



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO**

RAMON E SILVA COSTA

**A VERDADE REAL COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL:
UMA ANÁLISE SOB A APLICAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP E A
POSSIBILIDADE DA FORMAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NOS
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO EM FACE DOS CRIMES DE
COLARINHO BRANCO EM SALVADOR-BA**

**SALVADOR
2018**

RAMON E SILVA COSTA

**A VERDADE REAL COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL:
UMA ANÁLISE SOB A APLICAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP E A
POSSIBILIDADE DA FORMAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NOS
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO EM FACE DOS CRIMES DE
COLARINHO BRANCO EM SALVADOR-BA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Prof. Elmir Duclerc Ramalho Junior
Co-orientadora: Prof^a.Alessandra R. Mascarenhas

SALVADOR
2018

Ficha catalográfica

C837 Costa, Ramon e Silva.

A verdade real como mecanismo de controle social:
uma análise sob a aplicação do artigo 212 do CPP ... /
Ramon e Silva Costa. – Salvador, 2018.

67 f.

Orientador: Elmir Dulclerc

Co-orientadora: Alessandra Mascarenhas

Trabalho de conclusão de curso (graduação) –
Universidade Federal da Bahia. Faculdade de Direito,
Salvador, 2018.

1. Direito penal. 2. Processo penal - Brasil. 3.
Criminologia. 4. Prova criminal. 5. Memória. I. Duclerc,
Elmir. II. Mascarenhas, Alessandra. III. Universidade
Federal da Bahia. Faculdade de Direito.

CDD 345.05

Bibliotecária Sandra Batista de Jesus – CRB-5/1914

RAMON E SILVA COSTA

**A VERDADE REAL COMO MECANISMO DE CONTROLE SOCIAL:
UMA ANÁLISE SOB A APLICAÇÃO DO ARTIGO 212 DO CPP E A
POSSIBILIDADE DA FORMAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NOS
CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO EM FACE DOS CRIMES DE
COLARINHO BRANCO EM SALVADOR-BA**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito, Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovada em _____.

Orientador: Prof. Elmir Duclerc Ramalho Junior
Doutor em Direito
Professor adjunto da Universidade Federal da Bahia

Examinador: Ney Menezes de Oliveira Filho
Mestre em Direito
Professor da Universidade do Estado da Bahia

Examinador: Misael Neto Bispo da França
Mestre em Direito
Professor da Universidade Federal da Bahia

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus todos os dias por me conceder saúde, equilíbrio e paz para que eu consiga subir degrau por degrau na luta pelos meus sonhos.

Agradeço a meus pais Katia Rose e Luiz Alberto por constituírem meu alicerce, que nem mesmo as mais fortes tempestades conseguem abalar, através da educação, amor e cuidado perpassados. Alicerces estes que me fizeram aprender o valor de cada conquista e os ensinamentos de cada derrota.

Agradeço à minha irmã Ramayana Costa, a qual costumo chamar de anjo da guarda, pelos seus conselhos, amizade, tolerância e altruísmo. Pessoa que me faz crescer dia após dia.

Agradeço à minha namorada Lia Nery, minha pequena grande mulher, por toda atenção, compreensão, amor e companheirismo. É um verdadeiro privilégio ter essa princesa ao meu lado.

Agradeço às minhas avós Norma e Lourdes, minhas “velhinhas lindas” por todas as orações, zelo e amor. Aprendo a valorizar cada segundo da vida quando estou ao lado delas.

Agradeço aos irmãos e à irmã que Deus colocou na minha vida como se fossem dos mesmos pais e mães. Vitor Calasans, Kaio Cesar, Luiz Felipe e Dandara Freire por toda compreensão, amizade e fidelidade. Nem mesmo a distância abala nossa união.

Por fim, não menos relevante, agradeço a Daniel Angeli, por sua paciência, amizade e prestatividade. Pessoa ímpar que me ensina que para chegar ao topo não é necessário torcer pela derrota de ninguém. O topo sempre cabe mais um que está disposto a lutar.

A todos, minha gratidão eterna! Nada disso seria possível sem vocês ao meu lado.

RESUMO

COSTA, Ramon e Silva. **A verdade real como mecanismo de controle social**: uma análise sob a aplicação do artigo 212 do CPP e a possibilidade da formação das falsas memórias nos crimes contra o patrimônio em face dos crimes de colarinho branco em Salvador-Ba / Ramon e Silva Costa. – Salvador, 2018.67f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

O presente trabalho tem como objeto de análise a forma como é produzida a prova testemunhal nos crimes contra o patrimônio e nos crimes de colarinho branco. A partir disso, busca-se verificar a possibilidade da ocorrência da principal tese levantada: a verdade real como mecanismo do controle social. Será de extrema relevância para suscitar a tese levantada a verificação do modo de atuação do juiz ao realizar todo o procedimento determinado pelo artigo 212 do Código de Processo Penal e a possível formação de falsas memórias. No primeiro momento, será exposto o conceito de provas e sua relevância para o processo penal juntamente com a apresentação dos dois modelos de sistema penal: acusatório e inquisitório. A partir disso, será possível demonstrar que, no Brasil, diferentemente do que determina a Constituição Federal, o sistema adotado não é o acusatório, visto que a produção de provas continua, em muitos casos, nas mãos do juiz. Essa conduta do juiz em produzir provas de ofício é legitimada pelo princípio da busca pela verdade real. Tal princípio determina que para fundamentar as suas decisões o juiz precisa do máximo de material probatório possível. Diante desse quadro, buscamos, na teoria da reação social, a ideia de controle social. Na verdade, já que são as agências formais que determinam quais condutas serão consideradas crimes e a resposta oficial leva em conta, também, as características físicas e econômicas do indivíduo, o sistema penal é uma forma de dominação social. Assim, torna-se pertinente questionar se essa busca pela verdade real faz parte do sistema penal como mecanismo desse controle social para fomentar um sistema penal seletivo.

Palavras-chave: Processo penal Brasileiro. Criminologia. Prova criminal. Memória. Reação Social.

ABSTRACT

COSTA, Ramon e Silva. **A verdade real como mecanismo de controle social:** uma análise sob a aplicação do artigo 212 do CPP e a possibilidade da formação das falsas memórias nos crimes contra o patrimônio em face dos crimes de colarinho branco em Salvador-Ba / Ramon e Silva Costa. – Salvador, 2018. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018.

This work has as analysis's object the way the testimonial evidence is produced in crimes against the patrimony and in crimes of white collar. From this, it is sought to verify the possibility of the occurrence of the main thesis raised: the real truth as mechanism of social control. It will be extremely relevant to raise the thesis raised the verification of the way the judge acts in carrying out the entire procedure determined by Article 212 of the Code of Criminal Procedure and the possible formation of false memories. In the first moment, the concept of evidence and its relevance to the criminal process will be exposed together with the presentation of the two models of penal system: accusatory and inquisitorial. From this, it will be possible to demonstrate that, in Brazil, differently from the Federal Constitution's determinations, the system adopted is not accusatory, since the production of evidence continues, in many cases, in the hands of the judge. This conduct of the judge in producing evidence of office is legitimized by the principle of the search for the real truth. This principle determines that in order to justify its decisions the judge needs as much evidence as possible. In this context, we seek, in the theory of social reaction, the idea of social control. In fact, since it is the formal agencies that determine which conduct will be considered crimes, and the official response also takes into account the physical and economic characteristics of the individual, the penal system is a form of social domination. It becomes pertinent to question whether this search for real truth is part of the penal system as a mechanism of this social control to foster a selective criminal system.

Keywords: Criminal Procedure. Criminology. Criminal Evidence. Memory. Labeling approach.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	8
2	BREVE PANORAMA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	11
2.1	Dos sistemas de apreciação da prova.....	12
2.2	Do sistema acusatório e o perigo da busca pela verdade real.....	14
2.3	Da prova testemunhal e a análise de sua aplicação no processo penal brasileiro.....	20
3	DA MEMÓRIA EPISÓDICA.....	27
3.1	Das falsas memórias.....	30
3.2	As falsas memórias como consequência do controle social.....	33
4	DA TEORIA CENTRAL DO PARADIGMA ETIOLÓGICO.....	36
4.1	Da teoria central do paradigma da reação social.....	38
4.2	Breve análise da teoria da associação diferencial e dos crimes de colarinho branco.....	40
4.3	Da relação entre as três teorias.....	42
4.4	A verdade real como mecanismo de controle social.....	43
5	CONTEXTUALIZAÇÃO METODOLÓGICA.....	46
5.1	Do estudo de caso.....	47
5.2	Do tipo de dado da amostra.....	51
5.3	Da narrativa do estudo de caso.....	52
5.4	Considerações	59
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	62
	REFERÊNCIAS.....	65

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988, pelo fato de ser elaborada logo após uma Ditadura Militar, além de colocar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil, colocou os direitos e garantias fundamentais como cláusula pétrea e geral para todo o sistema jurídico.

Entre os diversos direitos elencados de forma não taxativa no artigo 5º da CRFB, chamamos atenção ao inciso LIV que trata do devido processo legal. Em resumo, o devido processo legal garante que ninguém terá sua liberdade ou seus bens privados sem que antes tenha ocorrido um processo no qual o réu tenha assegurado todos os direitos que a lei determina, não cabendo ao juiz desrespeitá-los.

Aliado a essa garantia, a CRFB 1988 demonstrou, ao separar as funções de acusar, defender e julgar, que o sistema penal deverá ser o acusatório. Dessa forma, toda a produção de provas deveria ficar nas mãos das partes: defesa e acusação.

Todavia, na prática, o nosso sistema penal não é acusatório. Por exemplo: o artigo 156, incisos I e II do Código de Processo Penal (CPP) autoriza que o juiz, de ofício, determine diligências tanto no Inquérito Policial, quanto no processo. Do mesmo modo, o artigo 383 determina que o juiz poderá alterar a classificação jurídica do fato, de ofício. Por fim, longe de exaurir todos os artigos com traços inquisitoriais, citamos o artigo 212 parágrafo único, no qual o juiz de ofício poderá complementar a inquirição das testemunhas.

A partir disso, percebemos que nosso sistema penal, mesmo a CRFB (1988) tratando o assunto de forma distinta, apresenta fortes traços inquisitoriais. A aplicação desses artigos é legitimada, principalmente, pelo princípio da busca pela verdade real. Segundo tal princípio, o juiz, no momento de formular sua decisão, não deve utilizar apenas os elementos trazidos pelas partes no processo, ou seja, deverá buscar outras provas, mesmo de ofício, para que se evite “equivocos” nas suas decisões.

A teoria da reação social irá nos advertir sobre a existência de um modelo estruturado dentro do sistema penal para perpetuar o sistema de dominação¹. Nesse sentido, são determinadas “pessoas” que dizem quais condutas serão consideradas crimes e quais pessoas serão punidas, a partir de um sistema de seleção que incluirá, entre outras variáveis, a classe econômica do sujeito.

Para que esse controle social possa ser garantido, existe todo um processo de criminalização que passa pelos agentes criadores da lei até o juiz no curso do processo penal.

Aliado a essa ideia de controle social, Suntherland, na teoria da associação diferencial, define o crime de colarinho branco como “[...] um crime cometido por pessoas respeitáveis e com elevado status social, no curso de seu trabalho”². Diante desse conceito, os responsáveis pelo sistema de justiça penal tendem a enxergar tais indivíduos com mais medo e/ou admiração.

Percebe-se, assim, a partir das duas teorias, que as condutas tidas como crimes tendem a ser tratadas de forma diferente a depender do sujeito que as cometeu. Diante disso, a presente pesquisa visa analisar se esse princípio da busca pela verdade real – mesmo a CRFB 88 não tratando sobre sua existência – faz parte do sistema penal para garantir a existência do controle social, isto é, a aplicação de determinados artigos com traços inquisitoriais, principalmente quando a produção de provas fica na mão dos juízes, pode ser essencial para garantia de um sistema seletivo.

Para verificarmos se o princípio da busca pela verdade real existe como mecanismo de controle social, destacamos a produção da prova testemunhal, com fulcro no artigo 212 do CPP, para análise, visto que este apresenta traços inquisitoriais.

Pelo fato da prova testemunhal ser a mais utilizada pelo juiz na formulação da sua decisão dentro do processo penal, a forma como ela é produzida torna-se de extrema relevância para que se evite erros. Erros esses que podem causar as chamadas falsas memórias, que, em síntese, são lembranças de fatos que nunca

¹ VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 5. ed. Salvador: JusPODIV, 2017.

² *Ibid.*, p. 250.

ocorreram. Como consequência, uma possível decisão errada por parte do juiz, ao final da instrução, pode vir a existir.

Dessa forma, será analisado neste estudo, através de uma pesquisa empírica, como a prova testemunhal é produzida nos crimes contra o patrimônio, comparando com a sua produção nos crimes de colarinho branco. Logo, será possível verificar se o juiz tem maior preocupação com a possibilidade de ocorrer falhas, as quais acarretarão na maior ou menor possibilidade de formação das falsas memórias, a depender do sujeito que está sendo julgado e do crime que foi realizado.

Para tal análise, inicialmente, na seção intitulada Breve panorama das provas no processo penal, fizemos um levantamento bibliográfico analisando a função da prova no processo penal. Nesse momento, abordamos acerca do seu conceito e a forma como o juiz a analisa. Em seguida, discorreremos sobre os sistemas penais acusatório e inquisitorial, relacionando os traços inquisitoriais com o princípio da busca pela verdade real. A partir desses conceitos, passamos à análise de como é realizada a produção da prova testemunhal no processo penal da forma que o artigo 212 do CPP determina.

Já na terceira seção, discorreremos sobre a memória episódica, pois é a utilizada pelas testemunhas no momento do seu interrogatório. Ademais, conceituaremos falsas memórias e como elas podem surgir.

Na quarta seção, antes de adentrarmos no estudo de caso propriamente dito, iremos analisar as teorias positiva, da reação social e da associação diferencial para compreendermos de que forma o controle social é exercido no nosso sistema penal. Dessa forma, buscaremos verificar a relação deste com o princípio pela busca da verdade real.

Na quinta e última seção, intitulada Contextualização metodológica, será discutido um estudo de caso, baseado em uma observação não participativa, para refletirmos como é realizada a produção da prova testemunhal nos crimes contra o patrimônio em relação aos crimes de colarinho branco. Com isso, verificar-se-á se a aplicação do artigo 212 do CPP é realizada com mais cautela a depender do sujeito que está sendo julgado e do crime que cometeu.

2 BREVE PANORAMA DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

“As provas são signos do fato que se quer conhecer, isto é, uma relação semiótica configurável de diversos modos, em que da correspondente análise surge a mais útil das possíveis classificações”³. A partir desse conceito, percebe-se que, através das provas, o processo penal tenta reconstruir um acontecimento do passado. Lima⁴traz a origem da palavra prova:

A palavra prova tem a mesma origem epistemológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*), e traduz as ideias de verificação, inspeção, exame, aprovação ou confirmação. Dela deriva o verbo *provar*, que significa verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando relacionada com o vasto campo de operações do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro.

No mesmo sentido, Lopes Jr.⁵traz o significado da palavra “instrução” para o processo penal: “Instruere chegou a ser um verbo próprio da arquitetura, significando construir, edificar, ordenar *commétodo*. Traslado ao Direito, instruir corresponde à tarefa de recolher as provas que permitam uma aproximação do fato histórico”.

Ou seja, a partir do significado de instrução (momento em que ocorre a produção das provas) citado acima, percebe-se que o processo penal brasileiro tem como principal suporte a memória. Por ser fruto de uma crença na especial capacidade retrospectiva da mente humana, é estruturado na ideia do resgate de fatos pretéritos⁶.

As provas, então, integram o chamado “modos de construção do convencimento do julgador”⁷. Isto é, como todos os fatos “deixam vestígios”, sejam eles uma alteração na matéria ou apenas lembranças na mente humana, em todos os processos penais haverá a tentativa de se provar o que está sendo alegado. O

³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.357

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. Volume único. p. 591.

⁵ LOPES JR., op. cit., p. 357.

⁶ ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e antecipação da prova testemunhal no processo penal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 255-270, jan./jun. 2017.

