



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**PROCESSO PENAL E AS FALSAS MEMÓRIAS:
A INFLUÊNCIA DAS DISTORÇÕES DA MENTE
NA PROVA TESTEMUNHAL**

Por

CAIO ESPÍNDOLA FONSECA

ORIENTADORA: Victoria-Amália de Barros

Carvalho Gozdawa Sulocki

2017.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO

RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22451-900

RIO DE JANEIRO - BRASIL

PROCESSO PENAL E FALSAS MEMÓRIAS: A INFLUÊNCIA DAS DISTORÇÕES DA MENTE NA PROVA TESTEMUNHAL

por

CAIO ESPÍNDOLA FONSECA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do
Rio de Janeiro (PUC-Rio) para a
obtenção do Título de Bacharel em
Direito.

Orientadora: Victoria-Amália de
Barros Carvalho Gozdawa Sulocki

2017.2

“Uma mentira repetida mil
vezes torna-se verdade.”

(Joseph Goebbels)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, em primeiro lugar. É inimaginável pensar a minha caminhada até aqui sem a interferência da boa, perfeita e agradável vontade do Senhor que, por meio da sua irresistível graça e misericórdia, mostrou-me a ciência do direito como instrumento capaz de realizar as mudanças que espero do mundo.

Em segundo lugar, agradeço aos meus pais, Roseli Barroso Espíndola Fonseca e Ricardo da Costa Fonseca. Sempre serei grato por ter recebido, desde sempre, a melhor educação que um filho pode ter. Muito obrigado pelas palavras de amor nos momentos de dificuldade e por todas as vezes que me mostraram ser o conhecimento o bem mais valioso que o homem pode ter. Absolutamente tudo que sou, devo aos mais batalhadores, guerreiros, amorosos, verdadeiros e melhores pais do mundo.

Agradeço à Clara, minha tão desejada irmã caçula, por todos os anos de companheirismo, pelas gargalhadas gostosas e pelas conversas diárias após um árduo dia de jornada dupla. Meu mundo se tornou completo com a sua chegada, e não há orgulho maior do que o que eu sinto em ser o seu irmão.

Aos amigos Artur Sahione, Pedro Favieri, Pedro Malan, Romero Valle, Thiago Nogueira e Udo Seckelmann, obrigado pela amizade ao longo de toda a graduação. Há uma misteriosa verdade na máxima de as amizades que conquistamos ao longo da faculdade são as que nos acompanharão pelo resto da vida. Que o pleno continue reunido e deliberando, hoje e sempre!

Agradeço a minha querida professora e orientadora, Victoria Sulocki. Ter sido seu aluno e orientando foi uma das mais gratas surpresas

que tive ao longo da minha vida, obrigado por ter me ajudado a desenvolver um pensamento crítico e por ter me apresentado ao garantismo penal.

Agradeço, por derradeiro, a todos os mestres que, até aqui, acompanharam e exerceram papel de fundamental importância ao longo da minha caminhada na vida acadêmica e profissional, em especial, agradeço ao professor, chefe e querido amigo, André Perecmanis, uma das minhas maiores referências na advocacia criminal e quem, ainda que de maneira inconsciente, me fez ter certeza que o meu lugar no mundo é na tribuna, na defesa intransigente das garantias constitucionais.

RESUMO

FONSECA, Caio Espíndola. *Processo Penal e Falsas Memórias: A Influência Das Distorções Da Mente Na Prova Testemunhal*. Rio de Janeiro: 2017: 71 p. Monografia de final de curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

O presente trabalho pretende, preliminarmente, apresentar conceitos gerais acerca da teoria geral da prova no âmbito do direito processual penal, trazendo à baila o conceito e a função da prova, analisando os princípios que dirigem a matéria probatória e fazendo uma tentativa de desconstruir o mito da verdade real no direito processual penal pátrio e o apresentando como resquício de uma mentalidade típica de um sistema processual penal inquisitorial. Ato contínuo, serão abordados aspectos acerca da prova testemunhal, tais quais o conceito de prova testemunhal, as características da prova testemunhal, a polêmica em torno do artigo 212 do Código de Processo Penal, bem como falar-se-á sobre as fases de formação do testemunho. Sob a ótica interdisciplinar, buscar-se-á fazer uma análise da memória humana, oportunidade na qual serão apresentados os tipos de memória e como a memória humana funciona, abordando como e o motivo pelo qual a memória é passível de falhas. Por último, será debatida a questão das falsas memórias e os fatores que geram esse fenômeno, bem como a apresentação de medidas para dar maior grau de confiabilidade à prova testemunhal, no âmbito do direito processual penal.

Palavras-Chave: Processo penal; Prova testemunhal; Memória humana; Falsas memórias; Fatores de contaminação da prova penal; Medidas para aquilatar confiança a prova penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - A PROVA NO PROCESSO PENAL	10
1.1. Conceito e Função da prova	10
1.2. Princípios Processuais Penais	12
1.2.1. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	13
1.2.2. Princípio da Presunção de Inocência	18
1.2.3. Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional	21
1.3. Prova como Revelação da Verdade ou o Mito da Verdade Real, uma Ambição Inquisitorial.	22
1.4. Breve Análise dos Sistemas Processuais Penais	25
1.4.1. O Sistema Inquisitorial	26
1.4.2. O Sistema Acusatório	28
CAPÍTULO 2 - A PROVA TESTEMUNHAL	30
2.1. Noções Gerais	30
2.2. Características da Prova Testemunhal	31
2.3. A Crítica ao Artigo 212 do Código de Processo Penal	34
2.4. Fases e Condições da Formação do Testemunho	37
2.4.1. Condições de Percepção	39
2.4.2. Condições de Memória	40
2.4.3. Condições de Depoimento	41
CAPÍTULO 3 - A MEMÓRIA	43
3.1. Introdução	43
3.2. Tipos de Memória	44
3.2.1. Memória de trabalho	45
3.2.2. Memória de longa duração	46
3.3. As Falhas da Memória	47
3.3.1. Falsas Memórias	48
3.3.1.1. Breve Intróito	48

3.3.1.2. Teorias Explicativas e Processo de Criação das Falsas Memórias.	51
3.3.1.3. Os Tipos de Falsas Memórias	53
CAPÍTULO 4 - FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL	57
4.1. Falsas Memórias e o Ato de Reconhecimento	57
4.3. Técnicas para Redução de Danos	61
4.3.1. Entrevista Cognitiva.....	61
4.2.2. Reconhecimento Pessoal Sequencial	66
CONCLUSÃO	68
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

A prova testemunhal, tal como é concebida no ordenamento jurídico pátrio, vive, nos dias atuais, em condições paradoxais. Se por um lado é inegável a importância que exerce na atividade cognitiva de reconstrução do fato delituoso, função precípua da prova, por outro é, ao mesmo tempo, o mais manipulável e perigoso meio de prova admitido no processo penal.

Desta forma, o objetivo do presente trabalho é prevenir os profissionais do direito, em especial os profissionais do direito processual penal, para o fato de que os testemunhos não devem ser erguidos à categoria de verdade absoluta e irrefutável, haja vista que existem variáveis que afetam a qualidade e a confiabilidade da prova testemunhal, dentre as quais o objeto do presente estudo, as falsas memórias.

Nos processos que buscam a reconstrução do fato criminoso, as testemunhas se valem de recordações, fundamentalmente, para relatarem os acontecimentos pretéritos. Neste cenário, as falsas memórias consistem em recordações de fatos que, a bem da verdade, nunca aconteceram ou, se aconteceram, o foram de forma diferente de como recordado pelo depoente.

Este processo de falsificação da memória pode ser desencadeado por uma interpretação errada de um acontecimento - autossugestão -, pela sugestionabilidade externa, ocasionada pela autoridade policial ou pelos atores processuais, durante a colheita do testemunho.

Tem-se, portanto, que, ainda que estudos apontem não ser o processo mnemônico fidedigno à realidade, isto é, a memória não pode ser capaz de reconstruir o fato da forma exata com a qual ocorreu na realidade, a memória assume relevante protagonismo no processo de reconstrução do delito, razão pela qual há muito é estudada pelos profissionais especializados na psicologia do testemunho e merece maior atenção dos operadores do direito processual.

Neste diapasão, far-se-á a análise de algumas noções fundamentais do sistema processual penal e da prova testemunhal, visando construir uma base sólida que permita ao leitor uma melhor compreensão do tema a ser abordado. Ato contínuo buscar-se-á tecer breves considerações acerca da memória humana, com o fito de facilitar a compreensão desse mecanismo, bem como serão expostos fundamentos teóricos e conceitos intimamente ligados ao fenômeno da falsificação de memórias. Após, analisar-se-ão as implicações da falsificação da lembrança no contexto do processo penal, com especial destaque à apresentação de algumas propostas elaboradas por estudiosos do tema na busca de uma redução dos danos causados pelo processo de falsificação das memórias, visando tornar o referido meio de prova, considerado fundamental e não descartável, por ser o fator humanizante do processo, mais confiável e de melhor qualidade.

CAPÍTULO 1 - A PROVA NO PROCESSO PENAL

1.1. Conceito e Função da prova

O vocábulo prova abrange vários significados. Em sentido amplo, “provar significa demonstrar a veracidade de um enunciado sobre um fato tido por ocorrido no mundo real”¹. No dicionário Aurélio, prova é “o que demonstra a veracidade de uma proposição, ou uma realidade de um fato”².

Já em sentido jurídico, o professor Guilherme de Souza Nucci assim define prova:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetiva para o deslinde da demanda.³

Na mesma linha, sustenta Di Gesu:

Provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com o aproveitamento de chances, liberação de cargas o a assunção de risco de uma sentença desfavorável.⁴

Tem-se, portanto, que, provar, no sentido técnico-processual, é o mesmo que recolher elementos capazes de apontar para a veracidade do que é alegado pelas partes, buscando exercer influência na convicção do órgão julgador.

Assim, sabendo ser o processo penal um instrumento de retrospecto, as provas surgem como instrumentos capazes de permitir a reconstrução aproximativa de determinado fato histórico passado, o crime.

Nesse sentido, nos ensina Goldschmidt:

¹ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 573.

² Disponível em: <<http://www.dicionariodoaurelio.com.br/prova.html>>. Acesso em: 05/10/2017.

³ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 15.

⁴ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 29.

O processo penal é um instrumento de retrospecto, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).⁵

No mesmo contexto, pode-se extrair que a finalidade maior da prova é influenciar no convencimento de seu destinatário final, o magistrado. Assim, “tudo o que as partes poderão fazer é convencer o juiz, com determinado grau de certeza, de que um fato é provavelmente verdadeiro”⁶.

Por esse motivo, Renato Brasileiro de Lima diz:

A finalidade da prova é a convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão.⁷

Destaca-se, por oportuno, a ideia de que, para que se possa alcançar a dita verdade processual, ao reconstruir o fato histórico, no curso do processo, por meio de elementos probatórios, os sujeitos processuais devem buscar obter um conhecimento interdisciplinar, haja vista que, não raras às vezes, é exigível que se tenha noções básicas de Psicologia, Criminologia, Sociologia, Medicina Legal e outros ramos do saber para que se tenha uma maior compreensão da qualidade e da importância da prova produzida.

Por tal razão, nos adverte Salo de Carvalho que:

⁵ GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936, p. 256.

⁶ KNIJNIK, Danilo. *A Prova no Juízo Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 2007. p. 35.

⁷ DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 578.

O tema da prova se presta, menos do que outros, a exaurir-se numa dimensão jurídica, tendendo, em vez disso, a projetar-se para fora dela, penetrando no campo da lógica, da epistemologia e da psicologia.⁸

É, portanto, fundamental que o presente estudo faça, exatamente, uma análise interdisciplinar da prova oral, haja vista que a tradição processual penal não tem encontrado soluções que permitam o afastamento de seu caráter paradoxal. Se por um lado é inegável a importância que a prova oral exerce na atividade cognitiva de reconstrução do fato delituoso, por outro é, ao mesmo tempo, o mais manipulável, perigoso e pouco confiável meio de prova admitido no processo penal, sendo propícia à contaminação pela ocorrência do fenômeno da falsificação de memórias.

Antes, porém, necessário é realizar uma breve análise dos princípios norteadores da prova no âmbito do direito processual penal, o que se fará logo adiante:

1.2. Princípios Processuais Penais

Na precisa lição de Cláudio do Prado Amaral:

A palavra princípio leva a uma dupla conceituação: uma em sentido *lato* e outra em sentido *stricto*. No sentido mais amplo, pode significar o início de algo. Não será nesse sentido que tomaremos. Na acepção mais estreita, princípio significa o mandamento nuclear de um sistema. Fora do âmbito do saber jurídico e dentro deste, os princípios designam ‘a estruturação de um sistema de ideias, pensamentos ou normas por uma ideia mestra, por um pensamento chave, por uma baliza normativa, de onde todas as demais ideias, pensamentos ou normas derivam se reconduzem ou se subordinam’.⁹

Na mesma esteira, apresenta-se o conceito do professor Tourinho Filho:

O processo penal é regido por uma série de princípios e regras que outra coisa não representa senão postulados fundamentais da política processual penal de um

⁸ CARVALHO, Salo de. Criminologia e Transdisciplinariedade. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006. p. 25-26.

⁹ AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003. p. 34.

Estado. Quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual. Sendo o processo penal, como já se disse, uma expressão de cultura, da civilização, e que reflete determinado momento político, evidente que os seus princípios políticos oscilam à medida que os regimes políticos se alternam.¹⁰

Neste diapasão, em que pese o Código de Processo Penal, datado de 1941, possuir, ainda, forte caráter autoritário e inquisitorial, a Constituição da República Federativa do Brasil foi generosa ao estabelecer uma série de princípios do processo, em especial do processo penal, na busca de compatibilizar o Código de Processo Penal, ainda nitidamente inquisitorial, com o Estado Democrático de direito e o sistema processual penal inquisitorial, inaugurado com a nova ordem constitucional.

Dessa maneira, os princípios ou garantias constitucionais funcionam como verdadeiros óbices ao abuso do poder de punir estatal, que como qualquer outro poder, tende a ser autoritário e, por tão razão, necessita de limites. É por tal razão que as garantias processuais constitucionais são verdadeiros escudos protetores contra o abuso do poder estatal.

Dentre os diversos princípios que constituem o modelo de garantias processuais constitucionais, necessário é realizar uma análise mais detida daqueles que são considerados, pela melhor doutrina, a base fundante de um processo penal democrático-acusatório. São eles: O princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, o princípio da presunção de inocência e o princípio do Livre Convencimento Motivado do Juiz.

1.2.1. O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal assegura que, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo Penal*. v. I. 35ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 58.

Cumpra esclarecer, todavia, que embora sejam garantias que se relacionam intimamente entre si, sendo difícil verificar a diferenciação prática, na teoria, contraditório e ampla defesa possuem algumas diferenças bem relevantes.

