

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO

Camila Dallagnol Ramos da Silva

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Lagoa Vermelha

2018

Camila Dallagnol Ramos da Silva

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito para conclusão do curso, com obtenção do certificado de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, sob orientação do Professor Esp. Henrique Rech Neto.

Lagoa Vermelha

2018

Camila Dallagnol Ramos da Silva

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, como requisito para conclusão do curso, com obtenção do certificado de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas, sob orientação do prof. Esp. Henrique Rech Neto.

Aprovada em ____ de _____ de _____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Henrique Rech Neto - UPF

Prof. _____ - _____

Prof. _____ - _____

Dedico este trabalho a minha prima Kananda (*in memoriam*), minha irmã de coração, exemplo de coragem, companheirismo e amor.

Agradeço, primeiramente, a Deus por me conceder a vida, a sabedoria, a força de vontade e a persistência.

Agradeço aos meus pais, Alciomar e Izabete, exemplos de amor e confiança. Refúgio no qual sempre posso buscar proteção, pois sei que estarão me esperando de braços abertos. Tudo que sou hoje devo a vocês.

Agradeço aos meus primos Carlos Eduardo e Kananda (*in memoriam*), pelo forte laço que criamos desde a nossa infância e pela chance de considerá-los meus irmãos.

Agradeço, por fim, mas não menos importante, ao meu professor orientador Henrique Rech Neto, com o qual tive a oportunidade de estagiar durante dois anos na Promotoria de Justiça de Lagoa Vermelha. Sou grata pelos muitos ensinamentos e pelo crescimento pessoal e profissional que obtive durante esse curto período de tempo que será lembrado com muito carinho.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o fenômeno das Falsas Memórias e suas implicações no Processo Penal, mais especificamente na prova testemunhal. Os depoimentos das vítimas e testemunhas desempenham o papel de esclarecer ao julgador os fatos acontecidos no passado e, para desempenhar tal papel, utiliza-se pura e simplesmente da memória. Isso quer dizer que os relatos prestados são baseados nas lembranças presentes nas memórias da pessoa que está testemunhando. Entretanto, a memória não é totalmente confiável, não é fidedigna à realidade, pois está suscetível a interferências externas e internas que acabam alterando, de forma não intencional, as etapas de formação, armazenamento e recuperação das lembranças. Essas alterações recebem o nome de Falsas Memórias. Tal fenômeno consiste em uma falsa recordação, ou seja, a pessoa que a declara crê fielmente que a vivenciou, mas na realidade aquela recordação não aconteceu. As falsas memórias diferem-se da mentira, do erro e do falso testemunho. Por ser a prova testemunhal o principal meio probatório na seara processual penal, imprescindível se faz a análise do referido fenômeno para que seja possível sua identificação, bem como a aferição de quais as possíveis técnicas aptas a reduzir tais efeitos.

Palavras-chave: Processo Penal. Prova. Prova Testemunhal. Memória. Falsas Memórias.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO PENAL	11
2.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	11
2.1.1 Modelo Inquisitório	14
2.1.2 Sistema Acusatório	18
2.2 PROVA NO PROCESSO PENAL	22
2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA	24
2.3.1 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	24
2.3.2 Princípio da Presunção de Inocência	26
2.3.3 Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional ...	27
3 PROVA TESTEMUNHAL	30
3.1 NOÇÕES GERAIS	30
3.2 CLASSIFICAÇÃO DAS TESTEMUNHAS	34
3.3 CARACTERES DO TESTEMUNHO	35
4 MEMÓRIA	38
4.1 TIPOS DE MEMÓRIA	41
4.1.1 Memórias de acordo com a sua função	41
4.1.2 Memórias de acordo com seu conteúdo	43
4.1.3 Memórias de acordo com a sua duração	44
4.2 FORMAÇÃO DAS MEMÓRIAS	45
4.2.1 Influência das emoções sobre a memória	46
5 FALSAS MEMÓRIAS	51
5.1 TEORIAS EXPLICATIVAS ACERCA DAS FALSAS MEMÓRIAS	52
5.1.1 Teoria do paradigma construtivista	53
5.1.2 Teoria do monitoramento da fonte	54
5.1.3 Teoria do traço difuso	55
5.2 FALSAS MEMÓRIAS ESPONTÂNEAS E SUGERIDAS	57