⁷ LOPES JR., op. cit., p. 356.

juiz, então, agirá como uma espécie de historiador, construindo os fatos passados a partir das provas apresentadas e, dessa forma, elaborando seu convencimento.

Aponta Lopes Jr.⁸o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário: “Um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro(amanhã)”.

A partir dessa breve análise do conceito de prova e sua função para o processo penal, vem à tona a questão de como é realizado o convencimento do juiz a partir das provas apresentadas na fase da instrução do processo penal. Esse processo é de extrema relevância para a análise futura da compatibilidade da produção de prova realizada de ofício pelo magistrado com sistema constitucional vigente do processo penal. Primeiramente, cabe fazer uma distinção dos principais sistemas de apreciação das provas.

2.1 Dos sistemas de apreciação da prova

Próprio do sistema inquisitivo, o chamado “Sistema da prova Tarifada” ou “Sistema legal de provas” era taxativo e estabelecia uma valoração hierarquizada da prova, a partir de uma tabela de valoração, fixada em abstrato pelo legislador. A confissão era tida como a rainha das provas. O juiz passa a ser, dessa maneira, um mero aplicador da lei, limitado quase que por completo à sua atuação de “historiador”. Como bem ilustra Lopes Jr.⁹:

[...] saltam aos olhos os graves inconvenientes de tal sistema, na medida em que não permitia uma valoração da prova por parte do juiz, que se via limitado a aferir segundo os critérios previamente definidos na lei, sem espaço para sua sensibilidade ou eleições de significados a partir da especificidade do caso.

Não foi adotado como base pelo CPP, mas também não foi totalmente negado. Isso porque está presente no artigo 158 do CPP que “[...] será

⁸ LOPES JR., 2016, p. 355.

⁹ Ibid., p. 381.

indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, quando a infração deixar vestígios”¹⁰.

Numa posição completamente oposta ao Sistema da Prova Tarifada, se apresenta o Sistema da “Íntima Convicção”. Também chamado de Sistema da certeza moral do juiz, o julgador não precisa motivar suas decisões, isto é, é livre completamente para valorar a prova, “julgando com base nas provas dos autos, sem a prova dos autos e até mesmo, contra a prova dos autos”¹¹. E é nesse ponto que se encontra a sua principal crítica. Se por um lado o magistrado não está preso a nenhuma tabela de valoração das provas, tendo ampla liberdade para julgar, por outro fere uma das principais marcas do sistema acusatório e consagrado na CRFB 88: a fundamentação de todas as decisões.

Esse sistema é o utilizado no Rito do Tribunal do Júri, mais especificamente na segunda fase conhecida como *judicium causae* ou plenário do júri. As decisões dos jurados, que na maioria das vezes não possuem nenhum conhecimento jurídico, não precisam ser motivadas, isto é, julgam por sua íntima convicção, baseada nos seus princípios, valores e visão de mundo.

Em virtude disso, se apresenta, como sistema intermediário, o “Livre convencimento motivado”, também conhecido como Persuasão Racional ou Livre apreciação Judicial da prova. Mais do que um sistema de julgamento, o livre convencimento motivado se apresenta como um fundamental princípio nas fundamentações das decisões. Se por um lado o juiz não pode estar preso a nenhum tipo de tabela que restrinja a sua sensibilidade na apreciação das provas produzidas no processo, por outro ele é obrigado a justificar suas decisões.

Dessa forma, como bem afirma Lopes Jr.¹², essa liberdade “[...] se refere à não submissão do juiz a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria”. Tal liberdade deve ser considerada a partir das provas produzidas no processo penal aliada ao respeito aos direitos e garantias fundamentais estabelecidos na CRFB 88.

¹⁰ BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

¹¹ LIMA, 2018, p. 625.

¹² LOPES JR., 2016, p. 382.

No mesmo sentido, a motivação de uma decisão é fundamental para o exercício da ampla defesa e do contraditório garantidos no artigo 5º, inciso LV da CRFB 88. A pessoa que perde ou sofre algum tipo de limitação no seu direito de liberdade precisa saber o porquê está sofrendo tal punição, para dessa maneira poder recorrer.

Como traz Lima, nas palavras de Gomes Filho¹³:

A liberdade na apreciação das provas não se confunde com uma autorização para que o juiz adote decisões arbitrárias, mas apenas lhe confere a possibilidade de estabelecer a verdade judicial com base em dados e critérios objetivos e de uma forma que seja controlável.

Como consequência do Código de Processo Penal Brasileiro ter adotado tal sistema a ser utilizado pelo juiz na formulação da sua decisão, percebe-se que não há provas absolutas no processo penal, isto é, uma prova não é mais importante que a outra para o juiz fundamentar sua decisão. Até mesmo a confissão precisa ser apreciada em consonância com as demais provas.

No mesmo sentido, percebe-se também que o juiz não está legitimado a buscar provas violando as “regras do jogo” asseguradas pela CF, visto que sua decisão não está atrelada à vontade da maioria. Portanto, conclui-se que somente serão apreciadas e consideradas como válidas as provas produzidas no processo, com respeito ao contraditório e à ampla defesa e que têm como garantia a motivação obrigatória formulada pelo juiz.

2.2 Do sistema acusatório e o perigo da busca pela verdade real

O princípio do livre convencimento motivado é uma característica do sistema acusatório em oposição ao sistema inquisitório. No sistema inquisitório o juiz exerce uma função completamente ativa desde o início do processo até o momento da condenação. Nesse sistema o intuito mesmo é de condenar, no qual o juiz exerce a função de ator.

¹³GOMES FILHO, 2008 apud LIMA, 2018, p. 249.

A denominação de ator se justifica porque ele participa desde a produção/admissibilidade das provas até o momento da aplicação da decisão final. Ademais, é a própria figura do juiz-ator que realiza a acusação. De acordo com Coutinho¹⁴, “[...] ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”.

Tal sistema é marcado pelo método tarifado de avaliação de provas, além de inexistência de contraditório pleno, juiz parcial, desigualdade de armas e oportunidades e a possibilidade do juiz poder atuar de ofício¹⁵. Percebe-se, dessa maneira, que além da não separação entre acusador/julgador a outra principal característica do sistema inquisitório é a produção de provas nas mãos do juiz.

Em contrapartida, o sistema acusatório, consagrado na CRFB 88, é fruto do respeito máximo aos direitos e garantias fundamentais nela estabelecida. Vale ressaltar nas palavras Lopes Jr.¹⁶ que “[...] a estrutura do processo penal de um país funciona como um termômetro dos elementos democráticos ou autoritários de sua Constituição”.

Quando se afirma que o sistema acusatório é fruto do respeito máximo ao que a CRFB 88 determina faz-se alusão, principalmente, ao devido processo legal. O devido processo legal presente no artigo 5º, inciso LIV da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988 tem, entre outras características: o direito ao contraditório e à ampla defesa pelo réu, inciso LV; a separação do acusador, que, nas ações públicas, será de responsabilidade do Ministério Público (MP), para o julgador, inciso LIII c/c art 129 CF; o princípio do juiz natural, no qual apenas órgãos instituídos pela Constituição poderão exercer jurisdição, não podendo haver juízo ou Tribunal de exceção, inciso XXXVII; a proibição das provas ilícitas que devem ser desentranhadas do processo, inciso LVI; e a obrigatoriedade da motivação pelo juiz nas suas decisões, artigo 93, IX.

No sistema acusatório o juiz não é mais aquele juiz-ator do inquisitivo. Passa a ser o juiz-espectador. Espectador, pois deve agir apenas quando invocado,

¹⁴COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Empório do direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 18 out. 2018.

¹⁵ LOPES JR., 2016.

¹⁶Ibid., p. 40.

prevalecendo o princípio da inércia. Espectador porque não deve(ria) produzir provas de ofício, mas apenas analisar as provas produzidas dentro do processo pelas partes sempre respeitando o contraditório e formulando sua decisão a partir do livre convencimento motivado. Espectador também devido ao fato de entender que absolver ou condenar se trata de equivalentes “axiológicos”¹⁷ para o resultado do processo. Por fim, espectador por não ser o responsável pela acusação e, por isso, em caso de dúvida, deverá decidir em favor do réu devido ao princípio do *in dubio pro reo*.

O sistema acusatório é uma característica fundamental do Estado Democrático de Direito. Sua marca principal é exatamente o oposto do sistema inquisitório: separação entre juiz e acusação e a não produção de provas de ofício pelo juiz. O direito a punir que o Estado tem não pode servir de justificativa para violação dos direitos consagrados na CRFB 88 que, segundo a pirâmide kelseniana, é a Norma Suprema.

Daí o perigo da busca pela “Verdade Real” no processo penal. Antes de discorrer sobre esse princípio¹⁸ cabe analisar brevemente qual sistema é utilizado no nosso ordenamento jurídico em matéria de direito processual penal.

O Decreto-lei nº 3.689, popularmente conhecido como Código de Processo Penal Brasileiro, foi instituído em 1941 durante o Estado Novo instaurado por Getúlio Vargas. O Estado Novo foi um golpe de estado realizado por Getúlio Vargas em 1937 no qual, alegando ameaça comunista, o manteve no poder. Essa época foi marcada por diversos movimentos nacionalistas radicais em todo o mundo, fundados, principalmente, no fascismo. Não sendo muito diferente no Brasil, Getúlio Vargas determinou o encerramento das Assembleias Legislativas, da Câmara dos Deputados e do Congresso Nacional¹⁹.

Nesse cenário, foi formulado o Código de Processo Penal, pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, com traços fortemente fascistas. Como define bem

¹⁷LOPES JR., 2016, p. 362.

¹⁸A busca pela verdade real trata-se de um princípio, pois o seu cumprimento poderá ocorrer em menor ou maior grau, pela ponderação entre a possibilidade jurídica e a possibilidade real. ARAGÃO, Gerson. **Qual a diferença entre regras e princípios?** (segundo Robert Alexy). Jusbrasil.[S.l.], [2015]. Disponível em: <<https://gersonaragao.jusbrasil.com.br/artigos/215342544/qual-a-diferenca-entre-regras-e-principios-segundo-robert-alexey>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

¹⁹ ESTADO novo. Toda Matéria, [S.l.], 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/estado-novo/>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

Maíra Zapater²⁰ “[...] o direito de defesa do cidadão seria expressamente limitado em favor da ‘defesa da sociedade’”. Mesmo após diversas reformas no âmbito do processo penal, principalmente com a CF de 1988, percebe-se claramente diversos artigos de natureza inquisitiva até os dias de hoje, como por exemplo: artigo 156, incisos I e II em que tanto na fase do inquérito policial, quanto no curso do processo o juiz de ofício poderá determinar diligências; artigo 383 em que o juiz poderá alterar a classificação jurídica do fato (*emendatio libelli*); artigo 209, no qual o juiz poderá ouvir testemunhas além das arroladas; e, por fim, o artigo que será melhor analisado ao longo da presente pesquisa, o artigo 212, parágrafo único, no qual o juiz de ofício poderá complementar a inquirição.

Com toda a mudança ocorrida na estrutura sociopolítica do Brasil na década de 1980 do séc. XX e a criação da Constituição que legitima e fundamenta o Estado Democrático de Direito, o sistema penal trazido por ela é, sem sombra de dúvidas, o acusatório. Como dito acima, o devido processo legal passou a ser direito e garantia fundamental do nosso ordenamento.

Apesar disso, todas essas normas citadas não foram revogadas e prevalecem em vigência no sistema penal brasileiro, isto é, ainda não podemos afirmar, mesmo com a Constituição Federal trazendo no seu artigo 5º o devido processo legal (que por sinal é cláusula pétrea), que o nosso sistema processual penal é acusatório.

Para alguns doutrinadores, trata-se de um sistema processual penal misto, visto que em um primeiro momento (fase pré-processual) é inquisitório e durante a fase processual é acusatório. Para outros, como Lopes Jr.²¹, trata-se de um sistema neoinquisitório, porque “o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz”.

Independentemente do termo utilizado para conceituar o sistema que rege, atualmente, o processo penal brasileiro, um fato não pode ser negado: o que legitima, ainda, a aplicação dos artigos com traços inquisitoriais, mesmo após a CRFB 88 ter estabelecido o sistema acusatório como norteador do processo penal, é o princípio da “busca pela verdade real”.

²⁰ ZAPATER. Maíra. O código de processo penal de 1941: tudo o que você disser poderá ser usado contra você. **Justificando**, [S.l.], 7 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contra-voce/>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²¹ LOPES JR., 2016.

A busca pela chamada verdade real no processo penal se justifica (ou ao menos tenta se justificar) na ideia de que no momento em que o juiz profere uma decisão ele precisa de todo o material probatório possível para não cometer erros. Para isso, segundo tal princípio, o juiz pode atropelar certos direitos fundamentais e até mesmo produzir provas de ofício desde que essa verdade real seja alcançada.

A partir do que já foi visto sobre a função das provas no processo penal que é, em síntese, reconstruir um fato passado, como seria possível a existência de um princípio chamado busca da verdade real se o passado é sempre imaginário e não experiência direta? Ademais, existe a possibilidade dessa busca da verdade real ser compatível com o sistema acusatório legitimado pela CRFB 88?

É evidente que o princípio da busca da verdade real é marca do sistema inquisitório. Como exemplos que ratificam essa evidência, temos: aceitar que o juiz possa produzir prova, de ofício, de acordo com artigo 156, incisos I e II, do Código de Processo Penal; que o juiz que participe da fase pré-processual seja o mesmo que realize a instrução e profira a decisão final; e, ainda, aceitar a utilização do inquérito policial para proferir a sentença. Ou seja, a busca pela verdade real é incompatível com o sistema acusatório trazido pela CRFB 88, então por que esse princípio ainda norteia o processo penal?

Como veremos na seção “Da teoria central do paradigma etiológico”, sugere-se a hipótese de que a busca pela verdade real fomenta a consolidação de um sistema penal seletivo (teoria da reação social):

O direito penal mostra-se direcionado a um controle social, onde determinados candidatos são eleitos à criminalização, onde é desencadeado um processo criminalizante desde a sua base social, estando submetido a decisão de uma agência judicante, em que esta pode autorizar o prosseguimento de uma ação penal, carregadas de estigmas ou decidir pela suspensão da mesma. A escolha, como sabemos, é feita em função da pessoa (o ‘bom candidato’ é escolhido a partir de um estereótipo), mas a agência judicial só é permitido intervir racionalmente para limitar essa violência seletiva e física, segundo certo *critério objetivo próprio e diverso* do que rege a ação seletiva do restante exercício de poder do sistema penal, pois, do contrário, não se justificaria a sua intervenção nem sequer a sua existência [...].²²

²²ZAFFARONI, 1991 apud PEREIRA, Ricardo Santos. **Prova testemunhal e falsa memória no processo penal**: a influência das falsas memórias nos depoimentos das vítimas e testemunhas nos crimes patrimoniais com emprego de violência e grave ameaça. 2018. 67 f. Trabalho de Conclusão

Percebe-se que o princípio em discussão, além de não se apresentar em conformidade com o sistema trazido pela Constituição Federal, serve para legitimar atos parciais durante a persecução penal e, assim, garantir a existência de um sistema penal seletivo.

Pesquisas empíricas têm colocado em relevo as diferenças de atitude emotiva e valorativa dos juízes, em face de indivíduos pertencentes a diversas classes sociais. Isto leva os juízes, inconscientemente, a tendências de juízos diversificados conforme a posição social dos acusados, e relacionados tanto à apreciação do elemento subjetivo do delito (dolo, culpa) quanto ao caráter sintomático do delito em face da personalidade (prognose sobre a conduta futura do acusado) e, pois, à individualização da pena destes pontos de vista. A distribuição das definições criminais se ressentem, por isso, de modo particular, da diferenciação social. Em geral, pode-se afirmar que existe uma tendência por parte dos juízes de esperar um comportamento conforme a lei dos indivíduos pertencentes aos estranhos médios e superiores; o inverso ocorre com os indivíduos provenientes dos estranhos inferiores.²³

Dessa maneira, depreende-se que, mesmo o princípio pela busca da verdade real sendo compatível apenas com o sistema inquisitório, ele sempre fará parte desse sistema penal existente no Brasil. Sua existência é muito mais pela relevância que ele ocupa para legitimar um sistema seletivo do que simplesmente um mero resquício do sistema inquisitorial.

