte maneira: “O perigo que nos rodeia neste ponto, segundo Taylor, é que coisas importantíssimas que deveriam ser decididas com critérios mais elevados, acabam sendo resolvidos pela régua de análise do custo-benefício”³⁰⁸.

Perceba-se que, para evitar o subjetivismo já existem no judiciário, basta que os Operadores do Direito saibam utilizar esta ferramenta que é a observação da linguagem corporal. Muitos vêm criticando tal pensamento por afirmar ser difícil, ou impossível, analisar a linguagem corporal sem ao menos buscar informações sobre o assunto, ou seja, por ser mais cômodo é mais fácil regar veemente uma teoria ao invés de reconhecer sua possibilidade prática. Por mais que seja repetitivo, há que se destacar que a Linguagem Corporal *poderá* ser utilizada em comparação com as outras provas produzidas no processo, bem como, *deverá* ser analisada com maior cautela quando inexistirem outras provas senão a palavra da vítima e do réu.

Somente com uma decisão ou posicionamento que se afaste do subjetivismo do julgador é que se poderá afirmar de respeito ao Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, pois enquanto as decisões forem proferidas sem que sejam feitas as menções das razões que levaram a entender ser verossímil uma ou outra narrativa, não haverá como a defesa, ou a acusação, poder rebater esse posicionamento, posto que os verdadeiros motivos ficam ocultados e resguardados no intelecto do julgador. Portanto, somente pode se falar em Contraditório e Ampla Defesa quando as informações referentes ao caso são esclarecidas e

³⁰⁸ MORAES, Alexandre Almeida. A concepção de Charles Taylor de uma ética da autenticidade unida a uma política do reconhecimento. *Revista Filosofia Capital – RFC* ISSN 1982-6613, Brasília, vol. 6, n. 13, p. 03-12, jul/2011. Disponível em: <http://www.filosofiacapital.org/ojs-2.1.1/index.php/filosofiacapital/article/view/215/180>. Acessado em: 24/02/2017. p. 6.

apontadas pelas partes, caso contrário poder-se-á até afirmar que tal postura viola gravemente a paridade de armas.

Ainda utilizando a conceituação apresentada por Luis Roberto Barroso, em conjunto com a teoria de Coleman e Leiter, chega-se à conclusão que o Magistrado poderá utilizar todos os meios para justificar seu posicionamento, sendo assim, poderá descrever todo comportamento das partes e testemunhas, incluindo gestos e linguagem corporal para fundamentar sua decisão. Percebe-se que, com este comportamento, mesmo utilizando a Linguagem Corporal, o afasta totalmente do subjetivismo tão temido, e o aproxima à uma decisão correta e bem construído, se tratando, então, de uma aplicação da teoria da objetividade moderada, a qual não utiliza apenas das normas e de outros julgados para dizer o direito, mas observa todas as informações de relevância para produzir uma sentença justa.

Por mais que pareça um tanto utópico este posicionamento (objetivismo moderado) deve ficar claro que alguns juízes e Tribunais já vem se posicionando neste sentido, que é exatamente o ponto que será apresentado nas linhas abaixo.

4.3.1 Decisões judiciais utilizando a Linguagem Corporal

O debate sobre a utilização de linguagem corporal nas ações judiciais passou a ser direcionada para uma única pergunta e uma afirmação: “como que o juiz vai usar a linguagem corporal em sua decisão?” e “Isso é muito subjetivo e não pode ser aplicado no Direito”.

Como já demonstrado nas linhas anteriores a análise das expressões corporais sempre são praticadas pelas pessoas no dia-a-dia. A leitura corporal e sua valoração ocorrem constantemente entre as pessoas. Então questiona-se: se tais posturas são corriqueiras e concretas em todo o lugar em que duas ou mais pessoas dividem o mesmo cômodo (hall de entrada, salão de beleza, sala de aula, banheiro público...) porque insistir que o mesmo não ocorre nas salas de audiências? Por que negar que no momento em que réu, vítima e testemunha entram na sala de audiência todos os operadores do direito passam a realizar a análise das expressões não-verbais apresentadas por elas?

Se isso não ocorre e não fosse necessário para um bom julgamento, jamais ocorria a alteração do CPP para que a oralidade, a identidade física do juiz e a imediatidade passassem a ter valor redobrado. Ou mais, se a análise do comportamento dos narradores não fosse

importante, as audiências não seriam gravadas, continuar-se-ia com as transcrições das respostas para as folhas de papel.

A forma de realizar uma audiência e a valoração das provas testemunhais sofreram grande mudança nos últimos anos e o direito não pode manter-se inerte para essa nova realidade.

Sabe-se que os crimes contra a liberdade sexual geralmente ocorrem na clandestinidade da noite dentro dos lares e intrafamiliares, no qual a posição de autoridade dos familiares se impõe sobre a criança/adolescente. Desta forma, não raras vezes as crianças demonstram que algo errado está ocorrendo com ela, não por expressão verbal, e sim por sinais e comportamentos, “nesse contexto, verifica-se que as crianças não verbalizam com fluência, e a linguagem corporal acaba sendo a mais eficiente para expressar a sua sentimentos e necessidades, numa concepção egocêntrica da vida e de incipiente interação com os outros indivíduos.”³⁰⁹

Muitas decisões da Justiça do Trabalho já vêm utilizando a linguagem corporal como prova para uma decisão, ou como fundamento para mantê-la, ou seja, passou-se a valorizar o comportamento do depoente ou da testemunha para manter a decisão em face do Princípio da Imediatidade do juiz que proferiu a sentença³¹⁰.

O Princípio da Imediatidade valoriza as decisões proferidas pelo julgador que presenciou os atos de instrução do processo³¹¹ e, principalmente, aquele que realizou a coleta

³⁰⁹ TJ/DF - APC 2006 01 1 056798-0 - Órgão Julgador: Sexta Turma Cível. Relator: Des. Otávio Augusto. Revisor: Des. José Divno. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2528370/apelacao-civel-apc-20060110567980-df/inteiro-teor-100975091>. Acessado em: 16/02/2017.

³¹⁰ “Pelo “sistema do convencimento motivado” ou “da persuasão racional”, a prova é direcionada ao juiz da causa, sendo o magistrado que conduz a colheita da prova, em razão do contato direto com as testemunhas e com as partes, quem pode sentir determinados particulares que somente a comunicação verbal e gestual fazem transparecer. Não é demais registrar que há estudos específicos sobre a linguagem corporal no ramo da psicologia, em virtude dos sinais que por ela são transmitidos. Assim, como, em regra, o material probatório se esgota no juízo da primeira instância e à míngua de outros elementos nos autos em sentido contrário, é de ser prestigiada a valoração concedida e o convencimento do juízo de origem, em casos como este aqui analisado.” (TRT1 – Rec. Ord. 00101498920135010020 RJ. Órgão Julgador: Quinta turma. Publicação: 08/04/2015 – Julgamento: 26 de Março de 2015. Relator: Enoque Ribeiro Dos Santos. Disponível em: <https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181381909/recurso-ordinario-ro-101498920135010020-rj>. Acessado em: 16/02/2017)

³¹¹ (...) Portanto, a prova testemunhal mostra-se importantíssima para o deslinde da controvérsia e deve levar em consideração o princípio da imediatidade, pois é na audiência instrutória que o Juiz tem condições de avaliar reações e as emoções das partes e das testemunhas diante dos questionamentos efetuados, os quais servem de base para a formação do seu convencimento. *A sentença foi proferida pelo mesmo Magistrado que conduziu a instrução processual, ou seja, que acompanhou a reação emocional e até a linguagem corporal das partes e testemunhas para formar o seu convencimento (princípio da imediatidade).* (TST - AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA : AIRR 24311220115120018 – Julgado em: 03/12/2013. Relator: Ministro Caputo Bastos. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119540606/agravo->

das provas testemunhais e de depoimentos pessoais. Tal aproximação com a produção probatória garante à este julgador sensações que apenas analisando vídeos e sons não permitem e muito menos “a transcrição dos depoimentos, pela fria tinta das impressoras, não indica o estado de espírito da testemunha, nem a firmeza de sua voz, nem os traços da linguagem corporal ou o de seu olhar.”^{312_313}