Ensina Di Gesu:

A distinção entre contraditório e ampla defesa assume especial relevância no campo das nulidades, na medida em que pode haver violação de uma das garantias sem que a outra seja, necessariamente, transgredida. Nessa senda, viável o cerceamento de defesa sem violação do contraditório; entretanto, a recíproca não é verdadeira, pois não é possível, em tese, que a parte não comunicada, isto é, não informada acerca de uma situação processual possa se defender.¹¹

O contraditório, na lição de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, é definido como a “ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los”¹². Razão pela qual se diz que o princípio do contraditório é o grande responsável pela criação de uma estrutura processual dialética, onde a exordial acusatória traz a tese de acusação, a defesa formula a sua antítese e o magistrado, destinatário final da prova, fornece a síntese da demanda por meio da sentença.

Igualmente, ensina Lopes Junior.:

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.¹³

Este princípio pode ser subdividido em duas outras garantias, quais sejam: o direito à informação e o direito à participação.

Expõe Renato Brasileiro:

¹¹ DI GESU, 2014, p. 66.

¹² DE LIMA, 2016, p. 49.

¹³ LOPES JÚNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 8ª Edição. Porto Alegre, Lumen Juris, 2011. p. 94.

O direito à informação funciona como consectário lógico do contraditório. Não se pode cogitar da existência de um processo penal eficaz e justo sem que a parte adversa seja cientificada da existência da demanda ou dos argumentos da parte contrária. Daí a importância dos meios de comunicação dos atos processuais: citação, intimação e notificação. Não por outro motivo, de acordo com a súmula 707 do Supremo Tribunal Federal, constitui nulidade a falta de intimação do denunciado para oferecer contrarrazões ao recurso interposto da rejeição da denúncia, não a suprimindo a nomeação de defensor dativo.¹⁴

E segue o autor:

Também deriva do contraditório o direito à participação, aí compreendido como a possibilidade de a parte oferecer reação, manifestação ou contrariedade à pretensão da parte contrária. Pela concepção original do princípio do contraditório, entendia-se que, quanto à reação, bastava que a mesma fosse possibilitada, ou seja, tratava-se de reação possível. No entanto, a mudança de concepção sobre o princípio da isonomia, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, produziu a necessidade de se igualar os desiguais, repercutindo também no âmbito do princípio do contraditório. O contraditório, assim, deixou de ser visto como uma mera possibilidade de participação de desiguais para se transformar em uma realidade.¹⁵

Por derradeiro, válido é trazer à baila as lições de Lopes Junior, em relação ao princípio do contraditório e aos seus fins probatórios:

Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova: 1º Postulação (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições; 2º Admissão (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova; 3º Produção (instrução) o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova; 4º Valoração (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal. Sublinhe-se a imprescindibilidade do contraditório, que deve permear todos os atos e momentos da prova.¹⁶

Noutro giro, conforme já ventilado, a ampla defesa está intimamente ligada ao contraditório. Isto porque o exercício daquela só é possível em decorrência do direito à informação, um dos corolários da garantia do

¹⁴ DE LIMA, 2016, p. 50.

¹⁵ Ibid., p. 50.

¹⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual e a sua Conformidade Constitucional*. v. I. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011. p. 533.

contraditório, bem como a ampla defesa só é evidenciada por meio do direito de reação, outro corolário do princípio do contraditório.

Nas lições de Grinover:

[...] defesa, pois, que garante o contraditório, e que por ele se manifesta e é garantida: porque a defesa, que o garante, se faz possível graças a um de seus momentos constitutivos – a informação – e vive e se exprime por intermédio de seu segundo momento – a reação.¹⁷

A ampla defesa possui duas faces: defesa técnica e autodefesa. A defesa técnica é aquela exercida por quem tem capacidade postulatória, peritos em direito que exercem o seu *mister* defendendo as partes que atuam no processo penal, advogado ou defensor público. Possui como características ser necessária, sob pena de nulidade, indeclinável, plena e efetiva.

A necessidade da defesa técnica está expressamente prevista no artigo 261 do Código de Processo Penal, onde se lê que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado **sem defensor** (grifo nosso)”.

De semelhante modo, o artigo 185 do mesmo diploma legal prevê que “o acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado **na presença de seu defensor**, constituído ou nomeado (grifo nosso)”.

O caráter indisponível e irrenunciável da defesa técnica está positivado, inclusive, no rito sumaríssimo da Lei 9.099/95, conforme explica Renato Brasileiro:

A presença do advogado é imprescindível no processo criminal, mesmo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Da análise da Lei 9.099/95 é fácil perceber que a presença de defensor é obrigatória em todos os momentos, seja na audiência preliminar (artigo 72), na análise da proposta de transação penal (artigo 76, parágrafo 3º), no curso do procedimento comum sumaríssimo (artigo 81), seja

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, Contraditório, Igualdade e par Conditio na Ótica do Processo de Estrutura Cooperatória*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990. p. 5-6.

no momento da proposta de suspensão condicional do processo (artigo 89, parágrafo 1º).¹⁸

Neste diapasão, por ser a defesa técnica verdadeiro escudo de proteção não só das partes, mas de todos, haja vista que a tutela de inocência do acusado é, sobretudo, interesse social, deve o Estado organizar-se de modo a instituir meios para dar efetividade ao mandamento constitucional consagrado pelo artigo 5º, LXXIV, onde se lê que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Por derradeiro, frisa-se que a defesa técnica não pode ser meramente formal, muito pelo contrário, deve estar envolvida sob o manto da efetividade, conforme leciona o professor Nereu Giacomolli:

A ampla defesa deve ser efetiva, não garantindo seu exercício a simples constituição ou nomeação de um defensor. A defesa deve produzir uma antítese firme e consistente à tese acusatória, utilizando-se dos meios disponíveis para rebatê-la. Ademais, ainda enfatiza que meras alegações, abstratas e genéricas, sem exame do conteúdo do processo, embora configurem a defesa sob o ponto de vista forma, não implicam o reconhecimento desta sob o ponto de vista substancial.¹⁹

Noutro giro, a autodefesa ou defesa pessoal, aquela exercida pessoalmente por quem está no polo passivo do processo, possui como uma de suas características ser renunciável, de modo que ao acusado é assegurado o direito de depor e expressar os motivos pelos quais deve ser absolvido das acusações que lhe são imputadas ou permanecer em silêncio no momento de seu interrogatório, sem que tal omissão possa ser interpretada em seu desfavor, haja vista que no direito pátrio a presunção é de inocência, e jamais de culpabilidade²⁰. A garantia de permanecer em

¹⁸ DE LIMA, 2016, p. 54.

¹⁹ GIACOMOLLI, Nereu. *Juizados Especiais Criminais*. Lei 9.0099/95. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. p. 48-49.

²⁰ **Art. 186.** Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

silêncio decorre do direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), razão pela qual não é obrigado a praticar qualquer ato que julgue prejudicial à atividade defensiva.

1.2.2. Princípio da Presunção de Inocência

Considerado por muitos o princípio fundante de um devido processo penal constitucional democrático, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade está expressamente previsto no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição da República Federativa do Brasil, onde se lê que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Nas palavras de Ferrajoli:

A presunção de inocência pode ser conceituada como uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, inclusive, ao preço da impunidade de algum culpado, traduzindo-se em um princípio fundamental de civilidade.²¹

O princípio da presunção de inocência pode ser analisado sob dois prismas, quais sejam: regra de tratamento do imputado e regra de juízo.

Sobre o tema, Di Gesu:

Processualmente falando, o princípio da presunção de inocência possui um duplice significado, tendo implicações diretas no âmbito da prisão e da prova. Em síntese, no que concerne à prisão, determina ser a utilização de medidas restritivas da liberdade pessoal reservada aos casos excepcionais, pois a liberdade é a regra e a prisão. Quanto à matéria probatória, a presunção de inocência é tida como regra processual, no sentido de o acusado não ser obrigado a fornecer prova

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997. p. 549.

de sua inocência, pois esta é presumida e, em caso de dúvida, impera a absolvição.²²

Em relação à regra de tratamento do acusado, Tourinho Filho aduz que:

Enquanto não definitivamente condenado, presume-se o réu inocente. Sendo este presumidamente inocente, sua prisão, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, somente poderá ser admitida a título de natureza cautelar.²³

Tem-se, portanto, que por força do princípio da presunção de inocência, a prisão cautelar é a exceção e a liberdade a regra, não podendo ninguém ser privado de sua liberdade sem que haja o preenchimento dos requisitos previstos no artigo 312 e 313 do Código de Processo Penal, por meio de decisão judicial devidamente fundamentada, nos termos do artigo 93, IX da Constituição Federal.

Noutro giro, a prisão enquanto pena, isto é, aquela decorrente de decisão condenatória, por força constitucional, só poderia ocorrer após o trânsito em julgado.

Cediço é, porém, que em julgamento histórico realizado no dia 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292)²⁴, por maioria dos votos, o plenário do Supremo Tribunal Federal concluiu que é possível a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido por Tribunal de segunda instância em julgamento de apelação, ainda que sujeito à recurso especial ou extraordinário, e mesmo que ausentes os requisitos da prisão cautelar, sem que se possa objetar suposta violação ao princípio da presunção de inocência, já que seria possível fixar determinados limites para a referida

²² DI GESU, 2014, p. 64-65.

²³ TOURINHO FILHO, 2013, p. 65.

²⁴ EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

garantia constitucional. Neste diapasão, a execução da pena ainda que pendentes recursos de natureza extraordinária, não afetaria a garantia constitucional da presunção de inocência.

Divergimos completamente da decisão proferida pela suprema corte, pelos mesmos motivos adotados pelo professor Renato Brasileiro, cuja transcrição se faz necessária:

Com a devida vênia à maioria dos Ministros do STF que admitiram a execução provisória da pena, parece-nos que a decisão proferida no julgamento do HC 126.292 contraria flagrantemente a Constituição Federal, que assegura a presunção de inocência (ou de não culpabilidade) até o trânsito em julgado de sentença condenatória (art.5º, LVII), assim como o art.283 do CPP, que só admite, no curso das investigações ou do processo – é dizer, antes do trânsito em julgado de sentença condenatória -, a decretação da prisão temporária ou preventiva por ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente.²⁵

Ato contínuo, no que diz respeito à matéria probatória, o princípio da presunção de inocência se consubstancia na imposição de que o ônus da prova, no processo penal, deve recair integralmente sobre o órgão acusador.

Neste sentido, Illuminati:

Se pensa, atualmente, que a presunção de inocência tenha um significado (pelo menos) dúplice: regra de tratamento do imputado; regra de juízo. O primeiro sentido se refere à condição do acusado e, particularmente, a sua liberdade pessoal; a segunda concepção se aplica às provas e à decisão acerca dos fatos, como critério de aquisição do material probatório e de sua valoração.²⁶

Desta maneira, partindo-se do pressuposto de que o ônus de provar a autoria e a materialidade delitiva, no direito processual penal, é de exclusividade do titular da ação penal, o princípio do *in dubio pro reo* garante que não conseguindo o órgão acusador reunir provas suficientes quanto à materialidade e a autoria delitiva, deve o magistrado, destinatário final da prova, absolver o acusado.

²⁵ DE LIMA, Renato Brasileiro de. *Material Suplementar 1º Semestre 2016*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 10.

²⁶ ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D'Innocenza dell'Imputado*. Zanichelli, 1979. p. 15.

Em suma, como bem ressalta Di Gesu: “Enquanto a acusação possui a carga de provar a alegação, a defesa tem o direito – e não dever – de contradizê-la, a fim de que se respeite a estrutura dialética do processo”²⁷.

1.2.3. Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional

Na definição de Renato Brasileiro:

De acordo com o sistema do livre convencimento motivado (persuasão racional ou livre apreciação judicial da prova), o magistrado tem ampla liberdade na valoração das provas constantes dos autos, as quais têm, legal e abstratamente, o mesmo valor, porém se ver obrigado a fundamentar suas decisões.²⁸

Esculpido expressamente no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal²⁹, bem como no artigo 155, do Código de Processo Penal³⁰, a garantia do livre convencimento motivado é a pedra fundante do Sistema da Persuasão Racional de Valoração das Provas, adotado – majoritariamente³¹ – pelo processo penal pátrio, em detrimento do Sistema de Provas Tarifadas³².

Nucci e Lopes Junior asseveram de forma objetiva e precisa:

O magistrado pode formar a sua convicção (certeza de que a verdade se encontra em determinados fatos) livremente, ponderando as provas que bem entender,

²⁷ DI GESU, 2014, p. 44.

²⁸ DE LIMA, 2016, p. 606.

²⁹ Artigo 93, IX, da CRFB: IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

³⁰ Artigo 155, do Código de Processo Penal: O juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

³¹ No Tribunal do Júri, órgão competente para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, vigora o sistema de valoração de provas denominado de íntima convicção, não havendo a necessidade de motivação de seus votos.

³² No sistema de provas tarifadas, a lei impõe ao juiz a observância de certos preceitos, estabelece o valor de cada prova, institui uma hierarquia delas, de forma que não lhe deixa praticamente nenhuma liberdade de apreciação.

atribuindo-lhes o valor subjetivamente merecido [...] e estruturando seu raciocínio do modo como achar conveniente. A livre apreciação da prova não significa a formação de uma livre convicção. A análise e a ponderação do conjunto probatório são desprendidas de freios e limites subjetivamente impostos, mas a convicção do julgador deve basear-se nas provas coletadas. Em suma, liberdade possui o juiz para examinar e atribuir valores às provas, mas está atrelado a elas no tocante à construção do seu convencimento em relação ao deslinde da causa. E, justamente por isso, espera-se do magistrado a indispensável fundamentação de sua decisão, expondo as razões pelas quais chegou ao veredicto absolutório ou condenatório, em regra.³³

[...]Todas as provas são relativas, nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que outras, nem mesmo as provas técnicas (a experiência já demonstrou que se deve ter cuidado com o endeusamento da tecnologia e da própria ciência).³⁴

Tal independência, conferida ao órgão julgador no momento da prolação da sentença, seja absolutória ou condenatória, é decorrência da inexistência um sistema de prova tarifada, o que significa que não há hierarquia entre as provas no processo penal, ou seja, não se pode afirmar que uma possui valor probatório pré-fixado, em lei, superior ao de outra prova. Além disso, Todos os atos decisórios que impliquem em restrições à liberdade do acusado, ou que de alguma forma restrinjam direitos fundamentais, devem ser fundamentados.

1.3. Prova como Revelação da Verdade ou o Mito da Verdade Real, uma Ambição Inquisitorial.³⁵

A atividade de provar está intimamente relacionada coma busca da verdade, haja vista que, conforme já ventilado, o objetivo da prova no processo penal é o de reconstruir o fato delituoso. Com a prova testemunhal não é diferente. Basta analisar, por exemplo, o fato de que a testemunha

³³ NUCCI, 2015, p. 19.