A verdade jurídica ou formal é aquela em que toda sua produção deve ocorrer dentro do devido processo legal, obedecendo e respeitando, assim, o sistema acusatório. Essa verdade, tão sonhada (ou não) pelos constituintes da CRFB 88, pode ser menos ou mais respeitada a depender do indivíduo que está sendo submetido ao processo penal. Como veremos na seção “Da teoria central do paradigma etiológico”, essa seletividade se reflete em todo sistema penal, inclusive na fase da instrução no processo penal, onde poderá acarretar, em diversos casos, na formação das falsas memórias.

de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26306>>. Acesso em: 18 out. 2018. p. 43-44, grifo do autor.

²³ BARATTA, Alessandro. A recepção alemã do “labeling approach”: negação do princípio de igualdade. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002c. p. 101-217. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 177.

2.3 Da prova testemunhal e a análise de sua aplicação no processo penal brasileiro

Diante de toda precariedade da polícia judiciária brasileira na realização da investigação policial na fase pré-processual e a conseqüente elaboração do inquérito policial, a prova testemunhal é a mais utilizada no processo criminal.²⁴ Nas palavras de Lima²⁵, “[...] testemunha é a pessoa desinteressada e capaz de depor que, perante a autoridade judiciária declara o que sabe acerca dos fatos percebidos por seus sentidos que interessam à decisão da causa”.

Qualquer pessoa poderá ser testemunha. Desde um deficiente mental, retardado, menor de 18 anos, até uma pessoa com mais de 80 anos (regra da universalidade). A exceção fica apenas por conta do artigo 207 do CPP, no qual ficam “[...] proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ofício, ministério ou profissão, devam guardar segredo, salvo se desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar seu testemunho”²⁶.

A prova testemunhal apresenta como características: oralidade, pois o depoimento deverá ser prestado de forma oral; objetividade, em que a pessoa deve depor sobre os fatos sem manifestações pessoais; individualidade, isto é, uma pessoa deve prestar o depoimento de cada vez, em separado; e obrigatoriedade de comparecimento e de prestação de depoimento, pois como se trata de pessoa desinteressada/imparcial não tem o direito do silêncio. Nas palavras de Altoé e Ávila²⁷:

Ao buscar a apuração de fatos imputados a determinada pessoa, todo o procedimento processual acaba por exigir, ainda que em múltiplas variáveis, a valoração da prova testemunhal para decisão do caso, buscando sempre apurar um conjunto de informações transmitidas por pessoas que, por aspectos sensoriais, tiveram contato com o episódio denunciado. Pessoas que viram, ouviram, ou experimentaram outra forma de contato sensorial com o fato apurado

²⁴ LOPES JR., 2016.

²⁵ LIMA, 2018, p. 702.

²⁶ BRASIL, 1941.

²⁷ ALTOÉ; ÁVILA, 2017, p. 256.

passam a ser compelidas a promover, com maior fidelidade possível, a reconstrução do evento a que tiveram contato.

Todavia, mesmo sendo base da maioria das decisões no processo penal, a prova testemunhal apresenta imensa fragilidade e deveria possuir, também, pouca credibilidade devido ao motivo desta “beber” da memória para sua realização²⁸. Nas palavras de Schacter e Loftus²⁹:

A memória humana não é uma máquina fotográfica com imagens guardadas como em um álbum de fotos, nem tampouco uma filmadora que registra eventos de forma que possam ser exibidos como um filme. A memória é construída através da combinação de informações oriundas de diversos tipos de fontes, que podem influenciar (de forma positiva ou negativa), quando o objetivo do indivíduo é recordar alguma coisa [...].

Percebe-se que não existe um lugar no cérebro humano onde a memória fica armazenada e a qualquer momento a mente humana pode resgatá-la de forma íntegra, completamente igual da maneira como ocorreu. Quando a pessoa busca esse resgate, ou seja, busca reconstituir mentalmente um fato passado, acaba desencadeando um processo de construção de uma imagem mental³⁰.

Essa espécie de memória que busca refletir um fato passado que pela pessoa foi experimentado é chamada de memória episódica e é ela que é objeto da prova testemunhal. Assim, Altoé e Ávila³¹ trazem a principal consequência dessa espécie de memória:

[...] jamais será possível cogitar de uma retratação perfeita do episódio da vida que se tenta resgatar. Em outras palavras, a memória declarativa episódica trabalha a partir de fragmentos do que ocorreu, e a compreensão desse importante ponto tem utilidade até mesmo para se ter de critério quando determinado testemunho é ou não verdadeiramente confiável.

Já como “a memória declarativa trabalha a partir de fragmentos” sendo mais sugestionável que as demais espécies de memórias, sempre existirão lacunas nas

²⁸ ALTOÉ; ÁVILA, 2017.

²⁹ SCHACTER; LOFTUS, 2013 apud BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF: Ipea, 2015. (Série Pensando o Direito, n. 59). p. 18.

³⁰ ALTOÉ; ÁVILA, op.cit.

³¹ Ibid., p. 259.

quais a maneira que serão preenchidas dependerá, principalmente, de dois aspectos: tempo e a forma de realização da colheita do depoimento da testemunha.³²

O fator tempo será melhor tratado na seção “Da memória episódica” na abordagem mais ampla sobre a memória e sua relação com as falsas memórias. Desde já vale a pena trazer que “[...] o intervalo de tempo passado entre o fato de interesse da justiça criminal até o depoimento, além das interferências de outras informações, pode representar problemas por afetar a memória das testemunhas”³³, ou seja, a passagem do tempo é crítica, pois a informação retida pode deixar de existir.

Já quanto à forma de realização da colheita do depoimento da testemunha, cabe primeiro trazer à baila a maneira como ocorre no processo penal brasileiro. Segundo o artigo 212 do CPP: “As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”³⁴. Esse sistema de oitiva é chamado de *Cross examination*.

O modelo *Cross examination* utilizado no sistema processual penal na realização do interrogatório da testemunha foi introduzido ao artigo 212 do CPP a partir da Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008 na chamada “Reforma de 2008”. Nesse modelo, que sempre existiu no direito norte-americano, as perguntas são realizadas diretamente pelas partes às testemunhas arroladas. Primeiro pelas partes que as arrolou, em seguida, pela parte contrária. Por fim, o juiz poderá também questioná-las sobre pontos não esclarecidos e, a todo momento, atuará como fiscal de tal procedimento. Nas palavras Ferreira³⁵:

³² ALTOÉ; ÁVILA, 2017.

³³ PINTO; STEIN, 2017 apud SIQUEIRA, Pereira Dirceu; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Acesso à justiça e os direitos da personalidade: elementos para a formação da prova testemunhal no novo código de processo penal, levando a psicologia do testemunho a sério! **Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, Canoas, RS, v. 6, n. 1, p. 59-78, maio 2018. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4603>>. Acesso em: 20 nov. 2018. p. 70.

³⁴ BRASIL, 1941.

³⁵ FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Entre O cross-examination e a pergunta direta a testemunha. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010. Fortaleza 2010. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 1382-1388. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3631.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2018. p. 1382.

[...] a pergunta direta feita pelas partes através de seus representantes, mitigando assim a inquirição de testemunhas feitas pelo juiz e extinguindo a repergunta, ou seja, ato pelo qual as perguntas eram feitas pelos representantes das partes diretamente ao juiz que depois as repetia as testemunhas.

Essa é a principal diferença para o sistema utilizado no momento do interrogatório do acusado. No chamado “sistema presidencialista”, a formulação das perguntas pela acusação e defesa é feita ao juiz, que a partir de uma filtragem, encaminha para o acusado de forma íntegra ou reformulada.

Diante dessa comparação entre o sistema do *cross examination* com o sistema presidencialista percebe-se que o juiz deixa de ter um papel de protagonismo na realização da oitiva, passando a ter uma função secundária, complementar³⁶. Essa conclusão é muito relevante para análise dos preceitos que fundamentam o sistema acusatório presente na Constituição Federal, na qual o juiz deve ser “imparcial”.

Conforme foi apresentado, a forma como é realizada a colheita do depoimento da testemunha é de suma relevância para a chamada memória declarativa. Por esta trabalhar a partir de fragmentos, a tendência é de sempre existir lacunas que precisam ser preenchidas. A realização dessa oitiva de maneira incorreta pode acarretar nas chamadas falsas memórias, o que pode desencadear diversos prejuízos para a prova testemunhal e uma consequente decisão equivocada pelo juiz.

Como veremos no próximo capítulo, as falsas memórias são uma das variáveis que afetam a realização de provas que exijam a memória para se formular, entre elas, a prova testemunhal. Como afirmam Bernstein e Loftus³⁷ “[...] ao se recordar de uma falsa memória, nem o nosso cérebro faz uma distinção de memórias verdadeiras”, ou, seja o indivíduo crê com toda a certeza que viveu aquilo, ao contrário da mentira, na qual a pessoa reproduz algo sabendo que não aconteceu.

A centralidade dos conhecimentos advindos de como se dá o funcionamento da memória, em outras palavras, o coração do testemunho e do reconhecimento, vai ter implicações diretas para a maioria da elucidação de crimes. Todavia, como vimos, a memória

³⁶ LOPES JR., 2016.

³⁷ BERNSTEIN; LOFTUS, 2009 apud BRASIL, 2015, p. 23.

não é um registro preciso e infalível. Portanto, uma coleta de testemunho ou reconhecimento não se restringe a uma mera reprodução do que é codificado no momento do crime, tal qual uma gravação de um vídeo que é acionada. A literatura científica no campo da psicologia do testemunho é uníssona em afirmar que os procedimentos adotados para a coleta de um testemunho são cruciais tanto para a quantidade, como também para a acurácia das informações não obtidas.³⁸

A parte final do *caput* do artigo 212 do CPP, então, torna-se essencial para a garantia de uma oitiva livre de perguntas que possam acarretar nas chamadas falsas memórias. Nas palavras de Aranha³⁹, “[...] a maneira de perguntar tem profunda força influenciadora nas respostas. Certos inquisidores podem conduzir a testemunha para onde desejam, obtendo a resposta pretendida”. O juiz, mesmo não possuindo mais um papel de protagonismo na oitiva das testemunhas, não pode admitir perguntas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Por outro lado, o paragrafo único desse mesmo artigo traz mais uma consequência do princípio pela busca da verdade real: a possibilidade do juiz complementar a inquirição. Dispõe este paragrafo: “Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição”⁴⁰. Enquanto o *caput* tenta, de certa forma, tirar o protagonismo das mãos do juiz, o parágrafo único corre o risco de devolver a ele essa função, visto que a interpretação do termo “complementar” fica por conta do juiz⁴¹.

Diante do exposto nessa seção, e depois da leitura e análise do artigo 212 *caput* e parágrafo único, é necessário que se faça duas indagações:

1. Esse artigo é suficiente para evitar o acontecimento das falsas memórias?
2. Ele se aplica da forma como se apresenta o texto do artigo 212 por todo o sistema processual penal, independentemente da natureza do delito?

³⁸ BRASIL, 2015, p. 24.

³⁹ ARANHA 2006 apud *Ibid.*, p. 34.

⁴⁰ BRASIL, 1941, art. 212.

⁴¹ “O ponto nelvrágico é: poderá o juiz fazer perguntas para a testemunha, mas não como protagonista da inquirição. O mais difícil, com certeza, não é compreender a nova redação do artigo, mas abandonar o ranço inquisitório que ainda domina o senso comum dos atores judiciários”. LOPES JR., 2016, p. 475.

A possibilidade de um juiz servir como uma espécie de filtro para determinados tipos de perguntas seria razoável para impedir, como já visto, a formação de falsas memórias e a conseqüente indução a respostas. Todavia, o juiz não possui formação em Psicologia do Testemunho para compreender em quais momentos, realmente, estão ocorrendo situações que precisem ser ou não aceitas. “Inexiste explicação sobre em quais circunstâncias elas estariam caracterizadas. Dessa forma, fica ao arbítrio do interprete definir quando houve (ou não) a dita repetição ou indução e o conseqüente afastamento da regra geral”.⁴²

No mesmo sentido, além de não haver formação completa do juiz em Psicologia do Testemunho, também não existe um grupo multidisciplinar na realização da oitiva dos depoimentos orais. Dessa forma, falta uma junta de profissionais de diversas áreas como psicólogos, assistentes sociais, médicos e outros.⁴³ Essas seriam pessoas mais hábeis em realizar a oitiva das testemunhas evitando ao máximo possível a formação das chamadas falsas memórias.

Essas duas análises da parte final do *caput* do artigo 212 já trazem a possibilidade de se inferir sobre a insuficiência do artigo 212 para a realização segura de uma oitiva testemunhal. Todavia, é necessário que seja feita uma análise sobre outra perspectiva, explicitada no parágrafo único desse artigo: na prática, o nosso processo penal não é acusatório. Legitimado principalmente pelo princípio da busca pela verdade real, o juiz poder produzir prova, em qualquer hipótese, significa a presença do sistema inquisitorial no nosso ordenamento.

Como já foi mencionado neste capítulo, é possível que traços inquisitoriais ainda subsistam no processo penal brasileiro pelo fato do sistema penal atuar como um legitimador de um controle social existente desde o legislador no momento da elaboração da lei, até o juiz no momento da sua aplicação. Ou seja, os criadores/aplicadores da lei não podem ser imparciais para que seja possível que esse controle, realmente, se efetive. Pior, o próprio artigo 212 *caput*, mesmo com

⁴² BRASIL, 2015, p. 34.

⁴³ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. “Falsas” memórias e processo penal: (re)discutindo o papel da testemunha. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 12, p. 7167-7180, 2012. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11300/2/Falsas_Memorias_e_Processo_Penal_Re_Discutindo_o_Papel_da_Testemunha.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

sua possível insuficiência, pode torna-se ainda mais prejudicial para determinados sujeitos “etiquetados” pelo nosso sistema penal.

Portanto, o presente trabalho busca analisar, a partir de uma pesquisa empírica tratada no último capítulo, como é feita a aplicação do artigo 212 do CPP em processos que tratam de crimes contra o patrimônio em oposição aos crimes que tratam de crimes de colarinho branco. Dessa maneira, será possível inferir se o artigo 212 do CPP, tanto em relação ao filtro que o juiz deve fazer no momento da oitiva, quanto na possibilidade do juiz de ofício poder complementar a inquirição, é aplicado ou não de forma isonômica dentro do processo penal brasileiro.

3 DA MEMÓRIA EPISÓDICA

Como dito na seção “Breve Panorama Das Provas No Processo Penal”, não existe um lugar no cérebro humano no qual as experiências vivenciadas fiquem guardadas e, no momento que o indivíduo bem entender, são imediatamente resgatadas. Com base em Schacter e Loftus na The British Psychological Society⁴⁴, o livro *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos*, publicado pelo Ministério da Justiça, aponta que “a memória não pode ser considerada perfeita e isenta de falhas [...] já que a mesma é resultante da interação entre a experiência do indivíduo e a realidade, e não a realidade em si [...]”⁴⁵.

Diante disso, mesmo nos casos em que a vítima ou a testemunha demonstra a maior quantidade possível de detalhes sobre o caso e apresenta a todo instante plena confiança nas suas lembranças, o julgador não deverá valorar o depoimento com total precisão.⁴⁶Rosa e Ávila⁴⁷trazem uma metáfora sobre a memória:

A memória é como diamante: quanto mais falsa, mais perfeita. Quanto mais ‘perfeito’ for o relato, o que se entende por uma narrativa impassível de olvidar detalhes, muitas vezes, desimportantes, ou excessivamente perfeita mesmo depois do decurso do tempo, há um indicativo de que possivelmente se está diante de um falso.

Quando buscamos fazer a reconstituição de um fato passado, desencadeia-se um processo de construção de uma imagem mental⁴⁸. Esse processo, principalmente nas pessoas que presenciaram a ocorrência de um delito, ocorre das mais diversas formas, nas mais diversas pessoas. Isso porque há variados tipos de emoções, desde medo, raiva, ansiedade a tristeza e depressão.⁴⁹ Ademais, conforme já apontado, o fator tempo e o modo como é realizado a oitiva dessas pessoas também são determinantes para o processo de reconstrução da imagem mental.

⁴⁴ A Sociedade Britânica de Psicologia.