Já foi decidido pelo tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios que se um juiz substituto realiza a coleta das provas em uma ação penal, será ele o responsável para proferir a decisão tendo em vista que, mesmo com as imagens gravadas, é de maior segurança para as partes que ele (substituto) faça a valoração das provas, caso contrário, em sendo outro magistrado o que profere a decisão, ela estará, em tese, maculada em face da violação do princípio da imediatidade e da identidade física do juiz³¹⁴. Importa ainda destacar que esta

de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-24311220115120018/inteiro-teor-119540626. Acessado em: 17/02/2017)

³¹² Ementa: INSTRUÇÃO PROCESSUAL. IMEDIATIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. FUNDAMENTO. APRECIÇÃO DA SITUAÇÃO DE COMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE TODOS OS ELEMENTOS APREENDIDOS PARA O TERMO DA AUDIÊNCIA. PREVALÊNCIA DA APREENSÃO FEITA PELO JUIZ INSTRUTOR. O sistema processual organiza-se sobre a necessidade de que o juiz que presenciou a colheita da prova oral sentencie o feito. Cuida-se da imediatidade, atributo do princípio da oralidade. A razão mostra-se tão simples, quanto óbvia: *a transcrição dos depoimentos, pela fria tinta das impressoras, não indica o estado de espírito da testemunha, nem a firmeza de sua voz, nem os traços da linguagem corporal ou o de seu olhar*. É dizer, no plano da comunicação, o texto escrito não se mostra minimamente suficiente a transmitir ao leitor o conjunto de elementos que compõem o ato. Nesse âmbito, cumpre ao colegiado, distante do momento processual da oitiva das testemunhas, acolher a impressão expressa pelo juiz instrutor, sobre a fragilidade do teor dos depoimentos que colheu vis a vis. Recursos das reclamadas aos quais se nega provimento. (Processo: RO 00007265020145020018 SP 00007265020145020018 A28 - Órgão Julgador: 17ª TURMA – Publicação: 09/10/2015 – Julgamento: 1 de Outubro de 2015 – Relator: - MARCOS NEVES FAVA. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312185729/recurso-ordinario-ro-7265020145020018-sp-00007265020145020018-a28>. Acessado em: 16/02/2017)

³¹³ INSTRUÇÃO PROCESSUAL. IMEDIATIDADE. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. FUNDAMENTO. APRECIÇÃO DA SITUAÇÃO DE COMUNICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA DE TODOS OS ELEMENTOS APREENDIDOS PARA O TERMO DA AUDIÊNCIA. PREVALÊNCIA DA APREENSÃO FEITA PELO JUIZ INSTRUTOR. O sistema processual organiza-se sobre a necessidade de que o juiz que presenciou a colheita da prova oral sentencie o feito. Cuida-se da imediatidade, atributo do princípio da oralidade. A razão mostra-se tão simples, quanto óbvia: *a transcrição dos depoimentos, pela fria tinta das impressoras, não indica o estado de espírito da testemunha, nem a firmeza de sua voz, nem os traços da linguagem corporal ou o de seu olhar*. É dizer, no plano da comunicação, o texto escrito não se mostra minimamente suficiente a transmitir ao leitor o conjunto de elementos que compõem o ato. Nesse âmbito, cumpre ao colegiado, distante do momento processual da oitiva das testemunhas, acolher a impressão expressa pelo juiz instrutor, sobre a fragilidade do teor dos depoimentos que colheu vis a vis. Recursos das reclamadas aos quais se nega provimento. (TRT17ª - SEGUNDA REGIÃO - RECURSO ORDINÁRIO 0000726-50.2014.5.02.0018 - ORIGEM : 18ª Vara do Trabalho de SÃO PAULO/SP - Relator: Marcos Neves fava. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/312185729/recurso-ordinario-ro-7265020145020018-sp-00007265020145020018-a28/inteiro-teor-312185748>. Acessado em: 16/02/2017)

³¹⁴ “Portanto, o Juiz substituto que presidiu a instrução estava em exercício na Vara e era o competente para a prolação da sentença, e não a titular. O prejuízo é evidente porque o princípio da identidade física do juiz *é uma garantia processual penal, pois permite que a sentença seja proferida pelo magistrado que teve contato imediato com toda a prova, não se limitando à análise apenas das palavras empregadas ou ao teor das respostas, mas também a uma série de outros códigos, tais como a linguagem corporal, a entonação de voz, as pausas, a força*

ultima argumentação já foi rebatida pelo Desembargador Marco Antônio Ribeiro de Oliveira do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul o qual determinou a degradação da prova testemunhal coletada em audiência por considerar “dispendiosa” para a parte ter que analisar toda a gravação de som e imagem realizada em audiência, considerando mais fácil realizar a leitura dos textos em um papel. Sua argumentação foi no sentido de obrigar a degravação dos vídeos em razão da Defensoria Pública, em tese, não possuir equipamento para analisar as imagens e sons gravados na sala de audiência³¹⁵. Logicamente que esta decisão não se manteve por muito tempo, pois outros colegas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul julgaram diversos processos, que utilizam da decisão do desembargador supra citado, no sentido de não determinar a degradação em razão da sua desnecessidade e legalidade do procedimento aplicado. Cabe ressaltar que, no argumento de ausência de suporte para analisar as imagens levantadas pela Defensoria Pública daquele Estado o Tribunal de Justiça decidiu da seguinte maneira:

HABEAS CORPUS. DEGRAVAÇÃO DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS PELO SISTEMA AUDIOVISUAL. ORDEM DENEGADA. Não se pode ceifar o poder discricionário do julgador que opta pela manutenção nos autos das mídias contendo a (s) gravação (ões) e não determina sua degravação, pois não se trata de constrangimento ilegal a não degravação de depoimentos colhidos pelo sistema audiovisual, visto que se trata de procedimento previsto legalmente no art. 405 da Lei Processual Penal e amparado pelo art. 2º da Resolução 105 do Conselho Nacional de Justiça, também não

do olhar, entre outros, que podem influenciar na convicção do magistrado. Assim, acolho a preliminar para anular a sentença, determinando o retorno dos autos à Vara de origem para que outra seja proferida pelo MM. Juiz que presidiu a instrução, Dr. Luis Gustavo Barbosa de Oliveira.” (sem grifo no original) (TJ-DFT – Apelação criminal: 2012 01 1 199933-5 APR – Órgão Julgador: Primeira Turma Criminal. Relator Desembargador MARIO MACHADO. Revisor: Desembargador GEORGE LOPES LEITE. Acórdão: 777.944. Disponível em: <https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/116667755/apelacao-criminal-apr-2012011999335-df-0056312-0720128070001/inteiro-teor-116667782>. Acessado em: 16/02/2017.)

