



**UNISUL**

**UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA**

**CAMILA DOS SANTOS**

**FALSAS MEMÓRIAS:  
ANÁLISE DA POSSÍVEL FALIBILIDADE DA PROVA ORAL NO PROCESSO  
PENAL**

Florianópolis

2020

**CAMILA DOS SANTOS**

**FALSAS MEMÓRIAS:  
ANÁLISE DA POSSÍVEL FALIBILIDADE DA PROVA ORAL NO PROCESSO  
PENAL**

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

Orientador: Prof. Aldo Nunes da Silva Júnior, Esp.

Florianópolis

2020

**CAMILA DOS SANTOS**

**FALSAS MEMÓRIAS:  
ANÁLISE DA POSSÍVEL FALIBILIDADE DA PROVA ORAL NO PROCESSO  
PENAL**

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

Cidade, (dia) de (mês) de (ano da defesa).

---

Professor e orientador Nome do Professor, Dr./Ms./Bel./Lic.  
Universidade do Sul de Santa Catarina

---

Prof. Nome do Professor, Dr./Ms./Bel./Lic  
Universidade...

---

Prof. Nome do Professor, Dr./Ms./Bel./Lic  
Universidade do Sul de Santa Catarina

Dedico este trabalho à minha família, em especial ao meu filho Leonardo, luz da minha vida, sua existência me faz crescer diariamente.

## AGRADECIMENTOS

A minha querida vó Catarina (*in memoriam*), que mesmo sendo analfabeta sempre me incentivou a estudar, e foi fundamental para a realização deste sonho.

Aos meus sobrinhos, Leticia, Maria Eduarda, Nathalia, Victoria, Beatriz, Grasiely, Alice, Victor, Amanda, Gabriel, Maria Luiza e Nicolas, por tanto amor que tenho por eles.

A minha ex-sogra Elisabeth, grande amiga e alicerce, que sempre cuidou do meu filho para que eu pudesse estudar.

As valiosas amizades que encontrei ao longo desses anos, Abel, Chay e Camila, que além de dividirmos carona diariamente, dividimos muitas tristezas e alegrias, derrotas e vitórias, além de muitos *chopps*.

Ao meu querido professor e orientador, Aldo Nunes, que com admirável paciência e tranquilidade, soube partilhar comigo sua sabedoria, e que sempre inspirou seus alunos nas brilhantes aulas ministradas na Unisul.

E a todos aqueles que foram injustamente responsabilizados, com base em memórias falsas, por crimes que não cometeram.

Elizabeth F.) “A memória, assim como a liberdade, é uma coisa frágil” (LOFTUS,

## RESUMO

O presente estudo busca elucidar as principais causas para o surgimento de falsas memórias, e a incidência deste fenômeno no sistema processual penal, e a possível falibilidade das provas orais em razão das falsas memórias nos relatos obtidos no processo penal. A linha de pesquisa adotada é a Justiça e Sociedade, com o objetivo principal de identificar se a prova oral no processo penal pode contaminar a decisão judicial em razão da existência das falsas memórias das pessoas ouvidas. A importância do trabalho reside na compreensão do fenômeno das falsas memórias, analisando as influências exercidas na realização do reconhecimento de pessoas e relato dos fatos, identificando as consequências geradas no convencimento do magistrado. O método de abordagem de pensamento é o dedutivo, e pesquisa de natureza qualitativa com procedimento monográfico e técnica bibliográfica. Demonstrando que as memórias são passíveis de influência, resultando em efeitos que alteram a informação na produção dos elementos probatórios orais no processo penal.

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

## **ABSTRACT**

The present study intent to elucidate the main causes for the appearance of false memories, and the incidence of this phenomenon in the criminal law, which justifies the fallibility of the reports in the oral evidence. The line of research adopted is Justice and Society, with the main objective of identifying whether oral evidence in criminal proceedings can contaminate the sentences due to the existence of false memories of the people heard. The importance of the work relies in the understanding of the phenomenon of false memories, analyzing the influences exerted in the realization of people recognition and reporting the facts, identifying the consequences generated in convincing the magistrate. The method of approach to thinking is deductive, and qualitative research with monographic procedure and bibliographic technique. Demonstrating that memories are susceptible to influence, resulting in effects that alter information in the production of oral evidence in criminal proceedings.

Keywords: False memories. Criminal law. Oral evidence.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	<b>10</b>
<b>2</b>	<b>O SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO</b>	<b>11</b>
2.1	CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	12
2.2	EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PROBATÓRIO	13
2.3	CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA	16
2.4	DAS PROVAS EM ESPÉCIE NO SISTEMA PROCESSUAL CRIMINAL BRASILEIRO	18
2.4.1	Da prova oral	18
2.4.2	Prova documental	18
2.4.3	Prova Pericial	19
<b>3</b>	<b>COMPREENSÃO SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS</b>	<b>21</b>
3.1	BREVE ESTUDO SOBRE A MEMÓRIA HUMANA	21
3.1.1	A Memória imediata	22
3.1.2	As Memórias de fatos antigos	22
3.1.3	Memória remota	22
3.1.4	Memória de infância	22
3.1.5	Memória de trabalho	23
3.1.6	Memória de longa duração	24
3.2	CONCEITOS E ESTUDOS SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS	25
<b>4</b>	<b>ANÁLISE DA EVENTUAL INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL</b>	<b>30</b>
4.1	DA PROVA ORAL	31
4.1.1	Fatores de contaminação da prova testemunhal	33
4.1.2	A Palavra do ofendido	35
4.2	CASO HISTÓRICO SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS	37
4.3	FALSAS MEMÓRIAS E O ATO DE RECONHECIMENTO	39
4.4	FATORES INTERNOS	43
4.4.1	Emoções	43
4.4.2	Tempo	45
4.4.3	Subjetivismo do magistrado	47
4.5	FATORES EXTERNOS (EXÓGENOS)	48

<b>4.5.1 Mídia.....</b>	<b>48</b>
<b>4.5.2 Viés do entrevistador.....</b>	<b>50</b>
<b>4.5.3 MINIMIZAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS PELAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>51</b>
<b>5 CONCLUSÃO .....</b>	<b>56</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>57</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo busca elucidar as principais causas para o surgimento de falsas memórias, no qual será desenvolvida a abordagem deste fenômeno pouco explorado no âmbito do processual penal, que possa causar a falibilidade das provas orais obtidas no curso do processo penal.

A linha de pesquisa adotada é a Justiça e Sociedade, com objeto de estudo da monografia das falsas memórias no processo penal, haja vista a existência da contaminação da decisão judicial em virtude da presença das falsas memórias no processo penal.

O objetivo principal é identificar se a prova oral no processo penal pode contaminar a decisão judicial em razão da existência das falsas memórias das pessoas ouvidas.

Como objetivos específicos, apresentar considerações sobre o processo penal brasileiro, estudar as provas no processo penal e correlacionar os princípios do processo penal brasileiro e das provas com as decisões judiciais fundamentadas exclusivamente em provas orais e a sua falibilidade diante das falsas memórias, por meio de conceito, espécies, princípios e decisões judiciais.

A justificativa do tema se dá a partir da fundamental relevância, na medida em que os atores do judiciário trabalham constantemente com recordações das pessoas, a fim de angariar provas de um determinado delito, e realizar reconhecimento dos supostos autores, a partir do relato das vítimas ou testemunhas que presenciaram a prática do delito.

A importância do trabalho reside na compreensão do fenômeno das falsas memórias, analisando as influências exercidas na realização do reconhecimento de pessoas e relato dos fatos, identificando as consequências geradas no convencimento do magistrado.

Partindo da premissa que o magistrado é o destinatário das provas, provar significa convencer o julgador da veracidade ou da falsa afirmação dos fatos relatados no processo, e para isso, testemunhas e vítimas usam de suas recordações ao narrarem os fatos e procederem ao reconhecimento do suposto autor, com a finalidade de analisar a veracidade das informações da mente humana que influencia na verdade exposta dos fatos.

O método de abordagem de pensamento é o dedutivo, pelo qual, com base em enunciados ou premissas se chega a conclusão necessária, em virtude da correta aplicação das lógicas.

Parte-se da premissa que a prova de reconhecimento do suspeito é apta para convencimento do julgador. Porém essa credibilidade pode ser contestada diante do fenômeno da falsa memória, conforme será apresentado no trabalho de forma qualitativa apontando contestando os meios utilizados pelo judiciário na produção de provas.

Para seu desenvolvimento, a pesquisa terá natureza qualitativa com procedimento monográfico e técnica bibliográfica, em doutrinas e conceitos relativos à falsa memória e ao cotejo probatório no processo penal.

No primeiro capítulo, foi realizadas considerações sobre o sistema probatório brasileiro, explorando seu conceito, finalidade das provas e evolução histórica, bem como especificou-se os meios de prova presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

No segundo, foi apresentado a memória humana, demonstrando as formas de registro de eventos realizados pelo sistema nervoso central, apontado especificamente a memória imediata, a memória de fatos antigos, memória remota, memória de infância, memória de trabalho, memória de longa duração, para posterior apontar o fenômeno das falsas memórias, seu conceito, e a capacidade que temos de lembrar e recordar dos fatos, ideias e conhecimento.

O terceiro e último capítulo teve por objeto a influência das falsas memórias na produção dos elementos probatórios no processo penal, precisamente da prova oral, onde se apresenta os fatores de contaminação da prova testemunhal e palavra do ofendido.

Sobre as memórias e a influência, apresentou-se casos concretos, para posteriormente demonstrar a influência das falsas memórias no reconhecimento, e os efeitos internos e externos das falsas memórias na produção dos elementos probatórios no processo penal.

## **2 O SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**

A finalidade do processo, em si, é descrever algo já ocorrido e seu responsável, enquanto o objetivo do processo penal é, antes de tudo, reconstruir fatos passados

através da produção de provas e indícios que elucidem o caso que levem ao convencimento do magistrado.

Movido por este objetivo, o juiz busca uma verdade razoável, uma vez que não lhe cabe a verdade formal como na esfera cível, e que não é possível o alcance da verdade real, também chamada verdade material, sendo certo que esta somente se poderia alcançar pelo processo inquisitivo.

Pacelli nos ensina que: "A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: A reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando maior coincidência possível com a realidade histórica" (PACELLI, 2017)

Resumidamente pode-se dizer que no processo penal as partes formulam hipóteses, tenta se reconstruir a veracidade dos fatos como realmente aconteceu.

Assim leciona GESU: "O juiz é o destinatário da prova. Para ele é feita a reconstrução do fato. Assim, a prova significa induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo" (GESU, 2014, p.51).

Deste modo não cabe ao julgador a função de acusar e defender e sim de angariar meios que cheguem mais perto da verdade real e seu convencimento.

Assim, deve o juiz ser imparcial em relação às provas apresentadas.

## 2.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O SISTEMA PROBATÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O autor Júlio Fabbrini Mirabete conceitua o Direito Processual Penal nos seguintes termos: "é o conjunto de princípios e normas que regulam a aplicação jurisdicional do Direito Penal, bem como as atividades persecutórias da Polícia Judiciária, e a estruturação dos órgãos da função jurisdicional e respectivo auxiliares". (MIRABETE, 16. ed. 2004.)

O Direito Processual Penal possui um caráter instrumental, pois constitui o meio de fazer atuar o direito material penal, tornando efetiva a função deste de prevenção e repressão das infrações penais.

A jurisdição é a função, enquanto o processo é o instrumento da sua atuação, assim analisa Fernando Capez: "Sem processo não há como solucionar o litígio razão porque é instrumento imprescindível para resguardo da paz social" (CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*, p.13).

A aplicação de direito penal material está ligada a outro ramo do direito público: o direito processual penal. Verifica-se assim, que as regras processuais são essencialmente procedimentais, e que sua eficácia está pautada no propósito de efetivação das regras de conduta e na delimitação de penas, descritas no direito material penal. Que por sua vez, não tem utilidade nenhuma se não foi aplicado através de um procedimento justo e operacional.

Nas palavras de Greco Filho (2012, p.82):

Pode-se, pois, definir o direito processual penal como o ramo do direito público que consiste no conjunto sistemático de normas e princípios que regula a atividade da jurisdição, o exercício da ação e o processo em matéria penal, bem como a tutela da liberdade de locomoção, quando o direito penal aplicável, positiva ou negativamente, é o direito penal comum.

Contudo, a aplicação sistemática do direito penal material, por meio do direito processual, não pode ser desenfreada. Deve-se respeitar os princípios e garantias presentes na Constituição Federal. E são eles, os garantidores do Estado Democrático de Direito, que fixam assim, limites à pretensão punitiva do Estado.