³⁴ LOPES JÚNIOR, 2011, p. 562.

³⁵ Termo cunhado pelo professor Salah Hassan Khaled Junior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

presta compromisso legal de dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho³⁶.

É bem verdade que o melhor seria trazer aos autos a reconstrução do fato delituoso exatamente como ocorreu, *ipsis litteris*. Ocorre, porém, que pela própria natureza da prova testemunhal, que está intimamente ligada ao complexo processo de captação, retenção e recordação das memórias humanas, que, dentre outros fatores está sujeito às interferências emocionais, sugestões externas e formações de falsas memórias, alcançar a denominada verdade real é tarefa impossível.

Sobre o tema, Lopes Junior:

Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos limites na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados.³⁷

Segue o autor:

O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do ao sistema inquisitório; como “interesse público” (cláusula geral que serviu de argumento para a maioria das atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com busca de uma “verdade” a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); e com a figura do juiz-autor (inquisidor).³⁸

Tem-se, portanto, que a verdade real, tal como foi concebida, e por ser fruto de uma mentalidade inquisitorial, de um tempo em que o juiz era, ao mesmo tempo, destinatário e produtor da prova, é manifestamente incompatível com o devido processo penal constitucional e com a adoção do sistema acusatório. Nas palavras de Moraes da Rosa, “a verdade real é

³⁶ Artigo 203 do Código de Processo Penal: A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

³⁷ LOPES JÚNIOR, 2015, p. 381.

³⁸ Ibid., p. 381.

empulhação ideológica que serve para acalmar a consciência de acusadores e julgadores. A ilusão da informação perfeita no processo penal recebe o nome de Verdade Real”.³⁹

Neste contexto, construiu-se um raciocínio alternativo ao modelo tradicional da busca pela verdade real, que culminou na ideia da existência de uma verdade processual.

Nas palavras de Eugênio Pacelli:

[...] O processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosa que vêm a ser o objeto da jurisdição penal.⁴⁰

Somente a verdade processual respeita as regras do jogo, as garantias inerentes ao processo penal, razão pela qual deve ser o norte em um sistema processual penal acusatório.

Nas lições de Ferrajoli:

Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto do processo, está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias de defesa.⁴¹

Assim sendo, conclui-se que a verdade real e absoluta não se pode ser alcançada pela via do processo penal. A uma porque não são admitidos os meios de prova empregados no sistema inquisitorial, muito menos a ideia de que os fins empregados, notadamente métodos de tortura, justificam os meios, haja vista a proteção conferida ao cidadão por intermédio das garantias constitucionais. A duas, porque como se pretende demonstrar mais detidamente um pouco mais à frente, os depoimentos sejam eles de

³⁹ MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2º ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 117.

⁴⁰ PACELLI, 2013, p. 326.

⁴¹ FERRAJOLI, 1997, p. 45.

testemunhas o das próprias vítimas, não raras as vezes podem estar viciados, conscientemente, nos casos em que se mente, ou inconscientemente, como, por exemplo, quando se constata a existência do fenômeno das falsificações da memória.

1.4. Breve Análise dos Sistemas Processuais Penais

Tendo em vista que o presente trabalho visa analisar a prova, mais especificamente a prova testemunhal, no âmbito do processo penal, necessário é, ainda que de maneira breve, suscitar a questão dos sistemas processuais penais, de modo que, a posição adotada pelo magistrado no momento de produção probatória é um dos principais fatores de identificação do sistema processual vigente.

A doutrina clássica faz a separação em três sistemas processuais, quais sejam: o sistema inquisitorial, típico de regimes autoritários; o sistema acusatório, característico de regimes democráticos; e o sistema misto, que abarcaria características dos primeiros dois sistemas.

Todavia, os estudiosos do direito processual penal têm refutado a ideia de um sistema misto, pois, partindo-se do pressuposto de que não existem sistemas puros, necessário é identificar o princípio informador para sabermos se estamos diante de um modelo acusatório ou de um modelo inquisitorial.

Sobre o tema, leciona Miranda Coutinho:

Não há mais sistemas puros, na forma clássica em que foram estruturados. O dito sistema misto, por sua vez, não dispõe de um princípio unificador próprio, configurando-se na conjugação dos outros dois. Assim, ou é essencialmente inquisitório (como o nosso), com algumas características secundárias de sistema acusatório, ou é essencialmente acusatório, dispondo de alguns elementos característicos (também secundários) recolhidos do sistema inquisitório.⁴²

⁴² MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 17-18.

Na mesma linha, aduz Lopes Junior:

Ora, afirmar que o sistema é misto é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância.⁴³

Assim, diante da constatação de que dois são os modelos de sistemas processuais penais, é fundamental traçar algumas características de ambos os sistemas processuais penais para compreender qual o modelo adotado em nosso país, bem como qual é o papel do juiz em relação à produção probatória nestes dois cenários, se funciona como agente garantidor (sistema acusatório) ou como carrasco inquisidor (sistema inquisitorial).

1.4.1. O Sistema Inquisitorial

O nascimento do modelo inquisitorial está intimamente ligado ao processo de surgimento, crescimento e estabilização do poder da Igreja Católica ao longo dos séculos.

Nos dizeres de Di Gesu:

Não há como falar no sistema inquisitivo sem mencionar as suas fontes mais abundantes, quais sejam: o Manual dos Inquisidores, escrito por Nicolau Eymerich, em 1578 e o *Melleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras), escrito por Sprenger e Kramer.⁴⁴

Destaca-se que as duas obras citadas pela autora são consideradas as bases legitimadoras da atuação do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício, instaurado no século XIII, pela Igreja Católica Apostólica Romana.

Sobre o tema, mais uma vez nos socorre Miranda Coutinho:

⁴³ LOPES JÚNIOR, *Direito Processual Penal*. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 41.

⁴⁴ DI GESU, 2014, p. 29.

Trata-se, sem dúvida, do maior engenho jurídico que o mundo conheceu; e conhece. Sem embargo de sua fonte, a Igreja, é diabólico na sua estrutura (que demonstra estar ela, por vezes e ironicamente, povoada por agentes do inferno!), persistindo por mais de 700 anos. Não seria assim em vão: veio com uma finalidade específica e, porque serve – e continuará servindo, se não acordarmos –, mantém-se hígido.⁴⁵

O modelo inquisitorial, para Binder, “introduziu o problema da verdade como o problema central do processo penal”⁴⁶, muito pela forma de legitimação das decisões judiciais adotadas por este sistema durante a idade média, que “estava muito mais atrelada à descoberta da vontade divina nos casos difíceis, ao consenso da comunidade, através dos jurados ou da aprovação nas assembleias do que qualquer argumentação judicial”⁴⁷.

Neste diapasão, “a ideia da verdade no processo penal consolidou a figura do inquisidor”⁴⁸.

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.⁴⁹

Assim, ao acumular as funções de julgar e acusar, ao juiz inquisidor, cabe a produção e a gestão da matéria probatória.

Explica Lopes Junior:

É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-autor) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ele mesmo produziu.⁵⁰

⁴⁵ MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 18.

⁴⁶ BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais. Elementos Para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal*. Tradução de Ângela Nogueira Pessoa, com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 45-46.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 46.

⁴⁸ DI GESU, 2014, p. 30.

⁴⁹ COUTINHO, 2001, p. 23.

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, 2011, p. 42.

Pode-se, portanto, apontar como as principais características - e problemas - do sistema inquisitório: gestão/iniciativa probatória nas mãos do magistrado; ausência de separação das funções de acusar e julgar; o magistrado pode atuar de ofício, em detrimento do princípio da inércia da jurisdição; inexistência de contraditório pleno, haja vista que o processo é sigiloso; desigualdade de armas e oportunidades.

1.4.2. O Sistema Acusatório

De maneira diametralmente oposta ao sistema inquisitivo:

O sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação de funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*.⁵¹

Caracteriza-se, portanto, pela clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; a iniciativa probatória deve ser das partes; o juiz é um terceiro imparcial e equidistante em relação as partes, passivo no que se refere a colheita das provas; tratamento igualitário das partes; há, via de regra, plena publicidade dos atos praticados; contraditório efetivo como possibilidade de resistência, dentre outras características.

Mais uma vez, com a palavra, Di Gesu:

Uma das características mais salientes no que concerne à diferenciação do modelo acusatório em relação ao inquisitório é justamente a gestão da prova. Isto quer dizer que se a gestão probatória estiver a critério do julgador (juiz instrutor), o princípio informador do sistema é o inquisitivo; de outra banda, se a gestão da prova estiver a cargo do órgão acusador, o princípio informador é o dispositivo. Nesse último, o juiz deve permanecer inerte, em posição de alheamento, mesmo quando as partes não tenham aproveitado suas chances, liberando-se de suas cargas processuais, isto é, produzindo uma prova incompleta. O magistrado deve decidir com base naquilo que foi trazido aos autos – preço a ser pago pelo modelo

⁵¹ DE LIMA, 2016, p. 39.

acusatório, resignando-se com a atividade incompleta ou insuficiente das partes em relação à prova e-, em caso de dúvida, proferindo decisão absolutória.⁵²

Pelo exposto, não há dúvida de que o conjunto de garantias trazidas à baila para o nosso ordenamento jurídico com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, consagrou o modelo acusatório, garantias essas já abordadas acima, quando se tratou dos princípios relacionados à prova no direito processual penal.

Ocorre, porém, em que pese haver na Carta Magna uma série de regras caracterizadoras do sistema acusatório, o Código de Processo Penal, datado de 1941, consagra um modelo nitidamente inquisitorial, razão pela qual parte significativa da doutrina acredita que o sistema processual pátrio vigente é (neo)inquisitorial⁵³, devendo, contudo, haver uma interpretação, à luz da constituição, dos dispositivos legais do referido *Códex*.

Sobre o nosso sistema processual penal, Lopes Junior:

Classificamos de neoinquisitorial, pois é uma inquisição reformada, na medida em que manter a iniciativa probatória nas mãos do juiz, observa o princípio inquisitivo que funda o sistema inquisitório. Claro que não o modelo inquisitório em sua pureza, mas uma neoinquisição que coexiste com algumas características acessórias mais afins com o sistema acusatório, como a publicidade, a oralidade da defesa, contraditório e etc. Não se trata de pós-inquisitorial porque isso nos daria uma noção de superação do modelo anterior, o que não é de todo verdade.⁵⁴

Logo, pode-se dizer que o sistema adotado pelo direito processual penal pátrio é inquisitorial, ou neoinquisitorial.

⁵² DI GESU, 2014, p. 38.

⁵³ Termo cunhado pelo advogado Aury Lopes Junior.

⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 512.

CAPÍTULO 2 - A PROVA TESTEMUNHAL

2.1. Noções Gerais

Após apresentar uma necessária introdução acerca da teoria geral da prova no processo penal brasileiro, fundamental é tecer alguns breves comentários a respeito do meio de prova objeto do presente trabalho, a prova testemunhal.

Conforme já ventilado, a prova testemunhal, no processo criminal, “é a mais comum, encontrada e alicerçada das provas e, ao mesmo tempo, representa a mais controvertida, ao ponto de receber o epíteto pejorativo de *a prostituta das provas*”⁵⁵.

Por tal razão, o estudo da prova testemunhal merece um capítulo próprio, visto que, no processo penal, não raras vezes, as sanções impostas, de natureza privativa de liberdade, são fundamentadas exclusivamente no que foi dito durante a colheita da prova testemunhal. Vejamos:

Nas lições de Renato Brasileiro:

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. A prova testemunhal tem como objetivo, portanto, trazer ao processo dados de conhecimento que derivam da percepção sensorial daquele que é chamado a depor no processo.⁵⁶

O vocábulo testemunhar possui sua origem etimológica no latim *testari* que, por sua vez, significa mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar. De semelhante modo, testemunha é, em sentido jurídico, a pessoa física, diversa dos sujeitos processuais, que, ao Magistrado,

⁵⁵ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 157.

⁵⁶ DE LIMA, 2016, p. 680.

destinatário final da prova, declara, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que sabe acerca dos fatos que o processo busca reconstruir.

Nas palavras de Manzini:

Testemunho é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o magistrado penal por uma pessoa – testemunha – distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigido à comprovação da verdade.⁵⁷

A prova testemunhal está prevista e regulamentada no artigo 202 e seguintes do Código de Processo Penal. É no capítulo denominado “das testemunhas” que se encontram as características da prova testemunhal, os deveres e direitos das testemunhas, as espécies de testemunhas e o rito que deve ser observado no momento da colheita do depoimento.

2.2. Características da Prova Testemunhal

Para a grande maioria da doutrina pátria, três são os caracteres fundamentais do testemunho, quais sejam: oralidade, objetividade e retrospectividade.

O artigo 204 do Código de Processo Penal prevê que “o depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito”.

Sobre a característica da oralidade, leciona Malatesta:

A oralidade do testemunho em debates públicos garante a sua legitimidade, afastando a suspeita de que ele possa derivar de sugestões violentas, fraudulentas ou culposas, e serve para formar justamente o convencimento social que, quando se harmoniza com o convencimento do magistrado que julga, constitui sua força, prestígio e eficácia moralizadora.⁵⁸

⁵⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Processual Penal*. v. III. Buenos Aires. Ediciones Juridicas Europa-America, 1952. p. 220.

⁵⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei; CAPITANIO, Paolo (Trad.). *A lógica das provas em Matéria Criminal*. Campinas: Bookseller, 2004. p. 326.

Ressalta-se, por oportuno, que a regra geral da oralidade encontra mitigações no próprio Código de Processo Penal, a exemplo dos artigos 221, parágrafo 1º, e 223, parágrafo único do Código de Processo Penal^{59, 60}.

Ato contínuo, a retrospectividade está consubstanciada no fato de que a testemunha fala sobre fatos passados, jamais futuros, na tentativa de auxiliar o juízo na formação de sua convicção. A testemunha cabe, tão somente, narrar os fatos que estão gravados em sua memória. É exatamente neste ponto que pode existir o processo de falsificação da memória, tema central do presente trabalho acadêmico.

Por derradeiro, mas não menos importante, a objetividade está relacionada à ideia de que a testemunha não emite juízo de valor, mas apenas narra fatos.