³¹⁵ HABEAS-CORPUS. AUDIÊNCIA REGISTRADA PELO SISTEMA AUDIOVISUAL NÃO DEGRAVADA. CERCEAMENTO DE DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. Apesar de a Lei 11.719/2008 ter sido criada, entre outros motivos, com o escopo de dar celeridade ao processo, tenho que não atingiu satisfatoriamente tal objetivo. De fato, a inclusão do § 2º na nova redação do art. 405 da Lei Adjetiva Penal, que torna desnecessária a transcrição dos depoimentos colhidos em audiência por intermédio do sistema audiovisual, apesar de interessante, já que a prova produzida é armazenada com maior riqueza de detalhes, possibilitando às instâncias superiores, por exemplo, a visualização da linguagem corporal dos inquiridos, *torna muito mais dispendioso o reexame da prova oral, tendo em vista ser mais moroso assistir um vídeo de um depoimento do que ler sua transcrição.* A dificuldade torna-se mais relevante em processos de maior complexidade, nos quais o número de acusados ou testemunhas é maior. Há, ainda, a delicada questão da Defensoria Pública, porquanto ao entrevistar-se reservadamente antes do interrogatório com réu de processo no qual existiram audiências anteriores não degradadas, realizadas no juízo de origem ou por carta precatória, não terá acesso à prova oral colhida no feito, o que certamente prejudicará a defesa do denunciado. Ordem concedida. (HC – 70050535822 – Quarta Câmara Criminal – Relator: Des. Marco Antônio Ribeiro de Oliveira - Julgamento: 30/08/2012. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22383397/habeas-corporus-hc-70050535822-rs-tjrs/inteiro-teor-110666021>. Acessado em: 16/02/2017)

caracterizando, por conseguinte, inversão tumultuária dos atos e fórmulas legais. E por conseguinte, inexistência de ofensa ao devido processo legal, uma vez que o procedimento adotado atende justamente ao previsto na legislação processual. *Da mesma forma, restam preservados os princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia processual entre as partes, tendo em vista que, além da prova permanecer preservada, não há comprovação efetiva por parte da Defensoria Pública de não possuir ela equipamentos adequados à visualização do (s) vídeos (s), problema que, aliás, pode ser resolvido mediante simples instalação de softwares, o que seria, em não sendo provado o contrário, plenamente viável.* E quanto à argumentação de ausência de quadro próprio de servidores para visualização/audição do material, entendo que ela deve ser realizada pelos próprios Defensores Públicos, responsáveis pelo exame do (s) processo (s). Ordem Denegada. (sem destaque no original)³¹⁶

O Tribunal Superior do Trabalho também já confirmou uma decisão proferida pelo juízo de origem em razão do magistrado de instância inicial possuir maior condição para valoração da prova testemunhal, podendo verificar o grau de nervosismo, hesitação e a linguagem corporal por elas apresentadas.³¹⁷

O Desembargador Hiram Souza Marques do Tribunal de Justiça de Rondônia utilizou em sua decisão trecho exposto pelo estudo psicossocial realizado em relação à uma criança que havia sido abusada sexualmente por um familiar. Desta forma percebe-se que alguns Tribunais têm analisado com muita cautela as maneiras que as pessoas passam a expor os fatos vivenciados, posto que, dependendo da maneira que elas são realizadas poder-se-á perceber se o fato é verdadeiro ou falso. Importa dar destaque ao seguinte trecho da decisão:

É importante, ainda, mencionar que o relatório de estudo psicossocial acostado às fls. 53/59 identificou sinais afirmativos da ocorrência de abuso sexual sofrido pela vítima ao atestar:

[...] Joyce Anny nesta ocasião *apresentou maior controle emocional em comparação ao primeiro encontro, de forma equilibrada e ponderada.*

³¹⁶ TJ/RS - HC 70051090579 - Quarta Câmara Criminal - Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22847688/habeas-corpus-hc-70051090579-rs-tjrs/inteiro-teor-111062230>. Acessado em: 16/02/2017.

³¹⁷ “Cabe ressaltar que tal depoimento foi considerado mais convincente pelo d. Juízo de origem, que aquele prestado pela testemunha Maria de Fátima Costa Nascimento e, em se tratando de valoração da prova oral, deve esta Instância Revisora, ao menos em princípio, prestigiar a análise feita pelo Juiz de 1º grau que, *pelo contato direto com as partes e testemunhas, é quem tem melhores condições para avaliar aspectos que a fria transcrição dos depoimentos não permite aferir, tais como o grau de nervosismo, a hesitação ou firmeza e a linguagem corporal dos depoentes.*” (Sem grifo no original) (TST -7ª Turma - AGRADO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA: AIRR 4800720125030015 - Julgado em: 11 de Setembro de 2013. Relator: Ministro Vieira de Mello Filho . Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24169733/agrado-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-4800720125030015-480-0720125030015-tst/inteiro-teor-111900079>. Acessado em: 16/02/2017.)

Conseguiu falar sobre o ocorrido normalmente com clareza de ideias e boa articulação de palavras, não tendo sido percebido, através da observação da maneira como se expressava associada à sua linguagem corporal coerente com suas colocações, nenhum tipo de contradição ou de indução de fala por terceiros. [...].

Neste contexto, sabe-se que a palavra da vítima assume especial relevância na análise de delitos sexuais, de maneira que deve ser utilizada como meio de prova apto a ensejar a condenação, desde que se apresente coerente, lógica e amparada em outros elementos confiáveis de convicção, tal como se mostra no caso em apreço.

Destarte, ao contrário do que afirmou a defesa, as provas acostadas ao feito são suficientes para sustentar a responsabilidade do apelante pelo crime em tela.³¹⁸ (sem grifo no original)

A psicologia há muito tempo, realiza os estudos dos sinais³¹⁹, por essa razão muitos magistrados, pelo menos nesta área do direito (trabalhista), já possuem ensinamentos para detectar as mentiras proferidas pelas pessoas em audiência, pois passam por cursos específicos sobre as Linguagens Corporais e as Expressões não-verbais³²⁰, valorizando assim tudo que ocorre em uma sala de audiência, posto que todos os detalhes devem ser valorados e não apenas as “palavras frias” que são transcritas para o papel³²¹. Desta forma, por exemplo, a

³¹⁸ TJ-RO - Apelação: APL 00044079820128220015 - RO. Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal Relator: Desembargador Hiram Souza Marques Julgado em: 23/07/2017. Disponível em: <https://tj-ro.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/295442601/apelacao-apl-44079820128220015-ro-0004407-9820128220015/inteiro-teor-295442612?ref=juris-tabs>.

³¹⁹ “Na valoração da prova oral, deve esta instância revisora prestigiar, no primeiro momento, a que foi feita pelo juízo de primeiro grau, pois é ele quem tem contato direto com as testemunhas. Pelo sistema do livre convencimento motivado “ou” da persuasão racional”, a prova é direcionada ao juiz da causa, sendo o magistrado que conduz a colheita da prova, em razão do contato direto com as testemunhas e com as partes, é quem pode sentir determinados particulares que somente a comunicação verbal e gestual fazem transparecer. Não é demais registrar que há estudos específicos sobre a linguagem corporal no ramo da psicologia, em virtude dos sinais que por ela são transmitidos. Assim, como, em regra, o material probatório se esgota no juízo da primeira instância e à míngua de outros elementos nos autos em sentido contrário, é de ser prestigiada a valoração concedida ao convencimento do juízo de origem, em casos como este aqui analisado.” (TST - RECURSO DE REVISTA : RR 14041420115010078. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/250381846/recurso-de-revista-rr-14041420115010078/inteiro-teor-250381906>. Acessado em: 16/02/2017)

³²⁰ Ementa: CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. TESTEMUNHA QUE LITIGA CONTRA O MESMO EMPREGADOR SOB O PATROCÍNIO DO MESMO ADVOGADO. CONTRADITA REJEITADA. SENTENÇA REFORMADA PARA DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS E INQUIRIRÇÃO DE TESTEMUNHA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 357 DO C. TST. (...) Após o depoimento da testemunha é que poderá o juiz valorar suas informações de acordo com as demais provas dos autos, dando a tais informações o valor que merecer e até mesmo desprezar totalmente. Ademais os nossos juízes já possuem formação técnica jurídica, patrocinada pela escola judicial, capaz de detectar linguagens corporais que levam a inverdade das informações. (...) (TRT1 – Rec. Ord. 999201000323000 MT 00999.2010.003.23.00-0. Órgão Julgador: 1ª Turma – Publicação: 22/03/2012 – Julgamento: 20 de Março de 2012 – Relator: Desembargador Osmair Couto - Disponível em: <https://trt-23.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585406/recurso-ordinario-trabalhista-ro-999201000323000-mt-0099920100032300-0-trt-23>. Acessado em: 17/02/2017.)