⁴⁵ BRASIL, 2015, p. 18.

⁴⁶ Ibid.

⁴⁷ ROSA; ÁVILA, 2014 apud ALTOÉ; ÁVILA 2017, p. 260.

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ BRASIL, op. cit.

Esse processo de construção da memória que ocorre em três etapas (codificação, armazenamento e a evocação) é de extrema relevância para o processo penal, visto que a partir dele se constitui a memória do testemunho.

Na primeira etapa da codificação o ser humano assimila a informação, isto é, transforma o fato vivenciado em uma forma que possa ser retida pelo nosso cérebro⁵⁰. Passa-se, assim, para próxima etapa: o armazenamento. Nesse momento, a informação codificada é retida. Essa retenção pode ser a curto ou a longo prazo. A maioria das informações retidas tende a ser de curto prazo, por isso, ao final de um dia, são descartadas. Todavia, algumas outras tidas como mais relevantes são retidas na memória de longo prazo. “Essa transição, aliás, constitui hoje um dos pontos mais intrigantes e pendentes de explicações quando se fala em memória”, afirma Altoé e Ávila⁵¹. Exemplo de retenção a longo prazo é a memória sensorial, a qual permite que o indivíduo, desde pequeno, saiba que não se deve, por exemplo, colocar a mão no fogo, pois poderá se queimar⁵².

Por último, como aponta Altoé e Ávila⁵³, ocorre a etapa da evocação ou recuperação, na qual se acredita que a memória foi resgatada. Essa etapa diz respeito a todos os momentos depois do evento presenciado, e ocorre quando as testemunhas tentam se lembrar do fato⁵⁴. Diante desse processo, Altoé e Ávila⁵⁵conclui afirmando que:

Todas essas características apontadas sobre a memória, dando-se especial destaque ao fato de que a evocação pode ser influenciada por diversas formas, atestam que, na verdade, a memória não é propriamente ‘resgatada’ (daí o uso de aspas). O resgate pressuporia, logicamente, a busca de uma informação localizada em um específico ponto, e uma vez localizada não estaria suscetível de modificações ou falhas (tratar-se-ia de um retrato perfeito). Mas pelo que até aqui se viu, passando-se ao menos por três etapas sucessivas, influenciáveis por fatores da própria pessoa ou por fatores externos (onde reside a sugestibilidade), a memória se constitui em um processo mental de *construção*.

⁵⁰ BRASIL, 2015.

⁵¹ ALTOÉ; ÁVILA, 2017, p. 260.

⁵² Ibid.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ BRASIL, op. cit.

⁵⁵ ALTOÉ; ÁVILA, op. cit., p. 261, grifo do autor.

Todas as etapas desse processo podem sofrer as interferências já expostas nesse capítulo. Por exemplo: “Eventos emocionalmente carregados [...] produzem memórias emocionais que tendem a ser bastante vívidas, mas não necessariamente precisas”⁵⁶. Logo, as pessoas que presenciaram algum delito no qual tiveram excessiva comoção tendem a detalhar mais os fatos presenciados, mas isso não significa que não estarão suscetíveis as falhas.

No mesmo sentido, o fator tempo tem extrema relevância na formação desse processo. O lapso temporal incide negativamente de duas formas: a primeira é que durante esse intervalo de tempo as pessoas, além de mudarem internamente seus próprios conceitos, tendem a absorver diversas informações externas do seu meio, o que pode acarretar numa informação contaminada. A segunda, não menos relevante, é o esquecimento, pois “Com o passar do tempo, a memória tende a perder gradualmente nitidez e riqueza de detalhes, podendo chegar ao esquecimento total daquela lembrança”.⁵⁷ Tanto o esquecimento parcial como o total são extremamente prejudiciais ao depoimento da testemunha. Isso porque a espécie de memória utilizada na realização da prova testemunhal é a memória episódica⁵⁸.

Segundo Siqueira e Ávila ⁵⁹, a memória episódica “[...] constitui a capacidade de situar fatos e eventos no tempo e de se lhes fazer livremente referência. É a utilizada para evocar experiências pessoais”. A pessoa, então, ao fazer a reconstituição desses eventos, cria uma imagem mental, isto é, fragmentos do que ocorreu. Dessa forma, por se tratar de fragmentos, eles precisam ser “preenchidas”, e é nesse momento que o lapso temporal “entra em ação”.

Se for por esquecimento total a consequência é evidente: nem mesmo os fragmentos serão formulados, podendo apenas resultar em mentiras. Todavia, caso se trate das informações externas obtidas ou do esquecimento parcial, a principal consequência será o preenchimento dos fragmentos, o que resultará numa informação contaminada. A principal contaminação gerada nesse processo decorre das chamadas falsas memórias.

⁵⁶ BRASIL, 2015, p. 21.

⁵⁷ SCHACTER; LOFT; THE BRITISH PSYCHOLOGICAL SOCIETY, 2008 apud BRASIL, 2015, p. 21.

⁵⁸ ALTOÉ; ÁVILA, 2017.

⁵⁹ SIQUEIRA; ÁVILA, 2018, p. 71.

3.1 Das falsas memórias

Segundo Altoé e Ávila⁶⁰, “o caráter plástico da memória declarativa episódica, portanto, abre espaço para a atuação da sugestibilidade da memória (que pode, em certa medida, até ser moldada)”. Assim, além do fator tempo, é necessário discorreremos de forma mais ampla sobre o modo como é realizado o interrogatório.

Dentre os métodos utilizados para a realização da colheita da prova testemunhal, como dito anteriormente, o sistema *cross examination* permite que as partes realizem as perguntas diretamente à testemunha, funcionando o juiz apenas como uma espécie de filtro. Este precisa ficar atento aos questionamentos realizados para evitar, principalmente, as perguntas denominadas “fechadas”, as quais restringem a possibilidade de uma maior exploração da mente humana em relação à narrativa dos fatos. O juiz deve, pois, garantir assim o máximo de perguntas abertas possíveis.

Siqueira e Ávila⁶¹ trazem um exemplo de pergunta aberta: “O que lembras do fato?”. Essa pergunta retrata bem que para obtenção do testemunho o papel do entrevistador seria o de oferecer as melhores condições para a testemunha se esforçar em vasculhar sua memória. Toda essa preocupação tem como objetivo que a produção da prova testemunhal esteja mais distante possível de falhas, principalmente da formação de falsas memórias.

Para ilustrar a capacidade que o modo em que é realizado as perguntas influencia na forma de vasculhar a memória humana e, conseqüentemente, na forma em que essas são respondidas, cabe trazer à baila a pesquisa realizada por Loftus e Palmer trazida no livro *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*.

Os autores [Loftus e Palmer] apresentaram, a um grupo de participantes, um vídeo de um acidente de trânsito envolvendo cinco carros. A seguir, era perguntado aos participantes em que velocidade os carros estavam no momento do acidente de cinco formas diferentes, só alterando apenas uma palavra da pergunta. Para um grupo era perguntado em que velocidade os carros estavam na hora em que colidiram (collided). Já para outro foi indagado em que

⁶⁰ ALTOÉ; ÁVILA, op. cit., p. 262.

⁶¹ SIQUEIRA; ÁVILA, 2018, p. 69.

velocidade os carros estavam na hora que se esmagaram (smashed). Apesar de terem visto exatamente o mesmo evento, o primeiro grupo respondeu que a velocidade era em média 50km/h, já o segundo grupo respondeu em média 65km/h. Somente a mudança na forma como a pergunta foi feita, numa palavra da pergunta mais especificamente, causou uma alteração na resposta. E essa pergunta influenciou a memória que os participantes tinham sobre esse evento. Uma semana depois, foi perguntado aos participantes da pesquisa se havia vidro quebrado no local do acidente (está sendo uma falsa informação, pois no vídeo do acidente não aparecia destroços de vidro), sendo que mais da metade do grupo que foi inquerido com 'esmagaram' respondeu que sim, que tinham visto vidro quebrado.⁶²

As falsas memórias são lembranças de fatos que nunca ocorreram. Dessa forma, seja por motivos internos ou externos, o agente crê que aquilo que está narrando é verídico. Segundo Mandarinó e Freitas, baseando-se em Alves e Lopes⁶³:

As falsas memórias podem ser definidas como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento. São memórias que vão além da experiência direta e que incluem interpretações ou inferências ou, até mesmo, contradizem a própria experiência.

A principal diferença para a mentira é exatamente essa. Na mentira o agente sabe que o fato que está narrando não é verdade, visando enganar o interrogador. Contudo, nas falsas memórias o agente não age de má fé, não visa ludibriar o interrogador, mas o fato de existir lembranças na memória do agente que não ocorreram gera um depoimento defeituoso com uma possível decisão distorcida por parte do juiz.

Os motivos que podem gerar as falsas memórias podem ser internos, chamados de espontâneos, ou externos, denominados sugeridos. Os primeiros são consequência da própria compreensão do indivíduo acerca de um fato ou evento, a qual pode se alterar. "Este tipo de distorção simples acomete a todos no dia-a-dia,

⁶² BRASIL, 2015, p. 25.

⁶³ ALVES; LOPES, 2007 apud MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O reconhecimento de pessoas no processo penal e a falsa memória. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO Nestor Eduardo Araruno (Coord.). **Direito penal, processo penal e constituição** I. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0d2ac0e8224a99eb>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

em questões aparentemente sem importância”⁶⁴. Por outro lado, as falsas memórias sugeridas

[...] dizem respeito àquelas que resultam de uma sugestão externa ao indivíduo, seja esta proposital ou não, cuja ocorrência está ligada à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subseqüente incorporação na memória original⁶⁵.

Como a memória declarativa episódica é mais facilmente sugestionável, o indivíduo poderá absorver uma falsa informação do meio externo, como por exemplo, informações do fato trazidas pela imprensa, e dessa forma incorporá-las na memória original. Outro exemplo de interferência do meio externo com reflexos diretos na formação das falsas memórias é o modo que é realizado a oitiva das testemunhas.

Ora, o nosso CPP apresenta em apenas um artigo (212) a preocupação em impedir a ocorrência das falsas memórias. Mesmo assim, como foi analisado na seção “Breve panorama das provas no Processo Penal”, é de extrema fragilidade tal artigo, visto que o juiz, além de não possuir um curso aprofundado em Psicologia do Testemunho, também não apresenta um corpo interdisciplinar que o auxilie no momento da realização da oitiva. A participação efetiva de profissionais como psicólogos, médicos, assistentes sociais e outros, tanto durante o Inquérito Policial, como durante a instrução processual, seria de extrema valia na tentativa de evitar certos abusos⁶⁶.

Mais uma vez, infere-se que tanto a filtragem nas mãos únicas e exclusivas do juiz, quanto a possibilidade deste poder realizar perguntas para complementar questões não esclarecidas são consequências do princípio da busca pela verdade real, traço fundamental do sistema inquisitório. Nas palavras de Siqueira e Ávila⁶⁷:

O artigo 212 do CPP traz algumas limitações às perguntas realizadas. Estas não poderão induzir resposta, nem ter relação com a causa e importar em repetição, sendo o magistrado responsável por fiscalizar a inquirição. Neste ponto, constatamos importante dificuldade de nosso regramento legal: inexistem definições do que seriam perguntas que induzem à resposta.

⁶⁴ MANDARINO; FREITAS; 2014.

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ ÁVILA; GAUER; PIRES FILHO, 2012.

⁶⁷ SIQUEIRA; ÁVILA, 2018, p. 69.

Ou seja, mesmo diversos artigos e pesquisas demonstrando que o artigo 212 do Código de Processo Penal não é suficiente para evitar a ocorrência das falsas memórias, o princípio da busca pela verdade real garante a sua aplicação. O juiz-ator no processo penal, ao mesmo tempo em que se torna “perigoso” para a imparcialidade, se torna essencial para a manutenção do controle social.

3.2 As falsas memórias como consequência do controle social

A partir do momento em que a “filtragem” existente no artigo 212 fica completamente na mão do juiz – que, como já se viu, não possui formação em Psicologia do Testemunho e nem um corpo interdisciplinar para auxiliá-lo, aliado à possibilidade do mesmo poder sanar eventuais questões não esclarecidas, de forma livre e sem motivação –, a oitiva da testemunha se torna passível de produzir erros – principalmente devido às falsas memórias –, os quais o sistema penal brasileiro admite para alcançar seu objetivo: o controle social.

Nessa perspectiva, notamos que para alcançar a sua finalidade o processo penal brasileiro se dispõe a correr um forte risco ao erro, deixando o artigo 212 do CPP como um “cheque em branco” nas mãos do juiz – Tudo legitimado pelo princípio da busca pela verdade real.

Quando se busca analisar, por exemplo, as condutas consideradas crimes, percebe-se que há uma construção social da realidade. Institucionaliza-se as nossas realidades para, dessa maneira, construir a chamada ordem social. Dessa maneira, são as próprias instituições que controlam o comportamento humano.⁶⁸ Segundo Castro e Codino, Becker afirmar que:⁶⁹ “Na realidade, os grupos sociais produzem o desvio ao criarem as regras cuja infração constitui o desvio, ao aplicar tais regras a pessoas particulares e ao classificá-las como estranhas”. São esses particulares (alguns) que são apontados como delinquentes e não outros, mesmo que todos

⁶⁸ CASTRO, Lola Anyar de; CODINO, Rodrigo. Primeira ruptura: a criminologia interacionista ou da reação social. In: CASTRO, Lola Anyar de; CODINO, Rodrigo. **Manual de criminologia sociopolítica: a criminologia interacionista ou da reação social**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2018. p. 209-232.

⁶⁹ BECKER, 1971 apud Ibid., p. 218.

tenham praticado as mesmas condutas, mediante o processo de “etiquetamento” que dependerá, entre outras variáveis, da situação socioeconômica do indivíduo.⁷⁰

O artigo 212, como um “cheque em branco” na mão do juiz, permite que o mesmo, no momento da instrução penal, tenha ou não (a depender do indivíduo) um maior zelo pela produção da prova testemunhal (principal meio de prova utilizada pelos juízes na maior parte de suas decisões). Assim, a depender da conduta do juiz, poderá haver ou não a possibilidade de ocorrência das falsas memórias e, conseqüentemente, poderá se evitar ou não uma decisão incorreta.

Aliado a essa ideia da “sociedade ter os criminosos que quer”⁷¹, isto é, do controle social ser altamente seletivo e discriminatório, a teoria da associação diferencial vai demonstrar que mesmo os crimes de colarinho sendo tão graves para sociedade ou até mesmo mais graves (em alguns casos), pelo fato de serem cometidos por pessoas “respeitáveis” socialmente no âmbito da sua profissão, o sistema penal tende a ser mais condescendente com tais agentes. Isso fica comprovado desde a elaboração das leis de forma mais branda até a pena aplicada pelo juiz, isso se chegar a existir um processo⁷². Nas palavras de Baratta:⁷³:

Em primeiro lugar, o juízo que se faz dos grandes empresários, dos banqueiros poderosos ou dos megaindustriais inclui um misto de medo e admiração. Aqueles que são responsáveis pelo sistema de justiça penal podem sofrer as conseqüências de um enfrentamento com os homens que detêm o poder econômico. Além disso, os legisladores admiram e respeitam os homens de negócios, não sendo concebível tratá-los como delinquente.[...] Em segundo lugar, também justificam uma implementação de respostas diferenciais, normalmente não penais, aos autores de crime do colarinho-branco. E o fazem para coibir tais atos não com o mesmo rigor que coíbem outros delitos patrimoniais. Em geral, as penas não são altas, admitem mecanismos substitutivos da privação da liberdade, as penas são mais pecuniárias que pessoais, tudo com base na ideia de desnecessidade de uma ressocialização de tais delinquentes, pois não estão eles dessocializados.

Esse paradoxo vai repercutir diretamente no momento da fase instrutória do processo penal, tanto nos processos relativos aos crimes contra o patrimônio, quanto ao processo que trata de crimes de “colarinho branco”. O juiz tende a ser

⁷⁰CASTRO; CODINO, 2018.

⁷¹BECKER, 1963 apud VIANA, 2017.p. 267.

⁷²BARATTA, 2002c, p. 69.