Assim alerta o professor Renato Brasileiro (2013, p.2):

Na medida em que a liberdade de locomoção do cidadão funciona como um dos dogmas do Estado de Direito, é intuitivo que a própria Constituição Federal estabeleça regras de observância obrigatória em um processo penal. E a boa aplicação (ou não) desses direitos e garantias que permite, assim, avaliara real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir a civilização da barbárie.

Sendo assim, o processo penal é o meio necessário para se mediar um complexo conflitos de interesses, onde de um lado encontra-se o Estado, desejando unir os agentes de crimes e contravenções, e do outro, o acusado que visa manter o seu direito de liberdade constitucionalmente garantido (REIS, ALEXANDRE, 2012).

## 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SISTEMA PROBATÓRIO

A importância das provas é o assunto que remonta a mais antiga das civilizações. O Direito penal surgiu com os homens, através do desenvolvimento da razão. A história se mesclou com a história dos sistemas de prova, isto é, "[...] a maneira pela qual os sistemas de provas foram evoluindo ao longo do tempo foi definindo também os vários tipos de processo que a história conheceu" (MACHADO, 2014, p. 462).

Nesse mesmo passo, Machado (MACHADO, 2014, p. 462) nos explica sobre esse sistema medieval:

O modo pelo qual os hebreus, egípcios, gregos, povos da idade Média e povos modernos, em diferentes lugares e épocas, foram imaginando e instituindo os seus mecanismos de apuração e julgamento dos crimes, ou seja, os seus mecanismos de prova, foi também os tipos de processo que cada um desses povos adotaram ao longo da história.

O modelo de processo penal adotado por ambos foi acusatório. Todos os julgamentos e debates públicos tal como provas baseadas, sobretudo, em testemunhos (MACHADO, 2014, p. 462).

Foi utilizado ainda no período imperial, sob forte intervenção do direito germânico e das invasões barbaras, o sistema probatório penal, onde foram inseridos alguns fundamentos incomuns ao processo, fundamentos irracionais e religiosos.

As “ordálias de Deus”, foi uma crença na intervenção divina para se estabelecer a verdade nos julgamentos.” explica Machado (2014, p. 463)

Por exemplo, se o acusado andasse sobre o fogo, e não tivesse queimaduras era inocente, caso contrário era culpado.

Era um tipo de prova judiciária, utilizada para determinar a culpa ou a inocência do acusado, cujo resultado era determinado como um juízo divino. Não era necessário motivar fundamentos e convicções sobre suas decisões, pois este usava de sua autoridade fundamentando-se no misticismo, ainda sem nenhum tipo de controle racional.

O sistema da Ordálias de Deus foi extinto no final da idade média, em troca da confissão de culpa, mas a prática foi abolida no século XVI, Machado (2014, p. 463) nos explica sobre este sistema medieval:

Ainda na Idade Média, além da influência do direito germânico (que deu também contribuições importantes para a evolução do processo como a incorpora o do direito de defesa e o modelo acusatório), juntou-se a contribuição do direito canônico, quando então foram mantidos alguns dos meios irracionais de prova e se estabeleceu o chamado sistema de provas taxadas, ou provas legais. Por esse sistema, o processo medieval passou a estabelecer regras tanto para a produção e quantidade de provas, quanto para a avaliação delas pelo juiz. Pelo sistema das provas taxadas, levado às últimas consequências durante o absolutismo monárquico o juiz ficava completamente atado à espécie e à quantidade de prova permitida pela lei, bem como ao valor que esta última viesse a conferir a cada uma das provas legalmente previstas.

Mesmo não possuindo condições de apreciar as provas livremente a partir de critérios racionais, o julgador se mantinha inerte e impotente perante o conjunto de

provas. Na maioria das vezes os julgamentos não eram justos e não coincidiam com a verdade, pois ao obedecer às provas legais que estavam nos autos, poderia estar totalmente em desacordo com as suas convicções pessoais (MACHADO, 2014, p. 463-464).

Por volta do século XVIII, aconteceu uma transição do misticismo para o método racional de provas e punições. Na Modernidade, acalentada pelas ideias do Iluminismo que no século XVIII realçou a importância da razão como meio de se superar o obscurantismo, as credences e as várias formas de misticismos do período medieval, sobretudo a partir do importante esforço realizado pelo marquês de Beccaria, que propunha a racionalidade das provas e dos métodos de punição, o processo penal assumiu definitivamente o modelo das provas racionais, adotando a inteira liberdade de produção e avaliação das mesmas, exigindo apenas que, livre para determinar a realização de provas e livre para avaliá-las, o juiz doravante passasse a fundamentar as suas decisões

Conforme surgiu a necessidade de fundamentar as decisões, e a liberdade para a apreciação das provas, nasceu o sistema chamado de persuasão racional ou o livre convencimento motivado.

Ou seja, o momento que o processo moderno se consolida como sistema avaliativo das provas de modo racional ele adentra, em definitivo, na “era do processo acusatório”.

O sistema probatório se alicerça no método de descobrir a verdade a partir do raciocínio livre, baseado na lógica e da ciência. Descartam-se a interferência do misticismo e irracionalidade, características dos sistemas probatórios antigos (MACHADO, 2014).

O sistema de persuasão racional, “garante certa flexibilidade dos julgamentos, de modo que se possa evitar decisões injustas, e às vezes até mesmo esdrúxulas, proporcionadas pela “adoção cega do sistema da prova legal”, isto é, este sistema sempre proporcionará controle externo e interno da legalidade diante das decisões dos julgadores, evitando a possibilidade de “arbítrio judicial decorrente da adoção do sistema de livre convencimento do juiz” (MACHADO, 2014).

Em síntese, pode-se ressaltar que no decorrer da história surgiram diferentes maneiras de valorar e produzir as provas. Atualmente, no processo penal brasileiro, assim como as modernas nações civilizadas, adota o sistema das provas racionais, que fica explícito no artigo 155, do CPP: “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova” (BRASIL, 1941).

Ao final, percebemos que, no nosso processo penal brasileiro, que decorre do modelo de processo acusatório, “vigora uma ampla liberdade na produção da prova pelas partes e na sua valoração pelo juiz, exigindo-se apenas, como controle dessa liberdade, que as provas sejam lícitas e que as decisões judiciais sejam fundamentadas, artigo 93, IX, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), ou seja, no que diz respeito a prova, este baseia-se firmemente ao sistema de persuasão racional ou livre convicção motivada (MACHADO, 2014, p. 465).

### 2.3 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Prova, originária do latim *probatio*, que por sua vez emana do verbo *probare*, que vem do significado de demonstrar, verificar, reconhecer, examinar, e estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar (NUCCI, 2015).

O código de Processo Penal regulamenta a prova em seu Título VII a partir do artigo 155 (BRASIL, 1941).

Podemos distinguir três sentidos para o termo prova no processo jurídico, segundo Nucci (2015).

(i) prova como ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); (ii) prova como meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex. prova testemunhal); (iii) prova como resultado: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato.

Nas palavras de Aury Lopes: Através - essencialmente- das provas, o processo penal pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. (LOPES JR., 2017, p. 342)

Durante a instrução vários fatores são examinados, é a partir dessa circunstância que se destaca a grande estrela da prova penal.

Esta prova é a que contribui para o convencimento do magistrado. Como em todos os ramos do Direito, a prova se constitui em um dos elementos basilares para a convicção do julgador.

Por meio desta apreciação das provas nos autos o julgador decide pela condenação ou absolvição do réu (TÁVORA; ASSUMPÇÃO, 2012). Lembrando que (ABELLÁN, 1999 *apud* NUCCI, 2015):

juízes são seres humanos como quaisquer outros e, primeiro, guiam-se pela intuição; pela simpatia ou antipatia, e por outras considerações não expressamente confessadas para, mais tarde, dar forma silogística à fundamentação.

Eugênio Pacelli comenta sobre o objetivo das provas no âmbito judicial:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, ou seja, tenta-se reconstruir a veracidade dos fatos como realmente ocorreu no espaço-tempo. Reconstruir a verdade, entretanto, não é tarefa fácil, quiçá impossível. (PACELLI, 2017, p. 174).

Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: “toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso do processo, mas, sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica” (PACELLI, 2017).

Nucci (2015) distingue a verdade objetiva e subjetiva:

Em suma, ter certeza é, sempre, aspecto subjetivo, gerando, pois, uma verdade igualmente subjetiva, que pode não ser compatível com a realidade (aquilo que efetivamente ocorreu no mundo naturalístico). Por outro lado, a verdade objetiva é a exatidão da noção da realidade com o que efetivamente aconteceu. Ex.: é verdade que Fulano faleceu (há laudo necroscópico comprobatório).

Se a verdade coaduna exatamente com a realidade, temos a verdade objetiva. Quando se diz ter certeza, temos a verdade subjetiva, pois não se pode ter certeza com a realidade.

Lenio Streck (2017) critica duramente esse sistema de provas:

Quando alguém diz que o julgador possui livre convencimento, está a se referir que é a sua consciência-de-si-do-pensamento-pensante que deverá determinar o resultado da apreciação da prova. Só essa constatação já é significativa o bastante para se demonstrar que, se uma única consciência pode formar uma convicção sobre aquilo que foi trazido ao processo, não há aqui democracia. E não há, igualmente, aquilo que define a magistratura, que é a efetiva imparcialidade. Pelo contrário, há uma assunção voluntária que acaba por transferir ao juiz a condição de *legibus solutus* para aquele caso concreto que por ele deve ser julgado.

Segundo ele, seria ilusão pensar que o simples fato de motivar a decisão, garantiria a imparcialidade do juiz.

## 2.4 DAS PROVAS EM ESPÉCIE NO SISTEMA PROCESSUAL CRIMINAL BRASILEIRO

A partir disto, o estudo será concentrado em algumas das espécies de provas, dentre outras as apresentadas no Código de Processo Penal, entre elas testemunhal, fatores de contaminação da prova testemunhal, a palavra do ofendido prova documental e pericial.

### 2.4.1 Da prova oral

Em que pese ser um dos modelos probatórios constantes no processo penal pátrio, a prova oral será amplamente estudada no capítulo 4 da presente monografia, cabe no presente momento apresentar brevemente a prova testemunhal.

Guilherme Nucci (2019) retrata:

Trata o art. 202 do Código de Processo Penal da pessoa natural, isto é, o ser humano, homem ou mulher, capaz de direitos e obrigações (“toda pessoa poderá ser testemunha”). Dispensa-se, neste caso, a pessoa jurídica, pois, ao prestar depoimento, compromissa-se a testemunha a dizer a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho (art. 342, CP). Tendo em vista que a responsabilidade penal, salvo expressa disposição em contrário, concerne somente à pessoa humana, não há possibilidade de se considerar a pessoa jurídica testemunha de qualquer coisa.

Aliás, o próprio ato de dar uma declaração implica a viabilização através de uma pessoa natural. No magistério de JOSÉ CARLOS G. XAVIER DE AQUINO e JOSÉ RENATO NALINI, “a narração dos fatos supõe evocação e memorização de prévia percepção, fenômenos estritamente psíquicos e exclusivos da pessoa física. O testemunho é representação fornecida pelo homem, um ato humano consistente na representação de um fato, concretizando-se, portanto, ‘em uma manifestação da ideia que a testemunha tem do mesmo fato’”.

Logo, observa-se que a prova oral dar-se-á por aqueles indivíduos, ou que fizeram parte como vítima ou autores, ou ainda, aqueles que presenciaram o momento delituoso, por meio da narração da pessoa natural, retratando o seu ponto de vista da ocorrência, que serão abordados em momento oportuno.

### 2.4.2 Prova documental

Documento no sentido amplo ou lato, são todos os objetos que servem para mostrar ao Juiz a verdade de um acerto, como escritos, fotografias, pinturas, etc. Em

sentido estrito, somente os escritos poderão ser utilizados como prova em juízo (MACHADO, p.149).

Tendo em vista a ascensão da tecnologia, não podemos, de uma forma estrita conceituar no processo penal um simples papel como sendo documento.

Nucci (2015) nos lembra de que:

Documento é toda base materialmente disposta a concentrar e expressar um pensamento, uma ideia ou qualquer manifestação de vontade do ser humano, que sirva para expressar e provar um fato ou acontecimento juridicamente relevante. São documentos: escritos, fotos, fitas de vídeo e som, desenhos, esquemas, gravuras, disquetes, CDs, DVDs, pen-drives, e-mails, entre outros. Trata-se de uma visão moderna e evolutiva do tradicional conceito de documento – simples escrito em papel – tendo em vista o avanço da tecnologia.