Sobre a objetividade, mais uma vez nos socorre Renato Brasileiro:

Como a testemunha depõe sobre fatos, deve se abster de emitir qualquer juízo de valor, salvo quando sua opinião for inerente à própria narrativa do fato delituoso (CPP, art.213). Assim, a título de exemplo, não deve o magistrado permitir que a testemunha aponte quem ela entende ter sido o autor do delito. Na verdade, seu depoimento deve se limitar ao relato dos fatos que tem conhecimento a partir de suas percepções sensoriais. Logisticamente, em determinadas situações, sua opinião será indissociável de sua narrativa. É o que acontece, por exemplo, em um crime de homicídio culposo na direção de veículo automotor, quando a testemunha relata a suposta velocidade em que se encontrava o veículo dirigido pelo acusado. Nesse caso, não há como se afastar da apreciação subjetiva.⁶¹

Ato contínuo, Altavilla nos alerta para o fato de que a objetividade que se busca no testemunho é apenas uma pretensão meramente ilusória:

A testemunha não se define pelo texto do seu depoimento, mas do que é em si mesma, na sua qualidade de ser humano, sujeita a inúmeros fatores que entram na sua formação físico-psíquica-social. As influências internas ou externas fazem de

⁵⁹ Artigo 221, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal: “O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício.

⁶⁰ Artigo 223, parágrafo único, do Código de Processo Penal: Tratando-se de mudo, surdo ou surdo mudo, proceder-se-á na conformidade do artigo 192.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 2012.

⁶¹ DE LIMA, 2016, p. 681.

si um agente da verdade ou elemento pernicioso e confuso na engrenagem processual.⁶²

No mesmo sentido, assevera Lopes Junior.:

A objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (Artigo 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico. E essa variação é ainda mais influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo [...] As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras as vezes estão em absoluta dissonância com o fato histórico. [...] Se é necessário distinguir aquele que observa (testemunha) daquele ou daquilo que é observado, é impensável dissociá-los, pois nunca somos testemunhas objetivas observando objetos, e sim sujeitos observando outros sujeitos. [...] E, se o discurso não flui, uma nova variável adquire grande relevância: quem faz a inquirição. [...] A “objetividade” do testemunho deve ser conceituada a partir da assunção de sua impossibilidade, reduzindo o conceito à necessidade de que o juiz procure filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente (des)valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado. É o máximo que se pode tentar obter. Isso nos dá uma (pequena) ideia da imensa dificuldade que encerra a questão da valoração da prova testemunhal.⁶³

Tem-se, portanto, que tal fato deixa em evidência a fragilidade da prova testemunhal, meio de prova mais utilizado para legitimar decretos judiciais do âmbito do direito penal e processual penal. Nas palavras de Di Gesu:

Isso tudo gera um alerta acerca da falibilidade do testemunho. Os riscos são multiplicados no processo, tendo em vista que nenhuma regra processual é capaz de determinar até onde as testemunhas merecem crédito.⁶⁴

Resta incontroverso que a análise do testemunho exige conhecimento de quem a faz para além do direito penal material e do direito processual penal, sendo necessários, a título de exemplo, conhecimentos em sociologia, antropologia e Psicologia, em especial o campo da Psicologia do

⁶² ALTAVILLA, Enrico. MIRANDA, Fernando de (Trad.). *Psicologia Judiciária*. 2ª ed. v. I. São Paulo. Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946. p. 54.

⁶³ LOPES JÚNIOR, 2011, p. 649-651.

⁶⁴ DI GESU, 2014, p. 74.

Testemunho, na análise do processo de formação de falsificação da memória.

2.3. A Crítica ao Artigo 212 do Código de Processo Penal

Com a reforma ocorrida no ano de 2008, o artigo 212 sofreu significativa alteração em sua redação, passando a ostentar a seguinte redação:

As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.⁶⁵

A referida mudança foi fundamental para adequar o referido ato processual à estrutura acusatória trazida à baila pela constituição da República Federativa do Brasil.

Isto porque, a antiga redação do artigo 212 do Código de Processo Penal era o magistrado quem fazia as perguntas diretamente às testemunhas, assumindo protagonismo típico dos sistemas processuais inquisitoriais⁶⁶.

Sobre a questão, Lopes Júnior:

Ao demarcar a separação das funções de acusar e julgar e, principalmente, atribuir a gestão da prova às partes, o modelo acusatório redesenha o papel do juiz no processo penal, não mais como juiz-autor (sistema inquisitório), mas sim juiz espectador. Trata-se de atribuir a responsabilidade pela produção da prova às partes, como efetivamente deve ser num processo penal acusatório e democrático. [...] portanto, o juiz deixa de ter o papel de protagonismo na realização das oitivas, para ter uma função completiva, subsidiária. Não mais, como no modelo anterior, terá o juiz aquela postura proativa, de fazer dezenas de perguntas,

⁶⁵ BRASIL. *Código de Processo Penal*. 2012.

⁶⁶ Antiga redação do artigo 212, do Código de Processo Penal: As perguntas das partes serão requeridas ao juiz que às formulará as testemunhas. O juiz não poderá recusar as perguntas das partes, salvo se não tiverem relação com o processo ou importarem repetição de outra já respondida.

esgotar a fonte probatória, para só então passar a palavra às partes, para que, com o que sobrou completar a inquirição.⁶⁷

Ocorre, porém, que a nova redação do artigo 212 trouxe, em seu parágrafo único, a previsão de que “sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição” o que, em um primeiro momento, causou acalorado debate, tanto sem sede doutrinária quanto jurisprudencial.

Desse modo, a alteração do texto legal, na prática, impõe um desafio ao magistrado garantidor, o de fazer perguntas à testemunha sem que seja o protagonista da inquirição.

Ato contínuo, questão relevante é a consequência jurídica ao ato processual praticado sem que haja a observância do rito estabelecido no artigo 212 do Código de Processo Penal.

Especificamente em relação a este ponto, a questão não se encontra pacificada em nossos tribunais, havendo leve tendência dos Tribunais Superiores em relativizar a nulidade oriunda da violação do artigo 212 do CPP. Vejamos.

HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO E RESISTÊNCIA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. REGULARIDADE. USO DE ALGEMAS JUSTIFICADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 212 DO CPP. INVERSÃO NA ORDEM DE FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRISÃO CAUTELAR MOTIVADA.

1. A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, notadamente quando realizado com segurança pelas vítimas em juízo, sob o crivo do contraditório, e a sentença vem amparada em outros elementos de prova.

2. O uso de algemas durante a audiência de instrução foi devidamente justificado pelo magistrado de primeiro grau na necessidade de resguardo da segurança, acentuando ter o réu apresentado ânimo instável e alterado, com demonstrações de ansiedade, sendo por diversas vezes ali advertido. Improcedente, no ponto, a arguição de nulidade.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12 edição. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 464-465.

3. A Lei nº 11.690, de 9 de junho de 2008, alterou a redação do art. 212 do Código de Processo Penal, passando-se a adotar o procedimento do Direito Norte-Americano, chamado *cross-examination*, no qual as testemunhas são questionadas diretamente pela parte que as arrolou, facultada à parte contrária, a seguir, sua inquirição (exame direto e cruzado), e ao juiz os esclarecimentos remanescentes e o poder de fiscalização.

5. Entretanto, ainda que se admita que a nova redação do art. 212 do Código de Processo Penal tenha estabelecido uma ordem de inquiridores de testemunhas, à luz de uma interpretação sistemática, a não observância dessa regra pode gerar, no máximo, nulidade relativa, por se tratar de simples inversão, dado que não foi suprimida do juiz a possibilidade de efetuar as suas perguntas, ainda que subsidiariamente, para o esclarecimento da verdade real, sendo certo que, aqui, o interesse protegido é exclusivo das partes.

6. Não se pode olvidar, ainda, o disposto no art. 566 do CPP: "não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa."

7. A custódia cautelar está lastreada na garantia da ordem pública, evidenciada pela possibilidade concreta de reiteração criminosa, bem como pela periculosidade do paciente, acusado de ter praticado três roubos, juntamente com outros comparsas, na mesma localidade, mediante emprego de arma de fogo, tendo, inclusive, entrado em luta corporal com os policiais responsáveis pela sua prisão.

8. Nessa quadra, encontrando-se suficientemente justificada a custódia cautelar, e não existindo qualquer fato alterador do quadro delineado, não se afigura razoável conceder ao paciente, que permaneceu preso durante todo o processo em virtude de decisão fundamentada, o direito de recorrer solto.

9. Ordem denegada. (Grifo nosso)⁶⁸.

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. RECURSO IMPROVIDO. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância da ordem de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque à defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que “(...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief

⁶⁸ STJ. HC 151.357. RJ (2009/0207290-1), Rel. Min. Og Fernandes.

compreende as nulidades absolutas” (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – A decisão ora questionada está em perfeita consonância com o que decidido pela Primeira Turma desta Corte, ao apreciar o HC 103.525/PE, Rel. Min. Cármen Lúcia, no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV Recurso improvido. (Grifo nosso).⁶⁹

Assim, pode-se concluir que redação do artigo 212 do Código de Processo Penal, após as mudanças trazidas pela Lei 11.690/2008, exerceu fundamental papel na busca pela adequação do referido diploma legal ao sistema acusatório inaugurado pela constituição cidadã, retirando o protagonismo do magistrado e o devolvendo às partes. A inobservância do rito ora em apreço, à luz da maioria das decisões proferidas pelos tribunais superiores, enseja nulidade relativa, ainda que haja relevante parcela da doutrina e da jurisprudência que entenda haver nulidade absoluta. De qualquer sorte, não se pode negar que a observância do rito legal é fundamental para reduzir a probabilidade de ocorrência do fenômeno da falsificação das memórias, visto que a forma dificulta a ocorrência das arbitrariedades no momento da colheita do testemunho.

2.4. Fases e Condições da Formação do Testemunho

Nas palavras de José Carlos Xavier Aquino⁷⁰, o testemunho passa, necessariamente, por três fases, quais sejam: conhecimento do fato, conservação do conhecimento pela memória e declaração do conhecimento.

Durante a primeira fase, isto é, durante a apreensão ou conhecimento é que ocorre o contato inicial, a tomada do fato. Este momento também pode ser subdividido em outras três fases, denominadas sensação, percepção e avaliação.

Sobre o tema, explica Flech:

⁶⁹ STF. RHC 11063. DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13/03/2012.

⁷⁰ AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. p. 102.

A sensação ocorre no instante em que o indivíduo recebe o estímulo; a percepção é o conhecimento imediato, obtido principalmente por meio da visão e da audição, embora ainda sem desejo, sem memória e sem compreensão; a avaliação, por fim, consiste na estimativa feita pelo cérebro tendo por base um elemento padrão (peso, volume, tempo, dimensão quantidade).⁷¹

Ressalta-se, por oportuno, que neste diapasão, a percepção surge como uma imagem subjetiva do mundo externo, podendo variar de acordo com o estado do sujeito no momento da apreensão do conhecimento. Dessa forma:

A esfera da atividade sensorial é determinada pela potencialidade dos nossos sentidos para perceber estímulos: isso significa que o nosso mundo exterior chega ao nosso eu, tal como os órgãos dos sentidos no-lo apresentam, variando, por isso, não só de indivíduo para indivíduo em cada momento da sua existência.⁷²

Superada a captação, a próxima tarefa da memória humana é manter o conhecimento apreendido através do processo de fixação, da conservação e da evocação. No terceiro e último momento, isto é, a fase de declaração do conhecimento, é onde se formam os testemunhos – narrativa de um estímulo sensorial apreendido e conservado pela memória.

Em suma:

O depoimento de uma pessoa sobre um acontecimento qualquer depende de alguns fatores: do modo como percebeu esse acontecimento; do modo como sua memória o conservou; do modo como é capaz de evocá-lo; do modo como quer expressá-lo e do modo como pode expressá-lo.⁷³

Pelo exposto, fundamental é analisar de maneira mais detalhada alguns dos fatores que podem condicionar o processo de formação do testemunho.

⁷¹ FLECH, Larissa Civardi. *Falsas Memórias no Processo Penal*. Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012. p. 39.

⁷² ALTAVILLA, 1946, p. 20.

⁷³ MIRA Y LOPEZ, Emilio; ARRUDA, Elso (Trad.). *Manual de Psicologia Jurídica*. São Paulo: Mestre Jou, 1967. p. 159.

2.4.1. Condições de Percepção

As condições de percepção podem ser de ordem subjetiva ou de ordem objetiva e, como o próprio nome indica, exercem influência na primeira fase de formação do testemunho, o momento da percepção do fato.

No que diz respeito às condições objetivas, pode-se dizer que estas não se referem à testemunha propriamente dita, mas ao ambiente externo ao seu redor (tempo, lugar, iluminação, barulhos, entre outros).

Neste diapasão, o maior ou menor grau de fidelidade da percepção com o que de fato ocorreu pode estar relacionado aos mais variados fatores, tais quais: o lapso temporal entre o fato e a colheita do depoimento, a iluminação do local no momento em que se deram os fatos, se estava perto ou longe do momento da ação, e etc.

Noutro giro, as condições subjetivas estão intimamente relacionadas ao autor do testemunho, são condições pessoais do depoente. Há um consenso entre os estudiosos do assunto de que a condição subjetiva que mais possui o condão de influenciar na percepção do fato é a emoção. A pessoa emocionalmente abalada pode ter um considerável grau de redução da sua capacidade perceptiva. Vejamos o que eles dizem sobre o tema:

É ponto pacífico o fato de que os processos de recordação são facilitados pela emoção. Entretanto, [...] alerta-se para o estreitamento do foco da atenção através do aumento das lembranças vinculadas à emoção, o que de fato reduziria a percepção de detalhes periféricos, situação prejudicial ao testemunho.⁷⁴

O delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e desprovida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).⁷⁵

As pesquisas investigando as relações entre emoção e memória ofereceram sustentação para o desenvolvimento de estratégias fundamentalmente práticas,

⁷⁴ DI GESU, 2014, p. 88.

⁷⁵ Ibid., p. 88.

tais como a[...] entrevista cognitiva, que visa a obtenção de relatos mais acurados e detalhados de testemunhas.⁷⁶

Por tal razão, as referidas condições merecem considerável atenção neste estudo.

2.4.2. Condições de Memória

É de conhecimento de todos que a passagem do tempo afeta a memória humana. Não raras as vezes, ao se contar uma história que ocorreu há cinco ou dez anos, são deixados de lado alguns detalhes que não passaram despercebidos quando a mesma história é contada alguns minutos depois do acontecimento.

Isto ocorre porque, segundo Flech:

Durante o lapso temporal existente entre a data de conhecimento do fato e a do testemunho, a memória, inevitavelmente, sofre desgastes, os quais, embora lentos e graduais, resultem em um desaparecimento parcial das recordações. Por isso, quanto mais fortes e claras as imagens fixadas na memória, mais estabilidade elas possuem e mais resistentes são a possíveis deformações.⁷⁷

De semelhante modo, é possível que o agente preencha as lacunas deixadas pelas falhas das memórias com fatos que jamais ocorreram, sem que haja qualquer tipo de influência ou sugestão externa, o que, em última análise, pode modificar substancialmente o conteúdo do depoimento prestado. Este fenômeno é denominado autossugestão, e compreende “o conjunto das influências de ordem interna e de natureza imaginária, hábeis a alterarem as recordações”⁷⁸.