⁷³Ibid., p. 215.

mais cauteloso na filtragem tratada no artigo 212 do CPP nos crimes que têm como agente ativo pessoas com poder aquisitivo mais elevado, e ademais, as demais garantias constitucionais, como o tempo razoável do processo, tendem a ser mais respeitadas. Consequência disso é exatamente o maior risco dos processos que possuam pessoas numa estrutura socioeconômica inferior serem contaminados pelas chamadas falsas memórias.

Apresentado de forma breve as teorias que melhor elucidam a atual realidade do nosso sistema penal e sua relação com a formação das falsas memórias, cabe trazer à tona a origem desse sistema penal seletivo, desde a teoria central do paradigma etiológico até a tese central do paradigma da reação social. Dessa forma, poderemos analisar de que maneira algumas teorias tidas como preconceituosas e ultrapassadas ainda se aplicam no nosso ordenamento sociojurídico e de que forma refletem na formação das falsas memórias.

4 DA TEORIA CENTRAL DO PARADIGMA ETIOLÓGICO

O sistema penal seletivo, segregador e preconceituoso que, atualmente, se reflete desde o legislador (ao criar a lei penal) até o juiz (ao proferir uma decisão) teve origem muito antes do surgimento da teoria da reação social. A escola positivista, a qual possui como principais expoentes Lombroso e Ferri, apesar de ter sido marco inicial da Criminologia como ciência, voltou os olhos para o autor do fato e não para o próprio fato. As consequências não poderiam ser mais desastrosas: determinismo biológico e a pena como defesa social.

A partir dos métodos indutivos e de observação, Cesare Lombroso, médico e antropólogo, buscou desenvolver uma teoria para explicar o fenômeno do crime, identificando sua causa no criminoso. Surge assim a ideia de criminoso nato:

A reação ao conceito abstrato de indivíduo leva a Escola Positiva a afirmar a exigência de uma compreensão do delito que não se prenda à tese de uma causação espontânea, mas procure encontrar todo o complexo das causas na totalidade biológica e psicológica do indivíduo e na totalidade social que determina a vida do indivíduo.⁷⁴

Para isso, “o pai da Criminologia” buscou examinar diversos crânios e características físicas comuns encontradas em diversos criminosos que cumpriam suas penas. Dessa maneira, segundo Viana⁷⁵, o sistema lombrosiano apoiou-se em três teses centrais: “1) O criminoso diferencia-se dos não criminosos por meio de um sem-número de sinais físicos e psíquicos; 2) O criminoso é uma variante da espécie humana, um ser atávico; 3) Essa variação é transmitida hereditariamente”. Lombroso, então, constatou nos criminosos, entre outros sinais físicos e psíquicos, a frequência de tatuagens, a indiferença, instabilidade afetiva e o hedonismo⁷⁶.

Complementando a teoria antropológica lombrosiana, Ferri, ainda dentro da escola positiva, admitiu três causas ligadas à etiologia do crime: fatores antropológicos (já trazidos por Lombroso); fatores físicos (clima, natureza

⁷⁴ BARATTA, Alessandro. A escola liberal clássica do direito penal e a criminologia positivista. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002b. p. 29-40. (Coleção Pensamento Criminológico). p. 38.

⁷⁵ VIANA, 2017, p. 52.

⁷⁶ Ibid.

,temperatura...); e fatores sociais (meio social onde vive o indivíduo). Demonstra, assim, que além do crime não ser decorrência do livre arbítrio, o nível de criminalidade é determinado pelas condições do meio físico e social, aliados às tendências congênitas dos indivíduos⁷⁷. Diante disso, conclui Andrade⁷⁸: “Seria fundamental ver no crime o criminoso, porque ele é sintoma revelador da personalidade mais ou menos perigosa, no qual deve se dirigir uma adequada defesa social”. Essa defesa social nada mais é do que a ideia da pena em defender a sociedade desses seres tidos como “perigosos”, partindo do discurso de ressocialização e neutralização⁷⁹.

Cabe por fim trazer alguns princípios (relacionando-os com o sistema penal atual), apresentados por Baratta⁸⁰ sobre a ideologia da defesa social, a qual, segundo ele, “passou a fazer parte da filosofia dominante na ciência jurídica e das opiniões comuns, não só dos representantes do aparato penal penitenciário, mas também do homem de rua”.

Primeiramente, cabe destacar o princípio de legitimidade, no qual cabe ao Estado (leia-se as instâncias oficiais) reprimir a criminalidade, interpretando a legítima reação da sociedade, condenando dessa forma o comportamento desviante e reafirmando os valores sociais. Em seguida, o autor traz o princípio do bem e do mal, no qual a sociedade constituída é tida como o bem e o desvio criminal o mal. Apresenta, ainda, o princípio da prevenção, no qual a sanção abstrata tem a função de prevenir o crime e a concreta exerce a função de ressocializar. O quarto princípio que merece destaque é o da igualdade. Segundo Baratta⁸¹, a lei penal é igual para todos e a reação penal se aplica de modo igual. Por fim, ele traz o princípio do interesse social, em que os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos.

⁷⁷ VIANA, 2017.

⁷⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência**, Florianópolis, n. 30, ano 16, p. 24-36, jun. 1995. p. 25. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/11018773/do-paradigma-etiologico-ao-paradigma-da-reacao-social---vera-regina-p-de-andrade/2>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

⁷⁹ Ibid.

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002a. p. 42. (Coleção Pensamento Criminológico).

⁸¹ Ibid.

Diante do determinismo biológico apresentado aliado a essa ideologia da defesa social, constituído, principalmente, no final do século XIX, torna-se possível compreender diversos comportamentos sociojurídicos que ocorrem até hoje dentro do nosso sistema. O ponto de vista do determinismo reflete-se principalmente no inconsciente coletivo de julgar as pessoas pela aparência e os agentes responsáveis pelo sistema penal não estão isentos desse tipo de julgamento, pois é algo enraizado dentro do meio social.

Como dito anteriormente, esse tipo de conduta vai desde o legislador até o juiz. Um exemplo claro é o artigo 59 do Código Penal, com o qual o juiz poderá aumentar a pena base analisando, entre outras circunstâncias, a conduta social e a personalidade do agente. Ademais, todo o processo das pessoas pré-julgadas a partir da sua aparência e do seu meio social torna-se vulnerável a procedimentos incautos por parte do magistrado, os quais podem acarretar em diversos prejuízos, por exemplo, na formação de falsas memórias, caso não realizada de forma correta a oitiva das testemunhas.

No mesmo sentido, a ideologia da defesa social se apresenta como forma de racionalizar e legitimar todo o sistema penal. A partir do discurso de uma pena com função de ressocialização aliado ao da lei penal aplicada de forma igual para todos os indivíduos da sociedade, a ideia de defesa social serve para garantir a eficácia de um sistema penal seletivo. Logo, apesar de todos esses princípios apresentados por Baratta⁸² terem se mostrado ao longo dos anos (desde o final da escola positiva até os dias atuais) mera utopia, no discurso eles ainda existem para legitimar o sistema penal.

4.1 Da teoria central do paradigma da reação social

Nesse momento, apresentamos a teoria central do paradigma da reação social, a qual irá questionar as estratégias de dominação, advertindo sobre a existência de um modelo estruturado para perpetuar o sistema de dominação⁸³.

⁸² BARATTA, 2002a.

⁸³ VIANA, 2017.

Segundo tal teoria, o que deve ser analisado não é a figura do criminoso em si mesmo, mas sim o chamado processo criminalizante. Ou seja, o que deve ser levado em consideração é o modo de atuação das chamadas agências formais de controle social, responsáveis em oferecer as respostas formais do Estado.⁸⁴ São os grupos sociais que determinam, a partir de uma rotulação, que uma conduta seja considerada como delito. Nas palavras de Viana⁸⁵:

Para a reação social não é o comportamento por si só que condiciona a resposta oficial, mas as características físicas e o comportamento do indivíduo também desempenham papel importante em moldar resposta das agências formais, a qual depende da sua posição social. Por poucas palavras: é o sistema penal uma forma de dominação social.

Por isso, para a chamada teoria da reação social, a primeira conduta realizada pelo agente é chamada de desvio primário. Para ela, tal desvio não é relevante para compreensão do sistema penal, visto que é tido, segundo Viana⁸⁶, como “[...] comportamento ocasional ou situacional; por ser multifatorial, deve ficar fora da explicação do crime”.

O que vai interessar é o chamado desvio secundário. Esse que vai relacionar, a partir do ato cometido inicialmente pelo indivíduo, este com as repostas dadas pelo Estado. Nesse momento é que se aplica todo o chamado Processo de Criminalização realizado pelos agentes criadores das leis (poder Legislativo), ao determinarem quais condutas serão enquadradas como delitos e mais ainda pelos agentes aplicadores da lei (desde a polícia, passando pelo Ministério Público até chegar ao juiz). Percebe-se, nas palavras de Scofield⁸⁷, que: “O sistema penal não tem como combater essa criminalidade, pois ele mesmo, e as instituições de controle social, constroem a criminalidade”.

Esse processo de criminalização Castro e Codino⁸⁸ apresentam de forma bastante elucidativa no *Manual de criminologia sociopolítica: a criminologia interacionista ou da reação social*. De forma resumida, segundo os autores, os grupos sociais

⁸⁴VIANA, 2017.

⁸⁵ Ibid., p. 264.

⁸⁶Ibid., p. 266.

⁸⁷SCOFIELD, Bruno Lauar. **Criminologia da reação social e os movimentos radicais da criminologia**. [2014]. Disponível em: <<https://brunoscofield.jusbrasil.com.br/artigos/186911738/criminologia-da-reacao-social-e-os-movimentos-radicaais-da-criminologia>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁸⁸ CASTRO; CODINO, 2018.

produzem o desvio num processo que envolve: criação de regras, nas quais a conduta é criminalizada por um ato ou conjunto de atos de caráter institucional que a convertem em conduta ilícita; aplicação destas a particulares por grupos políticos, nos quais as suas posições sociais lhes conferem “armas”. Dessa maneira, somente algumas pessoas são apontadas como delinquentes e não outras, mesmo que todas tenham realizados atos similares, mediante um sistema de seleção que depende de múltiplas variáveis (classe econômica, *status* da vítima...). Por fim, o desvio é produzido ao catalogar os indivíduos como estranhos ou “outsiders”, o que acarretará na perda da verdadeira identidade destes. Eles acabam sendo generalizados, criando-se etiquetas, com as quais passam a se perceber como as outras pessoas lhes percebem.

Concluindo a teoria da reação social a partir da obra *Outsiders* de Howard Becker, Viana⁸⁹ nos esclarece que:

A desviação é produto de um processo exitoso de aplicação de etiqueta: alguns são rotulados; outros, embora tenham cometido desvios, nunca são descobertos. Deste ponto de vista, a desviação não é um predicado do comportamento da pessoa, mas uma consequência da aplicação (por outros) das normas e sanções a um ofensor. Bem sintetiza sua ideia a frase: ‘A sociedade tem os criminosos que quer’.

4.2 Breve análise da teoria da associação diferencial e dos crimes de colarinho branco

Não anulando a teoria da reação social, mas apenas buscando a análise mais profunda da interpretação e sistematização da criminalidade das classes altas, passa-se, de forma sucinta, a apresentar a teoria da associação diferencial desenvolvida por Sutherland.

Sutherland vai desconstruir (ou ao menos tentar) a ideia trazida pela escola positivista. Faz isso mostrando que o crime não pode ser relacionado à disfunção ou

⁸⁹ VIANA, 2017, p. 267.

somente às classes mais baixas, visto que sua existência ocorre pela chamada aprendizagem social. Para isso, segundo Baratta⁹⁰:

A teoria da associação diferencial assenta-se na consideração de que o processo de comunicação é determinante para a prática delitiva. Os valores dominantes no seio do grupo 'ensinam' o delito. Uma pessoa converte-se em delinquente quando as definições favoráveis à violação superam as desfavoráveis.

Percebe-se que o processo de comunicação só é possível devido à pluralidade de grupos culturais, nos quais o conflito entre eles gera a associação diferencial⁹¹. É dizer, nas palavras de Rodrigo Prado⁹², que “[...] o indivíduo se torna criminoso em contato com outras pessoas do mesmo meio, interpretando a lei de maneira mais favorável”.

A pesquisa de Suntherland começa a se desenvolver quando ele percebe que existem pouquíssimos registros de delitos cometidos nas classes superiores, o que se contrasta com as classes inferiores, com taxas bastante elevadas. Isso é chamado de “cifra negra”, que nada mais é do que a diferença entre os delitos registrados oficialmente e os autores identificados, de um lado, e os delitos realmente cometidos, de outro.⁹³ Dessa maneira, conclui Viana⁹⁴: “Ele parte do pressuposto de que estas estatísticas eram, de alguma forma, tendenciosas e supervalorizavam a criminalidade da baixa classe social, pois os crimes das classes altas, apesar do dano causado à sociedade, não frequentavam os dados”.

Diante disso, o sociólogo Suntherland irá analisar diversas empresas de alto porte para verificar a ocorrência de delitos e suas consequências sociojurídicas. O autor definiu, então, como crime de colarinho branco: “[...] um crime cometido por pessoas respeitáveis e com elevado status social, no curso de seu trabalho”⁹⁵. Na prática, na maioria das vezes, os crimes de colarinho geram até mais prejuízos para uma sociedade do que os crimes contra o patrimônio.

⁹⁰ BARATTA, 2002c, p. 208.

⁹¹ BARATTA, 2002a.

⁹² PRADO, Rodrigo. No que consiste a teoria da associação diferencial? **Canal Ciências Criminais**. [S.l.], 31 jul. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-associacao-diferencial/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

⁹³ BARATTA, 2002c.

⁹⁴ VIANA, 2017, p. 246.

⁹⁵ Ibid., p. 250.

Todavia, Baratta⁹⁶ traz dois pontos que dificultam para que os crimes de colarinho branco sejam devidamente, ou melhor, igualmente punidos se comparados aos crimes contra o patrimônio:

Um segundo aspecto a destacar é a grande dificuldade na elaboração de estatísticas, pois a cifra negra é alta e conta com certa proteção das autoridades governamentais na ocultação de certos fatos. Como consequência disso são enormes as dificuldades em descobrir tais crimes, bem como em sancioná-los. Além disso, a própria comunidade, mediante a opinião pública, traduz alguma perplexidade em identificar tais fatos como delituosos. Muitas pessoas comuns não captam a essência danosa de alguns dos atos cometidos, normalmente identificados como crimes de colarinho-branco. Isto faz com que a própria legislação seja mais condescendente com tais agentes, seja não considerando tais atos delituosos, seja para conceder certas imunidades a seus autores, tais como: tribunais especiais, prisões diferenciadas, penas mais leves etc.⁹⁷

4.3 Da relação entre as três teorias

Diante das teorias apresentadas, pode-se inferir que mesmo com a teoria da reação social apresentando a ideia de controle social realizado pelos processos de criminalização primária e secundária produzidos pelas agências de controle e ainda, a teoria da associação diferencial demonstrando, a partir dos crimes de colarinho branco, que a causa do crime não é a disfunção (criminoso nato) e nem está somente relacionada com as classes sociais mais baixas, a sociedade ainda reproduz muito do discurso trazido pela escola positiva.

Baratta⁹⁸ vai dizer que a matriz positivista continua fundamental na história da disciplina até nossos dias, tanto pelo motivo da orientação patológica continuar representada na criminologia oficial, quanto pelo motivo das escolas sociológicas continuarem a considerar a criminologia, sobretudo, como estudo das causas da criminalidade.

A ideia do indivíduo ser pré-julgado pela classe social a qual se insere, pela roupa a qual está trajando, pelo fenótipo pelo qual apresenta, demonstra de forma clara que o “criminoso nato” ainda existe dentro da sociedade. Por isso, o paradigma

⁹⁶ BARATTA, op. cit.

⁹⁷ BARATTA, 2002c, p. 214.

⁹⁸ Ibid., 2002a.

central da reação social torna-se ponto de partida para a real questão que deve ser analisada: o crime só é crime porque “alguém” diz que é.