Távora e Assumpção, (2012, p. 53) fortalecem a ideia que existem duas visões sobre o conceito de documento “Na concepção restrita dada pelo caput do art. 232 do CPP, consideram-se “documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares

Por outro lado, temos a concepção mais atual e ampla que “em face da interpretação progressiva da lei, considera-se documento qualquer objeto representativo de um fato ou ato relevante, e aí poderíamos incluir, vg, fotos, desenhos, esquemas, planilhas, e-mails, figuras digitalizadas”. (TÁVORA; ASSUMPÇÃO, 2012 p. 95).

Pacelli (2017) discorre sobre isto:

Daí dispor o art. 232 que se consideram documentos quaisquer escritos, instrumentos ou papéis, públicos ou particulares, reconhecendo-se o mesmo valor à fotografia (ou à reprodução, à cópia, enfim) do documento, desde que devidamente autenticada (art. 232, parágrafo único).

### **2.4.3 Prova Pericial**

Ao estudarmos as formas em que se pode extrair a afirmação de pessoas, conhecemos duas, a testemunhal e a documental, cabe agora discorrer aquelas as quais podem ser extraídas a afirmação sobre a coisa, que é a prova pericial.

Sendo definida como prova técnica no processo, a prova pericial, tem o papel de esclarecer algo que se objetiva descobrir acerca dos fatos descritos, a partir de procedimentos específicos.

Ressalta-se, ainda, que a prova pericial demonstra a peculiaridade de ser uma função estatal destinada a fornecer dados instrutórios. Em algumas situações no decurso do inquérito penal que necessita da certificação mais coerente e concreta de alguns fatos que estão sendo investigados, logo, nesses casos usa-se a prova pericial, que nada mais é que uma prova técnica, que deverá ser desenvolvida por pessoas adequadamente habilitadas (PACELLI, 2017).

Nucci (2015) reforça que “A perícia é o exame de alguma coisa ou de alguém, realizado por técnicos ou especialistas, em determinados assuntos, que podem fazer afirmações ou extrair conclusões pertinentes ao processo penal”.

Nesse sentido Taruffo nos esclarece:

Nem os juízes nem os jurados são oniscientes e este é um problema em todos os sistemas probatórios. (...) Por isso, todos os sistemas processuais têm que utilizar algumas formas de prova pericial. Isto significa que se deve recorrer a peritos expertos em diversos âmbitos para oferecer ao julgador toda a informação técnica e científica necessária para decidir o caso.

O CPP em seu art. 6.º, VII exige que, quando ocorrer infração penal que deixar vestígios, a autoridade policial deverá, logo que tenha ciência da sua prática, ordenar a realização do exame de corpo de delito e, caso não seja feito por alguma razão, nessa fase, deve-se, posteriormente, ser determinado pelo magistrado – art. 156, II, CPP (BRASIL, 1941).

Em algumas situações, há necessidade de realizar provas específicas para confirmação de certos aspectos, como, por exemplo, o exame de corpo de delito no crime de estupro para provar se há vestígios, coleta de material genético e extensão dos ferimentos; perícia na arma para potencial lesivo; perícia papiloscópica para confrontar com as digitais encontradas no cenário do fato, perícia em documento para constatar falsidade; análise grafodocumentoscópica para ver se a assinatura é legítima, dentro outros.

O valor probatório não é pré-estipulado, podendo o magistrado se convencer do meio mais concreto a fundamentar sua decisão, ainda que outra prova seja mais adequada.

Isso porque, Provas não disputam por hierarquia: o que importa é que elas tenham sido produzidas de modo juridicamente idôneo e sejam capazes de demonstrar – com segurança – a existência ou inexistência de um fato, a falsidade ou a veracidade de uma afirmação e, dessa forma, formar a convicção do julgador. Dessa forma, o juiz deverá analisar qual é a prova mais firme à demonstração de um determinado fato. (CAMANHO, Alexandre.2012)

O juiz decide livremente de acordo com o seu entendimento e sua consciência, observando, portanto, os motivos que levaram a suas convicções, mesmo que flexíveis. Neste sistema, o juiz tem liberalidade, não estando subordinado a qualquer critério legal de valores probatórios, sendo necessária a devida fundamentação.

Conforme nos elucidava o professor Paulo Cláudio Tovo (1999, p.230), quando diz:

livre convencimento motivado significa basicamente que o juiz, na perquirição da verdade não está sujeito senão aos critérios científicos e a fiel observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, projetados na Constituição dos Estados de Direito.

Conforme apresentado o sistema probatório penal, a fim de especificar os estudos acerca da prova oral, serão analisadas a memória humana e o processo de formação de falsas memórias.

### **3 COMPREENSÃO SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS**

Preliminarmente, é necessário esclarecer que, no que diz respeito às classificações da memória humana, há critérios bem variados, 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.

#### **3.1 BREVE ESTUDO SOBRE A MEMÓRIA HUMANA**

Impossível explicar o fenômeno das falsas memórias sem antes explicar o funcionamento da memória.

Mas afinal, como podemos explicar a memória humana?

Segundo Izquierdo (2011, p. 11):

Significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações". A aquisição é também chamada de aprendizado ou aprendizagem: só se "grava" aquilo que foi aprendido. A evocação é também chamada de recordação, lembrança, recuperação. Só lembramos aquilo que gravamos, aquilo que foi aprendido

A memória pode ser definida a partir de três perspectivas diferentes: conteúdo, processo de formação e pela sua duração. (CROOK e ADDLERLY, 2001, p. 23)

Então, a princípio, analisando a memória através do ponto de vista das ciências sociais, deve-se primeiro entendê-la como um fenômeno individual, íntimo e único de cada pessoa, mas não unicamente individual.

A memória é uma das funções cognitivas mais importantes e complexas do cérebro humano, sendo responsável por toda a noção de mundo que os seres vivos possuem (MALONE, 2014, p.35).

A memória é dividida em quatro tipos.

### **3.1.1 A Memória imediata**

De curto prazo. Alguém lhe cita um número de telefone, depois de discá-lo sua memória esquece. Memória para fatos recentes é, além do curto prazo. Registra-se na mente por um período maior por ter uma importância mais relevante, porém esta tem uma função temporária, ou seja, a informação é “apagada” da mente dentro minutos ou algumas horas.

### **3.1.2 As Memórias de fatos antigos**

Caracteriza-se por estar em um “banco de dados” com status de “permanente” (CROOK; ADDERLY, 2001, p.24-25), mas pode ser que este permanente seja esquecido pelo fator tempo, por isso utilizamos entre aspas por ser difícil de apagar.

### **3.1.3 Memória remota**

Aquela que pode ser considerada inesquecível, que acompanha o indivíduo por toda a vida.

### **3.1.4 Memória de infância**

Seu próprio nome, data de aniversário, etc.

Importante destacar que todos os tipos de memórias citados estão sujeitos a declínio conforme idade e características biológicas de cada indivíduo.

Como explica o professor Michale S. Malone (2014, p.234):

As memórias podem ser classificadas em diferentes tipos, segundo seu conteúdo e tempo de duração. Além desses critérios, costuma-se incluir um terceiro critério o funcional, estabelecendo o que se denomina memória de trabalho, um tipo de memória muito breve, também chamada de memória operacional ou imediata, que serve para gerenciar a realidade e determinar o contexto em que os diversos tipos de informação ocorrem, verificando, em alguns minutos, se esse tipo de informação já existe nos arquivos ou deve se deve ser criada uma nova memória para ele. Essa memória não produz arquivos, ao contrário de todos os demais tipos. Ela mantém a informação presente durante tempo suficiente para poder ingressar ou não na memória propriamente dita. Esse tipo de memória é perturbada por um estado de ânimo negativo, causado, por exemplo, por falta de sono, depressão ou tristeza

Portanto, observa-se que durante o processo de criação as memórias ficam expostas a diversos fatores que podem distorcer o processo das sinapses, nos neurônios, bem como atrapalhar significativamente o processo de consolidação.

Por isso que mesmo que se um indivíduo afirmar com toda certeza, que lembra exatamente de um acontecimento, descrevendo o com riqueza de detalhes, não significa que este evento ocorreu exatamente da forma como ele descreveu.

Há, porém, outros tipos de memórias. Vejamos:

### **3.1.5 Memória de trabalho**

Também conhecida como memória funcional 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.

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 prazo.

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 base para ponderações. Geralmente, supõe-se que ela esteja ligada à atenção. (BADDELEY et. al., 2011, p. 21.)

### **3.1.6 Memória de longa duração**

Por último, 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 (KAPLAN).

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 lapso 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.

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:

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 (AZEVEDO, 2016).

É, portanto, aquela encarregada de trazer à tona uma informação da memória de longa duração por meio de uma atividade, e não da lembrança ou de um reconhecimento.

### 3.2 CONCEITOS E ESTUDOS SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS

Antes de iniciarmos os estudos científicos que norteiam este interessante tema, é necessário citarmos uma brilhante frase de Salvador Dalí que brevemente diferencia as falsas lembranças das verdadeiras, num trocadilho que lhe é peculiar: “a diferença entre as lembranças falsas e as verdadeiras é a mesma que existe entre as joias: são sempre as falsas que parecem ser as mais reais, as mais brilhantes (DALÍ SALVADOR, 1931).

Esta observação de Salvador Dalí, mesmo sem teor científico acerca das falsas memórias, traduz os contornos de definição deste interessante tema. Quanto ao campo científico, importa uma apresentação da trajetória histórica sobre Falsas Memórias, aqui, realizada de modo apenas panorâmico, entretanto, com os fundamentos sólidos encontrados em Di Gesu (2014) Neufeld, Stein e Brust (2010).

Os estudos e pesquisas sobre falsas memórias começaram a ser desenvolvidas no final do século XIX começo do século XX, em países europeus, sobretudo com Binet em 1900, na França, como afirmam Neufels, Stein e Brust (2010, p.23).

Por ser diferente de uma mentira, questiona-se quanto à (im)possibilidade de se reconhecer a existência das falsas memórias, uma vez que “a pessoa sinceramente acredita que viveu aquele fato, e na mentira ela está consciente de que o narrado por ela não aconteceu, mas sustenta a história por algum motivo particular” (ALVES; LOPES, 2007, p. 46).

Trazendo para o direito todos esses estudos da psicologia, é preciso que se admita a necessidade de uma avaliação sobre o modo que tem se dado a coleta das provas embasadas na memória.

Cabe ressaltar que na maioria das vezes, a formação de memórias falsas se dá a partir da modificação de uma informação verdadeira, de memórias pré-existentes, sendo extremamente rara a introdução de falsas memórias em uma pessoa sem que haja uma memória original a ser distorcida.

Trazendo novas formas de abordagens, Elizabeth Loftus, uma das principais pesquisadoras no assunto de falsas memórias, surge no contexto dos anos 70, importante destacar que ela mesma foi vítima da falsificação de memórias, por indução do seu tio, sobre o acidente que vitimou sua mãe (DI GESU, 2014).

Assim, Loftus traz um novo entendimento sobre as falsas memórias, pelo que veio a chamar de Procedimento de sugestão de falsa informação ou sugestão.

Quanto a isso, Di Gesu (2014, p. 128) cita a referida autora:

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 falsa Informação 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 da 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.

Nesse sentido percebe-se que o processo de formação das falsas memórias nem sempre surge de forma involuntária, ou resultado da “inflação da imaginação” humana, de maneira autossugerida, e que podem se formar através de fatores externos, ingerências, podem também ser elaboradas pela junção de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas, (Loftus, 2005).

São informações falsas, porém coerentes, extraídas de ambientes externos que podem facilitar a confusão do que realmente veio a acontecer, gerando assim memórias falsas e facilmente descritas pela pessoa.

É preciso diferenciar este tipo de memória de uma mentira deliberada.

As falsas memórias podem surgir a partir de duas direções, a primeira advinda de processos mentais internos, de maneira endógena, fruto de lembranças distorcidas, ocorridas no passado, conhecidas também de falsas memórias espontâneas ou autossugeridas.

Acerca disso Neufeld, Stein E Brust(2010, p.25) afirmam que:

Essas distorções, também denominadas de autossugeridas, ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem a interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado.

De um outro lado as falsas memórias, temos também as que se manifestam através de ingerências externas, sendo consideradas mais firmes e contundentes quando descritas pelas pessoas. Logo, temos as falsas memórias sugeridas, influenciadas por estímulos externos que são capazes de distorcer veementemente em nossas lembranças e como as relatamos.

Loftus (2004, apud NEUFELD; STEIN; BRUST, 2010, p. 26), apresenta que “as falsas memórias sugeridas advêm da sugestão de falsas informações externas ao sujeito; ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original”.