6 A PROVA TESTEMUNHAL E AS FALSAS MEMÓRIAS	61
6.1 A FALSIFICAÇÃO DA LEMBRANÇA NO ATO DE RECONHECIMENTO.....	62
6.2 FATORES DE CONTAMINAÇÃO DA PROVA ORAL.....	66
6.2.1 Transcurso do tempo	67
6.2.2 O hábito e a rotina	69
6.2.3 A linguagem e o método do entrevistador	70
6.2.4 Viés do entrevistador	72
6.2.5 Repetição das entrevistas e as perguntas dentro da entrevista	73
6.2.6 Status do entrevistador	76
6.2.7 A mídia.....	77
7 REDUÇÃO DE DANOS	80
7.1 Depoimento sem Dano	81
7.2 Entrevista Cognitiva	83
7.3 Medidas de redução de danos	85
8 CONCLUSÃO	87
REFERÊNCIAS	89

1 INTRODUÇÃO

A prova testemunhal, por ser o meio mais acessível e mais fácil, tem sido a espécie probatória mais utilizada pelo Processo Penal. Em inúmeros casos, a prova testemunhal é a única prova existente no processo e, por isso, acaba sendo equiparada a provas técnico-científicas para fins de motivação e convicção do magistrado.

Nos casos em que o delito não deixa vestígios, ou até mesmo nos delitos sexuais, a produção de provas periciais fica restrita ou torna-se até mesmo impossível e, em razão disso, frente à inexistência de provas técnicas, é que a prova oral acaba sendo o único fundamento a que o juiz tem acesso para formar sua convicção quanto ao caso. Dessa forma, acusação e defesa buscam produzir suas provas utilizando os testemunhos de vítimas e/ou testemunhas a fim de obter uma sentença favorável, sendo ela condenatória ou absolutória.

O Processo Penal, através da atividade cognitiva e retrospectiva busca no passado elementos que convençam o magistrado acerca do caso. Sendo assim, é possível afirmar que o Processo Penal sempre girou em torno da “verdade”. Os sistemas acusatórios e inquisitórios foram fundados com o objetivo de obter a verdade real, contudo, sabe-se que é impossível realizar tal façanha. Sendo necessário então contentar-se com a obtenção de uma verdade processual, aquela criada durante a instrução do processo com o fim de convencer àqueles que têm interesse no caso processual.

Referente ao fato de utilizar-se somente a prova testemunhal, é necessária advertência da atitude de basear-se tão somente nas declarações das testemunhas, pois estas proferem o que sabem com base em suas lembranças, ou seja, baseado somente no que possuem em sua memória. Esta é a principal causa da fragilidade dessa prova, ou seja, sua dependência exclusiva da memória, sendo esta suscetível a inúmeras formas de contaminação tanto externas quanto internas.

Há tempos a Psicologia realiza estudos no tocante a formação, retenção e evocação das lembranças presentes na memória humana. Tais estudos demonstraram que o processo mnemônico não é fidedigno à realidade, não está sempre em consonância com o que realmente aconteceu e foi vivenciado.

Fatores externos e internos podem interferir no momento de formação, retenção ou evocação das lembranças, fazendo com que a testemunha se recorde não do que efetivamente aconteceu, mas daquilo que sua memória entendeu como acontecido. Tais possibilidades podem chegar ao ápice de levar a testemunha a acreditar que algo aconteceu quando na realidade não aconteceu. Sendo assim, haverá momentos em que a pessoa pode descrever detalhadamente determinada situação, crendo fielmente que a vivenciou, quando na verdade essa lembrança não passa de uma falsa lembrança decorrente de uma contaminação ou de uma influência sofrida pela lembrança verdadeira em um dos seus estágios de formação ou retenção.

A esse fenômeno dá-se o nome de Falsas Memórias. Estas são bastante semelhantes à Memória Verdadeira, apenas se diferem pelo fato de que o evento, o qual se acredita ser verdade, na realidade não aconteceu, mas as sensações e emoções dele decorrentes se registraram na memória, fazendo com que o mesmo pareça real. Outrossim, se diferem da mentira, erro ou falso testemunho, pois a testemunha acredita fielmente que vivenciou aquela situação.

A discussão do tema Falsas Memórias é bastante nova no Direito. Todavia, é de extrema importância o conhecimento acerca do seu processo de formação haja vista que a contaminação do testemunho pode ser decorrente de questionamentos sugestivos e tendenciosos realizados pelos profissionais responsáveis da área. Dessa forma pretende-se analisar a falibilidade da memória com o objetivo de estimular a reflexão acerca da fragilidade da prova testemunhal e do convencimento do juiz baseado, muitas vezes, exclusivamente nela.