Ninguém é criminoso porque nasceu branco, negro, de nariz fino ou de cabelo crespo. Se certo grupo social possui mais indivíduos que aparecem nas “estatísticas oficiais” como criminosos é porque “alguém” quis que isso ocorresse. Esse alguém nada mais é que as Instituições constituídas pelos mais “fortes”, ou melhor, pelos que possuem maiores condições socioeconômicas. Os detentores do poder, aproveitando da força que possuem, criam as condutas que serão taxadas como crimes para garantir que seus interesses não sejam, jamais, ameaçados, consolidando-se, dessa forma, uma sociedade seletiva.

Como dito nesse capítulo, o controle social é realizado pelos agentes controladores, desde o legislador até o juiz. O legislador fica evidente ao criar tipos penais, principalmente os crimes contra o patrimônio, com penas excessivamente altas. Basta lembrar que o furto qualificado (no qual não envolve violência contra a pessoa) possui uma pena que vai de 2 a 8 anos. É dizer nas palavras de Cruz⁹⁹ que “o desequilíbrio de penas é apenas outro fator que atesta a vontade do estado em manter os transgressores o mais longe e por mais tempo possível da classe exploradora, privilegiada e demasiadamente protegida”. Em contrapartida, as repostas dadas aos “White collar” são com menor rigor, muitas vezes sendo possível apenas a pena pecuniária.

Já em relação à polícia, ao Ministério Público e ao juiz, a maneira que realizam o controle social fica explicitada na forma de tratamento dado – seja dentro do Inquérito Policial ou do processo penal –, às pessoas a partir da classe social que ocupam. Como Baratta¹⁰⁰ trouxe no último texto da subseção anterior, a própria sociedade não identifica os crimes de colarinho branco como crimes. O autor, quando utiliza o termo “sociedade”, está englobando também os aplicadores do direito. Isso é consequência, principalmente, do respeito e admiração que estes possuem em relação aos grandes empresários.

⁹⁹ CRUZ, Lucas Coelho. A desproporção das penas destinadas aos crimes contra o patrimônio. **Boletim Jurídico**, Uberaba, MG, 27 set. 2017. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4274/a-desproporcao-penas-destinadas-aos-crimes-contrapatrimonio>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

¹⁰⁰ BARATTA, 2002a.

4.4 A verdade real como mecanismo de controle social

Na seção “Breve panorama das provas no processo penal” sugerimos uma reflexão de extrema pertinência da relação entre a ideia de controle social trazida pela teoria da reação social com o sistema processual penal vigente no nosso ordenamento. Ora, a CRFB 88 traz a ideia de um sistema penal acusatório (produção de provas, devido processo legal e separação das funções de julgar e acusar). Todavia, o nosso processo penal, na prática, em consonância com o Código de Processo Penal e as mais diversas jurisprudências, autoriza em diversos casos a não consolidação do modelo trazido pela Constituição, alegando principalmente a existência do chamado princípio da busca pela verdade real.

Feita a análise da teoria da reação social, fazemos um questionamento: será que não existe a possibilidade do princípio da busca pela verdade real ainda vigorar no sistema processual penal para fomentar a efetivação do controle social por parte do Judiciário?

Alegando tal princípio (que pelo seu próprio nome percebe-se o tamanho de sua abstração), o juiz poderá realizar diversas condutas, mesmo que estas não estejam em consonância com as legislações. De um lado, há um juiz (que integra a camada “alta” da sociedade) que possui a seu favor uma legislação altamente punitiva para os crimes cometidos contra o patrimônio – que na maioria das vezes são cometidos por pessoas de baixo poder aquisitivo –, aliado a uma sociedade facilmente manipulada pelos meios midiáticos, os quais, a todo momento, colocam esses indivíduos como perigosos; do outro, há um juiz que já entra no processo admirando e respeitando (no sentido de temer consequências em punir uma pessoa que detém poder econômico) o réu, não sendo concebível nem mesmo o chamar de delinquente, aliado à pouca divulgação nas estatísticas oficiais (cifra negra) dos delitos de colarinho branco.

Nos dois casos acima mencionados, o juiz possui em seu favor (ou melhor, em favor do Estado) o princípio da busca pela verdade real. Em qual dos dois casos o magistrado tende a não cumprir as regras estabelecidas pela CF ou até mesmo tende a “violiar” alguma regra estabelecida pelas legislações alegando tal princípio?

A presente pesquisa não visa analisar todas as condutas dos juízes dentro do processo, as quais são frutos da busca pela verdade real, até porque, como visto anteriormente, são vários os artigos que apresentam traços inquisitoriais, não sendo possível, assim, exauri-los somente neste estudo.

Como apresentado ao longo do trabalho, a presente pesquisa visa analisar de que forma é realizada a oitiva de testemunhas dentro dos crimes de natureza patrimonial e dos crimes chamados de colarinho branco. A partir disso, poderá ser realizada uma comparação, verificando-se em qual tipo de crime as falsas memórias tendem a surgir, tendo em vista: o tipo de pergunta feita tanto pela parte, quanto pelo juiz; a filtragem realizada pelo juiz de acordo com o artigo 212 *caput*, e o lapso temporal do processo. Todos esses processos são de extrema relevância para a análise.

Nesse sentido, pretende-se verificar a seguinte questão durante a fase de instrução, mais especificamente durante a produção da prova testemunhal: nos crimes contra o patrimônio o juiz tem o mesmo zelo, mais zelo, ou menos zelo com a oitiva da testemunha (considerando o artigo 212 do CPP) em comparação com os crimes de colarinho branco? Veremos, posteriormente, como esta questão se configura.

5 CONTEXTUALIZAÇÃO METODOLÓGICA

Como visto ao longo da pesquisa realizada através do levantamento bibliográfico, a prova testemunhal tem sido o meio de prova mais utilizado pelos juízes nas formulações de suas decisões. Devido a isso, torna-se fundamental que esta seja produzida de forma que gere menos erro possível, visto que uma decisão equivocada por parte do juiz no processo penal pode gerar consequências irreversíveis.

De acordo com o sistema *cross examination* trazido no artigo 212 do nosso CPP, as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha. O juiz, então, terá a função de não admitir aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. Por fim, o seu parágrafo único autoriza que sobre os pontos não esclarecidos poderá o juiz complementar a inquirição.

Ao discorrermos sobre a atuação do juiz de acordo com esse artigo, chegamos à conclusão de que, pelo fato do magistrado não possuir uma formação específica na Psicologia do Testemunho e ao mesmo tempo não possuir corpo interdisciplinar (médicos, assistentes sociais, psicólogos...) para o auxiliar, existe alto risco de ocorrer falhas no momento da oitiva das testemunhas, culminando, principalmente, na formação de falsas memórias.

Quando analisamos o CPP a partir da leitura da CRFB 88, percebemos que o sistema inquisitório ainda prevalece no nosso ordenamento, principalmente pela possibilidade do juiz produzir prova de ofício. E esse artigo 212, ao permitir que o juiz, mesmo sem o preparo necessário, admita ou não certas perguntas, aliado à possibilidade de poder complementar a inquirição de ofício, é mais um exemplo da prevalência desse sistema. Sistema esse que é legitimado no processo penal pelo princípio da busca pela verdade real.

Todavia, a partir da análise da teoria da reação social, percebe-se que existe um sistema penal que, na verdade, é um modelo estruturado para perpetuar o sistema de dominação. Ou seja, são os grupos sociais que, a partir de sua posição social elevada, determinam quais condutas são consideradas crimes, garantindo

assim um controle social. Esse controle social é exercido também pelos juízes, que tendem a agir de forma diversificada conforme a posição social dos acusados.

Por isso, sugerimos, nessa pesquisa, que a busca pela verdade real, a qual garante a vigência e aplicação de diversos artigos e condutas com traços inquisitoriais, existe como mecanismo desse controle social. Assim, a partir, também, do conceito trazido pela teoria da associação diferencial de crime de colarinho branco e sua repercussão dentro do sistema penal, a presente pesquisa empírica visa analisar como é realizado a oitiva das testemunhas nos crimes contra o patrimônio em comparação aos crimes de colarinho branco. Dessa forma, será possível verificar em qual tipo de delito o juiz tem maior preocupação com a possibilidade da ocorrência de falhas, entre elas as falsas memórias.

5.1 Do estudo de caso

Segundo o livro *Pesquisar empiricamente o direito*, é possível caracterizar o estudo de caso como:

Uma estratégia metodológica de construção de um objeto empírico muito bem definido e específico, potencialmente revelador de aspectos e características de uma problemática que não seriam facilmente acessados por intermédio de outras estratégias. Tomado dessa forma, o estudo de caso nos convoca a mergulhar profundamente em um fenômeno e a observar de variadas fontes e perspectivas.¹⁰¹

Nessa possibilidade de mergulharmos em um fenômeno e observá-lo de variadas fontes e perspectivas, torna-se comum estudos de caso envolverem entrevistas, levantamento documental e, até mesmo, diferentes modalidades de observação¹⁰². Para o estudo de caso aqui abordado foi utilizado a observação como principal técnica de coleta de dados. Isso porque, segundo Ferreira, Torrecilha e Machado¹⁰³, fundamentando-se em Zanelli: “A observação atenta dos detalhes

¹⁰¹ MACHADO, Maíra Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Redes de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 361.

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ ZANELLI, 2002 apud FERREIRA, Luciene Braz; TORRECILHA, Nara; MACHADO, Samara Haddad Simões. A técnica de observação em estudos de administração. In: ENCONTRO DA

coloca o pesquisador dentro do cenário de forma que ele possa compreender a complexidade dos ambientes psicossociais, ao mesmo tempo em que lhe permite uma interlocução mais competente”.

O método de observação adotado foi o da observação não participante (simples), pois não interagimos com os sujeitos observados, e os mesmos não estavam cientes que estavam sendo notados. Nessa perspectiva, o pesquisador tem um papel de observador. Como principal limitação desse método de observação, temos a ampla margem à interpretação subjetiva e parcial do fenômeno estudado. Por outro lado, a principal vantagem acaba sendo a possibilidade da construção de hipóteses acerca do problema pesquisado¹⁰⁴. Pelo fato de ser uma observação não participante, durante a sua realização não houve nenhuma conversa direta do pesquisador com os sujeitos dos processos utilizados como objetos de observação. Nesse sentido, importante trazer à tona que o registro partirá da descrição como um “juízo de observador”, que segundo Maíra Rocha Machado, baseada em Blackburn¹⁰⁵, revela constatações e não apreciações ou recomendações.

Ademais, quanto aos meios utilizados, a observação escolhida foi a chamada semiestruturada, pois, como veremos adiante, apesar de terem sido definidas algumas categorias de observação (expostas nas unidades de análise), nos mantivemos abertos à formação de novas categorias, demonstradas nas considerações.

Para que o conceito de estudo de caso realmente ocorresse, isto é, para que fosse possível a construção da pesquisa, foi utilizado o método denominado dedutivo. Foram identificadas as afirmações teóricas que se quer verificar anteriormente à própria seleção do caso¹⁰⁶. Ou seja, durante o processo de levantamento bibliográfico ocorreu uma afirmação provisória a ser testada: a busca da verdade real como mecanismo de controle social. A partir dela, surgiu uma hipótese de pesquisa, que é a produção da prova testemunhal nos crimes contra o

ANPAD, 36., 2012, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD, 2012. p. 1-15. p. 2. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2012_EPQ482.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

¹⁰⁴ FERREIRA, TORRECILHA, MACHADO, 2012.

¹⁰⁵ BLACKBUM, 1994 apud MACHADO, 2017.

¹⁰⁶Ibid.

patrimônio em face dos crimes contra o colarinho branco e a possível formação de falsas memórias. Conforme as palavras de Machado¹⁰⁷:

Quando o caso está sendo construído- ou sendo considerado para construir uma pesquisa- já sabemos algo sobre o que queremos aprender com ele. A escolha do que constituirá o caso esta frequentemente ligada ao que queremos inferir a partir dele. Emprego o termo inferência aqui no sentido específico dado por Epstein e King: 'o processo de utilizar os fatos que conhecemos para aprender sobre os fatos que desconhecemos'.

Nessa perspectiva, utilizamos como forma de planejar e estruturar nosso estudo o modelo proposto por Yin trazido nesta obra por Machado¹⁰⁸, distinguido três camadas em um estudo de caso: o contexto, o caso propriamente dito e as unidades de análise, as quais passamos a discutir a seguir.

Quanto ao contexto, inicialmente, vale ressaltar que, por se tratar de um trabalho de conclusão de curso de graduação realizado dentro de um período de no máximo quatro meses, o presente estudo de caso não contempla todas as varas criminais estaduais do Fórum Criminal de Salvador, responsáveis em julgar (ao menos em regra) os crimes contra o patrimônio.

Para a realização deste estudo, foi possível contemplar como objeto de pesquisa as duas varas da Justiça Federal que julgam crimes (ao menos em regra) de colarinho branco. Optou-se por realizar a pesquisa empírica no âmbito do Fórum Criminal de Salvador-BA e da Justiça Federal de Salvador-BA, devido a ser a nossa cidade residente.

Por fim, serão considerados como atores para a composição do caso os juízes, os promotores, os advogados de defesa, defensores públicos e as próprias testemunhas.

A segunda camada de um estudo de caso se refere ao caso propriamente dito. Quando, durante todo o levantamento bibliográfico, sugerimos que a busca pela verdade real existe no sistema penal – mesmo em desacordo com a Constituição Federal –, porque serve como mecanismo para o controle social, torna-se necessário a realização de uma pesquisa empírica para verificar tal hipótese.

¹⁰⁷MACHADO, 2017, p. 371.

¹⁰⁸Ibid.

Para isso, devido à prova testemunhal ser a mais utilizada pelos juízes nas formulações de suas decisões, escolhemos analisar como é produzida essa prova dentro do processo penal de acordo com o artigo 212 do CPP, visto que, além de se tratar de mais um artigo com traços inquisitoriais, a sua produção de maneira correta é fundamental para que não ocorram falhas que possam acarretar nas falsas memórias.

A ideia de controle social demonstra que o sistema penal é uma forma de dominação. Isso porque não é o comportamento por si só que condiciona a resposta oficial, mas as características físicas e o comportamento do indivíduo, conjunto que depende da posição social deste e que desempenha papel de extrema relevância em moldar a resposta das agências formais¹⁰⁹. Tendo isso em vista, resolvemos analisar a produção da prova testemunhal comparando a sua realização nos crimes contra o patrimônio, de um lado, e nos crimes de colarinho branco, de outro.

Fizemos essa comparação baseada no fato dos crimes contra o patrimônio possuírem, na sua grande maioria, pessoas de baixa renda como sujeito ativo. Em sentido oposto, como bem define a teoria da associação diferencial, o crime de colarinho branco é um crime cometido por pessoa respeitável e com elevado *status* social, no curso de seu trabalho.

A última camada de um estudo de caso são as unidades de análise. Segundo Yin¹¹⁰, “[...] esta denominação refere-se aos componentes do caso que receberão ainda maior atenção e cuidado no decorrer da coleta e tratamento dos dados”. Nesse momento, são realizadas as questões iniciais de pesquisa. Para a sua elaboração, como dito anteriormente, utilizamos como base o artigo 212 do CPP aliado ao tipo de pergunta feita: se a resposta era apenas “sim” ou “não”, chamamos de perguntas fechadas. De modo diverso, se a pergunta permitia à testemunha narrar ao máximo o fato, chamamos de pergunta aberta. Portanto, trazemos abaixo as questões utilizadas para nortear a observação semiestruturada deste estudo:

Questão 1: As perguntas são feitas da forma como determina o artigo 212 do CPP, isto é, diretamente pelas partes à testemunha, podendo o juiz ao final complementar no caso de pontos não esclarecidos?

¹⁰⁹ VIANA, 2017.

¹¹⁰ YIN, 2001, p. 44 apud MACHADO, 2017, p. 375.

Questão 2: As perguntas realizadas pelas partes eram fechadas (direto ao ponto) ou permitiam que a testemunha pudesse narrar ao máximo o fato (abertas)?

Questão 3: Os juízes indeferiram alguma pergunta elaborada pelas partes como determina o artigo 212 *caput*? Em outras palavras, os juízes indeferiram as perguntas com potencial de indução de respostas, que não tiveram relação com a causa ou que importaram repetição de outra questão já respondida?

Questão 4: Os juízes complementaram os interrogatórios? Se sim, as suas perguntas realizadas eram fechadas (direto ao ponto) ou permitiam que a testemunha narrasse ao máximo o fato (abertas)?