Brainerd e Reyna também dão sua contribuição sobre essa temática (2005, apud NEUFELD; STEIN; Brust, 2010, p.26):

Esse fenômeno, denominado efeito de falsa informação pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada. Nas FM 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 relação das lembranças verdadeiras um aumento das FM.

As experiências realizadas por Loftus em mais de 20 mil pessoas, concluíram que as afirmações não verdadeiras podem distorcer a memória, de modo a alterar as lembranças, de alguma forma já esperada. Em suas pesquisas foram priorizadas especificamente nas falsas memórias sugeridas, advindas de fatores externos, em que “As falsas lembranças são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. [...]. É um exemplo clássico de confusão de fonte, em que conteúdo e fonte estão dissociados”. (LOFTUS, 2005, p.90).

Em uma parte de suas experiências, Loftus trabalhou apenas com simulações em colocar algumas pessoas como se fossem testemunhas de crimes e acidentes, para depois serem perguntadas sobre o que recordavam do fato que presenciaram.

Logo, em uma das pesquisas, um acidente automobilístico simulado foi mostrado a um grupo de voluntários da experiência, que depois eram interrogados sobre a velocidade em que os carros estavam no momento em se tocavam.

Os participantes que foram perguntados sobre a velocidade que os carros se encontravam no momento em que se esmagavam relataram velocidades muito superiores daqueles que foram perguntados sobre a velocidade que os carros estavam quando se tocavam.

Outro fato ainda mais curioso desta experiência é que os participantes que foram questionados sobre a velocidades que o carro estavam quando se esmagavam relataram terem vidros picados no chão, quando na verdade não havia vidro algum

partido no local. Tudo não passou de uma criação de falsas memórias, pelo simples fato da troca da palavra na hora da pergunta, “tocar por esmagar”.

Stein (et al., 2010, p.22) distingue a mentira e falsas memórias:

Cabe ressaltar que as falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às MV (mentiras verdadeiras), tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as FM serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. As falsas memórias são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.

Estas pesquisas foram muito significativas no desenvolvimento dos estudos sobre falsas memórias, e foi dividida em três teorias, a teoria do paradigma construtivista, teoria do monitoramento da fonte e teoria do traço difuso.

A teoria do paradigma construtivista pugna por explicar que a memória seria uma construção do que as pessoas depreendem das experiências vivenciadas ao longo do tempo, afirma esta teoria que as falsas memórias são provenientes justamente de processo de interpretação dessas informações prévias, é um sistema único que vai sendo construído a partir da interpretação que as pessoas fazem com o evento” (STEIN et al.; 2010, p.27).

Ainda Stein explica que para a Teoria Construtivista (*apud* MORGENSTERN; SOVERAL; 2014, p.13):

as novas informações são unidas as informações mais antigas que a pessoa já tem arquivada em memória, e por essa ‘integração de memórias’, o resultado muitas vezes é a distorção, tanto dos fatos passados quanto dos fatos atuais, levando o indivíduo a ter uma falsa memória.

Neufeld, Stein e Brust (2010, p.27) retratam:

Desta forma, a maneira pela qual ocorre um equívoco na captação de uma fonte de em detrimento da outra, poderá ocorrer as falsas memórias. Logo, situações em que existe um compartilhamento de atenções no exercício de atividades distintas, pode acarretar prejuízo na formação da memória, de modo a favorecer o surgimento de memórias que nunca existiram. Numa eventual declaração, sobretudo em Juízo, certamente elas se mostrariam mais evidente.

Irigonhê (2014, p. 48) também dispõe que, por sua vez, a Teoria do Monitoramento da Fonte, explica que “a fonte de uma informação” se refere ao local, pessoa ou situação de onde ela provém.

Assim como a teoria anterior, também foi objeto de crítica, sendo a principal delas a questão da noção geral de monitoramento de uma determinada fonte.

Mais uma crítica surge, referente a noção de memória como dependente da fonte, de modo que a falsificação da lembrança, em verdade, aconteceria apenas informação sobre a fonte, e não na memória em si, se aproximando do pensamento da teoria do paradigma construtivista, no momento em que se estabelece um único sistema de julgamento e ocorrência de fonte de informação.

E por derradeiro, tem-se a teoria do traço difuso (TTD), que uma teoria recente, no qual se diferencia exponencialmente das demais teorias por explicar as memórias a partir de um sistema múltiplos de traços.

Di Gesu (2010, p. 139) diz que “como o próprio nome sugere, tem como premissa para base do raciocínio o intuitivo, o não delimitado especificamente, o não lógico”.

Esta teoria oferece a memória uma distinção em dois sistemas, a memória literal e a memória de essência, que são armazenadas e resgatadas individualmente.

A memória literal acontece quando o indivíduo lembra “literalmente” de fatos ocorridos. Assim há uma armazenagem específica para aquele fato vivido, é como se lembrar exatamente de que tipo de passeio fez no dia anterior.

De outra banda, a memória de essência são aquelas memórias inespecíficas, inexata, onde o indivíduo tem apenas uma lembrança geral e vaga do acontecimento passado.

Portanto, “para a TTD a memória não é um sistema unitário e sim composta por dois sistemas, nos quais o armazenamento e a recuperação das duas memórias são dissociados” (STEIN *et al.*, 2010, p.34).

Mas nada do que foi apresentado aqui traz por si a explicação total de todas as questões pertinentes ao assunto.

Entretanto, a Teoria do Traço Difuso (FTT) tem sido a mais amplamente usada para explicar este fenômeno das falsas memórias.

Logo, estes são os principais focos de estudos científicos das falsas memórias. Estudar estes fenômenos, ainda que de forma suscinta, é de extrema importância, para aqueles que militam na justiça, com colheita de prova testemunhal, inquirindo testemunhas, vítimas e autores de crimes, já que existe a necessidade de reviver, determinados fatos passados, mas que nem sempre as memórias passadas ressurgem de forma autêntica.

Embora os estudos das falsas memórias tenham importância, diante de tantas comprovações experimentais de pesquisadores que se debruçam na área, há de

reconhecer que o estudo desse tema ainda pouco interfere na vida prática do exercício do direito, não há um incentivo acadêmico e um reconhecimento jurisprudencial sobre isso.

Outrossim, também é notório que as falsas memórias são uma realidade latente, e sua existência também se faz presente no próprio processo penal, que por sinal é longo e busca a reconstrução de fatos depois de um longo intervalo de tempo, sendo este um dos fatores de contaminação da prova oral produzido no processo, dado o grande esforço da vítima ou testemunha de reconstruir fatos passados, com a possibilidade de acontecer diversas ingerências, no qual pode culminar, inclusive, nas falsas memórias, sobretudo se a fonte de informação sofreu algum tipo de intervenção, seja emocional, compartilhamento de atenção, desvio de foco, etc.

Ademais, é imperioso frisarmos, que nem todos os crimes são materiais, que deixam vestígios de seu cometimento, apesar de que, mesmo este, é preciso entender todas as circunstâncias fatídicas que compuseram o cenário daquele crime.

A partir destas circunstâncias que se ressaí a grande vedete da prova penal, que é a prova oral, dentro do processo penal brasileiro, embora esta tinha que ser o último recurso a ser operados pelos atores do processo penal, já que relatos, e construções e rememorações do passado, podem ser contaminados de falsas lembranças.

Neste capítulo demonstrou-se as formas de apreender conhecimento. A mais pertinente é a memória. Percebemos que a memória sofre influências internas e externas, gerando as falsas memórias. Entraremos no próximo capítulo no que tange a explanação das influências que as falsas memórias proporcionam ao apreciarmos as provas no processo penal.

#### **4 ANÁLISE DA EVENTUAL INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO 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.

#### 4.1 DA PROVA ORAL

Durante a fase processual ocorre a fase de instrução no procedimento penal, que é aquela na qual serão produzidas as provas que influenciarão o julgamento no final do processo, por parte do magistrado.

Em regra, a instrução se inicia com depoimento da vítima, seguido pela inquirição das testemunhas de acusação, depois ocorre a inquirição das testemunhas de defesa, o depoimento dos peritos e técnicos, quando houver no processo, e finalmente o interrogatório do réu.

Transcorridas as etapas iniciais, a testemunha irá depor sobre os fatos. Ademais, segundo Renato Brasileiro: “Para que o saber testemunhal tenha o status de prova produzida em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não se pode admitir que a testemunha se limite a ratificar as declarações prestadas na fase policial”.

Ao dar início as entrevistas forenses, espera-se que a testemunha o faça da forma mais objetiva possível, não sendo necessário informar nenhum tipo de opinião pessoal sobre os fatos, a não ser que sejam indispensáveis para o processo.

Com a finalidade de não contaminar os depoimentos narrados pela testemunha com fatores externos, toda testemunha será ouvida individualmente para que não haja a influência de outros depoimentos de outras testemunhas no seu depoimento.

Para Távora (2012. p. 78), a testemunha precisar ser:

[...] pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Ganham relevo a visão e a audição, porém nada impede que a testemunha amealhe suas impressões por meio do tato e do olfato.

Nucci (2015) nos esclarece que:

Testemunha é a pessoa que toma conhecimento de um fato juridicamente relevante, sendo apta a confirmar a veracidade do ocorrido, sob o compromisso de ser imparcial e dizer a verdade. Cuida-se de autêntico meio de prova. Na mesma linha de raciocínio, porém em outros termos, o testemunho nada mais é que:

A declaração de uma pessoa física, não acusada pelo mesmo delito, recebida no curso do processo penal, acerca do que possa conhecer, por percepção de seus sentidos, sobre os fatos investigados, com o propósito de contribuir à reconstrução conceitual destes.

Pacelli (2017) alerta:

Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de um determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações da realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado. Isso ocorrerá por uma razão muito simples.

O testemunho é um dos meios de prova disciplinados pelos artigos. 202 e 225 do CPP, o juiz tendo em vista o sistema de apreciação de provas do livre convencimento, pode valorá-lo livremente à luz das demais provas produzidas (BRASIL, 1941).

A prova testemunhal, chamada por muitos autores como “a prostituta das provas”, tem essa fama por seu grande grau de falibilidade. É muito difícil discernir o comportamento humano, até porque quem irá avaliar é um magistrado, graduado em direito, e não em psicologia. O jurista não possui domínio sobre a psique humana, tendo um conhecimento vulgar sobre o assunto.

Logo, a versão apresentada ao magistrado e por ele construída ao longo da ação penal será concretizada em argumentos que podem não fazer parte do fato em questão. Assim, a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois, como define Jacinto Coutinho “a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto. Daí por que o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova (COUTINHO, 2004).

É importante destacar que antes da sua inquirição conforme preceitua o art. 201, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), a testemunha deve prestar o compromisso de dizer a verdade, sendo advertida de que se cometer depoimento falso, ou seja, não condizente com a verdade, poderá ser processada por crime de falso testemunho, crime este que atenta contra a administração da justiça, nos termos do art. 342, do Código Penal (BRASIL, 1940).

Portanto, durante a sua inquirição, a testemunha não poderá fazer falsas declarações e nem mesmo calar a verdade, fazendo uso da prerrogativa de silêncio. Este último será excepcional apenas quando o depoimento da testemunha puder incriminá-la, com base no princípio *nemo tenetur detegere*.

#### 4.1.1 Fatores de contaminação da prova testemunhal

Ao falarmos sobre a contaminação da prova testemunhal, é evidente que o decurso de tempo entre o crime e o depoimento da vítima pode influenciar diretamente na clareza e eficiência do depoimento em juízo.

Esse fenômeno se dá, conforme é amplamente reconhecido, porque há uma morosidade no judiciário brasileiro e que, em alguns casos, o depoimento é prestado anos depois do fato ocorrido. Por esse ângulo, Di Gesu e Aury Lopes Junior (2007, p. 14) explicam que:

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 apenas 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 despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor)

Nessa lógica, quanto mais o tempo passa desde o fato ocorrido, as lembranças do crime presenciado tornam-se vagas e, nesse caso nos deparamos com um grande obstáculo.

O cérebro humano tende a preencher as lacunas das lembranças a partir de fatos que interioriza, assim a testemunha pode tanto esquecer detalhes do que presenciou, quanto criá-los, modificá-los sem que perceba. Isso pode ser observado quando entre o depoimento prestado na delegacia e aquele perante o juiz se passa muito tempo e a testemunha acaba se contradizendo, contudo, nem sempre a testemunha mente nos depoimentos.