Ainda em tempo, destaca-se que também é possível que o método utilizado para inquirição das testemunhas exerça considerável influência negativa no processo de recordação dos fatos apreendidos pela memória. A

⁷⁶ STEIN, Lília, MILNITSKY. Memória, Humor e Emoção. *Revista de Psiquiatria*. Ano 1, Nº 28, 2006. p. 67.

⁷⁷ FLECH, 2012, p. 42.

⁷⁸ Ibid., p. 42.

título de exemplo, uma pergunta viciada por sugestões ou insinuações ou até mesmo em casos mais graves, onde a colheita do testemunho é feita sob coação, pode gerar um abalo emocional capaz de influenciar a narrativa testemunhal. Por tal razão, necessário é empregar meios capazes de evitar a realização de questionamentos intimidadores e insistentes, tão comuns no dia a dia da prática processual penal.

2.4.3. Condições de Depoimento

O legislador pátrio, nos artigos 210, *caput* e parágrafo⁷⁹ único e 217⁸⁰, ambos do Código de Processo Penal preocuparam-se com a questão das condições em que serão realizados os depoimentos das testemunhas, estabelecendo mecanismos capazes de reduzir a incidência de pressões de natureza internas e externas no momento do testemunho, sem violar as garantias constitucionais. Nas palavras de Malatesta:

A animosidade, a afetação, a premeditada identidade do depoimento são consideradas como três causas formais de diminuição da fé nos testemunhos, assim como a equanimidade, a naturalidade e a não-premeditação do depoimento são consideradas como as três causas formais de aumento da fé. Mas, além dos depoimentos, há exterioridades indiretamente reveladoras do espírito mesmo na pessoa do depoente: é o complexo daqueles indícios que emanam do conteúdo pessoal da testemunha e aumentam ou diminuem sua credibilidade. A segurança ou excitação de quem depõe, a calma ou perturbação de seu semblante, sua desenvoltura como de quem quer dizer a verdade, seu embaraço como o de quem quer mentir, um só gesto, um só olhar, por vezes, podem revelar a veracidade ou mentira de uma testemunha. Eis, mil outras exterioridades que devem também ser consideradas nos testemunhos, para bem avaliá-los.⁸¹

Na mesma toada, Joseph Anton:

⁷⁹ Artigo 210 do Código de Processo Penal: As testemunhas serão inquiridas cada uma per si, de modo que umas não saibam nem ouçam o depoimento das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho.

Parágrafo Único: Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas.

⁸⁰ Artigo 217 do Código de Processo Penal: Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por vídeo-conferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

⁸¹ MALATESTA, 2004, p. 360.

Para dar à prova testemunhal toda a força de que é suscetível, importa habilitar o juiz a ajuizar perfeitamente sobre a pessoa da testemunha ouvida, pelo menos tanto quanto for necessário para apreciar a sua veracidade. Quando o magistrado dá crédito à testemunha, supõe que ela pôde ver e que quis dizer o que viu, pelo que faz conhecer todos os fatos sobre que esta suposição se apoia. As garantias dessa natureza tiram-se das faculdades intelectuais, da atitude da testemunha e da forma externa do depoimento. Basta um lance d'olhos para se conhecer que algumas vezes a testemunha não podia achar-se em estado de observar convenientemente; a paixão que as palavras manifestam, certa hesitação a propósito de alguns detalhes, um embaraço mal dissimulado na presença do juiz, embaraço que atesta o desejo de não dizer tudo, certas tentativas para iludir uma pergunta, são sintomas que guiam os juízes na apreciação do depoimento.⁸²

A tranquilidade do depoente é, portanto, elemento fundamental no momento da colheita da prova testemunhal. Malatesta, entretanto, menciona outros elementos importantes para realização de uma correta análise do testemunho, o que é corroborado por Carl Joseph Anton Mittermaier.

⁸² MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. São Paulo: Bookseller, 1997. p. 236.

CAPÍTULO 3 - A MEMÓRIA

3.1. Introdução

Conforme já dito por diversas vezes, o escopo do presente trabalho é fazer uma abordagem sobre a prova no processo penal, demonstrando a sua instrumentalidade no método de reconstrução dos fatos delituosos, chegando o mais próximo possível do que de fato aconteceu, respeitando todas as garantias constitucionais.

Ocorre que a palavra da testemunha não é capaz de reconstruir a dinâmica dos fatos da exata maneira que ocorreram no mundo real. Isto porque, ao testemunhar, a pessoa recorre à memória e, ao capturar e armazenar os fatos, não raras às vezes, o cérebro distorce a realidade percebida, de modo que a nossa memória pode ser uma máquina de falhas sabotadoras.

Não se pode, portanto, atribuir natureza de verdade absoluta a palavra da vítima ou de eventuais testemunhas, bem como não é razoável embasar um decreto condenatório exclusivamente neste meio de prova, sem que sejam estabelecidos critérios mínimos para determinar se o que foi dito, seja pela vítima ou por uma testemunha, merece ou não credibilidade.

Neste diapasão, mostra-se fundamental a realização de uma abordagem sobre o prisma da multidisciplinaridade, dado o fato de que o monólogo jurídico não tem apresentado respostas às novas questões que surgem com os estudos acerca da memória e dos processos de falsificação da memória. Como bem sustenta Norbert Elias:

A verdadeira tarefa da pesquisa consiste em compreender e explicar a maneira como aspectos biológicos, psicológicos e sociológicos, objetos de diferentes disciplinas, se entrelaçam no processo.⁸³

⁸³ ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996. p. 153.

Noutro giro, Izquierdo nos alerta para o fato de que:

A memória é a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações e [...] o acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é, [...] um ser para o qual não existe outro idêntico.⁸⁴

O processo relativo à criação da memória não é rígido, mas maleável e modificável, passível de induções, razão pela qual o seu estudo merece especial atenção, ainda que negligenciado pela esmagadora maioria da comunidade jurídica brasileira.

3.2. Tipos de Memória

Preliminarmente, necessário é esclarecer que no que diz respeito às classificações da memória humana, há variados critérios existentes. Há classificações em relação às funções da memória, ao tempo de duração da memória, em razão de seu conteúdo, dentre outras.

Como o presente estudo é voltado para a análise da influência que as falhas no mecanismo da memória exercem no direito processual penal, serão abordadas, em apertada síntese, as classificações mais importantes para uma melhor compreensão do fenômeno da falsificação da memória, quais sejam:

(a) Memória de curta duração

Nas palavras de Baddeley, a memória de curta duração é a “retenção temporária de pequenas quantidades de material por breves períodos de tempo”⁸⁵.

Sobre a memória de curta duração, escreve Flech:

Insta salientar que o mecanismo cognitivo responsável pela memória de curta duração faz parte de um sistema maior, qual seja, o sistema da memória de trabalho. Nesse contexto, o teste de extensão de dígitos de um telefone é utilizado

⁸⁴ IZQUIERDO, Iván. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2006. p. 09.

⁸⁵ BADDELEY, Alan et al.. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2011. p. 25.

para refletir a memória de curta duração e mensurar a capacidade mental, ao passo que tarefas mais complexas de raciocínio refletem a extensão da memória de trabalho, a qual exige, simultaneamente, armazenamento e processamento.⁸⁶

Há, porém, outros tipos de memórias. Vejamos:

3.2.1. Memória de trabalho

Também conhecida como memória funcional⁸⁷, a memória de trabalho é a responsável por manter as informações em mente durante a realização de tarefas que demandam um pouco mais de complexidade.

Nas lições de Di Gesu:

Trata-se de lembrança breve e fugaz, a qual serve basicamente para gerenciar a realidade e determinar o contexto onde ocorreram os fatos e as informações. Diferencia-se das demais por não deixar traços e não produzir arquivos. Muitos não a consideram um tipo de memória propriamente dita, mas sim um sistema gerenciador central (*central manager*), mantendo a informação “viva” por tempo suficiente para poder ingressar ou não na memória propriamente dita.⁸⁸

Para Baddeley, a memória de trabalho funciona com três componentes diferentes, quais sejam: (i) o circuito fonológico, que conserva um número limitado de sons por um período curto; (ii) o bloco de esboço visoespacial, responsável pelo armazenamento de informações visuais e espaciais; (iii) o executivo central, que integra as informações oriundas dos outros dois componentes e da memória a longo prazo⁸⁹.

Logo:

O conceito de memória de trabalho fundamenta-se na suposição de que existe um sistema para a manutenção e manipulação temporárias de informação e de que isso é útil na realização de muitas tarefas. A maioria supõe que a memória de trabalho funciona como forma de espaço operacional mental, oferecendo uma

⁸⁶ FLECH, 2012, p. 51.

⁸⁷ KAPLAN, Harold I. *Compêndio de Psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica*. 9ª Edição. Porto Alegre: Artmed, 1997. p. 113.

⁸⁸ DI GESU, 2014, p. 107.

⁸⁹ FLECH, 2012, p. 51.

base para ponderações. Geralmente, supõe-se que ela esteja ligada à atenção [...].⁹⁰

3.2.2. Memória de longa duração

Por derradeiro, a memória de longa duração, também chamada de memória consolidada, como o próprio nome já diz, é aquela que proporciona o acúmulo de informações por maior período de tempo. O processo de transformação da memória de curta duração em memória de longa duração, realizando a fixação dos registros na memória do ser humano, recebe o nome de consolidação.

Sobre a relação do tema com o processo de criação das falsas memórias, Di Gesu sustenta:

A neurologia destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores internos e externos, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou judicial, pode também ocorrer alteração da lembrança da testemunha ou vítima. Isso vem a justificar o estudo das Falsas Memórias.⁹¹

A memória de longa duração pode ser subdividida em memória explícita ou declarativa e memória implícita ou não declarativa.

Ao seu turno, a memória declarativa também pode ser dividida em outras duas categorias, a memória semântica e a memória autobiográfica ou episódica, sendo a primeira a:

Memória que permite que os seres humanos se comuniquem com a linguagem, por meio do processo em que o cérebro armazena informação sobre as palavras, o que elas parecem e representam, e como elas são usadas de uma forma organizada.⁹²

⁹⁰ BADDELEY et. al., 2011, p. 21.

⁹¹ DI GESU, 2014, p. 86.

⁹² Disponível em: <<http://psicoativo.com/2016/07/memoria-semantica.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

Ao passo que a segunda é “ a memória individual que uma pessoa tem de um determinado evento, motivo pelo qual difere da lembrança da mesma experiência de outra pessoa”⁹³.

Por derradeiro, insta salientar que sobre a memória implícita ou não declarativa:

São os nossos hábitos, as habilidades motoras (dirigir automóvel, escrever, usar o teclado do computador), os condicionamentos de comportamentos, a habilidade de falar, raciocínio matemático, que utilizamos no dia-a-dia, mas não nos apercebemos conscientemente de como as operamos, mas constituem a chamada memória não declarativa ou implícita.⁹⁴

É, portanto, aquela que resgata uma informação da memória de longa duração por meio de uma atividade, e não da lembrança ou de um reconhecimento.

3.3. As Falhas da Memória

Para o dicionário Aurélio, memória é a “Faculdade pela qual o espírito conserva ideias ou imagens, ou as readquire sem grande esforço”⁹⁵. Tal definição dá robustez à ideia de que a memória não é uma coisa uma, imutável, mas sim um mecanismo humano associado à retenção e à recuperação de vários dados.

Conforme já exposto, o processo de formação e acesso às memórias pode sofrer influência de diversos fatores, internos ou externos, existindo, assim, a possibilidade do cérebro humano transformar a realidade existente ou criar uma realidade própria, que nunca existiu de fato, evidenciando o grande problema que é atribuir valor de verdade absoluta à prova testemunhal, no âmbito do direito processual penal.

⁹³ Disponível em: <<http://www.ciencia-online.net/2014/03/memoria-episodica-definicao-e-exemplos.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

⁹⁴ Disponível em: <<http://www.medicinageriatrica.com.br/tag/memoria-implicita/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

⁹⁵ Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/memoria>>. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

Nesse sentido, um dos mecanismos de falha da memória é o fenômeno das falsas memórias, objeto de análise do presente estudo, dada a importância da sua repercussão jurídica no processo penal.

3.3.1. Falsas Memórias

3.3.1.1. Breve Intróito

O termo “falsas memórias”, tal como conhecemos hoje, foi cunhado pela primeira vez no ano de 1881, por Theodule Ribot, a partir da análise do caso de um homem chamado Louis, de 34 anos, o qual passou a ter memórias de situações nunca antes vivenciadas por ele.

Todavia, tem-se notícia de que os primeiros experimentos acerca do fenômeno da falsificação da memória se deram alguns anos depois, com Binet, na França, em 1900; Stern, na Alemanha em 1910 e Bartlett, na Inglaterra, em 1932. Enquanto os dois primeiros pesquisadores concentraram seus esforços na demonstração da existência das falsas memórias em crianças, Bartlett foi o primeiro a estudar a ocorrência do fenômeno em adultos.

Foi, porém, muito tempo depois, com os experimentos de Elizabeth Loftus, na década de 1970, que houve um avanço significativo nos estudos da falsificação da memória. Sobre seus estudos, comenta Di Gesu:

Nesse contexto, Elizabeth Loftus apareceu bem depois, ou seja, nos anos 70. Entretanto, a nosso ver, o que fez dela uma das maiores autoridades sobre o assunto, foi justamente a introdução de uma nova técnica para o estudo das falsas memórias, consistente na sugestão da falsa informação, o que denominou de procedimento de sugestão de falsificação ou sugestão, isto é, uma releitura do clássico paradigma da interferência, no qual uma informação interfere ou atrapalha a codificação e posterior recuperação de outra”. Cuida-se de inserção de uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada ou não, produzindo o chamado efeito “falsa informação”, no qual o sujeito

acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa. A autora constatou e identificou a problemática como ela é entendida hoje.⁹⁶

O trabalho de Loftus procurou demonstrar que é possível implantar uma memória falsa de um evento que nunca ocorreu, bem como pode haver modificações significativas em fatos realmente vivenciados. Sua pesquisa pode ser dividida em duas grandes fases:

No primeiro momento, a autora se debruça sobre a criação de novas memórias. Nesta abordagem, pensa-se na memória não como representação de um passado objetivo, e sim como uma reconstrução que constitui um novo passado (paradigma reconstrutivista da memória). Desta forma, a Psicologia seria forçada a se confrontar com a experiência subjetiva do lembrar, uma vez que se trata não tanto do erro quanto de uma certeza para o sujeito participante, de uma experiência subjetiva que não se limita ao fato objetivo. Nesse momento, chama a atenção de Loftus a quantidade de sujeitos que se dizem abusados por seus pais. [...] Ao lembrar-se de alguém que o abusa, simultaneamente o sujeito se constitui enquanto abusado. No segundo momento, privilegia-se o fenômeno da lembrança em suas relações com o fato passado (objetivo). Assim, a memória é pensada não tanto por sua capacidade de criação quanto por suas relações efetivas com o fato passado. O interesse de tal desvio está em salvaguardar sujeitos possivelmente inocentes que possam aparecer como responsáveis por algum crime na experiência mnêmica de alguém.⁹⁷

Um dos experimentos mais interessantes da professora foi o estudo denominado “perdido no shopping”, oportunidade na qual foi possível constatar que como é relativamente simples programar uma memória inexistente em alguém. Sobre o referido experimento, Schacter discorre:

O jovem Jim pediu que seu irmão mais novo, um adolescente chamado Chris, se lembrasse de quando se perdeu em um shopping aos cinco anos de idade. Inicialmente, Chris não se lembrou de nada, mas, após alguns dias, apresentou uma recordação detalhada do evento. O estudo ficou famoso imediatamente porque, segundo Jim e outros membros da família, Chris nunca havia se perdido em um shopping. Dando prosseguimento ao experimento, com um grupo maior de 24 participantes, Loftus documentou que, após serem interrogados pelos pesquisadores, cerca de 25% dos participantes recordaram falsamente que se perderam em um shopping ou local público quando eram crianças.⁹⁸

⁹⁶ DI GESU, 2014, p. 128.