Inicialmente, o presente estudo contará com algumas noções gerais sobre o processo penal e a prova testemunhal. Após, serão feitas considerações acerca da memória, contando com o modo em que são formadas e quais são as possíveis formas de contaminação e influência que pode sofrer, tanto de forma externa quanto interna. Em sequência, analisar-se-á a formação do fenômeno das Falsas Memórias e suas implicações durante a reconstrução dos fatos pelas testemunhas e vítimas, no contexto do processo penal. Por fim, algumas técnicas de redução de danos serão apresentadas com intuito de tornar a prova testemunhal mais qualificada e confiável.

O estudo do tema das Falsas Memórias no Direito, como já dito, é recente, complexo e de extrema importância. Por isso, é preciso ter conhecimento acerca do tema para saber identificá-lo e definir quais medidas que podem e devem ser tomadas para que os danos causados ao processo penal, sua instrução e principalmente sua resolução sejam minimizados.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO PENAL

2.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS

O estudo dos sistemas processuais é fundamental para o presente trabalho, pois é através deles que se começa a ter conhecimento da posição ocupada pelo magistrado em relação à prova processual.

Conforme preceitua Eugênio Pacelli (2017):

[...] a doutrina costuma separar o sistema processual *inquisitório* do modelo *acusatório* pela titularidade atribuída ao órgão da acusação: inquisitorial seria o sistema em que as funções de acusação e de julgamento estariam reunidas em uma só pessoa (ou órgão), enquanto o *acusatório* seria aquele em que tais papéis estariam reservados a pessoas (ou órgãos) distintos (PACELLI, 2017).

A identificação do *princípio informador* é o que possibilita a classificação em sistema acusatório ou inquisitivo, bem como nas mãos de quem está a *gestão da prova*, pois essa é uma das características diferenciadoras entre os sistemas (GESU, 2014).

Os sistemas processuais inquisitivos e acusatórios são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do Direito Penal e do Estado da época (LOPES JR., 2016).

Quanto à noção do que é sistema, Miranda Coutinho (2001, p.16 apud Di Gesu, 2014, p. 24) diz que pode ser compreendida como um “conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um *princípio unificador*, formam um todo orgânico que se destina a um fim.” Portanto, fica claro que os sistemas seguem o seu princípio unificador.

No tocante ao processo penal, tem-se o princípio inquisitivo e o princípio dispositivo. O primeiro é o que orchestra o sistema inquisitivo enquanto o segundo é o balizador do sistema acusatório.

As regras do processo sofrerão influência direta de acordo com o modelo utilizado, pois no inquisitivo há pouca ou quase nenhuma participação das partes na instrução do procedimento, enquanto no acusatório a ampla regulamentação do

conteúdo probatório, devendo o juiz ser imparcial quanto a isso.

Ressalta Maier apud Lopes Jr. (2002, p. 260) que no Direito Penal: “a influência da ideologia vigente ou imposta pelo efetivo exercício do poder se percebe mais *à flor da pele* que nos demais ramos jurídicos”. E esse fenômeno é muito mais perceptível no processo penal, haja vista que é ele que toca no homem real, de carne e osso.

Cronologicamente, houve predominância do sistema acusatório até meados do século XII, ao passo que foi sendo substituído gradualmente pelo modelo inquisitório que em princípio vigorou até o final do século XVIII, e tendo permanecido até o século XIX em alguns países. Contudo, em razão dos movimentos políticos e sociais o sistema acusatório retornou (DI GESU, 2014).

Em relação ao modelo adotado pelo Brasil, diz-se que é um sistema *misto* por entender que o Inquérito Policial é feito pelo modelo inquisitório, enquanto a fase processual é regida pelo modelo acusatório. Entretanto, tal afirmativa recebe muitas críticas dos doutrinadores, em razão de que todos os sistemas são mistos, pois os sistemas puros servem apenas como referência histórica.

Lopes Jr. (2016) afirma que é preciso identificar qual o princípio que baliza o referido sistema, para assim saber se há predomínio da estrutura inquisitória ou acusatória. Falha é a ideia de que a mera separação inicial das funções de acusar e julgar vai caracterizar o sistema acusatório, pois de nada adianta separá-las inicialmente e depois devolver ao magistrado a iniciativa probatória como, por exemplo, permite que ele determine de ofício a coleta de provas ou decrete de ofício a prisão preventiva.