O que ocorre, em verdade, é que com o tempo a percepção da testemunha sobre os fatos pode ser alterada, ou conforme foi explicado, seu cérebro pode acabar preenchendo as lacunas da memória com informações distorcidas ao que realmente aconteceu

Na maioria dos depoimentos, mesmo que a testemunha narre tudo o que se recorda, o interrogatório é voltado a ela, no entanto o nervosismo de estar diante uma autoridade judiciária, o que acaba intimidando muitas pessoas, algumas perguntas tendem a levar o depoente a uma resposta específica, induzindo-o a “relatar” ou concordar com fatos que não ocorrem daquela maneira.

Nesse cenário, algumas perguntas são feitas somente com a opção do sim ou não, ocorre que essas perguntas insistem em sobrecarregar a memória da

testemunha e o resultado disso é no mínimo negativo. Não raras vezes a testemunha não se lembra com precisão do que houve, mas se sente pressionada, ainda que não perceba, a responder aquela pergunta.

Outro fenômeno que influencia nesse momento de colheita do depoimento é a convicção do magistrado antes mesmo da instrução. Por isso, é importante que a participação do magistrado seja de julgador e não de acusador ou defensor.

Quando o magistrado já tem sua convicção e opinião formadas acerca do crime, inevitavelmente conduzirá a instrução para que se chegue ao resultado que acredita, o que por si só já intimida a testemunha e contamina toda inquirição.

No mesmo sentido elucida Laudir Roque Willers Júnior: (WILLERS JUNIOR, 2012):

A prova testemunhal varia de sujeito para sujeito, pois a análise do caso depende de quem o presenciou, existem testemunhas que possuem facilidade de registrar os fatos em sua memória, com quase perfeita simetria, como ao réves, existem testemunhas que esquecem até mesmo do fato principal. Tal discrepância ocorre em virtude de que a percepção dos fatos decorre dos sentidos humanos, sendo que o depoimento pode ser influenciado por diversos fatores, como o fator cultural da pessoa, o simples decurso do tempo etc. Diante disso, a testemunha não está imune dos erros de interpretação e julgamentos.

Um dos fatores que também de suma importância é a sugestividade, a testemunha fica claramente exposta a vários tipos de versões e opiniões sobre o fato.

E obviamente, ao depor, encontrará uma dificuldade em delimitar entre o que se lembra realmente sobre o fato presenciado e o que acabou “ouvindo por aí”. A mídia tende a induzir e tem sido cada vez mais atuante na implantação de falsas memórias e manipulação do processo penal.

A exposição da vítima e da testemunha a notícias relacionadas ao crime presenciado e as vezes até quando divulgam trechos do processo, pode levar a vítima a produzir lembranças do evento que de fato não ocorreram.

Quanto maior a proporção midiática que o crime tomar, maior a chance de essa situação vir a ocorrer, pois as pessoas serão expostas a uma série de imagens e de afirmações sobre o fato. Muitas vezes, tem se observado que jornais estão atuando como verdadeiros “investigadores”.

#### 4.1.2 A Palavra do ofendido

O ofendido, ou normalmente chamado de vítima no processo penal, é aquela pessoa que sofre algum tipo de lesão em seu bem jurídico, tutelado penalmente pelo Estado. Há que se ressaltar que, a vítima não tem o dever e a obrigação por lei de falar a verdade em suas declarações, o tipo penal presente no artigo 342 do Código Penal Brasileiro (BRASIL, 1940) não incide quando a vítima não fala a verdade.

No entanto, a situação da vítima no processo penal, sobretudo nos crimes contra o patrimônio, e crimes sexuais com emprego de violência e grave ameaça, se tornam especiais, pois suas declarações terminam sendo um dos principais meios de prova, tendo em vista a forma como é realizado esses crimes, que em sua maioria ocorrem na clandestinidade, sem a presença de pessoas que possam relatar também o ocorrido, onde a palavra da vítima é o bastante para se iniciar um inquérito policial e a depender dos indícios presentes, haver uma ação penal contra o acusado.

Assim, pelo fato de essa pessoa ser o ofendido, ela não tem obrigação de dizer a verdade, podendo usar isso para prejudicar o acusado, ou para beneficiá-lo, se estiver sofrendo algum tipo de ameaça.

Pacelli (2017) bem nos lembra que:

O ofendido não integra o rol de testemunhas da acusação, por não poder ser considerado, rigorosamente, testemunha. Em consequência, não tem o compromisso de dizer a verdade (art.203, CPP), prevendo a lei, entretanto, a sua condução coercitiva-se, quando regularmente intimado, não comparecer em juízo

A vítima encontra-se eivada pelo caso penal e todas as circunstâncias que ocorreram naquele momento, apenas a sua palavra pode ser um tanto quanto frágil para fundamentar uma sentença condenatória, o que não significa que aquela não tenha valor algum para o processo.

Lopes Junior (2015, p. 462) afirma que em caso de declarações onde haja uma certa sintonia nas palavras, pode haver sentenças penais condenatórias, ainda que os demais conjuntos probatórios estejam frágeis:

A palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indicassem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório (ainda que frágil), têm sido aceitas pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória. Mas principalmente nos crimes sexuais, o cuidado deve ser imenso. Se de um lado não se pode desprezar a palavra da vítima (até porque seria uma odiosa discriminação), por outro lado não pode haver precipitação por parte do julgador, pois a história judiciária desse país eivada de imensas injustiças nesse terreno.

Sendo assim, fica mais evidente que as falsas memórias se concentram mais nas vítimas já que esta encontra-se diretamente envolvida com o fato delituoso, sofrendo a violência ou grave ameaça de eventuais crimes, sendo um dos principais declarantes no caminhar do processo. Quando este não estar carregado de provas, a palavra da vítima se torna a grande estrela do processo, tanto que, sua ausência acarreta atrasos no caminhar do processo, sendo importante sua citação e comparecimento.

A memória armazena as lembranças de fatos ocorridos no passado, a responsável de reconstruir experiências vividas anteriormente. No processo penal, pela necessidade de obter informações acerca do fato delituoso, a memória da vítima e de quem está prestando algum tipo de esclarecimento perante a autoridade policial ou judiciária, neste caso testemunhas, é de suma importância.

As observações realizadas no tópico anterior, referentes ao reconhecimento de coisas e pessoas se adequam perfeitamente para a vítima, sobretudo, porque esta possui a peculiaridade de está diretamente ligada ao fato delituoso. Apenas por um reconhecimento abre-se um inquérito e pode-se dar início a uma verdadeira via cruzes na vida de um acusado, quando este não veio a cometer o crime, mas foi “identificado” erroneamente como sendo autor de um crime, ensejando a instrução de um processo penal e, em alguns casos a prolação de sentença condenatória.

Também é importante dizer que não é uma regra que a vítima venha sempre sofrer equívocos em suas lembranças, de forma que distorça suas declarações, existem fatores que marcam claramente a memória da pessoa.

Há de se frisar que as falsas memórias não se confundem com mentira, nesta, a pessoa sabe que o fato não ocorreu, mas acaba distorcendo a realidade e afirma algo que não aconteceu. Aquela, embora as coisas não tenham acontecido conforme relatado, a vítima ou testemunha acredita piamente que aconteceu, sendo enganado pelas suas próprias convicções, podendo assim sofrer diversas contaminações, conforme analisamos acima.

Sendo assim, é de suma importância que o atores do judiciário estejam atentos a existência desses fatores que não são comuns a discussão a seara do direito, mas que podem influenciar a condenar um inocente ou inocentar um culpado.

Para a melhor compreensão das Falsas Memórias, é impossível não se deparar com as contribuições feitas pela pesquisadora Elizabeth Loftus.

Elizabeth Loftus ao longo de mais de 4 décadas se consagrou como a maior autoridade dos estudos das Falsas Memórias, firmando o que se entende hoje pelo fenômeno, que será precisamente analisado a seguir.

#### 4.2 CASO HISTÓRICO SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS.

Para explorar os efeitos das memórias falsas no processo penal, é importante ressaltar um importante caso judicial e verídico, investigado pela própria Dra. Elizabeth Loftus e envolve um norte americano chamado Steve Titus de 31 anos de idade (LOFTUS, Elizabeth)

Titus era gerente de um restaurante, e morava em Seattle, Washington, e era noivo de uma mulher chamada Gretchen, de quem estava prestes a se casar. Uma noite, o casal estava indo para a casa, saindo de um restaurante, onde tiveram um jantar romântico, seu carro foi abordado pela polícia.

O Motivo da abordagem policial era que o carro de Titus se parecia com o carro guiado naquela noite, por um homem que havia estuprado uma mulher. Para complicar ainda mais a situação, coincidentemente, Titus era parecido com o estuprador.

Então, a polícia levou Titus para prisão, tirou uma foto sua e colocou em um arquivo de fotos que depois, foi apresentado a vítima. Esta por sua vez, apontou para a foto de Titus e disse: “Esse é o mais parecido”. Assim, a polícia e os promotores avançaram com processo e, quando Steve Titus foi julgado por estupro, a vítima foi ao tribunal e disse: “Tenho certeza absoluta que é esse o homem”. Titus, foi considerado culpado pelo júri.

Steve Titus insistiu em sua inocência, a família protestou contra o júri, a sua noiva caiu no choro no tribunal, mas Titus foi preso. Titus, se revoltou com o sistema prisional, pois não havia cometido crime algum. E o depoimento de uma só pessoa foi capaz de incriminá-lo e condená-lo.

Ainda inconformado com o resultado de seu julgamento, Titus teve uma ideia. Ligou para um jornal local e conseguiu o interesse de um jornalista investigativo que encontrou o verdadeiro estuprador. O verdadeiro estuprador, era um homem que acabou confessando o crime e ele era suspeito de ter praticado outros 50 estupros naquela área.

Quando essa informação chegou ao juiz, o verdadeiro estuprador foi preso e Titus finalmente foi posto em liberdade.

Mesmo parecendo que o caso estava encerrado, os problemas de Titus não haviam desaparecido. Por tudo que aconteceu, Titus acabou perdendo tudo que construiu e passou a ser uma pessoa amarga e infeliz. Titus perdeu seu emprego e não conseguiu recuperá-lo. Se separou da sua noiva, que não conseguia mais suportar a raiva constante que ele sentia.

Logo, todas as economias que Titus tinha juntado, estavam acabando. Então decidiu entrar com uma ação civil por danos contra a polícia e contra todas aquelas pessoas que ele considerava responsáveis pelo seu sofrimento.

Consumido física e emocionalmente por esse processo, em uma manhã, dias antes do julgamento, Titus acordou e com uma forte dor no peito e sofreu um ataque cardíaco, provocado pela tensão causada por todos aqueles acontecimentos, que acabou tirando a sua vida. Titus quando morreu tinha apenas 35 anos.

A partir desse caso particular é possível extrair uma questão principal: quando perguntada sobre o envolvimento de Steve Titus no estupro, como a vítima passou de “Este é o mais parecido” para “Tenho certeza que é este homem?”

Após investigar a fundo o caso, a Dra. Elizabeth Loftus constatou que Titus foi condenado a partir de uma memória falsa. Contudo, infelizmente ele não foi a única pessoa inocente a ser condenada com base em falsas memórias.

Foi realizado nos EUA, um projeto que foram recolhidas informações sobre 300 pessoas inocentes que foram condenadas por crimes que não cometeram, passando décadas na prisão pagando, e que posteriormente os testes de DNA provaram que não ocorreram. Quando esses casos foram analisados, constatou-se que três quartos deles tinham sido influenciados por memórias erradas, memórias falsas de testemunhas oculares.

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 experimento ganhou muita repercussão em pouco tempo porque, conforme Jim e outros membros da família, Chris nunca havia se perdido em um shopping. Dando prosseguimento ao experimento, dessa vez 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 (SCHACTER, Daniel, 2003. p.155-156).

Aury Lopes Jr. (2012, p.696) descreve um experimento muito interessante que a Dra. Elizabeth Loftus conta em sua pesquisa, citando um estudo de Kassin e College, explicando a influência de uma informação falsa na criação de falsas memórias, e que possui profunda ligação com esse problema:

Foram investigadas as reações de indivíduos inocentes acusados de terem danificado um computador apertando uma tecla errada. Os participantes inocentes inicialmente negaram as acusações. Contudo, quando uma pessoa associada ao experimento disse que havia os visto executarem a ação, muitos participantes assinaram a confissão, absorvendo a culpa pelo ato. Mais do que aceitarem a culpa por um crime que não cometeram, chegaram a desenvolver recordações para apoiar esse sentimento de culpa.