⁹⁷ SILVA, André do Eirado et. al.. Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças. In: *Revista Mnemosine*. v. 2, n.2, jan. 2006. p. 77.

⁹⁸ SCHACTER, Daniel L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a Mente Esquece e Lembra*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003. p.155-156.

Ato contínuo, em período ainda mais recente, isto é, na década de 1990, surgiu nos Estados Unidos da América a Fundação Síndrome da Falsa Memória⁹⁹. Composta majoritariamente por pais acusados de terem estuprados os seus filhos enquanto os mesmos eram crianças, a Fundação surgiu com o objetivo de prevenir a ocorrência das falsas memórias e ajudar as famílias que foram devastadas pelos desdobramentos desse fenômeno no mundo jurídico.

O estopim para a criação da fundação foi uma série de acusações deflagradas em desfavor de pais de jovens que, após serem submetidas às técnicas sugestivas utilizadas pelos profissionais da psicoterapia, passaram a cultivar memórias de supostos episódios de abusos sexuais ocorridos na infância.

Sobre a influência que profissionais da saúde mental podem exercer no processo de falsificação das memórias, Lopes Junior ressalta:

Os profissionais da saúde mental (psicólogos, psiquiatras, analistas, terapeutas etc.) têm um poder imenso de influenciar e induzir as recordações e eventos traumáticos. Cita a autora (Loftus) que, em 1986, Naden Cool, auxiliar de enfermagem de Wisconsin, consultou um psiquiatra porque não conseguia lidar com as consequências de um acidente sofrido pela filha. No tratamento foram utilizados pelo terapeuta técnicas de sugestão, hipnose e outras. Após algumas sessões, explica Loftus, “Nadean se convenceu de que tinha sido usada na infância por um seita satânica que a violentara, a obrigando a manter relações sexuais com animais e a forçara a assistir o assassinato de um amigo de oito anos. O psiquiatra acabou por fazê-la acreditar que ela tinha mais de cento e vinte personalidades em decorrência dos abusos sexuais e da violência sofridos quando criança.”¹⁰⁰

Os efeitos malignos dessa série de falsas acusações, na década de 90, impulsionaram os estudos acerca das falsas memórias e de suas consequências, permitindo que o assunto seja amplamente discutido na academia nos dias atuais, bem como o desenvolvimento de áreas específicas de estudo, como a denominada Psicologia do Testemunho.

⁹⁹ Disponível em: <<http://www.fmsfonline.org/>>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

¹⁰⁰ LOPES JÚNIOR, 2015 p. 488.

3.3.1.2. Teorias Explicativas e Processo de Criação das Falsas Memórias.

Em apertada síntese, existem três teorias que tentam explicar o processo de criação das falsas memórias, quais sejam: Teoria do Paradigma Construtivista, Teoria do Monitoramento da Fonte e Teoria do Traço Difuso.

Para a Teoria do Paradigma Construtivista, existe apenas um sistema de memória, que é construído a partir da interpretação que o ser humano faz dos eventos ocorridos ao longo da vida. A memória seria, então, construtiva, pois cada nova informação é compreendida e reescrita com base em experiências prévias¹⁰¹, sendo as falsas memórias, decorrência da falha nesse processo de interpretação da informação colhida pelo cérebro.

Já para a Teoria do Monitoramento da Fonte:

As falhas da lembrança decorrem de um julgamento equivocado da fonte da informação lembrada. Também refere que tanto a memória para as informações originais, quanto as advindas dos processos de integração da memória poderiam manter-se intactas e separadas e ser igualmente recuperadas¹⁰².

Para esta teoria, as falsas memórias seriam “atribuições errôneas da fonte da informação lembrada por erro de julgamento”.¹⁰³

Por fim, a Teoria do Traço Difuso, diferencia-se das duas primeiras teorias por compreender a memória não como uma coisa única, mas um sistema de variados traços. Neste diapasão, Stein explica que:

Os erros da memória estariam vinculados à falha de recuperação de memórias precisas e literais acerca de um evento, sendo as falsas memórias baseadas em traços que traduzem somente a essência semântica do que foi vivido.¹⁰⁴

¹⁰¹ DI GESU, 2014, p. 138.

¹⁰² DI GESU, 2014, p. 138.

¹⁰³ NEUFELD, Carmen B. et al.. *Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias*. Falsas Memórias. Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Grupo A 2010. p. 30.

Di Gesu afirma que, para esta teoria, há uma diferenciação da memória em dois sistemas:

A memória de essência, isto é, aquela entendida como o registro da compreensão do significado da experiência (bebeu um refrigerante) e a memória literal, a qual armazena os detalhes específicos e superficiais sobre determinado evento (bebeu um guaraná), sendo as primeiras mais estáveis ao longo do tempo.¹⁰⁵

Cumpre salientar que as falsas memórias não se confundem com a mentira. Nas precisas palavras de Stein:

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. É fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.¹⁰⁶

De semelhante modo, Lopes Junior:

As falsas memórias diferenciam-se (*sic*) da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.¹⁰⁷

Em síntese, as falsas memórias surgem quando há uma falha nos sistemas de apreensão, armazenamento ou resgate da memória humana, levando o agente a erro. Para Lofuts, alguns fatores são especialmente importantes no processo de falsificação das memórias, tais quais a percepção da autoridade e a confiança na fonte de informação. Neste diapasão:

¹⁰⁴ Ibid., p. 30.

¹⁰⁵ DI GESU, 2014, p. 140.

¹⁰⁶ NEUFELD, et. al., 2010, p. 36.

¹⁰⁷ LOPES JÚNIOR, 2011, p. 658.

Um juiz, um policial, os pais, os professores, os especialistas e os meios de comunicação funcionam em geral como fontes de informação creditáveis e uma sugestão falsa destes, induzida intencional ou acidentalmente, pode levar à formação de uma memória falsa.¹⁰⁸

Por tais razões, não se pode confundir as falsas memórias com o esquecimento, isto porque, segundo as lições de Cantarino:

No uso popular, a palavra esquecer é empregada sempre que ocorre falha de memória. Mas as falhas de memória têm muitas causas e, por isso, não podem ser rotuladas sob a mesma palavra. Algumas falhas estão relacionadas com a codificação; outras surgem quando há aquisição insuficiente; outras, ainda, aparecem no momento da recuperação. Gleitman, Fridlund e Reisberg afirmam que as falhas de memória devem ser analisadas levando-se em conta dois aspectos: a passagem do tempo, que faz com que as informações sejam mais probabilisticamente esquecidas, e os erros de memória propriamente ditos, aqueles em que as pessoas se lembram do passado de forma diferente do que realmente aconteceu.¹⁰⁹

Pode-se dizer, então, que “as Falsas Memórias constituem um fenômeno do funcionamento normal da memória humana, reportando-se a lembranças de eventos específicos como se tivessem realmente ocorrido, quando, de fato, não ocorreram”.¹¹⁰

3.3.1.3. Os Tipos de Falsas Memórias

O fenômeno da falsificação da memória pode ter origem em sugestões externas ou pode surgir de maneira espontânea, por meio de um processo de distorção endógeno. Stein sustenta que:

¹⁰⁸ LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. In: *Revista Scientific American*. Ano 3, n. 277, set. 1997. p. 72.

¹⁰⁹ CANTARINO, João Marcos Ferreira; PEREIRA, Danilo Assis. Memória: da Filosofia à Neurociência. In: *Revista Universitas Ciências da Saúde*. Ano 2, n. 2, dez. 2007. p. 181.

¹¹⁰ FLECH, 2012, p. 66.

A falsa memória, sugerida ou espontânea, é um fenômeno de base mnemônica, ou seja, uma lembrança, e não de base social, como uma mentira ou simulação por pressão social.¹¹¹

Para o referido autor:

As falsas memórias espontâneas ou autossugeridas são resultantes de distorções endógenas e ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interposição pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado. [...]. No que tange às falsas memórias sugeridas, elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento e a subsequente incorporação na memória original. Esse fenômeno, denominado *efeito da sugestão da falsa informação*, pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada. Nas falsas memórias sugeridas, após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz. Essa informação sugerida pode ou não ser apresentada deliberadamente com o intuito de falsificar a memória. O efeito da falsa informação tende a produzir uma redução das lembranças verdadeiras e um aumento das falsas memórias.¹¹²

Para o professor e pesquisador do departamento de psicologia da Universidade de Harvard, Daniel Schacter, a sugestionabilidade pode ser definida como “uma tendência do indivíduo a incorporar informações enganadoras de fontes externas – outras pessoas, material escrito ou imagens, até mesmo os meios de comunicação – recordações pessoais”¹¹³.

Insta salientar que nem todas as pessoas possuem esta característica. A bem da verdade, após algumas décadas de estudos acerca do fenômeno da falsificação da memória, provou-se que existem grupos mais suscetíveis às falsas memórias, tais quais as crianças e pessoas que vivenciaram algum tipo de evento traumático, comprovando haver uma estreita relação entre a memória e a emoção.

¹¹¹ NEUFELD, Carmem Beatriz et. al.. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et. al.. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 27.

¹¹² Ibid., p. 27.

¹¹³ SCHACTER, 2003, p. 143.

As sugestões surgem, via de regra, em situações em que uma pessoa se vê obrigada por outra a recordar fatos já ocorridos, como, por exemplo, o momento do depoimento de uma testemunha, da suposta vítima ou do reconhecimento do réu. Neste contexto, Schacter, mais uma vez, nos acrescenta:

A sugestionabilidade é preocupante por várias razões: perguntas tendenciosas podem ajudar a levar testemunhas a fazer identificações erradas; técnicas terapêuticas sugestivas podem ajudar a criar falsas lembranças; e interrogatórios agressivos de crianças pequenas podem resultar em lembranças distorcidas de supostos abusos por professores e outros adultos. As consequências para os indivíduos envolvidos em casos como esses são muito sérias e, portanto, a compreensão e o combate à sugestionabilidade são importantes tanto para evitar problemas sociais e jurídicos quanto para o avanço da teoria psicológica.¹¹⁴

Como alerta o referido autor, a aceitação de sugestões incorretas pode acarretar – e não raras as vezes acarretam – consequências graves quando no âmbito do direito processual penal. Ilustra a situação o exemplo de um caso narrado por Daniel Schacter em seu livro. Vejamos:

Peter Reilly chegou em casa e encontrou o corpo da mãe. Imediatamente, chamou a polícia, que o identificou como um dos suspeitos e submeteu-o a um detector de mentira, no qual ele não passou. Embora no início negasse a autoria do crime, Reilly acabou convencido de que era o culpado e assinou uma confissão por escrito. Dois anos mais tarde, foi inocentado graças a novas provas, que mostravam que ele não poderia ter assassinado a mãe.¹¹⁵

Embora assustador, o fato narrado acima não é um evento isolado. Corrobora tal afirmação o recente lançamento da empresa Netflix. A série denominada “The Confession Tapes”¹¹⁶ se preocupa em evidenciar “Em sete episódios, por meio de seis histórias de confissões que despertaram dúvidas em relação à sua veracidade, como pode uma pessoa confessar um crime que não cometeu, ainda mais quando está sendo filmada. ‘The

¹¹⁴ Ibid., p. 143.

¹¹⁵ SCHACTER, 2003, p. 151.

¹¹⁶ Disponível em: <<https://jota.info/colunas/justica-em-serie/the-confession-tapes-reus-confessos-que-alegam-inocencia-16092017>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

Confession Tapes' mostra, com um roteiro afinado e argumentos bem embasados, que isso acontece até com frequência"¹¹⁷.

Atesta-se, portanto, que as consequências de sugestões prejudiciais, seja na fase inquisitorial de interrogatório policial, seja em sede judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, podem ser devastadoras, inviabilizando, em última análise a verossimilhança na reconstrução do fato delituoso. É por tal razão que no capítulo seguinte nos preocuparemos em analisar métodos capazes de reduzir o efeito das sugestões externas na colheita da prova oral.

Por outro lado, as falsas memórias espontâneas ou autossugeridas podem ser caracterizadas como o equívoco de recordar um fato que, embora coerente com o que de fato ocorreu, jamais foi vivenciado pelo agente.

¹¹⁷ Ibid., Acesso em: 31 de outubro de 2017.

CAPÍTULO 4 - FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL

No capítulo anterior, verificou-se como funciona a memória humana, bem como a existência, o processo de formação e os tipos de falsas memórias existentes.

No presente capítulo, entretanto, far-se-á uma análise da repercussão que esse fenômeno pode ter no mundo jurídico, em especial, no âmbito do direito processual penal.

Para tanto, serão abordados os reflexos da falsificação da memória no ato de reconhecimento, como a sugestionabilidade exerce influência nos elementos de informações orais colhidos em sede policial e na prova testemunhal, compreendida como o depoimento colhido em sede judicial sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa, buscando apresentar algumas medidas capazes de reduzir os danos e dar maior robustez e aumentar o grau de confiabilidade do testemunho.