³²¹ Ementa: DURAÇÃO DO TRABALHO. TRABALHADOR EXTERNO. IMPOSSIBILIDADE DE FISCALIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO. (...) O juiz que colhe o depoimento analisa a prova produzida não apenas a partir das palavras frias postas no papel, mas percebendo outras nuances que compõem o

repetição da exposição fática por parte do depoente ou por parte da testemunha confirma, na maioria das vezes, a ausência de sugestionalibilidade³²², mas a presença do crime, ou seja, quando a narrativa passa a ser repetida de maneira clara por diversas vezes e em momentos distintos, sem contradições e receios, passam a ser prova clara de que o fato, infelizmente, ocorreu com a vítima, e que não se trata de mera invenção ou sugestão de outra pessoa³²³. Em outras situações, a exposição fática relatada pela criança independe de qualquer análise de peritos e técnicos da psicologia forense, posto que suas expressões corporais deixam claro todo o sentimento de dor e sofrimento³²⁴.

valor probatório do depoimento, como a linguagem corporal e o modo de falar. Essa percepção deve ser privilegiada na valoração da prova, razão pela qual se conclui pelo acerto da decisão. (TRT4 - Processo: RO 00009815220125040008 RS 0000981-52.2012.5.04.0008 - Órgão Julgador: 8ª Vara do Trabalho de Porto Alegre – Julgamento: 29 de Agosto de 2013 – Relator: FRANCISCO ROSSAL DE ARAÚJO – Disponível em: <https://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/128621028/recurso-ordinario-ro-9815220125040008-rs-0000981-5220125040008>. Acessado em: 16/02/2017.)

³²² “Não obstante, da análise do Relatório de Atendimento Psicológico, depreende-se que a menor, de modo até incisivo, corroborou a versão dada à autoridade policial, o que levou a psicóloga a concluir: “L., com apenas 5 anos, sabe reproduzir perfeitamente os movimentos que indicam masturbação peniana, supondo-se, portanto, que de alguma forma foi submetida a uma experiência sexual imprópria para sua idade. Os termos que utiliza e a descrição que faz não deixam dúvida sobre sua participação direta nos fatos que relata, descartando-se, pela espontaneidade e pela linguagem corporal que utiliza, qualquer tipo de indução ou relato fantasioso [...]” (fl. 78) (grifou-se). (TJ-SC - Apelação Criminal (Réu Preso) : APR 306539 SC 2006.030653-9 – Relator: Tulio Pinheiro. Julgado em 03/04/2007. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5645773/apelacao-criminal-reu-presos-apr-306539-sc-2006030653-9/inteiro-teor-11821723>. Acessado em: 16/02/2017.

³²³ “Durante a entrevista a jovem apresentou significativas alterações comportamentais, como alterações no tom de voz, gesticulação, linguagem corporal, expressões faciais (Paul Eymar) de modo involuntário, demonstrando que *REVIVER O ABUSO* a mobilizava emocionalmente. Descarta-se a hipótese de que a criança tivesse um comportamento ousado, provocativo ou sedutor em relação ao autor, pois a menina apresenta como característica de personalidade uma tendência ao comportamento reservado, tímido e introvertido, o que torna improvável que ela tivesse uma atitude de exposição e tentativa de conquista de uma pessoa mais velha e na posição de autoridade.” (...) A criança particularizou o ato libidinoso por diversas vezes sendo improvável que tivesse criado ou fantasiado fato de extrema gravidade, sem que tivesse verdadeiramente vivenciado a violência. Outrossim, a criança demonstrou sem vacilações as situações vivenciadas. Apresentou como características gerais de declaração relato coerente, verbalização espontânea com detalhes em quantidade suficiente, em nenhum momento vacilante. Não parece ter sido sugestionada, contaminada ou preparada por terceiros ou que os relatos sejam uma produção fantasiosa, durante a oitiva a vítima apresentou narrativas que indicam a ocorrência do fato delituoso.” (docs. 00024/25 – fls. 21/22 dos autos físicos). Por outro lado, insta salientar que o depoimento prestado pela vítima em Juízo, em se tratando de crime contra a liberdade sexual, possui especial relevância, uma vez que praticado, em regra, às escondidas, sem a presença de terceiros no local, como ocorreu no caso em tela.” (TJ/RJ - Ação nº 0168517-43.2012.8.19.0001 // Juízo de Direito da 14ª Vara Criminal da Comarca da Capital. RELATOR: DES. ANTÔNIO CARLOS NASCIMENTO AMADO. Julgado em: 29 de janeiro de 2015. Disponível em: <https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/168421381/apelacao-apl-1685174320128190001-rj-0168517-4320128190001/inteiro-teor-168421390>. Acessado em: 16/02/2017.)

³²⁴ “Insta salientar, também, que, como bem percebeu a Colega Luciana Barcellos Tegiacchi, em sua decisão, que a linguagem corporal do menino *é evidente ao demonstrar constrangimento e vergonha, ao tratar de assuntos tão íntimos com estranhos; não fixa o olhar no rosto da sua interlocutora, tampouco na câmera que o filma, leva a mão à boca diversas vezes, sempre titubeia antes de responder ao que lhe é perguntado, temendo ser repreendido por proferir termos chulos ou mesmo por contar a estarecedora verdade. A aparência de verdade no seu depoimento é própria daqueles que efetivamente experimentaram as lesões que relata – não precisando ser especialista da área de saúde para fazer essa constatação, porquanto a vida assim ensina* -, não

Importa ainda demonstrar que em uma decisão proferida por um Juiz Federal de instância inicial da Quarta Região fez questão de destacar que o comportamento do réu em audiência o denunciava³²⁵:

Como Joana está sumida, os réus tentam induzir as condutas a ela, como forma de esquivarem-se e ninguém ser apenado. Ocorre que, a meu juízo, está provado que o réu Passos furtou o cartão da residência da vítima e, com o auxílio de Joana, efetuou os dois saques. Até a linguagem corporal do réu em seu depoimento o denuncia.

Logo em seguida, ao fundamentar sua decisão, afirma que apesar da linguagem corporal demonstrar que o réu estava mentindo, acabou reconhecendo que não havia provas suficientes para a condenação em relação a ele:

Assim, está muito clara a autoria do réu Passos. Quanto à sua esposa, de outra parte, embora sua linguagem corporal no interrogatório contra ela deponha, considero que não há provas suficientes para a condenação, conforme aqui já salientado (não há prova que já esteve antes na residência da autora e ela foi expectadora da ação no banco).

Importante destacar a decisão proferida pelo Desembargador Rui Fortes (Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina) a respeito da utilização da linguagem corporal de uma criança (4 anos) ouvida em juízo, a qual havia sido abusada sexualmente pelo lapso temporal de aproximadamente 05 anos, sendo que seus gestos demonstravam exatamente os atos praticado por seu agressor, bem como, tornavam cada vez mais claro se tratar de alegações verdadeiras, ao passo que, ao analisar o réu, nenhuma expressão demonstrava enquanto ouvia as acusações que lhe eram feitas. Para tanto se faz necessário incluir um trecho da respeitável decisão:

sendo crível que conseguisse lograr êxito em dissimular tão bem os sentimentos. Importante esclarecer que o relato da vítima, em crimes desse jaez, possui especial relevância, já que normalmente são praticados na ausência de testemunhas. No caso em tela a palavra da ofendida foi firme e coerente com o conjunto probatório carreado ao feito". (sem grifo no original) (TJ/RS – Quinta Câmara Criminal - Embargos de Declaração nº 70051714566. Des. Ivan Leomar Bruxel (PRESIDENTE) Comarca de Taquara: "À Unanimidade, Desacolheram Os Embargos De Declaração." Julgado em: 14/11/2012. - Julgador (a) de 1º Grau: Luciana Barcellos Tegiacchi. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22745650/embargos-de-declaracao-ed-70051714566-rs-tjrs/inteiro-teor-110957728>. Acessado em: 16/02/2017.)