Loftus destaca o que quanto essas falsas memórias tomam uma dimensão de verdade na cabeça do indivíduo. Trata-se de memórias ricas em detalhes de verdades, que tem quase tudo para ser uma memória de um fato realmente ocorrido.

#### 4.3 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 Penal 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 ocular, não raras as vezes, é suficiente para formar, no imaginário do magistrado, a certeza no que diz respeito à autoria delitiva (BRASIL, 1941).

Sobre o ato de reconhecimento, aduz Cordero (2000. p. 106):

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).

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.

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 (DI GESU, Cristina).

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 (BRASIL, 1941).

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

Neste cenário, ressalta Di Gesu (2013, p. 23) 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”, 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 (GIACOMOLLI, 2011. p. 156).

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 o rosto ou parte dele estava descoberto, tenham mais facilidade de reconhecê-lo posteriormente (LOPES JÚNIOR, 2007, p. 631).

A testemunha pode em seu depoimento transmitir credibilidade, já que acredita fielmente e jura dizer a verdade baseando-se em sua memória. Diante disto “deve-se analisar detidamente o seu conteúdo e a sua incorporação aos autos do processo” (HENRIQUES; POMPEU, 2014, p.8).

Não podemos descartar que além das provas testemunhais, há outras espécies de provas penais que podem sofrer influência das falsas memórias: interrogatório do acusado, perguntas ao ofendido e reconhecimento de pessoas ou coisas.

As testemunhas cabais de um crime podem sofrer distorções em suas memórias, e isto desponta no momento de recolher suas versões nas entrevistas processuais. Entretanto, não podemos deixar de lado as versões do acusado e das vítimas, pois estas também poderão ser influenciadas interna ou externamente por falsas memórias.

Todos os envolvidos processualmente colocarão em sua reconstrução mnemônica do fato delituoso sua carga emocional e traumática, ou seja, cada indivíduo terá uma visão subjetivista do fato que narrará.

Ocorre, que “a experiência passada, que deixou suas impressões na nossa memória, completa continuamente a nossa experiência presente”, mas nem sempre

o fazem de maneira acertada ou imune aos vícios da memória (ALTAVILLA, 1945, p. 24).

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 (BRASIL, 1941).

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. (DI GESU, 2013, p. 23)

Sendo essa 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 (2011, p. 160.) 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

É possível constatar que há uma gama de fatores de contaminação no decorrer do processo probatório, e que todos os indivíduos envolvidos no processo poderão sofrer distorções em sua memória. A partir de agora, será apresentada a conexão deste estudo com os fatores internos e externos que influenciam o processo de recolhimento das provas penais.

Como se pode observar, portanto, fica bem claro que a junção da sugestão de ideias com algumas informações verdadeiras são um veículo bem eficiente na estimulação de criação de falsas memórias, e os perigos da inflação da imaginação podem influenciar demasiada e negativamente no processo de formação de uma memória, prejudicando consideravelmente a sua qualidade.

## 4.4 FATORES INTERNOS

Estes fatores surgem da forma autossugerida, ou seja, o surgimento das falsas memórias será intrínseco ao sujeito de forma que emoções, humor, subjetivismo, tempo, etc. influenciará na memória, colaborando com o surgimento das falsas memórias.

### 4.4.1 Emoções

A memória humana está sujeita a várias influências. Em que pese ressaltar que as emoções, ansiedade e ânimo são fatores que produzem distorções na memória, ou seja, ocorre o surgimento das falsas memórias (IZQUIERDO, 2011).

Stein (et al., 2010) afirma que recentes estudos sobre memórias e sua ligação com as emoções proporcionam eventos emocionais, mais marcantes que são lembrados pelos indivíduos. Porém, outros estudos, percebeu-se que quando envolve um elemento desagradável e por terem uma carga emocional envolvida, aumenta-se o índice de falsas memórias, como, por exemplo, o uso de arma.

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 (LOFTUS, 2006, p. 347)

Nas considerações de Mazzoni (2005. p. 81.):

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 line up seja conduzido de forma correta.

Ainda no mesmo tema, trazendo para o procedimento penal, Pergher (et al., 2006 *apud* HENRIQUES; POMPEU, 2014, p.9) nos esclarece:

O depoimento se dá muitas vezes, em virtudes de crimes traumatizantes, que abalam de alguma forma o estado emocional das testemunhas, que poderia levantar a questão da influência da emoção na recordação de um evento. [...] A emoção é compreendida como possuindo um caráter de reatividade, geralmente breve, intensa, e circunscrita, relacionada a um evento ambiental específico. 'Humor' por sua vez, é concebido como sendo a característica mais estável e constante, tendendo a ser mais abrangente e não tão vinculado a circunstâncias específicas.

O autor nos lembra que os impactos da emoção sobre a memória devem ser analisados na relação, em que “o aumento dos níveis de estresse melhoraria a memória até certo patamar e, passando deste ponto, os efeitos prejudiciais se intensificariam, provocando uma piora nas lembranças, possivelmente relacionada à sua fragmentação.”, ou seja, a intensidade da emoção em decorrência do fato é que determinará uma facilidade de recordação ou surgimento das falsas memórias (HENRIQUES; POMPEU, 2014, p.9).

Vejamos o exemplo dado por Lopes Junior (2015 *apud* VALLE, 2016, p.55), a respeito do recurso de Embargos Infringentes nº 70016395915:

[...] o réu foi acusado pelo delito de estupro, sendo que após a realização de exame de conjunção carnal, constatou-se a virgindade da ofendida, direcionando-se para a existência do delito de atentado violento ao pudor. A suposta ofendida vivia num ambiente de promiscuidade, pois sua mãe se dedicava à prostituição, advindo assim os estímulos que contribuíram para a falsa memória, sendo que em juízo a menor descreveu que a 'cobra' colocada pelo réu em sua vagina, tinha aproximadamente 1,20cm, era cinza com preto e branco, tinha olhos, mas não tinha boca, tinha pés, parecia uma lagartixa e que em seguida o réu cortou a cobra em pedacinhos e preparou um risoto para ela comer. Por oportuno, o tribunal concluiu pela inveracidade da imputação, numa demonstração clara da existência de falsa memória infantil.

A ofendida convivia num ambiente não favorável, pois sua mãe se dedicava a prostituição. A menina “armazenou” em sua memória exemplos que sua mãe praticava. O ambiente de promiscuidade pode ter sido de grande influência na memória da menor que ao relatar o possível delito, o estupro, percebe-se muita fantasia e imaginação.

Forte indício que suas emoções tenham influenciado a sua imaginação e quando buscou a recordação dos fatos narrou com detalhes na sua entrevista processual. Porém sua narrativa foi de forma fantasiosa, demonstrando-se claramente o surgimento das falsas memórias.

Trazendo esses fatos para a seara criminal, avista-se uma grande problemática. Seja moderado ou intenso, o crime, sem dúvida, gera um nível de emoção para aquele que é testemunha ou aquele que é vítima. De forma que, a tendência da memória é de guardar a emoção do acontecimento, a sensação que o evento produziu, em compromisso do que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, distorção, esquecimento, subjetivismo e juízo de valor.) (DI GESU, Cristina, 2014. p. 114)

#### 4.4.2 Tempo

Estreita é a relação entre o tempo e o direito, na medida em que “o tempo cria e mata o direito e o direito produz a duração do tempo” (PASTOR, Daniel, 2002, p. 78.)

Em se tratando de prova penal e duração razoável do processo, surgem os seguintes questionamentos: a aceleração e o ritmo social de uma sociedade complexa influenciam na formação da memória? A prova quando coletada em um prazo razoável aumenta a sua credibilidade? Afinal, qual o prazo razoavelmente seguro para a produção da prova?

A Constituição Federal garante, em seu artigo 5º, LXXVIII (BRASIL, 1988), a razoável duração do processo, a qual faz alusão tanto às dilações indevidas – demora excessiva da tramitação do feito – quanto à rapidez demasiada do julgamento.

No sentido da afirmação de Lopes Jr. e Badaró (LOPES Jr., Aury. BADARÓ, Gustavo Henrique, 2006, p. 6.):

embora o processo não seja um instrumento apto a fornecer uma resposta imediata àqueles que dele se valem, isto não pode levar ao extremo oposto de permitir que tal resposta seja dada a qualquer tempo. Se o processo demanda tempo para sua realização, não dispõe o órgão julgador de um tempo ilimitado para fornecer a resposta pleiteada

O processo não pode delongar para não se configurar em negação à jurisdição mas, por outro lado, também não pode ser julgado imediatamente, pois deve respeitar, além da maturação do ato de julgar, as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação das decisões judiciais, entre outras. E a observância de tais princípios está vinculada, necessariamente, à

qualidade técnica da prova, coletada com maior confiabilidade se feita dentro de um prazo razoável.

O cérebro não funciona como uma “gaveta” onde conseguimos buscar nela a memória que desejamos relembrar tal como ela realmente aconteceu. A memória tem um funcionamento bastante complexo, e “com efeito, o transcurso do tempo é fundamental ao esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo[...] a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada” (GESU GIACOMELLI, 2008, p.4346).

Um dos defensores da necessidade da estipulação legal de um prazo máximo de duração do processo é Pastor (2002, p. 675.)

Entretanto, também refere não ter o aludido prazo que ser necessariamente único. Isso porque alguns casos requerem uma duração mais prolongada (dentro da razoabilidade temporal máxima permitida) e outros, pela sua simplicidade, não. A determinação legal no sentido de que a instrução deva ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) e 30 (trinta) dias, respectivamente, aos ritos ordinário e sumário, conforme a redação dada aos artigos 400 e 531 do Código de Processo Penal, pela Lei 11.719/2008, gera um novo e inevitável questionamento. O prazo legal extremo de fixação da instrução é o mais adequado?

Mesmo os depoimentos sejam recolhidos com agilidade, favoreça à memória, evitando o esquecimento, por outro, gera uma série de danos.

Em primeiro lugar, deve-se observar se os prazos estabelecidos são viáveis devido à dificuldade de data para pauta dos magistrados de primeira instância.

Em segundo lugar, os aludidos prazos desconsideram a complexidade dos casos, o número de fatos e de réus, entre outros fatores e, em terceiro plano, não há uma sanção para eventual descumprimento. Um prazo meramente ordenatório (PASTOR, Daniel, 2002, p.434.) isto é, despido de consequências processuais em caso de eventual descumprimento, não se reveste de qualquer eficácia.

Difícilmente se pode conferir qualidade técnica à prova oral, com a utilização da técnica da entrevista cognitiva no mesmo momento processual em que são tomadas as declarações do ofendido, inquiridas todas as testemunhas arroladas, tomados os esclarecimentos dos peritos, feitas as acareações e os reconhecimentos de pessoas e coisas, interrogado o acusado e colhidas as alegações finais.

A concentração dos atos processuais estaria submetida a menores eventualidades e evitaria o “tempo morto” (PASTOR, 2002, p. 426) do processo nas prateleiras dos cartórios e dos gabinetes. A determinação legal de um prazo à

instrução evitaria a manipulação judicial, ou seja, o decisionismo e as arbitrariedades, da razoabilidade da duração dos processos (PASTOR, Daniel, 2002, p. 674).

Entretanto, há de ser considerado que a produção da prova oral restaria prejudicada nos termos em que proposta. Assim, se por um lado minimizaria o dano em relação ao lapso temporal, por outro, reduzir-se-ia a qualidade na colheita dos depoimentos.

#### **4.4.3 Subjetivismo do magistrado**

Do magistrado espera-se a imparcialidade, como pressuposto de validade da decisão, inclusive, colocando sob suspeição e impedimento os atos processuais no desempenho da função jurisdicional que maculem essa ordem. Elementar que a atuação do juiz como um terceiro imparcial, equidistante das partes, não se estenda a outros profissionais, tais como ao órgão acusador, aos assistentes sociais, aos médicos, aos psicólogos, aos policiais, entre outros, na medida em que ao julgador cumpre o papel de garantidor dos direitos fundamentais.

Espera-se do magistrado sua imparcialidade na apreciação, condução e sentença no processo. Porém, o julgador não é meramente reproduzidor de textos de leis. Vale lembrar que “imparcialidade não é sinônimo de neutralidade” (SEGER; LOPES JR, 2012, p.14) e esta diz respeito à projeção das experiências, dos sentimentos, das vivências pessoais do magistrado sobre o processo, configurando-se a neutralidade em um mito. Neste ínterim, seria utópico pensar a prolação de decisões judiciais dissociadas de valores sociais, de paradigmas históricos, filosóficos e psicológicos.