Questão 5: Como era o comportamento dos juízes durante a realização da oitiva da testemunha?

Questão 6: Qual o lapso temporal existente entre a ocorrência do fato e a realização da prova testemunhal?

Pretende-se, a partir da elaboração destes questionamentos, organizar a pesquisa empírica visando, dentre outras coisas, reduzir as chances de desvio do objeto central e da problemática da pesquisa.

5.2 Do tipo de dado da amostra

A presente pesquisa empírica é de natureza qualitativa (letras), visto que, diferentemente da natureza quantitativa (números), que analisa probabilidades, esta pesquisa convida a amostragens por caso único, baseando-se em uma análise reflexiva¹¹¹.

De acordo com Machado, com base na pesquisa de Pires¹¹², o estudo de caso único engloba três tipos de amostra: a amostra de ator; a amostra de meio (geográfico ou institucional); e a amostra de acontecimento (ou enredo). Em regra, a amostra utilizada na pesquisa é a de acontecimento, pois visa analisar como é realizada a produção da prova testemunhal dentro das varas de crime contra o

¹¹¹ MACHADO, 2017.

¹¹² PIRES, 2008 apud Ibid.

patrimônio e nas varas de crimes de colarinho branco. Com base em Pires¹¹³, as amostras de acontecimento referem-se:

A um fato institucional (ou cultural) singular, e mesmo único, que se produz graças às instituições ou à cultura e que, por esta razão, possibilita-nos apreender as mesmas em ação. Nestas situações o interesse do pesquisador recai mais sobre um acontecimento que ele julga estratégico para o conhecimento do que sobre um meio social ou uma história de vida.

Todavia, também será utilizada a amostra de ator, visto que o comportamento do juiz durante o interrogatório da testemunha também será analisado.

5.3 Da narrativa do estudo de caso

De acordo com Machado no livro *Pesquisar empiricamente o direito*:

A narrativa que realizamos no estudo de caso registra aquilo que observamos do material coletado, em função das seleções realizadas e dos objetivos da pesquisa. [...] A narrativa não é o 'caderno de campo', nem a paráfrase dos autos processuais, tampouco a transcrição das entrevistas. De um modo provocativo, parece-me possível dizer que a narrativa é, em si mesma, o resultado de um processo analítico, especialmente se compreendermos 'análise' nos termos propostos por Bernadet [...]. Para o autor, analisar é 'descobrir mecanismos de composição, de organização, de significação, de ambiguidade, estabelecer coerência ou as contradições entre estes mecanismos'.¹¹⁴

A partir de então, passaremos à narrativa do estudo de caso. Antes de adentrarmos nas respostas das perguntas elaboradas nas unidades de análise é necessário trazer importantes considerações que se relacionam com o objeto da pesquisa.

É importante trazer à tona que em todos os casos de crime contra o patrimônio as testemunhas eram abonatórias ou "de beatificação", isto é, em nenhum caso assistido se verificou a existência de uma testemunha de defesa que tenha presenciado o fato ocorrido. Apenas se verificou a existência de testemunhas que comparecem para responder às questões sobre a conduta social do réu.

¹¹³ Ibid., p. 378.

¹¹⁴ MACHADO, 2017, p. 382.

Essa questão, contudo, ocorre de forma diferente nos crimes de colarinho branco, devido ao fato de, na maioria das vezes, serem cometidos por algum gestor/gerente/administrador de alguma empresa, o que justifica as várias testemunhas de defesa, as quais são geralmente compostas pelos próprios funcionários.

Outra questão de extrema relevância para a produção da prova testemunhal é que nas varas dos crimes contra o patrimônio analisadas, em alguns casos, o defensor público não estava presente. Como, em muitos casos, o réu não possui condições financeiras para contratar um advogado, o defensor público torna-se fundamental para a garantia do contraditório e da ampla defesa. Diante disso, o juiz requisita a presença do defensor público de outra vara, a qual, na totalidade de vezes, não tinha conhecimento do processo. O resultado desse cenário é que em nenhum caso analisado o defensor realizou perguntas para a testemunha ou pediu para o juiz indeferir determinado tipo de pergunta realizada pela acusação.

Em contrapartida, nos crimes de colarinho branco, em nenhum caso foi necessário que a defesa fosse realizada por um defensor público, visto que o réu tem uma situação financeira que lhe permite contratar, no mínimo, um advogado.

Passamos então para a narrativa, a partir das questões realizadas. Vale destacar que estas não serão, necessariamente, respondidas na ordem em que as questões foram colocadas, mas na forma de um relato geral.

Primeiramente, iremos tratar dos crimes contra o patrimônio da Justiça Estadual. Para isso, foram analisadas três varas de crimes contra o patrimônio, que aqui chamaremos, a fim de identificação, de vara C, D e E. Não houve um critério objetivo para a escolha destas. Dessa forma, optamos pelas varas em que estivesse ocorrendo a audiência de instrução e houvesse vaga para assistir.

Em duas das três varas analisadas, D e E, as perguntas feitas às testemunhas não cumpriram a forma como determina o artigo 212 do CPP. Segundo esse artigo, os questionamentos devem ser realizados de forma direta pelas partes às testemunhas. O juiz só poderá, no primeiro momento, atuar para indeferir perguntas que puderem induzir a resposta, que não tiverem relação com a causa ou que importarem na repetição de outra já respondida. Somente ao final, caso ainda haja algum ponto não esclarecido, o juiz poderá complementar a inquirição.

Entretanto, nas varas D e E ocorreram situações distintas do que determina esse artigo. Na vara D, o juiz, a todo instante, interrompeu tanto o MP quanto a defensoria pública, elaborando perguntas por cima das realizadas pelas partes. Já na vara E, a evidência inquisitorial estava de forma mais nítida. A própria juíza fez, inicialmente, perguntas à testemunha. O MP e a defensoria serviram apenas para complementar a inquirição, atuando ao término do interrogatório realizado pelo juiz.

Na vara C, primeira analisada, ocorreu a instrução de três processos: dois do ano de 2017 e um do ano de 2018. Em relação às testemunhas de acusação – que geralmente são policiais –, a primeira pergunta realizada pelo MP foi sempre a mesma: “*O que aconteceu?*”. Desse modo, parecia que o interrogatório iria se desenvolver a partir das melhores condições para a testemunha se esforçar em vasculhar sua memória, mas apenas parecia.

No decorrer da oitiva, diversas vezes o MP interrompeu as falas das testemunhas, fazendo-lhes novas perguntas, sempre da forma mais fechada possível. Por exemplo: em certo caso, os fatos narrados numa denúncia traziam uma suposta situação de roubo. Segundo constava na denúncia, a suposta ré teria praticado a ação fingindo estar com uma arma por de baixo da camisa. Durante o interrogatório, o MP questionou a testemunha sobre qual foi o gesto que a ré fez durante a ação. A testemunha prontamente falou que não lembrava, e, mesmo não concluindo a resposta, a acusação indagou com um tom de voz mais sarcástico: “*Qual gesto que se faz por dentro de uma camisa?*”. Essa conduta se repetiu durante toda a produção da prova testemunhal.

A defesa, por sua vez, realizou apenas duas perguntas em três audiências assistidas. A primeira foi no processo que tinha a presença de um advogado constituído, o qual fez uma pergunta mais fechada para uma das testemunhas: “*A suposta ré demonstrou estar embriagada?*”. Em outro processo, a defensoria pública indagou à testemunha se ela havia visto alguma arma. A forma como foi realizada essas perguntas sugere uma estratégia intencional da defesa, visando utilizar esses questionamentos na elaboração de suas alegações finais.

Em relação à(s) testemunha(s) de defesa, o MP buscou ao máximo encontrar no depoimento situações divergentes que pudessem desqualificá-los. Para isso, utilizou diversas perguntas fechadas, como por exemplo: “*Viu a ré no dia do fato?*”; “*Ela estava bebendo?*”; “*Dia de semana ela bebe?*”. A todo instante o MP

interrompia a fala da testemunha, fazendo novas perguntas. A defesa, contudo, não realizou perguntas.

Na vara E, ocorreu a instrução de um processo do ano de 2018, na qual o juiz iniciou o interrogatório às testemunhas. Diante da oitiva destas ter ocorrido logo após o depoimento das vítimas, as perguntas foram as mais fechadas possíveis, como se o juiz apenas estivesse utilizando do interrogatório das testemunhas para ratificar o que foi dito pelas vítimas, por exemplo: “*O sujeito estava com algum pertence?*”; “*O outro fugiu?*”; “*Foi capturado e levado para o GERC?*”; “*Ele pediu desculpas para a vítima?*”. Todas essas frases já haviam sido ditas pelas vítimas anteriormente no interrogatório. Não houve testemunhas de defesa.

Por outro lado, o MP, que realizou o interrogatório da testemunha após o juiz, elaborou poucas perguntas, porém mais abertas, demonstrando certa preocupação com a testemunha ao vasculhar, dentro de sua memória, o fato como ocorreu. Um exemplo disso foi pergunta do tipo: “*Como estava o estado emocional das vítimas logo após o ocorrido?*”. A defensoria nada perguntou.

Por fim, na vara D, a instrução foi de um processo instaurado em 2011. Mesmo o juiz diversas vezes interrompendo as testemunhas e atropelando as perguntas feitas pela acusação, os questionamentos realizados pelo MP, na sua maioria, foram os mais abertos possíveis. Por exemplo, no caso em que uma testemunha de acusação era funcionária da empresa que supostamente havia sido furtada, entre as perguntas do MP estavam: “*Exercia qual função?*”; “*Como ocorreu o fato?*”; “*No dia do fato, o que houve?*”.

Por outro lado, como foi ressaltado, o juiz, a todo instante, interrompia o interrogatório para fazer novas perguntas, as quais sempre eram fechadas: “*O réu já estava sendo investigado?*”; “*Já sabia quem era o motorista?*”; “*Você já conhecia ele?*”; “*A mercadoria era leite em pó, mais ou menos quanto?*”. Não houve testemunhas de defesa.

O defensor público realizou duas perguntas objetivas para, provavelmente, fundamentar sua defesa, as quais foram: “*As mercadorias foram devolvidas?*”; “*A empresa teve prejuízo?*”. Dessa forma, a testemunha teve pouco espaço para desenvolver sua resposta.

No tocante à possibilidade do juiz não admitir determinadas perguntas quando elas puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida, não aconteceu em nenhum dos processos analisados. Durante o nosso levantamento bibliográfico, verificamos a dificuldade do juiz em conseguir, principalmente em relação às perguntas que puderem induzir resposta, verificar as suas ocorrências. Como visto, em regra, os juízes não possuem formação em psicologia do testemunho, nem contam com o auxílio de pessoas qualificadas neste processo. Talvez, por isso, não tenha sido verificado o indeferimento de tais questões.

Durante o interrogatório das testemunhas verificou-se que em todas as varas, na maioria das vezes, os juízes estavam concentrados nas perguntas realizadas pelas partes e nas respostas das testemunhas. Afirma-se na “maioria das vezes” e não na totalidade das vezes porque em certos momentos do interrogatório conseguimos avistar os magistrados em seus aparelhos telefônicos. Cabe aqui uma reflexão trazida durante o nosso levantamento bibliográfico: um bom entrevistador poderá conduzir o interrogatório da maneira que melhor lhe favoreça. Daí decorre a necessidade de o juiz estar completamente atento às perguntas e às respostas realizadas durante a prova testemunhal.

Com exceção da vara em que o próprio juiz iniciou as perguntas às testemunhas, nas demais ocorreu, ao final das perguntas feitas pelas partes, a complementação da inquirição, como autoriza o parágrafo único do artigo 212 do CPP, até mesmo na vara onde o juiz interrompia o MP constantemente com novas indagações. As perguntas eram sempre objetivas, verificando-se que, de fato, a pretensão dos juízes não era de refazer a inquirição ou produzir novas provas, mas apenas de sanar certos pontos específicos não esclarecidos.

Tendo isso em vista, compreende-se porque ocorreram perguntas às testemunhas do tipo: “*Se lembra o que foi roubado?*”; “*A senhora falou que a ré estava deprimida. Ela estava tomando medicamento?*”; “*Houve filmagem?*”; “*Foi entregue na delegacia?*” “*Apurou-se a existência de outros delitos ou fica só na hipótese?*”

A seguir passamos para a narrativa, a partir das questões realizadas, dos crimes de colarinho branco. Da mesma forma, vale destacar que estas não serão, necessariamente, respondidas na ordem em que as questões foram colocadas, mas

na forma de um relato geral. Logo, faremos um apanhado geral e nesse processo trataremos as problematizações.

A análise dos crimes de colarinho branco ocorreu na Justiça Federal. Devido ao fato de existirem apenas duas varas que tratam de processos na esfera criminal, somente estas foram objeto de análise. Não trataremos aqui o número das varas, por isso utilizamos a denominação de vara A, para se referir à primeira analisada, e vara B, para se referir à segunda.

Das duas varas analisadas, apenas a vara A obedeceu ao rito trazido pelo artigo 212 do Código de Processo Penal. Dessa maneira, apenas nesta as perguntas foram feitas diretamente pelas partes às testemunhas, ficando o juiz ao final, em caso de pontos não esclarecidos, responsável em complementar a inquirição. Por sua vez, na vara B, o juiz iniciou as perguntas às testemunhas e ao final ainda questionou o MP e o advogado da defesa, indagando-os se queriam complementar com mais alguma questão.

Na vara A, a primeira analisada, foram ouvidas três testemunhas de defesa. O modo como foi concebido as perguntas e a liberdade passada pelas partes às testemunhas para respondê-las – tendo como parâmetro todo o conhecimento obtido a partir do levantamento bibliográfico utilizado no desenvolvimento dessa pesquisa – foi o mais próximo possível de um interrogatório livre de falhas.

Essa sugestão pode ser comprovada, primeiramente, pela forma como as partes, incluindo o juiz, recebiam a testemunha, tentando tranquilizá-la a relatar, a partir dos questionamentos, o que se recordava, depois, pelas perguntas efetuadas. As perguntas feitas pelo MP eram, de certa forma, abertas, pois permitiam que as testemunhas desenvolvessem suas lembranças. Como exemplo, temos as seguintes questões: “*Em relação aos fatos, a senhora prestava serviço à empresa?*”; “*Teve algum tipo de contato com réu durante o período em que atuou?*”. Ainda em relação à sugestão da ocorrência de um interrogatório livre de falhas, percebeu-se o cuidado, até mesmo da acusação, com a testemunha, pois pedia-se desculpas nos momentos de interrupção feitos e solicitava-se que a testemunha continuasse seu depoimento. Isso ocorreu diversas vezes durante o interrogatório.

A defesa realizada pelo advogado utilizou perguntas mais objetivas, talvez pelo fato de servir para fundamentar suas alegações finais. Foram feitas perguntas

como: “*Quantos funcionários trabalhavam na equipe?*”; “*Qual a cidade a senhora trabalhava?*”.

Na vara B, o processo analisado, referente ao ano de 2016, diz respeito ao suposto delito de supressão de tributos mediante omissão de informação às autoridades fazendárias. As perguntas eram feitas de forma mais fechada, e, mesmo antes da testemunha finalizar sua resposta, o juiz já fazia um novo questionamento. Esse fato ocorreu ao menos três vezes, o que dava a impressão de que o magistrado estava cansado, visto que anteriormente a esta audiência havia ocorrido outra de longa duração. Perguntas como “*Qual era o objetivo da empresa?*”; “*Qual o nome da empresa?*”; “*O senhor tinha contato com os clientes?*”; “*Você tem algum conhecimento sobre a questão fiscal da empresa?*” foram formuladas pelo magistrado.

Após esses questionamentos, o juiz questionou se as partes tinham algo para complementar. A estratégia da defesa foi elaborar questões objetivas, a maioria com respostas “sim” ou “não”, provavelmente, para tentar demonstrar a sua tese. Para isso, utilizou-se de questões como: “*Qual era sua função na empresa?*”; “*Trabalhava em campo?*”; “*A empresa prestou serviço para empresa particular ou pública?*”; “*Se houvesse erros, as faturas eram pagas?*”

O último a realizar as perguntas foi o MP, na figura de seu procurador, o qual manteve a linha das demais partes do processo e também procedeu com perguntas fechadas, como fica evidente em; “*O senhor poderia fazer uma proporção de quantos dias ficava na sede?*”; “*Quem fazia a questão fiscal da empresa?*”; “*Onde era a sede?*”.