³²⁵ APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5004237-67.2011.404.7207/SC Relator: Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene. Revisor: Des. Federal Sebastião Ogê Muniz. Julgado em: 10/06/2014. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/123400951/apelacao-criminal-acr-50042376720114047207-sc-5004237-6720114047207/inteiro-teor-123400987?ref=juris-tabs>. Acessado em: 16/02/2017.

Aliás, pertinente transcrever as considerações efetuadas pelo Magistrado sobre o comportamento da vítima e do réu na audiência, as quais afastam qualquer dúvida a respeito da veracidade das declarações da menor e evidenciam a inconsistência da negativa do recorrente:

[...] em seu depoimento em juízo a vítima demonstrou coerência entre suas declarações e as emoções manifestadas. Sua fala e linguagem corporal foram harmônicas. Assim, demonstrou afeição e uma expressão serena ao falar da esposa do acusado, mas quando narrou a conduta deste, suas expressões mudaram radicalmente. Ao falar dos abusos as emoções negativas afloram-se à face, evidenciando raiva, aversão e nojo, chegando às lágrimas. Tudo o que lamentavelmente se vê em crianças que passam por situações de abuso.

De outra banda, o acusado, durante a leitura dos termos da denúncia permaneceu impassível, sem demonstrar qualquer reação de repúdio à grave imputação. Não se trata de interpretação desfavorável do silêncio (CPP, art. 186, parágrafo único), até porque o acusado negou as imputações, mas sim atenta análise dos depoimentos, como acima explicitado.

Questionado pelo Magistrado acerca da veracidade das acusações, L. F. disse que "90% eram falsas..." ao mesmo tempo que acenava afirmativamente com a cabeça, em clara incongruência e contradição entre a fala e os gestos (1'57") (fls. 114 a 115 - Nomes abreviados por este Relator).

Importante frisar que é totalmente descabido o argumento da defesa de que o Sentenciante utilizou a linguagem corporal do apelante e da ofendida para fundamentar a condenação, uma vez que o comportamento das pessoas ouvidas em juízo está registrado nos autos por meio da mídia de fls. 61 e 87, e sua análise em nada compromete a prova.

Ao contrário, como bem lembrou o ilustre Procurador de Justiça, "[...] o Código de Processo Penal, após a reforma de 2008, adotou o princípio da identidade física do Juiz, em evidente harmonia com o princípio da imediatidade (no tempo e no espaço) das provas, entregando ao Julgador não só as palavras frias de uma narrativa, mas sim as emoções de seu narrador" (fl. 163). Nesse contexto, inviável cogitar a absolvição por insuficiência de provas ou pela incidência do princípio *in dubio pro reo*, pois o elenco probatório indica que o apelante, efetivamente, praticou os atos libidinosos pelos quais restou condenado.³²⁶ (sem destaques no original)

Percebe-se então que em diversos Estados brasileiros tem-se analisado a linguagem corporal apresentada durante a audiência, pois os gestos e o comportamento humano sempre apresentam maiores informações do que as falas transcritas para o papel.

4.4. Consequências almejadas

³²⁶ TJ/SC - Apelação Criminal n. 2013.090253-9. Relator: Desembargador Rui Franco. - Concórdia – Florianópolis. Julgado em: 19 de novembro de 2014. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25325776/apelacao-criminal-apr-20130902539-sc-2013090253-9-acordao-tjsc/inteiro-teor-25325777>. Acessado em: 16/02/2017.

Percebe-se pelo conteúdo das decisões judiciais anexadas e a forma de fundamentar a decisão utilizando de elementos não-verbais (expressão corporal) que diversos magistrados e Tribunais de Justiça estão analisando a linguagem corporal das testemunhas e dos depoentes ao valorarem as provas juntadas nos autos, posto que, a presença imediata da autoridade judicial em sala de audiência permite que ele constate contradições entre a linguagem verbal e a linguagem corporal.

Apesar de existir muita crítica em relação à utilização da linguagem corporal em processos criminais deve-se esclarecer que todos os Operadores do Direito utilizam da “máxima da experiência” a partir do momento em que entra em uma sala de audiência, uma vez que, mesmo não externamente, passa a valorar a prova testemunhal e o depoimento pessoal conforme o comportamento apresentado pelos narradores. Em outras palavras, todos avaliam as provas orais e optam por aceitar tais afirmações ou repudiá-las sem ao menos explicar as razões para tal posicionamento.

Desta forma, percebe-se que nas decisões supracitadas os magistrados passaram a justificar as razões que os levaram a acreditar ou repudiar uma narrativa, detalhando o comportamento corporal das vítimas, testemunhas e réu para então proferir uma decisão. As variedades das decisões permitem compreender que a prova testemunha é sempre a mais delicada a ser valorada e, por essa razão deve-se dar maior atenção à sua coleta. Está mais que evidente a necessidade de realmente valorizar a prova testemunhal conforme as regras de um Processo Penal mais evoluído, que busca efetivamente a produção de uma sentença justa não apenas para as partes, mas para toda a sociedade.

Nas decisões acima e em outras tantas disponível para acessar no site Jusbrasil (repositório nacional de decisões) permite verificar que a Justiça do Trabalho foi a primeira a observar o comportamento das testemunhas em uma ação, posto que perceberam que ora a testemunha buscava proteger o réu, ora busca prejudica-lo. O mesmo ocorre no Processo Penal, e diga-se a verdade, ocorre com maior frequência, posto que nas ações penais os reflexos dos atos ilícitos são, geralmente, mais graves do que em outros ramos do direito, em outras palavras, as vítimas se sentem mais violentadas e com sede de justiça (e as vezes de vingança) enquanto que o réu buscará, geralmente, se eximir de sua responsabilidade por meio de negativas e construções fáticas divergentes à narrada na acusação.

Portanto, deve-se continuar discutindo sobre a possibilidade de aperfeiçoar a valoração das provas testemunhais exigindo a superação da utilização das “máximas da experiência”³²⁷ dos operadores do direito sendo primordial que descrevam os comportamentos pessoais realizados nas salas de audiências, evitando-se o subjetivismo que ainda perdura no Sistema Penal brasileiro.

Apesar de ser uma temática passível de críticas, elas tem se dado mais pela ausência de aceitação por parte dos juristas do que realmente por meio de argumentos sólidos. Diz-se isso porque muitos, ao criticarem, afirmam que a linguagem corporal acaba tendo interpretações variáveis de pessoa para pessoa. Por essa razão é que a utilização da Linguagem Corporal somente deverá ser utilizada quando inexistirem provas materiais do ilícito e tão somente provas orais.

Ademais, as interpretações variadas por parte dos Operadores do Direito já vem sendo realizadas em sala de audiência e nas defesas processuais. Com a utilização de uma fundamentação demonstrando o caminho percorrido para dar verossimilhança³²⁸ à uma testemunha em relação à outra permite que todos (partes e sociedade) realmente entenda a razão pela qual foi proferida a respectiva decisão, fugindo de uma sentença subjetivista e discricionária, se aproximando de uma decisão objetivista moderada, posto que não ficou atrelada apenas às normas do ordenamento jurídico e às decisões judiciais, para observar pequenos detalhes que podem demonstrar falseamento do testemunho ou sugestionabilidade .

Por fim, cabe destacar que nenhuma teoria é perfeita e carente de críticas, portanto, mais uma vez, evoluir é preciso.