O magistrado poderá proferir sentença formalmente imparcial, por não ser parte, sem que isso, de longe, suprima sua neutralidade subjetiva no processo, isto é:

aquela projetada sobre o processo que diz das vivências pessoais do juiz, seus gostos e desgostos, suas paixões, seu eu, seu modo de ser no mundo, pois o sentido da compreensão não acontece sem a sobreposição sobre o objeto a ser analisado, sem a vivência do ser com seu entendimento singular, pousado sobre a realidade (GIACOMOLLI, Nereu José e DUARTE, 2006, p. 288)

O juiz não é a mero reproduzidor de textos legais, resumindo-se tão-somente a dar uma solução ao problema a partir da simples aplicação do fato à norma, traduzida na singeleza do silogismo. Ao sentenciar, o magistrado diz o que sente, sendo o papel

do sentimento do juiz algo fundamental, evidenciado pela própria etimologia da palavra “sentença”, a qual tem origem no verbo “*sentire*”. Por meio da sentença o juiz experimenta uma emoção, ele sente e declara o seu sentir (LOPES Jr., Aury. 2007, p. 284).

Portanto, entre os elementos fáticos apresentados, é inafastável que o juiz ‘eleja’ uma das versões e, da mesma forma, ‘eleja’ o significado (justo) da norma: “esse eleger é inerente ao ‘*sentire*’ por parte do julgador e se expressa na valoração da prova (crença) e na própria axiologia, incluindo a carga ideológica que faz da norma (penal ou processual penal) aplicável ao caso” (LOPES Jr., 2007, p. 245 e 245).

Isso demonstra que a avaliação de toda prova produzida no processo, embora não seja feita de forma discricionária observância do princípio do livre convencimento motivado ou persuasão racional pode ser contaminada pelo próprio subjetivismo do julgador que acaba por introduzir suas vivências no processo, mormente ao analisar a prova.

#### 4.5 FATORES EXTERNOS (EXÓGENOS)

Esses fatores surgem de forma sugerida, ou seja, o surgimento das falsas memórias será extrínseco ao sujeito. O que influenciará na recordação da memória e induzirá as falsas memórias e induzirá a mesma nos indivíduo será a apelação da mídia, o modo de como será conduzida a entrevista forense, depoimentos, e interrogatório e pessoas próximas que possam, de alguma forma, sugerir as falsas memórias às testemunhas ou vítimas. Explicaremos detalhadamente cada uma delas.

##### 4.5.1 Mídia

Não podemos ignorar o fato de que as notícias serem expostas nos jornais, após o acontecimento de um crime, possam vir a induzir as pessoas envolvidas no cenário de um determinado delito, devido a carga de sensacionalismo e emotividade. Carnelutti acentuava o fato de o crime ser também uma forma de diversão para “a cinzenta vida cotidiana”. (CARNELUTTI, 1995, p. 45.)

A investigação de um delito, além de “dolorosa necessidade social”, também passou a ser uma espécie de entretenimento. Nessa senda, segundo o autor, há uma

verdadeira degeneração do processo penal, na medida em que cada delito desencadeia uma onda de busca, de conjunturas, de informações, de indiscrições.

Assim, (CARNELUTTI, Francesco. 1995, p. 45)

policiais e magistrados, de vigilantes se tornam vigiados pela equipe de voluntários prontos a apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como lebres de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E, muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência requerida pelo exercício de seu austero mister.

Seger e Lopes Junior (SEGER, LOPES JR, 2012, p.11) destacam a ligação que a influência da mídia tem em relação as falsas memórias:

Já no que se refere à influência da mídia na formação das falsas memórias, deve-se destacar que o cenário veiculado pelos meios de comunicação acerca de determinado fato delituoso pode, indubitavelmente, confundir a testemunha, fazendo-a emaranhar aquilo que percebeu no momento do delito com o leu, viu ou ouviu sobre o evento posteriormente.

Os famosos telejornais ocupam grande parte da sua programação com notícias sobre crimes, insistem, por semanas, em divulgar todas as etapas da investigação de um mesmo caso (como o foi, por exemplo, com a morte da menina Isabela, supostamente jogada do 6º andar do prédio onde morava o pai e a madrasta) ou alguma operação da Polícia Federal (Operação Rodin, Satiagraha, por exemplo).

A mídia acaba alimentando a população com as investigações policiais, com as decisões acerca de buscas e apreensões, prisões cautelares, concessões de liminares e *habeas corpus*, entre outras, induzindo-a, sempre de forma parcial (apenas trechos são revelados), sem que se tenha conhecimento acerca da realidade que foi careada ao processo, gerando um imenso grau de contaminação.

O cenário imposto pela mídia pode confundir a testemunha, vindo afirmar aquilo que efetivamente percebeu no momento o delito, com o que leu sobre o fato ou com o ouviu posteriormente.

Carnelutti (1995, p. 46) ressalta, ainda, ser a testemunha um ser humano e não um documento, sendo seu depoimento eivado de subjetivismos e juízos de valor:

um homem com seu corpo e com sua alma, com seus interesses e com suas tentações, com suas lembranças e com seus esquecimentos, com sua ignorância e com sua cultura, com sua coragem e com seu medo. Um homem que o processo coloca numa posição incômoda e perigosa, submetido a uma espécie de requisição para a utilidade pública, afastando de seus afazeres e sua paz, pesquisado, espremido, inquirido, suspeitado

Na verdade, Carnelutti chama a atenção para um problema que não é novo. O crime não importa somente para o Estado e para os envolvidos, sendo do interesse de todos, pois se tornou uma forma de divertimento.

Na medida em que as notícias ou comentários sobre o fato delituoso aumentam, também maior será o risco de sugestionamentos e contaminações da prova.

Disso resulta mais uma vez a necessidade de a prova ser produzida em um prazo razoável pois, quanto mais o tempo passa, maior será o grau de contaminação da testemunha pela mídia (nos casos de grande repercussão).

Destarte, a exatidão da recordação pode ser gravemente afetada pela influência de fatos sabidos posteriormente através da televisão e dos jornais, sem falar nos comentários de familiares e vizinhos.

#### **4.5.2 Viés do entrevistador**

Outro fator que merece abordagem e que pode significar um fator de contaminação da prova oral é a linguagem e o método usado pelo entrevistador quando da inquirição das vítimas e testemunhas no bojo do processo ou antes dele.

Através da entrevista (intervenção verbal entre duas pessoas), o entrevistador busca no entrevistado a obtenção de informações específicas acerca de determinado evento. Considerando ser a inquirição das vítimas e das testemunhas de um fato delituoso, o componente mais importante das investigações e o principal elemento de prova no processo criminal, é crucial à avaliação da confiabilidade desses relatos ao estudo acerca da linguagem e da metodologia utilizados pelo entrevistador (Vid. PISA, Osnilda e STEIN, Lílian Milnitsky. AJURIS, 2006, p. 218)

A coerência da narrativa do relato da testemunha ou da vítima muitas vezes será decisivo conforme o viés do entrevistador. A maneira que o entrevistador formula sua entrevista, não raro pode estar ligada ao seu interesse em receber respostas que espera alcançar (SEGER; LOPES JR, 2012, p.13).

Um dos maiores perigos, segundo Carnelutti (1995), é que queremos julgar o que a outra pessoa compreendeu, sentiu ou quis fazer segundo nossa maneira de querer, sentir ou compreender.

O crescente número de acusações por delitos sexuais, comumente praticados na clandestinidade e sem evidências materiais, fomentou os estudos sobre o modo como as entrevistas são conduzidas.

A partir disso, os pesquisadores passaram a sugerir que, muitas vezes, as respostas das crianças aos questionamentos dos adultos refletiam o que elas pensavam que o adulto queria ouvir, correspondendo às expectativas do adulto entrevistador, ao invés de relatarem suas lembranças, sendo, portanto, infiéis ao fato efetivamente ocorrido.

Também, constatou-se que as crianças raramente respondem não saber sobre o que estão sendo questionadas ou assumem não entender a pergunta, em franca tentativa de cooperação com o adulto. Ademais, a repetição de um mesmo questionamento é interpretada pela criança como forma de fornecer novas informações, por não ter dado uma resposta correta e, buscando ser mais agradável e sociável, mudam a resposta (PISA, Osnilda e STEIN, Lílian Milnitsky. 2006, p. 220).

Nesta perspectiva, Di Gesu afirma que:

[...] as pesquisas acerca da utilização de técnicas de repetição das mesmas perguntas dentro de uma mesma entrevista vieram a demonstrar a grande probabilidade de distorção das declarações, aumentando o risco de formação das falsas memórias.

Vimos também que, o depoimento infantil como meio de prova judicial se torna perigoso e frágil, suscetíveis aos erros de condenação, merecendo um cuidado redobrado quanto a sua apreciação no procedimento processual. Não obstante melhorar a entrevista judicial, para que não seja tendenciosa e influenciadora de falsas memórias.

#### **4.5.3 MINIMIZAÇÃO DOS PREJUÍZOS CAUSADOS PELAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL**

Foram destacados os fatores que geram as falsas memórias, para que possam ser demonstrados os aspectos que causam prejuízos no Processo Penal brasileiro. Também é importante salientar que, como refere-se à memória, apontar com precisão as máculas dos casos apresentados, em resultado às falsas memórias do sistema probatório, é no mínimo, utópico.

Porém existem meios de prevenir e melhorar a condução na inquirição de entrevistas forenses nos procedimentos processuais.

A respeito do tema, Di Gesu destaca:

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

No que tange a esse ponto, Henriques e Pompeu (2014, p.12) alertam que um dos principais fatores que geram as falsas memórias é o viés do entrevistador, que buscam de amplas formas induzir a resposta do entrevistado através da maneira como conduz o interrogatório.

O tipo de pergunta influencia demasiadamente na resposta do entrevistado. Exemplificando: as perguntas abertas possibilitam mais informações (‘O que você viu no mercado aquele dia?’); as fechadas limitam as respostas (‘Era de madrugada quando o fato ocorreu?’); as múltiplas confundem, estressam e tolhem as respostas. (‘Você viu o rosto do acusado?’- ‘Com quem ele parece?’ ‘Ele estava com uma arma na mão?’); as tendenciosas conduzem o entrevistado a responder conforme a orientação do entrevistador (‘Se o acusado era preso foragido no dia do crime, então poderia ser ele o autor?’); as confirmatórias/inquisitivas podem confirmar o que o entrevistador pensa sobre o assunto (A testemunha fala que o acusado parece com seu cunhado e o entrevistador pergunta: ‘Então você me disse que seu cunhado estava na cena do crime, não é mesmo?’)

Acontece que essa mesma testemunha passa a prestar diversos depoimentos durante grandes intervalos de tempo, o que acaba produzindo o erro e as falsas memórias.

Stein e outros, expõem que a postura do entrevistador sobre o fato a ser investigado, reflete no comportamento e no depoimento da testemunha, tornando os mais vulneráveis a distorções do fato que foi presenciado (CECI E BRUCK, 1995 *apud* STEIN, 2010. p. 204)

Apontam ainda as 10 principais falhas mais comuns dos entrevistadores (STEIN, 2010. p. 211):

1. Não explicar o propósito da entrevista;
2. Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista;
3. Não estabelecer rapport (afinidade);
4. Não solicitar o relato livre;
5. Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas;
6. Fazer perguntas sugestivas/confirmatórias;
7. Não acompanhar o que a testemunha recém disse;
8. Não permitir pausas;
9. Interromper a testemunha quando ela está falando
10. Não fazer o fechamento da entrevista.

No atual sistema penal brasileiro, a denominada “entrevista *standar*” é dividida em duas fases: narrativa e interrogativa.

A fase narrativa é aquela onde serão feitas perguntas abertas, enquanto a fase interrogativa haverá a possibilidade de formulação de perguntas abertas, fechadas e identificadoras, onde corre-se o maior risco de respostas induzidas, probabilidade de sugestão, induzindo dessa maneira a uma resposta. Como por exemplo, “o que aconteceu?”.

Na fase interrogativa também é composta por perguntas abertas, mas contém perguntas fechadas e identificadoras, as quais são mais suscetíveis a contaminação, pois “quanto mais se restringe a pergunta, maior a probabilidade de sugestão, e assim de indução da resposta.” (SEGER; LOPES JUNIOR, 2012, P.16)

No tocante a este tema, Stein (STEIN, 2010. p. 210) nos alerta o propósito de reduzir os danos, sugerindo a utilização da entrevista cognitiva, ou seja, aquela em que os entrevistadores são treinados para conduzir apropriadamente os depoimentos, diminuindo os erros que são cometidos pelos autores do nosso judiciário.