4.1. Falsas Memórias e o Ato de Reconhecimento

O ato de reconhecimento está previsto em nosso ordenamento jurídico no artigo 226 e incisos do Código de Processo Penal¹¹⁸, e merece ser abordado graças à posição que alcançou de ser um dos meios de provas mais utilizados na fase pré-processual ou processual. Ser reconhecido como suposto autor do delito investigado, seja pela vítima ou por uma testemunha

¹¹⁸ Artigo 226 do Código de Processo Penal: “Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II – a pessoa cujo reconhecimento se pretender será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se a quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III- se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV – do ato do reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único: O disposto no n. III deste artigo não terá aplicação na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento”. BRASIL. *Código de Processo Penal*. 2012.

ocular, não raras as vezes, é suficiente para formar, no imaginário do magistrado, a certeza no que diz respeito à autoria delitiva.

Sobre o ato de reconhecimento, aduz Cordero:

No ato de reconhecimento uma pessoa é levada a perceber alguma coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. O responsável pela diligência pergunta se o sujeito está frente ao mesmo objeto (pessoa ou coisa).¹¹⁹

É, portanto, o reconhecimento, o meio de prova que tem por finalidade reconhecer, pessoa ou coisa, valendo-se, para tal, de um processo psicológico de recuperação de elementos percebidos no passado.

Com efeito, quanto mais repetida a percepção, mais complexa e precisa ela será. A exatidão da percepção e a capacidade de distinguir detalhes depende, geralmente, do conhecimento prévio acerca do objeto ou da pessoa a ser identificada. Trata-se da percepção precedente, a qual pode, inclusive, ser fomentadora de erros.¹²⁰

Para esclarecer os perigos da percepção precedente no momento do reconhecimento, imaginemos um caso em que uma suposta vítima do crime de roubo, previsto no artigo 157 do Código Penal, vá até uma delegacia de polícia para registrar a ocorrência. Chegando ao local, a autoridade policial lhe apresenta um álbum de fotos com as imagens de alguns suspeitos de praticarem o referido delito na região que compreende a circunscrição daquela delegacia de polícia. Muito abalada, e mesmo sem muita certeza, a pessoa aponta um determinado indivíduo – que já foi apresentado pra ela como um ladrão que atua na região – como sendo o suposto autor do delito. Algum tempo depois, já em sede judicial, durante a realização da Audiência de Instrução e Julgamento, a suposta vítima reconhece o acusado como sendo o autor do delito, porém, o faz não recordando do fato delituoso em

¹¹⁹ CORDERO, Franco; GUERRERO, Jorge (Trad.). *Procedimiento Penal*. v. II. Bogotá: Temis, 2000. p. 106.

¹²⁰ DI GESU, Cristina. *O Reflexo da Falsificação da Lembrança no Ato de Reconhecimento*. Boletim Informativo IBRASPP. Ano 03, nº 04, 2013. p. 22.

si, mas sim da fotografia que viu em sede policial, eis o mais corriqueiro dos exemplos de percepção precedente.

Neste cenário, ressalta Di Gesu que “muitas identificações são positivadas justamente devido à crença das pessoas de que a polícia somente realiza um reconhecimento quando já tem um bom suspeito”¹²¹ o que, em última análise, pode acarretar até o chamado *efeito compromisso*, consubstanciado na atitude de se manter fiel ao reconhecimento de um indivíduo inocente, realizado anteriormente, de modo a persistir no erro.

Por tal razão, resta incontroverso que o reconhecimento de pessoas não pode ser o único elemento para fundamentar o juízo de certeza quanto à autoria delitiva, visto que passível de inúmeros erros. Vejamos os dados que seguem:

Revelam que num marco de dez anos, nos EUA, de quarenta casos em que houve condenação pelo reconhecimento do réu, em trinta e seis deles a autoria foi afastada depois da submissão ao exame de DNA. A única prova era o reconhecimento.¹²²

Sobre o tema, Loftus:

A investigação realizada sobre crenças e memórias falsas tem despoletado um enorme impacto nos vários domínios do quotidiano. Análises do crescente número de convicções erradas são depois reveladas através da análise do DNA e levam-nos a pensar que a maior causa desses enganos se deve a desajustes na memória das testemunhas oculares.¹²³

Válido salientar que não se está, aqui, querendo excluir o ato de reconhecimento do rol de meios de provas do direito processual penal, tampouco deslegitimar a sua importância. Visto que “elementar que a vítima de um delito e eventual testemunha presencial – as quais tiveram contato direto com o imputado, tendo a oportunidade de observá-lo porque

¹²¹ DI GESU, 2013, p. 23.

¹²² GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal: Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 156.

¹²³ LOFTUS, Elizabeth; FERREIRA, Aristides Isidoro. (Trad.). *Memórias Fictícias*. Lusíada. Lisboa: Universidade Lusíada de Lisboa, n. 3-4, 2006. p. 336.

o rosto ou parte dele estava descoberto -, tenham mais facilidade de reconhecê-lo posteriormente”.¹²⁴

Ocorre, porém, que “a experiência passada, que deixou suas impressões na nossa memória, completa continuamente a nossa experiência presente”¹²⁵, mas nem sempre o fazem de maneira acertada ou imune aos vícios da memória.

Noutro giro, existem outras variáveis que alteram a qualidade do reconhecimento de pessoas, tais quais: o tempo em que o agente permaneceu em contato com o agente da conduta delituosa, a gravidade dos fatos, a violência ou emoção experimentada, o intervalo temporal entre o momento em que se deram os fatos e a data do testemunho, bem como o chamado efeito do foco na arma:

Segundo o qual a arma tem o poder de captar grande parte da atenção do observador, o que resulta, precipuamente, em uma menor capacidade para lembrar outros detalhes do ambiente e do agente e para reconhecê-lo algum tempo depois.¹²⁶

Nas considerações de Mazzoni:

No momento em que se testemunha um assalto, o fato não é codificado como se fosse uma cena coerente e completa em si mesma. Codifica-se, sim, o fato de que um assalto está ocorrendo, processo que ativa na memória semântica as informações relativas ao que ocorre normalmente durante um evento desse tipo. Além disso, são codificados elementos dispersos relativos ao lugar, aos objetos e às pessoas, mas nem tudo é registrado, muita coisa se perde. Se houver uma arma, por exemplo, a atenção será concentrada nela e suas características provavelmente serão lembradas de forma clara (no que se conhece como *weapon effect*), em detrimento de outros elementos, sobre os quais a atenção não se detém. Muitas vezes a testemunha sabe recordar perfeitamente a arma do delito, mas não consegue identificar quem a segurava, ainda que o *lineup* seja conduzido de forma correta.¹²⁷

¹²⁴ LOPES JÚNIOR, 2007, p. 631.

¹²⁵ ALTAVILLA, 1945, p. 24.

¹²⁶ LOFTUS, 2006, p. 347.

¹²⁷ MAZZONI, Giuliana. *Crimes, Testemunhos e Falsas Recordações*. In: Revista Viver Mente & Cérebro. São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005. p. 81.

De semelhante modo, pode ocorrer uma indução, por sugestão externa, quando, no ato do reconhecimento, não se respeita o rito estabelecido pelo artigo 216 do Código de Processo Penal, notadamente, o estabelecido no inciso II do referido artigo, a chamada roda de reconhecimento.

Neste diapasão:

Em que pese a legislação brasileira fazer menção à possibilidade de a pessoa a ser reconhecida ser colocada ao lado de outras que tem as mesmas características físicas, defendemos a obrigatoriedade do procedimento, tendo em vista se tratar de ato formal.¹²⁸

Sendo a forma um importante aliado na tentativa de evitar a formação do fenômeno da falsificação da memória.

Por fim, sobre a forma a ser observada, Giacomolli sugere:

O ideal recomendado pelos pesquisadores é o de que o condutor do ato de reconhecimento desconheça quem seja o suspeito, bem como que a vítima/testemunha presencial, se houver, diga, no momento do ato, o grau de certeza sobre a identificação e não quando da documentação da ata ou certidão, pois o reconhecimento é inválido quando se diz que o sujeito é parecido ou bem parecido com o réu (desde que não haja outras provas a incriminar o acusado, tais como a apreensão de bens, exame datiloscópico ou DNA confirmando a autoria) ou então quando a descrição do envolvido não condiz com as características físicas do imputado.¹²⁹

4.3. Técnicas para Redução de Danos

4.3.1. Entrevista Cognitiva

Após todo o exposto até aqui, sabe-se que, na grande maioria das vezes, um estímulo externo, como, por exemplo, a indução por um outro agente ou uma ampla cobertura midiática sobre determinado fato, é o fator determinante para a formação de uma falsa memória. Neste diapasão, estudar o modo como deve ser realizada a oitiva da suposta vítima ou

¹²⁸ DI GESU, 2013, p. 23.

¹²⁹ GIACOMOLLI, 2011, p. 160.

testemunha é medida fundamental na estratégia de contenção de danos ocasionados por essas influências externas.

A psicologia do testemunho vem, ao longo dos anos, estudando as chamadas técnicas de redução de danos, todavia o assunto ainda é muito novo para os operadores do direito processual penal pátrio, razão pela qual se faz necessário trazer para dentro da academia jurídica, discussões acerca desses métodos.

Uma das alternativas que serão sugeridas nesse capítulo é a aplicação da entrevista cognitiva como método de inquirição.

Inicialmente desenvolvida na década de 1980, por Edward Geiselman e Ronald Fischer, o método da entrevista cognitiva surgiu como uma alternativa aos interrogatórios tradicionais, visando melhorar a qualidade e a precisão dos depoimentos colhidos. Podendo ser utilizado por qualquer entrevistador, a entrevista cognitiva permite potencializar a qualidade dos depoimentos prestados por vítimas e testemunhas de crimes, permitindo que haja um maior grau de confiabilidade na prova colhida.

Antes, porém, de se abordar a questão da entrevista cognitiva propriamente dita, é preciso entender o motivo pelo qual o método tradicional de interrogatório não pode mais ser utilizado no processo penal.

O método tradicional de inquirição caracteriza-se pelo emprego de perguntas fechadas ao entrevistado. Em apertada síntese, as perguntas fechadas são aquelas que são possíveis de serem respondidas de maneira objetiva e com apenas uma ou poucas palavras. Em contraposição, as perguntas abertas são aquelas que requerem uma declaração maior.

Assim, perguntar à vítima ou a testemunha o que aconteceu no dia do crime constitui verdadeiro exemplo de pergunta aberta, ao passo que perguntar se o ladrão utilizava um revólver ou uma pistola é um claro exemplo de pergunta fechada.

Os questionamentos fechados podem ser de:

Natureza identificadora (requerendo a descrição de pessoas, lugares, momentos e etc.), de seleção (perguntas de alternativas múltiplas: você viu o homem agredir a mulher com um soco ou um chute?) e, por fim, perguntas cujas respostas podem ser sim ou não.¹³⁰

O grande problema ao redor das perguntas fechadas é que, uma vez realizadas, deixam em evidência para o entrevistado que o entrevistador já parte de um pressuposto tendencioso, sugerindo ao primeiro a resposta que deve ser dada. Eis o motivo pelo qual o método tradicional de inquirição deve ser abandonado.

Nessa esteira:

A entrevista cognitiva surgiu como resposta à necessidade de melhorar a recordação (evocação) das testemunhas, centrada, naturalmente, em aspectos que possam promover a recuperação mnésica. [...] Trata-se de uma entrevista não diretiva a qual está subjacente uma estratégia geral de maximização dos resultados possibilitados por técnicas individuais. Tal estratégia consiste em guiar a testemunha ocular de modo que a recuperação se baseie em códigos mnésicos mais ricos em informação relevante e também tornar mais fácil a comunicação, uma vez ativados esses códigos.¹³¹

Para os especialistas Giovanni Kuckartz Pergher e Lilian Milnitsky Stein¹³², a entrevista cognitiva estrutura-se em sete etapas: 1. Estabelecimento de rapport e personalização da entrevista; 2. Explicação dos objetivos da entrevista; 3. Relato livre; 4. Questionamento; 5. Recuperação variada e extensiva; 6. Síntese; 7. Fechamento.

Casares¹³³, com base nos estudos de Kuckartz e Stein, desenvolveu um esquema que explica em que consiste cada etapa. Vejamos:

1) **Estabelecimento de rapport e personalização da entrevista**: Essa etapa serve para a familiarização do entrevistador com o entrevistado. Deve o entrevistador criar uma atmosfera relaxante, transmitindo os sentimentos de

¹³⁰ DI GESU, 2014, p. 200.

¹³¹ PINHO, Maria Salomé. A Entrevista Cognitiva em Análise. In: FONSECA, António Castro et. al.. *Psicologia Forense*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 259-261.

¹³² Giovanni Kuckartz Pergher é Mestre em Psicologia Social e da Personalidade e Lilian Milnitsky Stein é Ph.D em Psicologia Cognitiva.

¹³³ CASARES, Nicole Araujo Lima. *Falsas Acusações em Crimes de Estupro: Memórias Distorcidas e outras Perspectivas Negligenciadas*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013. p. 93.

segurança, confiança e conforto para o entrevistado. Essa personalização da entrevista é importante para o entrevistado saber que é um indivíduo único e que a entrevista será conduzida conforme as suas particularidades e necessidades específicas. O entrevistador deve manter uma postura de empatia, se colocando no lugar do entrevistado.¹³⁴

2) **Explicação dos objetivos da entrevista:** Para a maioria das pessoas, a situação de prestar um depoimento é absolutamente nova. Por isso, deve o entrevistador familiarizar o entrevistado no que diz respeito aos objetivos daquela interação que acabou de começar. O entrevistado coloca-se numa posição de passividade, esperando que o entrevistador conduza todo o processo. Essa posição está associada ao denominado “efeito do status do entrevistador”: o entrevistado acredita que o entrevistador é uma figura de autoridade que tudo sabe, conhecedor pleno daquilo que deve ser feito. Se o entrevistado for criança, pode confundir essa sensação de autoridade com onisciência. Por isso, é importante que ocorra o contrário. Deve haver a “transferência de controle” do processo, incumbindo ao entrevistador enfatizar o caráter colaborativo da entrevista, para que haja um trabalho conjunto. Desde o início, é preciso deixar claro que o entrevistado é quem possui as informações sobre o acontecimento em questão e o entrevistador vai atuar apenas como agente colaborador¹³⁵. Também é importante, nessa etapa, que o entrevistador deixe claro ao entrevistado que ele tem o direito e o dever de dizer “não entendi” diante de questões de difícil compreensão.