5. CONCLUSÃO

Por meio da presente pesquisa foi chegada às seguintes conclusões:

³²⁷ As máximas da experiência comuns decorrem de generalizações, do emprego do senso comum e daquilo que ocorre normalmente. Contudo, não devem ser invocadas quando contradizem o conhecimento científico, contrariarem a prova específica constante dos autos, forem contraditórias com outras máximas da experiência, quando não tenham relação direta com os fatos envolvidos na resolução do caso concreto ou, de modo geral, não estejam ancoradas nos melhores conhecimentos disponíveis na cultura social. (TARUFFO, Michele. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, p.121-156.)

³²⁸ Frisa-se que, neste caso, além de ter sido impossível a inversão do ônus da prova na audiência preliminar, o juiz não encontrou convicção sequer verossimilhante. (MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf). Acesso em: 19/02/2017.p.7.)

1 – A produção probatória sofreu diversas modificações ao longo dos séculos. A evolução do Estado e da Sociedade fez com que velhos dilemas passassem a ser analisado de maneira mais intensificada, tal como a Síndrome da Alienação Parental e as Falsas Memórias, o qual abriu o caminho para novas discussões sobre a avaliação das provas testemunhais;

2 – As pessoas, independente da idade, estão sujeitas a sofrer das falsas memórias e estas podem modificar o resultado de uma ação judicial em razão de uma narrativa de um fato inexistente. Portanto, as provas testemunhais devem ser valoradas com maior cautela que as provas materiais, uma vez que, cada pessoa possui um comportamento diferenciado ao realizar a exposição fática, as quais poderão, apesar de coerentes, serem inverdades ou fatos nunca ocorridos, mas sugeridos ao narrador;

3 – Portanto, é indispensável que os Operadores do Direito reconheçam que as pessoas podem sofrer das Falsas Memórias e que quanto maior o lapso temporal entre a data do fato e a data da narrativa, maior a probabilidade do seu surgimento, exigindo dos Operadores do Direito maior cautela durante a valoração desta prova, posto que um erro poderá causar a soltura de um culpado ou a condenação de um inocente;

4 – Para melhor avaliar uma prova testemunhal se faz necessário que o magistrado passe a valorar e descrever a Linguagem Corporal emitida pelas testemunhas, vítimas e acusado, posto que, muitas vezes as palavras direcionam o raciocínio, mas o corpo demonstra outro;

5 – Utilizar as Audiências de Custódia como meio de captação da Linguagem Corporal das testemunhas, da vítima e depoente, em relação aos casos que não restaram provas materiais e que será apreciada tão somente as provas testemunhais, passa ser uma ferramenta eficaz para constatar a diferença ou semelhança entre a Linguagem Corporal apresentada logo após o ilícito e a apresentada na sala de audiência;

6 – Uma mesma expressão corporal poderá corresponder a duas ou mais possibilidades. Portanto, a análise da Linguagem Corporal é fundamental para compreender que se não conhecer este assunto e não aprofundar seus estudos continuar-se-á realizando a valoração da prova testemunhal de maneira simplista e, geralmente, equivocada;

7 – Todas as decisões judiciais demonstram que a simples palavra narrada pela pessoa, por vezes, não expõe todo seu significado, ou seja, “o corpo fala”, o corpo contradiz, o corpo demonstra o que a fala procura ocultar;

8 – Por fim, conclui-se que somente com a exposição de todos os elementos e circunstâncias relevantes em relação à valoração da prova testemunhal e que foram responsáveis para formar o convencimento do magistrado, será possível superar o subjetivismo dos juízes e dos operadores do direito que justificam suas atuações em razão da experiência profissional direcionar para uma ou outra interpretação.

REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques. *Efeitos do Tipo de Item e do Monitoramento da Fonte na Criação e Persistência de Falsas Memórias*. Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação em Psicologia Aplicada da Universidade Federal de Uberlândia. Uberlândia: 2006. Disponível em: <<http://penelope.dr.ufu.br/bitstream/123456789/1501/1/EfeitosTipoItem.pdf>>. Acessado em: 03/11/2014.

_____; LOPES, Ederaldo José. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. *Paidéia (Ribeirão Preto)* vol.17 no.36 Ribeirão Preto Jan./Apr. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf> >. Acessado em: 20/10/2014.

ARAÚJO, Edna Del Pomo de. *Vitimologia em Debate II*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris Ltda, 1997.

AVILA, Luciana Moreira de; STEIN, Lilian Milnitsky. A influência do traço de personalidade neuroticismo na suscetibilidade às falsas memórias. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* [online]. 2006, vol. 22, nº. 3. p. 339-346. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000300011&lng=en&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014.

BARATTA, Alessandro. Direitos Humanos Entre a Violência Estrutural e a Violência Penal. *Fasc. De Ciências Penais*. Porto Alegre, v. 6, n.2, p. 44-61, abr/mai/jun, 1993.

BARROS, Marco Antônio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: RT, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional brasileiro (pósmodernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista Diálogo Jurídico*, a. I, v. 1, n. 6, set. 2001. Disponível em: http://www.direitopublico.com.br/pdf_6/DIALOGO-JURIDICO-06-SETEMBRO-2001-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf Acessado em: 22/02/2017.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução: Torrieri Guimarães. Copyright Ed. Martin Claret, 2001.

BECKERT, Marcelo Emílio. Correspondência verbal/não-verbal: pesquisa básica e aplicações na clínica. p. 229/244. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007.

BENTHAM, Jeremy. *Tratado de las pruebas judiciales*. Vol. I. Trad. de Manuel Ossorio Florit. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-America, 1971.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para resolução de controvérsias. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 615/628. 2016.

BRAINERD, C. J.. Prefácio. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgvLkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acessado em: 05/08/2014.

BREGA FILHO, Vladimir. FEDERALIZAÇÃO DAS VIOLAÇÕES DE DIREITOS HUMANOS. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 5, p. 45-63, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/39>>. Acessado em: 19/02/2017.

BRITO, Leila Maria Torraca de; PEREIRA, Joyce Barros. Depoimento de crianças: um divisor de águas nos processos judiciais?. *Psico-USF* [online]. 2012, vol. 17, n. 2 p.285-293 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712012000200012&lng=en&nrm=iso>. Disponível em: 06/06/2014.

BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Memória para eventos emocionais: o papel do momento da testagem e do tipo de teste. *Universitas Psychologica*. Bogotá. Vol. 11. N.º 1. p. 79-90. 2012. Disponível em: http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CDIQFjAB&url=http%3A%2F%2Frevistas.javeriana.edu.co%2Findex.php%2FrevPsycho%2Farticle%2Fdownload%2F753%2F1520&ei=U6SRU_msH83jsAS9v4KQAAQ&usg=AFQjCNG02YwUJ_mSgHC30roIbalMgGsgCA&sig2=peetLMFrCmPpg088DMGuEQ&bvm=bv.68445247,d.cWc (download). Acessado em: 06/06/2014.

BRUST, Priscila Goergen; NEUFELD, Carmem Beatriz; ÁVILA, Luciana Moreira de; WILLIAMS, Anna Virginia; STEIN, Lilian Milnitsky. Procedimentos experimentais na Investigação das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 42-68. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgvLkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acessado em: 05/08/2014.

BUSATO, Paulo Cesar. *Direito Penal*: parte geral. 2013.

CAMBI, Eduardo. *Curso de Direito Probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

CAMBI, Eduardo; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. *Depoimento sem dano e Falsas memórias*. Revista de Processo. Ano 39. Vol. 235. p.21-50. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2014.

CARDOZO, Benjamin N. *A natureza do processo judicial*. Tradução Silvana Vieira. São Paulo: Martins Fontes. 2004.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. *Rivista di diritto processuale*, 1965.

CARVALHO, Salo. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. In: *Criminologia e Sistemas Jurídicos Penais Contemporâneos*. Ruth Maria Chittó Gauer (org) Porto Alegre: EDIPUCRS.

CASARA, Rubens R.R; MELCHIOR, Antonio Pedro. *Teoria do Processo Penal Brasileiro. Dogmática e Crítica: Conceitos Fundamentais*, Lumen Juris, vol. 1.