Baseada em conhecimentos científicos da Psicologia, a Entrevista Cognitiva (EC), vem com a finalidade de esclarecer melhor as informações, em que é realizado todo um processo de entrevista que faz uso de um conjunto de técnicas para maximizar a quantidade e a qualidade de informações obtidas de uma testemunha. Pois como já abordamos anteriormente e já conhecemos o funcionamento da memória humana vimos que, não só os entrevistadores, mas nós mesmo “somos suscetíveis a distorcer nossas lembranças” (STEIN, 2010, p. 210)

Para uma prática e detalhada explicação, Stein divide o processo de entrevista cognitiva em cinco etapas:

(1) **Rapport**, seria o início do contato entre o entrevistador e o entrevistado, marcado como um momento de bastante delicado, onde o entrevistador deverá mostrar sempre empatia e não poderá negligenciar o treinamento, caso contrário se tornará tecnicista e pouco efetivo, podendo ser traumático e doloroso para o entrevistado relatar este evento de forma detalhada a uma pessoa desconhecida (STEIN, 2010, p. 212-213). (GRIFO NOSSO).

(2) Nessa segunda etapa denominada como **relato livre da testemunha** temos a interação do entrevistador com o entrevistado, tal fato é necessário, pois a maioria das pessoas ficam nervosas ao serem interrogadas, para muitos, pode ser uma

situação nova, então o entrevistador passa a se familiarizar com o entrevistado, favorecendo o desenvolvimento de um trabalho focal, o objetivo é a “transferência de controle” para que assim o paciente se familiarize com o modelo cognitivo (STEIN, 2010, p. 214). (GRIFO NOSSO).

(3) Técnica de **Recriação do contexto**, momento em que as lembranças do entrevistado acerca do acontecimento em questão serão recuperadas, para Stein (STEIN, 2010, p.217) cabe diretamente ao entrevistador conduzir o entrevistado para que consiga recriar o contexto original dos fatos. E ainda nessa mesma linha, alerta que se o entrevistador fornece as instruções sem pausas, o entrevistado não conseguirá detalhar os fatos, comprometendo toda a reconstituição, o que resultará infrutífera a técnica aplicada. (GRIFO NOSSO).

(4) Conhecida como **questionamento**, essa etapa é iniciada com agradecimentos à testemunha pelas informações prestadas e seu esforço, enaltecer o entrevistado faz parte dessa técnica para mantê-lo interessado e comprometido com a entrevista, assim outras informações são colhidas para que sejam preenchidas as lacunas que foram identificadas na etapa 3 (STEIN, 2010, p.218). (GRIFO NOSSO).

(5) **Fechamento**, momento que é oferecido ao entrevistado a oportunidade de incluir detalhes que tenham relação com o fato. Ainda conduzido em um clima leve e positivo, o entrevistador utilizará estratégias como solicitar que a situação seja relatada de trás para frente, ou ainda, que o entrevistado se coloque no lugar de outra pessoa no mesmo evento e descreva o sob uma nova perspectiva; assim será encerrado a entrevista, ambiente favorável são características dessa técnica, deixando uma última boa impressão no entrevistado (FISCHER; GEISELEMAN, 1992 *apud* STEIN et al., 2010, p.222). (GRIFO NOSSO).

Vimos até aqui cinco técnicas bem delimitadas e funcionais sobre as entrevistas cognitivas. Procedimentos que buscam alcançar a verdade real, e assim diminuir de forma preventiva os danos causados pelas falsas memórias e proporcionam informações mais fidedignas ao fato investigado.

No entanto, Memon, Vrij, e Bull (1998 *apud* STEIN, et al. 2010, p.212) alertam que as Entrevistas Cognitivas não são tão eficazes com os suspeitos. Pois para os suspeitos a condução na inquirição necessitam de outras técnicas mais voltadas a eles. “Via de regra, ao entrevistar um suspeito, este tende a ser mais colaborativo, o que prejudica o uso das técnicas da Entrevista Cognitiva”.

Então conclui-se que, se faz necessário a elaboração de novas técnicas de entrevista cognitivas entre os autores do judiciário, como forma de diminuir o impacto das falsas memórias nas entrevistas forenses, haja vista a impossibilidade evitar a sua incidência, apenas minimizá-las.

## 5 CONCLUSÃO

Partindo pressuposto de que o juiz é o destinatário da prova, e provar quer dizer convencer o magistrado quanto à veracidade ou falsidade de fatos narrados no processo, a análise do cotejo probatório deve ser realizada da forma mais correta possível, a fim de garantir ao acusado o devido processo legal.

Frente a existência processo penal faz uso frequente da prova oral, haja vista a pluralidade de envolvidos, desde o(s) autor(es), à(s) vítima(s) e seus familiares, até as testemunhas que presenciaram, de alguma forma, o evento delituoso, desenvolvendo assim a prova oral uma fonte forte para obter a “verdade real”.

Para tanto, deve ser considerada a possibilidade da sua fragilidade, e para retratar esta situação, foram analisados os elementos decorrentes da produção da prova oral e da alteração das memórias.

No primeiro capítulo foi abordado o sistema probatório no processo penal brasileiro. Delimitamos seu conceito e finalidade. Relacionamos os princípios e elencamos as provas do sistema penal.

No segundo capítulo apresentamos o que é a memória, e como funciona seu processo mnemônico de aquisição, consolidação e evocação da memória ao ocorrer uma confusão mental, sugerida ou espontânea, em qualquer destas fases, surgindo assim o fenômeno das falsas memórias, assunto esse que é o ápice do último capítulo.

No último capítulo, exploramos a possibilidade da influência das falsas memórias na produção dos elementos probatórios do processo penal brasileiro. Pontuamos os fatores internos e externos, e por fim foi sugerido a entrevista cognitiva como forma de minimização de danos.

Diante do exposto, na instrução dos processos judiciais, cujo objetivo é o alcance da verdade real sobre determinado fato criminoso, o cérebro humano pode distorcer as informações armazenadas, criando um cenário diverso do que realmente teria ocorrido.

A conclusão que se chega, portanto, é pela possibilidade da falibilidade da prova testemunhal no processo penal, notadamente em razão de que a memória humana é demasiadamente complexa, capazes de gerar elementos de convicção que, em verdade, jamais existiram. Além disso, a prova testemunhal pode se contaminar por meio do próprio ritual intrínseco ao processo judiciário, principalmente no momento de sua colheita, somado à inaptidão de seus operadores.

## REFERÊNCIAS

- ALTAVILLA, Enrico. MIRANDA, Fernando de (Trad.) **Psicologia Judiciária**. 2ª ed. v. I. São Paulo. Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946.
- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2012. Processo de conhecimento – vol. 2.
- ALVES, Cíntia M.; LOPES, Ederaldo J. Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas. Ribeirão Preto: **Revista Paideia**, Abr. 2007, vol.17, n.36, p.45-56.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel J. C. **“Falsas” Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha**. UNIRITTER, 2009.
- AZEVEDO, Tiago. **Memória Semântica**: Conceito, Memória episódica e o “tá na ponta da língua”. 2016. Disponível em: <https://psicoativo.com/2016/07/memoria-semantic.html>. Acesso em: 06 jun. 2020.
- Baddeley, A. *et al.* **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 23 jun. 2020.
- BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm) Acesso em: 02 jun. 2020.
- CAMANHO, Alexandre. **Não há hierarquia entre tipos de provas**. Data de publicação: 06 ago. 2012. Disponível em <http://g1.globo.com/politica/mensalao/traduzindo-julgamento/platb/2012/08/06/nao-existe-hierarquia-entre-tipos-de-prova/>. Acesso em 20 jun. 2020.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. 1995, p. 45.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao Verdade, Dúvida e Certeza, de Francesco Carnelutti, para os Operadores do Direito. **Revista De Estudos Criminais**. PUCRS. 2004, a. 4, n. 14.
- CORDERO, Franco; GUERRERO, Jorge (Trad.). **Procedimento Penal**. v. II. Bogotá: Temis, 2000.
- CROOK, Thomas H.; ADDERLY, Brenda D. **Memória**: como deter e reverter sua perda. São Paulo: Nobel, 2001.

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.

GIACOMOLLI, Nereu José e DUARTE, Liza Bastos. **O mito da neutralidade na motivação das decisões judiciais: aspectos epistemológicos**. 2006.

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

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. Nereu José. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. 2008.

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

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 9. Ed. Ver. e atua. São Paulo: Saraiva, 2012.

HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes; POMPEU, Júlio César. As falsas memórias e o mito da verdade no processo penal. In: **CONGRESSO NACIONAL CONPEDI/UFPB**, 23, 2014, João Pessoa. Anais. João Pessoa: Conpedi, 2014. p. 278 – 293 Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=270>. Acesso em 10 jun. 2020.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho: Considerações sobre o reconhecimento de pessoas na esfera criminal à luz das falsas memórias**. 2014.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2002.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2. ed., revista e ampliada. Porto Alegre: Artmed, 2011.

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

LE GOFF, J. **História e Memória**. Ed.,Campinas, SP: Editora da Unicamp, 1994.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Curso de Processo Penal**, volume único. 1. ed. Niterói: Impetus, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3º ed. Salvador: JusPodvim, 2015, p.681.

LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. **Revista viver e mente & cérebro**, v.2, Redepsi, 2005.

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

LOPES JR., Aury. **Direito processual Penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

LOPES JR., Aury. **Direito processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**, 2007.

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

LOPES JUNIOR, Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito ao processo penal no prazo razoável**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOPES, Jr.; GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias: Em Busca da Redução de Danos”, **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. nº.175, junho/2007, p. 14.

LOPES, Márcio Roberto; CUSTÓDIO, Maraluce Maria. Limites do direito de propriedade no registro de marcas: a registrabilidade de signos de uso comum. **Letras Jurídicas**. Belo Horizonte, v.3, n.2, 2º semestre 2015. Disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2016/09/LJ-0531.pdf>. Acesso em: 25 mai. 2020.

MACHADO, Antônio Alberto. **Curso de processo penal**. 6.ed. São Paulo: Atlas, 2014. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca. Acesso em: 27 mai. 2020.

MALONE, Michel. S. **A guardiã de quase todas as coisas: Uma história Épica e Biográfica da memória humana**: 1 ed. São Paulo: Cultrix, 2014.

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

MORGENSTERN, Verônica Scartazzini; SOVERAL, Raquel Tomé. **Sistema penal e falsas memórias**. [2014]. Disponível em: <https://www.imed.edu.br/Uploads/GT3-p199-224.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2020

NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lílian Milnitsky; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lílian Milnitsky (org). **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 16. ed. rev. atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense, 2019. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. Ed. Ver., atual. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. E-book. Acesso restrito via Minha Biblioteca.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 10<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PASTOR, Daniel R. **El Plazo Razonable en el Proceso del Estado de Derecho**, 2002.

PISA, Osnilda e STEIN, Lílian Milnitsky. Entrevista Forense de crianças: técnicas de inquirição e qualidade do testemunho. **Revista da AJURIS**, 2006.

PISA, Osnilda em. Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças, 2006

REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito Processual Penal Esquemático**. Coordenador Pedro Lenza. São Paulo: Saraiva, 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70016395915**. Terceiro Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Min. Luís Gonzaga da Silva Moura. Porto Alegre. 25 mar. 2008. Disponível em [http://www1.tjrs.jus.br/site\\_php/consulta/consulta\\_processo.php?nome\\_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao\\_fonetica=1&tipo=1&id\\_comarca=700&num\\_processo\\_mask=70016395915&num\\_processo=70016395915&codEmenta=2290470&temIntTeor=true](http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70016395915&num_processo=70016395915&codEmenta=2290470&temIntTeor=true). Acesso em: 12 maio. 2020

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

SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. 2012

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

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

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomás. Como exorcizar os fantasmas do livre convencimento e da verdade real. **Revista Conjur**, 2017 Disponível em:

<https://www.conjur.com.br/2017-jun-24/diario-classe-exorcizar-fantasmas-livreconvencimento-verdade-real>. Acesso em: 30 mai. 2020.

TARUFFO, Michelle. **La Prueba**. Madrid-Barcelona-Buenos Aires: Marcial Pons, 2008.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal** 9. ed. Bahia: Editora *JusPodivm*, 2014.

TÁVORA, Nestor; ASSUMPÇÃO, Vinícius. Col. Saberes do direito 11 - **Processo penal II: provas – questões e processos incidentes**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOVO, Paulo Claudio. **Estudos de direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, v. I-II, P.230.

WILLERS JUNIOR, Laudir Roque. **A falibilidade da prova testemunhal**. Conteúdo Jurídico, 2012. Disponível em:

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/27597/a-falibilidade-da-prova-testemunhal>. Acesso em: 30 de mai. 2020.