3) **Relato livre:** Inicia-se um processo de recuperação de lembranças. Nesta etapa, o entrevistador solicita ao entrevistado que retorne mentalmente ao ambiente em que ocorreu o evento em questão, recuperando o maior número de detalhes possíveis. Trata-se de fazer com que a testemunha ou vítima forme uma imagem mental do ocorrido. Estimula-se o entrevistado a recordar-se de algum som, cheiro, sentimento que tenha ocorrido no momento em que vivenciou o evento que está buscando recordar. Quando o entrevistado tiver conseguido recolocar-se no contexto original, ele é estimulado a relatar livremente tudo o que conseguiu se lembrar, independente da relevância do que for lembrado. Nesse momento, o entrevistado fará uma narrativa livre, acessando na memória o número máximo de informações que for possível. Importante que o entrevistador não o interrompa durante esse momento, respeitando inclusive, eventuais pausas que fizer na fala. A partir da “recriação do contexto”, espera-se que o depoente tenha o maior número de pistas possíveis à sua disposição, maximizando a quantidade e a qualidade das informações recordadas.¹³⁶

4) **Questionamento:** Nessa etapa, algumas informações trazidas no relato livre serão investigadas de forma mais detalhada. É um momento de aprofundamento. Para tanto, o entrevistador ativa imagens mentais no entrevistado, questionando-o acerca de mais informações. Segundo Nygaard:

¹³⁴ PERGHER, Giovanni Kuckart; STEIN, Lilian Milnitsky. *Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo Comportamental: do Âmbito Forense à Clínica*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1808-56872005000200002&script=sci_arttext>.

¹³⁵ Ibid.

¹³⁶ Ibid.

(...) “o ideal é fazer perguntas abertas cujas respostas se alicercem na narrativa do entrevistado. Por limitar a quantidade de informações que o entrevistado traz, as perguntas fechadas, que propiciam respostas curtas e definidas, devem ser evitadas, porém, podem ser úteis desde que venham a verificar uma informação específica trazida por uma descrição... (...) As perguntas devem ser compatíveis com a mesma figura mental e, somente após ter sido explorado todo o conteúdo dessa figura, é que perguntas sobre uma figura diferente podem começar a ser feitas.”¹³⁷

O entrevistador recebe treinamento para monitorar constantemente suas hipóteses e expectativas, pois estas podem induzir a testemunha ou vítima a relatar os fatos de forma distorcida. Deve-se evitar que a entrevista seja conduzida de maneira que se busque apenas confirmar suposições/hipóteses anteriormente criadas.¹³⁸

5) **Recuperação variada e extensiva:** A recuperação variada baseia-se no princípio de que existem diversos caminhos de acesso para as informações armazenadas. O fato do indivíduo não ter conseguido se lembrar de algo em um primeiro momento, não significa que não possa consegui-lo em uma nova tentativa. Neste caso, pode o entrevistador utilizar estratégias tais como solicitar que a situação seja relatada de trás para diante, pedir que o entrevistado coloque-se no lugar de outra pessoa que tenha passado pelo mesmo evento e descreva-o sob esta perspectiva, entre outros.¹³⁹

6) **Síntese:** Nessa etapa, o entrevistador faz uma síntese dos principais pontos abordados naquela interação, utilizando as palavras do entrevistado. Esta é uma oportunidade do entrevistado conferir a precisão de sua própria recordação, além de poder funcionar como uma nova tentativa de recuperação de informações.¹⁴⁰

7) **Fechamento:** No fechamento, é importante que o entrevistador deixe o entrevistado com uma imagem positiva da entrevista. Agradecer pelo seu esforço no trabalho conjunto ali desenvolvido, ressaltando a importância do papel ativo do entrevistado, é uma estratégia muito interessante para este momento, principalmente se houver a necessidade futura de uma nova entrevista. Também é interessante que o entrevistador coloque-se à disposição para esclarecer eventuais dúvidas, demonstrando respeito e consideração ao entrevistado.¹⁴¹

O grande diferencial da técnica de entrevista cognitiva é o fato de que o entrevistador, ao perguntar, mantém-se neutro, não projetando suas convicções ao formular perguntas fechadas, como, via de regra, ocorre no

¹³⁷ NYGAARD, Maria Lúcia Campani. Depoimentos Testemunhais: A memória em julgamento. Porto Alegre. 2003. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade). Departamento de Psicologia da PUC-RS.

¹³⁸ PERGHER; STEIN, *Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo Comportamental: do Âmbito Forense à Clínica*.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Ibid.

método tradicional de inquirição. Não há sugestões, muito pelo contrário, busca-se reduzir o grau de induzimento nas respostas do entrevistado.

4.2.2. Reconhecimento Pessoal Sequencial

O Código de Processo Penal, ao regular o ato de reconhecimento, optou pelo denominado sistema simultâneo. Neste sistema, todos os indivíduos são apresentados ao mesmo tempo ao agente que fará o reconhecimento e este, por sua vez, após analisar todos juntos, aponta ou não quem seria o suposto autor do fato.

Ocorre que, para os estudiosos do tema, este tipo de reconhecimento também pode desencadear o fenômeno das falsas memórias por ser altamente sugestivo.

A identificação por testemunhas oculares a partir dos desfiles ou fileiras de identificação é, em geral, muito falível. Valentine e seus colaboradores estudaram as evidências de 640 testemunhas oculares que tentaram identificar suspeitos em 314 *line-ups* (enfileiramento de suspeitos para serem identificados) reais. Cerca de 20% das testemunhas identificaram um não suspeito, 40% identificaram o suspeito e 40% falharam em fazer a identificação. Uma das razões mais importantes para a identificação inacurada da testemunha ocular é que somos, com frequência, surpreendentemente deficientes no reconhecimento de rostos não familiares.¹⁴²

Surge como alternativa ao reconhecimento pessoal simultâneo, o reconhecimento pessoal sequencial, definido por Lopes Junior como aquele em que “os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que, antes de ver o próximo suspeito, responda se foi esse o autor do fato ou não”¹⁴³. Assim, há a possibilidade de haver um reconhecimento mais confiável e qualificado na medida em que não há uma comparação imediata, mas tão somente uma busca da testemunha ou vítima, em sua memória, de traços que identifiquem quem é o culpado.

¹⁴² EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. LOPES, Magda França. (Trad.). *Manual de Psicologia Cognitiva*. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2007. p. 279.

¹⁴³ LOPES JÚNIOR, 2011, p. 676.

Para além do que já foi dito, é fundamental que a colheita da prova ocorra em um prazo razoável, evitando-se que, com o demasiado passar do tempo, a testemunha ou vítima incorpore elementos influenciadores, não verdadeiros, de parentes, pais, das notícias veiculadas pela grande mídia e etc. Conforme já foi falado, essas influências podem fazer com que o depoente, ao falar, evoque uma lembrança totalmente distinta da memória original, que, como visto, pode ser – e não raras as vezes é – distorcida.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, buscou-se compreender o que é, como se forma e quais são os problemas que envolvem a memória no âmbito do direito processual penal, com especial ênfase ao fenômeno da falsificação de memórias e sua implicação na prova testemunhal.

Neste diapasão, percebeu-se que o testemunho é um dos meios de prova capazes de trazer ao processo informações importantes do fato pretérito que se pretende reconstruir, por meio de um processo de captação, armazenamento e resgate de dados percebidos do mundo exterior.

Ocorre, porém, que a memória humana é suscetível a inúmeras falhas, permitindo a ocorrência de vários e não raros equívocos no momento do testemunho.

Assim sendo, não há mais espaço para a busca na verdade real, havendo a necessidade de afastamento desse mito, resquício evidente do modelo inquisitorial adotado pelo Código Processual Penal de 1941.

Noutro giro, as falsas memórias, caracterizada pela lembrança de fatos que nunca ocorreram ou, se ocorreram, o foram de maneira diferente do que foi relatado, podem contaminar o testemunho, o que acarretaria, em última análise, o encarceramento e condenação de um réu inocente.

Muitos são os fatores que podem originar o referido fenômeno, como, por exemplo, as lacunas que surgem na memória com o passar do tempo, a recordação de um evento traumático e a sugestão interna de parentes, amigos, da mídia e dos próprios entrevistadores, no momento da colheita do testemunho.

Assim, diante da importância do tema e da flagrante dificuldade do processo penal em identificar e solucionar a questão das falsas memórias verificou-se a necessidade de se buscar, em outros ramos do saber, medidas que pudessem evitar a ocorrência desse fenômeno e minimizar as suas

consequências, haja vista que o risco de contaminação da memória não pode ser eliminado.

Foi assim que, por meio de uma abordagem interdisciplinar, alguns métodos empregados pelos estudiosos da psicologia cognitiva e da psicologia do testemunho, mostraram-se eficazes para esta tarefa, tais quais: a entrevista cognitiva e o reconhecimento pessoal sequencial.

A necessidade de abordar de maneira crítica a fragilidade da prova testemunhal surge da constatação de que os tribunais brasileiros cada vez mais condenam homens e mulheres exclusivamente com base no testemunho, sem que se faça uma análise mais detida do que foi dito pelos depoentes.

Ressalta-se, por oportuno, que não se busca aqui concluir pelo afastamento da palavra de uma testemunha ocular ou da própria vítima do fato que se busca reconstruir, muito pelo contrário! O que se busca é dar maior credibilidade ao depoimento, por meio da implementação de métodos que possam assegurar maior robustez ao testemunho, sempre partindo do pressuposto de que a presunção em nosso ordenamento é de inocência, e não de culpabilidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALTAVILLA, Enrico. MIRANDA, Fernando de (Trad.). *Psicologia Judiciária*. 2ª ed. v. I. São Paulo. Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946.

AMARAL, Claudio do Prado. *Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade*. São Paulo: IBCCRIM, 2003.

AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no Processo Penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BADDELEY, Alan et al.. *Memória*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BINDER, Alberto M. *O Descumprimento das Formas Processuais. Elementos Para uma Crítica da Teoria Unitária das Nulidades no Processo Penal*. Tradução de Ângela Nogueira Pessoa, com revisão de Fauzi Hassan Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CANTARINO, João Marcos Ferreira; PEREIRA, Danilo Assis. *Memória: da Filosofia à Neurociência*. In: *Revista Universitas Ciências da Saúde*. Ano 2, n. 2, dez. 2007.

CARVALHO, Salo de. *Criminologia e Transdisciplinariedade*. In: GAUER, Ruth Maria Chittó. *Sistema Penal e Violência*. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2006.

CASARES, Nicole Araujo Lima. *Falsas Acusações em Crimes de Estupro: Memórias Distorcidas e outras Perspectivas Negligenciadas*. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2013.

CORDERO, Franco; GUERRERO, Jorge (Trad.). *Procedimiento Penal*. v. II. Bogotá: Temis, 2000.

DE LIMA, Renato Brasileiro de. *Material Suplementar 1º Semestre 2016*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 10.

DE LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016.

DI GESU, Cristina. *O Reflexo da Falsificação da Lembrança no Ato de Reconhecimento*. Boletim Informativo IBRASPP. Ano 03, nº 04, 2013.

DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Disponível em: <<http://psicoativo.com/2016/07/memoria-semantic.html>>. Acesso em: de outubro de 2017.

Disponível em: <<http://www.ciencia-online.net/2014/03/memoria-episodica-definicao-e-exemplos.html>>. Acesso em: 17 de outubro de 2017.

Disponível em: <<http://www.fmsfonline.org/>>. Acesso em: 22 de outubro de 2017.

Disponível em: <<http://www.medicinageriatrica.com.br/tag/memoria-implicita/>>. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

Disponível em: <<https://dicionariodoaurelio.com/memoria>>. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

Disponível em: <<https://jota.info/colunas/justica-em-serie/the-confession-tapes-reus-confessos-que-alegam-inocencia-16092017>>. Acesso em: 31 de outubro de 2017.

ELIAS, Norbert. *A Sociedade dos Indivíduos*. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. LOPES, Magda França. (Trad.). *Manual de Psicologia Cognitiva*. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoria del Garantismo Penal*. Madrid: Trotta, 1997.

FLECH, Larissa Civardi. *Falsas Memórias no Processo Penal*. Rio Grande do Sul: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2012..

GIACOMOLLI, Nereu José. *A Fase Preliminar do Processo Penal: Crises, Misérias e Novas Metodologias Investigativas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu. *Juizados Especiais Criminais*. Lei 9.0099/95. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002..

GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*. Trad. Prieto Castro. Barcelona: Labor, 1936.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Defesa, Contraditório, Igualdade e par Conditio na Ótica do Processo de Estrutura Cooperatória*. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1990.

ILLUMINATI, Giulio. *La Presunzione D' Innocenza dell' Imputado*. Zanichelli, 1979..

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

KAPLAN, Harold I. *Compêndio de Psiquiatria: Ciências do Comportamento e Psiquiatria Clínica*, 1997.

KNIJNIK, Danilo. *A Prova no Juízo Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro, Forense, 2007..

LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. In: *Revista Scientific American*. Ano 3, n. 277, set. 1997.

LOFTUS, Elizabeth; FERREIRA, Aristides Isidoro. (Trad.). *Memórias Fictícias*. Lusíada. Lisboa: Universidade Lusíada de Lisboa, n. 3-4, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual e a sua Conformidade Constitucional*. v. I. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. v. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

LOPES JUNIOR. Aury. *Direito Processual Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei; CAPITANIO, Paolo (Trad.). *A lógica das provas em Matéria Criminal*. Campinas: Bookseller, 2004.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Processual Penal*. v. III. Buenos Aires. Ediciones Juridicas Europa-America, 1952.

MAZZONI, Giuliana. *Crimes, Testemunhos e Falsas Recordações*. In: *Revista Viver Mente & Cérebro*. São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005.

MIRA Y LOPEZ, Emilio; ARRUDA, Elso (Trad.). *Manual de Psicologia Jurídica*. São Paulo: Mestre Jou, 1967.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. “O papel do novo juiz no processo penal”. *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Coord. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*. São Paulo: Bookseller, 1997.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. *A Teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal*. 2º ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

NEUFELD, Carmem Beatriz et. al.. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky et. al.. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.

NEUFELD, Carmen B. et al.. *Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias*. Falsas Memórias. Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas. Porto Alegre: Grupo A, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NYGAARD, Maria Lúcia Campani. Depoimentos Testemunhais: A memória em julgamento. Porto Alegre. 2003. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade). Departamento de Psicologia da PUC-RS.

PERGHER, Giovanni Kuckart; STEIN, Lilian Milnitsky. *Entrevista Cognitiva e Terapia Cognitivo Comportamental: do Âmbito Forense à Clínica*. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?pid=S1808-56872005000200002&script=sci_arttext>.

PINHO, Maria Salomé. A Entrevista Cognitiva em Análise. In: FONSECA, António Castro et. al.. *Psicologia Forense*. Coimbra: Almedina, 2006.

SCHACTER, Daniel L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a Mente Esquece e Lembra*. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SILVA, André do Eirado et. al.. Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças. In: *Revista Mnemosine*. v. 2, n.2, jan. 2006.

STEIN, Lília, MILNITSKY. Memória, Humor e Emoção. *Revista de Psiquiatria*. Ano 1, Nº 28, 2006.

STF. RHC 11063. DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, 13/03/2012.

STJ. HC 151.357. RJ (2009/0207290-1), Rel. Min. Og Fernandes.

TOURINHO FILHO, Fernando. *Processo Penal*. v. I. 35ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2013.