CASARI, Camila Maria Rosa; GIACOIA, Gilberto. A violação dos direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro à luz da teoria do garantismo penal. *Revista Eletrônica do Curso de Direito UFSM*. V. 11. N.1. 2016. p. 249 – 274. Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/20816/pdf#.WKmLujhTLZg>. Acessado em: 19/02/2017.

CATANIA, A. Charles. *Aprendizagem: comportamento, linguagem e cognição*./ A. Charles Catania; trad. Deisy das Graças de Souza (et al) 4ªed. – Porto Alegre: Artes Médicas Sul. 1999.

CHIARLONI, Sergio. Ideologie processuali e accertamento della verità. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, dez./2009.

COLEMAN, Jules L. e LEITER, Brian. Determinação, objetividade e autoridade. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2004. p. 303/418.

COSTA, Ilton Garcia da; GONÇALVES, Aline de Menezes. Da sociedade antiga à sociedade política e a funcionalidade do Direito. *NOMOS Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC*, Fortaleza. Jul-dez 2016. v. 36/2, p. 205-224. Disponível em: www.periodicos.ufc.br/index.php/nomos/article/download/6325/4568. Acessado em: 19/02/2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. *Revista De Estudos Criminais* – ano 4 – 2004 – nº 14, PUCRS.

DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2010.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. Vol. III. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIMITRIUS, Jo-Ellan; MAZZARELLA, Mark. *Decifrando Pessoas*. Tradução de Sonia Augusto. Editora Elsevier. 2009.

DOS SANTOS, Cristiano Valério. Momento Comportamental. p. 63/80. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007.

EKMAN, Paul. *A linguagem das emoções: Revolucionando sua comunicação e seus relacionamentos reconhecendo as expressões das pessoas ao redor*. Paul Ekman; Tradução Carlos Szlak. São Paulo: Lua de Papel. 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FITCH, Brian D.. *The Truth About Lying: What Investigators Need to Know*. Disponível em: <https://leb.fbi.gov/2014/june/the-truth-about-lying-what-investigators-need-to-know>. Acessado em: 24/02/2017.

FLECH, Larissa Civarde. *Falsas Memórias no Processo Penal*. Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Dezembro de 2012. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1>. Acessado em: 05/08/2014.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 1996.

GADAMER, Hans-Georg. *O problema da consciência histórica*. 3ª ed. Tradução Paulo Cesar Duque Estrada. Rio de Janeiro: Editora FGV. 2009. p. 59-62

GASCÓN ABELLÁN, M. *Los hechos en el derecho*. 3. ed. Madri: Marcial Pons, 2010, Marcial Pons, Madrid, 2010.

GIACOIA, Gilberto. O poder disciplinar e a lei: um exemplo e uma interpretação. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 6. 2006. p. 96-105. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/60/60>. Acessado em: 19/02/2017.

GONZÁLEZ, José Calvo. *La controversia fáctica: Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho*. Disponível em: fun. Acessado em: 12/03/2014.

GONZÁLEZ, José Calvo. *La controversia fáctica: Contribución al estudio de la quaestio facti desde un enfoque narrativista del Derecho*. Disponível em: <http://webpersonal.uma.es/~JCALVO/docs/controversia.pdf>. Acessado em: 12/03/2014.

GRACIÁN, Baltasar. *A arte da prudência*. Tradução de Davina Moscoso de Araújo. Rio de Janeiro: Sextante, 2006.

GRINOVER, Ada Pellegrini. FERNANDES, Antonio Scarance. GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

HERÁLDEZ, Ambrocio Mojardín. *Origen y Manifestaciones de las Falsas Memorias*. Act.Colom.Psicol. vol.11 no.1 Bogotá Jan./June 2008. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/pdf/acp/v11n1/v11n1a04.pdf> >. Acessado em: 04/08/2014.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2ªed. Tradução Rosina D'Angina. São Paulo: Martin Vlare, 2012.

HUDSON, J., FIVUSH, R.; KUEBLI, J.. Scripts and episodes: The development of event memory. *Applied Cognitive Psychology*, Vol. 6, p. 483-505. 1992.

HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. *Contexto emocional negativo e processamento consciente na produção de falsas memórias em tarefas de reconhecimento*. *Psicol. Reflex. Crit.* vol.26 no.3 Porto Alegre 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/prc/v26n3/v26n3a13.pdf>>. Acessado em: 20/10/2014.

HUANG, Tin Po; JANCZURA, Gerson Américo. Processos conscientes e inconscientes na produção de falsas memórias. *Psicologia: Teoria e Pesquisa* [online]. 2008, vol. 24, nº. 3. p. 347-354. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722008000300011&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014.

LATTAL, Kennon A.. Ciência, tecnologia e análise do comportamento. p. 15/26. In: *Análise do comportamento: pesquisa, teoria e aplicação*. Josele Abreu-Rodrigues; Michela Rodrigues Ribeiro (organizadoras). Porto Alegre: Artmed. 2007.

LEAL, César Barros. *Prisão: crepúsculo de uma era*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. O processo penal e os direitos humanos sob os grilhões de nosso passado inquisitorial. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 16. 2012 p. 13-42. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/212/211>. Acessado em: 19/02/2017.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. 8 ed. V 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Formação da convicção e inversão do ônus da prova segundo as peculiaridades do caso concreto*. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni\(15\)%20-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20G%20Marinoni(15)%20-formatado.pdf). Acesso em: 19/02/2017.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Revista e atualizada por Eduardo Real Ferrari. 2ª Edição. Campinas: Millennium. Vol. I. 2003.

MARTINS, Lisandra Moreira, et al. Prova não prova. *Argumenta Journal Law*. Jacarezinho – PR, Brasil, n. 22. p. 251-274. Disponível em: http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/568/pdf_86. Acessado em: 19/02/2017.

MATSUMOTO, David; SKINER, Lisa G.; HWANG, Hyisung C. Hwang. *Reading People: Behavioral Anomalies and Investigative Interviewing*. Disponível em:

<https://leb.fbi.gov/2014/march/reading-people-behavioral-anomalies-and-investigative-interviewing>. Acessado em: 24/02/2017.)

MILLENSON, J. R. *Princípios de Análise do Comportamento*. Tradução de Alina de Almeida Souza e Dione de Rezende. Brasília: THESAURUS Editora de Brasília LTDA. 1967.

MORAES, Alexandre Almeida. A concepção de Charles Taylor de uma ética da autenticidade unida a uma política do reconhecimento. *Revista Filosofia Capital – RFC* ISSN 1982-6613, Brasília, vol. 6, n. 13, p. 03-12, jul/2011. Disponível em: <http://www.filosofiacapital.org/ojs-2.1.1/index.php/filosofiacapital/article/view/215/180>. Acessado em: 24/02/2017.

MOARES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2006.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Adaptação de um método de investigação do impacto da emoção na memória. *Psico-USF* [online]. 2008, vol. 13, nº. 1. p. 21-29. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-82712008000100004&lng=pt&nrm=iso>. Acessado em: 06/06/2014.

_____; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 21-41. Disponível em: <<http://books.google.com.br/books?id=Zge17ZVgvLkC&printsec=frontcover&hl=pt-BR#v=onepage&q&f=false>>. Acessado em: 05/08/2014.

_____; BRUST, Priscila Goergen; SILVA, Marcelle Thays Gomes da. Investigação da memória em crianças em idades escolar e pré-escolar. *Psicol. estud.* vol.16 no.1 Maringá Mar. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pe/v16n1/a14v16n1.pdf>>. Acessado em: 20/10/2014.

_____; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. O efeito da sugestão de falsa informação para eventos emocionais: quão suscetíveis são nossas memórias?. *Psicologia em Estudo*. [online]. 2008, vol. 13, nº. 3. p. 539-547. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-73722008000300015&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014.