No tocante à possibilidade do juiz não admitir perguntas que possam induzir a respostas, que não tenham relação com a causa ou que importem na repetição de outra já respondida, podemos afirmar que não aconteceu em nenhum dos processos analisados. Cabe a mesma reflexão feita nos crimes contra o patrimônio.

Em ambas as varas, A e B, os juízes demonstraram o máximo de atenção em todos os acontecimentos que ocorriam dentro da sala de audiência. Na vara B, o juiz demonstrou estar tão atento ao interrogatório das testemunhas que, mesmo em desacordo ao que determina o artigo 212 do CPP, interrompia a parte (advogado ou MP) para tentar compreender melhor a resposta dada pela testemunha em relação à

pergunta elaborada. Ademais, em nenhum momento os juízes de ambas as varas foram vistos concentrados em outra questão senão o que realmente ocorria dentro da sala de audiência.

Ao final da oitiva de cada testemunha – na vara A, onde a forma do interrogatório ocorreu como determina o artigo 212 do CPP –, a juíza complementou a inquirição. De um jeito bem alinhado com a ideia da realização de uma entrevista em vez de um interrogatório mais fechado, no qual a testemunha possui uma maior liberdade para vasculhar sua memória, a magistrada em vez de fazer, como nas varas dos crimes contra o patrimônio, perguntas objetivas, indagou à testemunha se ela queria acrescentar mais alguma coisa. Por outro lado, por motivos lógicos, na vara onde o juiz começou o interrogatório, não houve complementação da inquirição.

5.4 Considerações

Mesmo se tratando de uma pesquisa simples – referente a um trabalho de conclusão de curso – realizada em um período curto de tempo, algumas constatações puderam ser realizadas.

Primeiramente, podemos constatar que, pelo fato dos crimes contra o patrimônio (em regra) serem julgados na justiça estadual e os crimes de colarinho branco serem (em regra) julgados na justiça federal, o tratamento oferecido às testemunhas é dado de maneira distinta. É nítido a existência de uma discrepância estrutural – relativa à preparação dos funcionários e à própria estrutura física do local – entre as duas Justičas. Um exemplo claro para ilustrar tal evidência é a preocupação, na Justiça Federal, dos funcionários em saber se a pessoa que está ali (seja ela advogado, réu, testemunha...) quer uma água ou café. Quanto à estrutura física, fica evidente a existência de microfones em todas as salas de audiência, facilitando, assim, a gravação das oitivas das testemunhas.

Na justiça estadual, mais especificamente nas varas que tratam dos crimes contra o patrimônio, em muitos casos o réu está preso. Toda essa estigmatização do sujeito “perigoso” que incide sobre o indivíduo se reflete nos olhares, na sua roupa laranja utilizada, nas algemas, e também nas suas testemunhas arroladas. Como já

foi dito, a maioria delas são testemunhas de beatificação, ou seja, aquela que vai apenas para falar da conduta social do sujeito.

Como a maioria (quase totalidade) dos sujeitos que cometem crime contra o patrimônio são pessoas pobres, as testemunhas que geralmente são arroladas para tratar de sua conduta social são pessoas dos seus meios, carentes de poder econômico e, em vários casos, de escolaridade e informação. Por isso ficam, durante sua oitiva à mercê do defensor público. Como este, em alguns casos analisados, não estava presente nas varas, os requisitados pelo juiz quase não se pronunciavam no processo. Resultado de tudo isso: a testemunha ficava completamente acuada com as perguntas realizadas pela acusação.

Outro ponto que merece destaque diz respeito ao modo das perguntas realmente feitas pelas partes. Em nenhuma vara dos crimes contra o patrimônio, independentemente da testemunha ser de defesa ou de acusação, ocorreu, pelo menos na sua maioria, perguntas abertas. As indagações eram sempre fechadas, como se a resposta já estivesse na pergunta. Na mesma linha, parecia que a testemunha tinha um limite de segundos para responder aos questionamentos, visto que, quase em sua totalidade, era sempre interrompida. Como foi abordado durante o levantamento bibliográfico, quando as perguntas são realizadas dessa forma o risco do surgimento de falsas memórias torna-se elevado.

Já nas varas da Justiça Federal ocorreram duas situações distintas. Enquanto a vara A deixava ou ao menos tentava deixar a testemunha mais à vontade possível para responder às perguntas, as quais, de forma geral, eram mais abertas, a vara B realizava perguntas mais fechadas, mesmo respeitando mais (em relação aos crimes contra o patrimônio) as testemunhas e deixando-as responder às questões dentro dos seus tempos.

Os traços inquisitoriais marcados pela superatuação do juiz como um ator dentro do processo (muitas vezes protagonista), alicerçados pelo discurso da busca pela verdade real, são muito evidentes dentro das varas dos crimes contra o patrimônio. Para esses magistrados, a gravidade do cometimento de um crime contra o patrimônio é tão grande que não importa como e quais perguntas são realizadas pela acusação, nem tampouco o rito que a lei determina. O que importa, para estes, é que seja produzida prova suficiente para condenar esses “seres tão perigosos”.

Não estamos dizendo que os traços inquisitoriais também não estão presentes nas varas que tratam de crimes contra o colarinho branco. Como a própria narrativa da pesquisa empírica demonstrou, em uma das varas também ocorreu violação ao rito trazido pelo artigo 212 do CPP. No mesmo sentido, também ocorreram questões fechadas. Todavia, mesmo ocorrendo tais violações, o próprio juiz tentava justificar, em algumas de suas perguntas ou condutas, o porquê dele estar cometendo aquele ato. É o respeito tratado pela teoria da associação diferencial, que inclui um misto de medo e admiração. Ou seja, nos crimes de colarinho branco, mesmo nos casos de alguma ou outra violação do que a lei determina, os sujeitos do processo são tratados como “seres humanos” do ponto de vista, principalmente, sociológico, isto é, “[...] aquele indivíduo que é capaz de viver em sociabilidade com os demais. É um ser social que consegue conviver em sociedade e influenciar ou ser influenciado por determinado comportamento social”¹¹⁵.

¹¹⁵ SIGNIFICADO de Ser Humano. Significados. [S.l.], 29 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/ser-humano/>>. Acesso em: 3 out. 2018.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término desta pesquisa, produzida inicialmente através de um levantamento bibliográfico e, posteriormente, por um estudo de caso, algumas conclusões e sugestões puderam ser levantadas. O levantamento bibliográfico realizado a partir de conceitos e debates de autores mostrou-se peça-chave para discorrermos sobre a tese central levantada: a busca pela verdade real como mecanismo de controle social.

Do mesmo modo, o estudo de caso realizado, principalmente, pela observação não participativa e semiestruturada apresentada na seção “Contextualização metodológica”, nos proporcionou uma verificação, na prática, se a tese central levantada realmente pode ser suscitada.

Ao analisarmos a aplicação do artigo 212 do CPP nas duas espécies de crimes que, talvez, apresentem pessoas de grupos de classes econômicas mais distintas como sujeito ativo – os crimes contra o patrimônio, que na sua quase totalidade de casos são cometidos por pessoas pobres, e os crimes de colarinho branco, geralmente cometidos por pessoas de alto poder aquisitivo –, pudemos sugerir que a ideia de controle social trazida pela teoria da reação social como forma de garantir um sistema penal seletivo apresenta-se em consonância com a realidade das instituições penais.

Mesmo se tratando de uma pesquisa empírica realizada num curto período de tempo, uma das conclusões que não gera dúvidas é a existência de traços inquisitoriais por todo o sistema penal. Tanto nas varas de crimes contra o patrimônio, quanto nas varas que julgam crimes de colarinho branco, baseadas na ideia da busca pela verdade real, o juiz realiza de ofício a produção de provas. Tal evidência ficou constatada a partir:

1. da conduta de ofício do juiz em complementar a inquirição da testemunha de acordo com o parágrafo único do artigo 212 do CPP (fato não ocorrido em apenas uma vara da justiça federal);
2. da violação do rito trazido pelo *caput* do artigo 212, no qual, primeiramente, as partes devem fazer as perguntas diretamente às

testemunhas e, por último, o juiz. (Fato ocorrido em duas varas dos crimes contra o patrimônio e em uma vara dos crimes de colarinho branco).

3. do desrespeito ao depoimento realizado pela testemunha, visto que, em diversas vezes, as testemunhas eram interrompidas antes de terminarem suas falas por novas perguntas.

Além dessa conclusão, a partir do estudo de caso realizado pela observação não participativa que, como dissemos, tem como principal vantagem o levantamento de hipóteses, suscitamos algumas possíveis reflexões.

A primeira delas trata-se do objeto principal da pesquisa. Ao analisarmos de forma uníssona todo o procedimento da produção da prova testemunhal com fulcro no artigo 212 do CPP – o que engloba o rito utilizado, o tratamento dado às testemunhas, o modo como as perguntas eram feitas e o comportamento do juiz –, levantamos a possibilidade de que a busca pela verdade real legitima o sistema inquisitório para garantir o controle social de um sistema seletivo.

Mesmo no momento em que o juiz da vara de crimes de colarinho branco não cumpriu o que determina o artigo 212 do CPP, passando a realizar as perguntas às testemunhas primeiro que as partes, era evidente que o tratamento dado às testemunhas era diferente. Primeiro, porque existia uma maior preocupação em entender o que a testemunha estava tentando relatar. Segundo devido ao tratamento digno oferecido pelos servidores da Justiça Federal, que vai da água oferecida a cordialidade demonstrada pelo juiz. Buscou-se, a todo momento, que o depoimento fosse realizado de forma menos repressiva.

Ademais, como constatado nas considerações na seção “Contextualização metodológica”, em nenhum caso analisado nas varas dos crimes contra o patrimônio houve prevalência de perguntas abertas. Geralmente, as perguntas tinham como resposta apenas “sim” ou “não”. Como principal consequência, a probabilidade de surgir falsas memórias na prova testemunhal produzida na instrução dos crimes contra o patrimônio torna-se muito mais concreta.

Portanto, corroboramos que em relação aos crimes contra o patrimônio não existe uma preocupação por parte do magistrado, no momento do interrogatório da testemunha, em relação ao modo que as perguntas são feitas pelas partes.

Por conseguinte, finalizamos esta pesquisa com a sugestão, não apenas teórica, mas também fundamentada por uma pesquisa empírica, de que o princípio da busca pela verdade real ainda existe em nosso sistema como forma das instituições efetivarem o controle social, garantindo, dessa maneira, um sistema penal seletivo. Logo, verificou-se uma forte tendência de diversificados juízos e aplicação da lei conforme a posição social do réu.

REFERÊNCIAS

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e antecipação da prova testemunhal no processo penal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 255-270, jan./jun. 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüência**, Florianópolis, n. 30, ano 16, p. 24-36, jun. 1995. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/11018773/do-paradigma-etiologico-ao-paradigma-da-reacao-social---vera-regina-p-de-andrade/2>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

ARAGÃO, Gerson. **Qual a diferença entre regras e princípios?** (segundo Robert Alexy). Jusbrasil.[S.l.], [2015]. Disponível em: <<https://gersonaragao.jusbrasil.com.br/artigos/215342544/qual-a-diferenca-entre-regras-e-principios-segundo-robert-alexey>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. “Falsas” memórias e processo penal: (re)discutindo o papel da testemunha. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, ano 1, n. 12, p. 7167-7180, 2012. Disponível em: <http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11300/2/Falsas_Memorias_e_Processo_Penal_Re_Discutindo_o_Papel_da_Testemunha.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002a. (Coleção Pensamento Criminológico).

BARATTA, Alessandro. A escola liberal clássica do direito penal e a criminologia positivista. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002b. p. 29-40. (Coleção Pensamento Criminológico).

BARATTA, Alessandro. **A recepção alemã do “labeling approach”**: negação do princípio de igualdade. In: BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002c. p. 101-217. (Coleção Pensamento Criminológico).

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 19 out. 2018.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008**. Altera dispositivos do Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Brasília, DF, 2008. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11690.htm>. Acesso em: 1 nov. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria de Assuntos Legislativos. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF: Ipea, 2015. (Série Pensando o Direito, n. 59).

CASTRO, Lola Anyar de; CODINO, Rodrigo. Primeira ruptura: a criminologia interacionista ou da reação social. In: CASTRO, Lola Anyar de; CODINO, Rodrigo **Manual de criminologia sociopolítica: a criminologia interacionista ou da reação social**. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2018. p. 209-232.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **O papel do novo juiz no processo penal**. Empório do direito, Florianópolis, 2015. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/o-papel-do-novo-juiz-no-processo-penal>>. Acesso em: 18 out. 2018.

CRUZ, Lucas Coelho. A desproporção das penas destinadas aos crimes contra o patrimônio. **Boletim Jurídico**, Uberaba, MG, 27 set. 2017. Disponível em: <<https://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/artigo/4274/a-desproporcao-penas-destinadas-aos-crimes-contr-patrimonio>>. Acesso em: 10 nov. 2018.

ESTADO novo. Toda Matéria, [S.l.], 14 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/estado-novo/>> Acesso em: 18 nov. 2018.

FERREIRA, Luciene Braz; TORRECILHA, Nara; MACHADO, Samara Haddad Simões. A técnica de observação em estudos de administração. In: ENCONTRO DA ANPAD, 36., 2012, Rio de Janeiro. **Anais...** Rio de Janeiro: ANPAD, 2012. p. 1-15. Disponível em: <http://www.anpad.org.br/admin/pdf/2012_EPQ482.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2015.

FERREIRA, Marco Aurélio Gonçalves. Entre O cross-examination e a pergunta direta a testemunha. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010. Fortaleza 2010. **Anais eletrônicos...** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 1382-1388. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3631.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2018.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. Provas – Lei 11. 689 de 09. 06.2008. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). **As reformas no processo penal: as novas leis de 2008 e os projetos de reforma**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 246-294.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2018. Volume único.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Redes de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. O reconhecimento de pessoas no processo penal e a falsa memória. In: SILVA, Luciano Nascimento; SANTIAGO Nestor Eduardo Araruno (Coord.). **Direito penal, processo penal e constituição I**. Florianópolis: CONPEDI, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0d2ac0e8224a99eb>>. Acesso em: 18 nov. 2018.

PEREIRA, Ricardo Santos. **Prova testemunhal e falsa memória no processo penal**: a influência das falsas memórias nos depoimentos das vítimas e testemunhas nos crimes patrimoniais com emprego de violência e grave ameaça. 2018. 67 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito. Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/26306>>. Acesso em: 18 out. 2018.

PRADO, Rodrigo. No que consiste a teoria da associação diferencial? **Canal Ciências Criminais**. [S.l.], 31 jul. 2018. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/teoria-associacao-diferencial/>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SCOFIELD, Bruno Lauar. **Criminologia da reação social e os movimentos radicais da criminologia**. [2014]. Disponível em: <<https://brunoscofield.jusbrasil.com.br/artigos/186911738/criminologia-da-reacao-social-e-os-movimentos-radicaais-da-criminologia>>. Acesso em: 20 out. 2018.

SIGNIFICADO de Ser Humano. Significados. [S.l.], 29 jan. 2018. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/ser-humano/>>. Acesso em: 3 out. 2018.

SIQUEIRA, Pereira Dirceu; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Acesso à justiça e os direitos da personalidade: elementos para a formação da prova testemunhal no novo código de processo penal, levando a psicologia do testemunho a sério! **Redes**: Revista Eletrônica Direito e Sociedade, Canoas, RS, v. 6, n. 1, p. 59-78, maio 2018. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4603>>. Acesso em: 20 nov. 2018.

VIANA, Eduardo. **Criminologia**. 5. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

ZAPATER, Máira. O código de processo penal de 1941: tudo o que você disser poderá ser usado contra você. **Justificando**, [S.l.], 7 jun. 2016. Disponível em: <<http://www.justificando.com/2016/06/17/o-codigo-de-processo-penal-de-1941-tudo-o-que-voce-disser-podera-ser-usado-contravoce/>>. Acesso em: 20 nov. 2018.