NIEVA FENOLL, J. *La valoración de la prueba*. Madri: Marcial Pons, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Sistema Penal*. 4ª ed., rev., ampl. e atual. Imprensa Rio de Janeiro: Forense. 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 13ª ed. 2ª Tiragem. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2010.

OLIVEIRA JUNIOR, Ivan Ito Messias. *Prova Ilícita – Inadmissibilidade Relativa*. Recife, 2002. Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de Pernambuco. Disponível em: <http://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/4409>. Acessado em: 27 Jan 2017.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. 3ed. rev. Atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2001.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky; WAINER, Ricardo. Estudos sobre a memória na depressão: achados e implicações para a terapia cognitiva. *Revista de Psiquiatria Clínica* [online]. 2004, vol. 31, nº. 2. p. 82-90. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-60832004000200004&lng=en&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014.

PIEDADE, Antonio Sergio Cordeiro. *Quesito genérico das teses defensivas: risco à segurança jurídica e à transparência nos julgamentos pelo tribunal do Júri*. Disponível em: <http://www.confrariadojuri.com.br/artigos/tese.pdf>. Acessado em: 24/02/2017.

PIMENTEL, Eduarda; ALBUQUERQUE, Pedro B.. *Paradigma Deese-Roediger-McDermott: efeito da evocação prévia e tipo de tarefa de memória*. Psic.: Teor. e Pesq. vol.27 no.3 Brasília July/Sept. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ptp/v27n3/07.pdf> >. Acessado em: 05/11/2014.

PONTE, Antonio Carlos da. Falso testemunho no procedimento do Júri. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. v. 44, p. 89-112, 2005. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/18387/Falso_Testemunho_no_Procedimento_do_J%c3%bari.pdf. Acessado em: 22/02/2017.

RAZ, Joseph. Interpretação sem restabelecimento. In: MARMOR, Andrei. *Direito e interpretação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2004. P. 2350265. p. 263.

RODRIGUES, Eduarda Pimentel; ALBUQUERQUE, Pedro Barbas de. *Produção de memórias falsas com listas de associados: análise do efeito do nível de processamento e da natureza da prova de memória*. Psicol. USP vol.18 no.4 São Paulo Oct./Dec. 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/pusp/v18n4/v18n4a08.pdf> >. Disponível em: 20/10/2014.

ROSA, Alexandre Moraes. Engane-me se puder: a linguagem corporal entra no jogo processual. *CONJUR – Consultor Jurídico*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-fev-12/limite-penal-engane-me-puder-linguagem-corporal-entra-jogo-processual>. Acessado em: 24/02/2017.

SANTIN, Valter Foletto. A investigação criminal e o acesso à Justiça. *Justitia (São Paulo)*, v. 195, p. 11-26, 2001. Disponível em: <http://www.revistajustitia.com.br/artigos/49d361.pdf>. Acessado em: 19/02/2017.

SANTIN, Valter Foletto; OLIVEIRA, Priscila Sutil de. Primeiros números da efetividade da audiência de custódia. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia*

Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.). Curitiba: Mona. p. 531/544. 2016.

SANTOS, Christiano Jorge. *Todo preso deve ser algemado*. Consultor Jurídico (São Paulo. Online), v. 1, p. 1, 2007. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI67142,41046-Todo+preso+deve+ser+algemado>. Acessado em: 22/02/2017.

SANTOS, Maurício Cirino dos. A audiência de custódia e as funções institucionais do Ministério Público. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.)*. Curitiba: Mona. p. 521/530. 2016.

SANTOS, Moacir Amaral. *Prova judiciária no cível e comercial*. 4. ed. São Paulo: Max Limonad. 1970.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SEGER, Mariana Fonseca; JR. Lopes Aury. *Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias*. Trabalho de Conclusão de curso apresentado ao curso de Direito da PUCRS no ano de 2012. Disponível em: http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf. Acessado em: 05/11/2014.

SILVA, Denise Maria Perissini da. *Mediação e guarda compartilhada: conquistas para a família*. Curitiba: Juruá. 2011.

SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos no âmbito do Estado: Instituições Nacionais de Direitos Humanos e Ministérios Públicos na América Latina – para além dos princípios de Paris. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.)*. Curitiba: Mona. p. 71/104. 2016.

SKINNER, Burrhus Frederic. (1904 – 1990). *Ciência e comportamento humano*. Tradução: João Carlos Todoroc; Rodolfo Azzi. 11ª ed. São Paulo: Martin Fontes. – Coleção Biblioteca Universal. - 2003.

SKINNER, Burrhus Frederic. *Questões recentes na análise comportamental*. 5ª edição. Campinas: Papirus Editora. 1989.

SOUZA NETO, José Laurindo de. Aspectos relevantes sobre a audiência de apresentação do preso. In: *Direito e Justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacóia/ Eduardo Augusto Salomão Cambi; Alencar Frederico Margraf (orgs.)*. Curitiba: Mona. p. 509/520. 2016.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas. *Psicologia Reflexão e Crítica*. [online]. 2001, vol. 14, nº. 2 p. 353-366. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-797220010002000010&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014.

____; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. *Revista Psicologia, reflexão e crítica [online]*. Vol. 12. N.º 2. 2001.

____; FEIX, Leandro da Fonte; ROHENKOHL, Gustavo. Avanços metodológicos no estudo das falsas memórias: construção e normatização do procedimento de palavras associadas. *Psicologia Reflexão e Crítica [online]*. 2006, vol. 19, nº. 2. p. 166-176. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722006000200002&lng=pt&nrm=iso. Acessado em: 06/06/2014.

____; NEUFELD, Carmem Beatriz. *Falsas Memórias: Porque Lembramos de Coisas que não Aconteceram?*. Arq. Ciênc. Saúde Unipar. 5(2): mai./ago.,2001. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/saude/article/view/1124/987>>. Acessado em: 04/08/2014.

TARUFFO, Michele. *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*. In: Sui confini. Scritti sulla giustizia civile. Bolonha: II Mulino, 2002.

TARUFFO, M. *Conocimiento científico y estándares de prueba judicial*. Trad. M Carbonell e P. Salazar. Boletim Mexicano de Derecho Comparado, nueva serie, año XXXVIII, v. 114, p. 1285-1312, 2005.

TARUFFO, M. *La prueba*. Madri: Marcial Pons, 2008.

THOMPSON, Augusto. *A Questão Penitenciária*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TOSCANO JR., Rosivaldo. *Muito Mais que Uma Audiência de Custódia*. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/muito-mais-que-uma-audiencia-de-custodia-por-rosivaldo-toscano-jr/> Acesso em 12 de maio de 2015.

YARSHELL, Flavio Luiz; MORAES, Marurício Zanoide de (orgs.). *Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: DPJ, 2005.

ZACKSESKI, Cristina. O problema dos presos sem julgamento no Brasil. In. *FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA*, 2010. Anuário.... São Paulo: FBSP, 2010. p. 88-99.

Links

CONECTAS DIREITOS HUMANOS. Mapa das Prisões. Disponível em: <http://www.conectas.org/pt/noticia/25378-mapa-das-prisoas>. Acesso em 16 de maio de 2015.

CONJUR. Combate ao encarceramento. *Lewandowski pede que tribunais promovam audiência de custódia*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-06/lewandowski-tribunais-promovam-audiencias-custodia>. Acessado em: 10 de maio de 2015.

CONJUR. *Audiência de custódia começa em São Paulo, com resistência do Ministério Público*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-24/audiencia-custodia-comeca-resistencia-ministerio-publico>. Acessado em: 01/06/15.

Conocimiento científico y estándares de prueba judicial. *Boletín Mexicano de Derecho Comparad*. Ano XXXVIII, n. 114, set-dez 2005. p. 1285-1312. Disponível em: <http://www.ejournal.unam.mx/bmd/bolmex114/BMD11413.pdf>. Acessado em: 13/03/2014.