Conforme Di Gesu (2014) dizer que o sistema é misto é a mesma coisa que dizer que, na sua essência, é, simultaneamente, inquisitório e acusatório, o que é de fato inconcebível. Quanto ao processo penal brasileiro, há dispositivos que denotam a essência inquisitorial mesmo que possuam características do outro sistema, pois o seu núcleo, a sua essência como já dito é inquisitória e não acusatória.

Para que seja classificado como acusatório é necessário que o juiz seja apenas um espectador, que deixe nas mãos das partes e do Ministério Público a questão probatória e a acusatória. Que tenha em suas atitudes o dever de imparcialidade para com o processo e as partes que nele atuam.

Assim, correto é dizer que nenhum sistema processual é misto em razão de que para categorizá-lo é necessário analisar qual seu princípio unificador, ou seja, não há como ser misto porque seu núcleo fundante deve ser puramente inquisitivo ou ainda puramente dispositivo.

Consoante a esse desentendimento quanto à sua classificação, Lopes Jr. (2016) diz que o sistema processual brasileiro é essencialmente inquisitório ou **neoinquisitório** (grifo do autor), pois se trata de uma inquisição reformada, onde mantém a iniciativa probatória nas mãos do juiz coexistindo com características do sistema acusatório como, por exemplo, a publicidade, a oralidade, o contraditório, etc.

Como bem afirma Di Gesu:

O processo penal deve ser encarado como um instrumento neutro da jurisdição, em claro abandono, como sustenta Giacomolli, da concepção unilateral do processo restrito à incidência do *ius puniendi*, ou seja, servindo unicamente de instrumento para fazer incidir o direito de punir do Estado, priorizando a dignidade do ser humano, com preservação das garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como tratando o imputado como sujeito processual, e não mais como mero objeto (DI GESU, 2014, p. 92).

No que concerne aos países onde vigoram os determinados processuais penais, Lopes Jr. (2017) destaca que o sistema acusatório prepondera nos países em que há mais respeito às liberdades individuais e existe uma base democrática sólida. Em contrapartida, o modelo inquisitório predomina historicamente nos países onde há maior repressão, que através do autoritarismo ou totalitarismo acaba fortalecendo a superioridade do Estado em prejuízo dos direitos individuais.

Essa afirmativa corresponde ao pensamento de Goldschmidt (apud DI GESU, 2014, p. 25) de que “pode-se dizer que a estrutura do processo penal de uma nação não é mais do que o termômetro dos elementos corporativos ou autoritários de sua constituição.” Portanto, frente aos fatos tem-se a certeza de que a política adotada pelo Estado é que determina os princípios da política processual.

Sendo assim, tem-se a certeza de que o que define e efetiva a imparcialidade é a separação de funções e a gestão da prova na mão das partes e não do juiz, tendo então apenas um magistrado espectador que não interfere e nem age de

ofício na instrução do procedimento penal. Somente quando o processo for acusatório-democrático é que haverá um juiz realmente imparcial, isso em decorrência do seu afastamento da esfera de atividades que devem ser exercidas pelas partes (LOPES JR., 2016).

2.1.1 Modelo Inquisitório

Necessário para falar do modelo inquisitório é citar sua principal fonte, o *Manual dos Inquisidores*, escrito por Nicolau Eymerich, em 1376 e, também não poderia deixar de mencionar, a “bíblia” dos inquisidores que é o *Malleus Maleficarum* (Martelo das Feiticeiras) escrito pelos inquisidores Sprenger e Kramer (DI GESU, 2014).

O nascimento desse modelo, conforme Di Gesu (2014) está atrelado ao *seio* da Igreja Católica como uma resposta às chamadas doutrinas heréticas da época. Trata-se de um sistema histórico. Até o século II, predominava o sistema acusatório, não existindo processos sem acusador legítimo e idôneo.

Quanto a isso, destaca Lopes Jr. (2014) que:

As transformações ocorreram ao longo do século XII até o XIV, quando o sistema acusatório vai sendo, paulatinamente, substituído pelo inquisitório. Essa substituição foi fruto, basicamente, dos defeitos da inatividade das partes, levando a conclusão de que o procedimento criminal não poderia ser deixado nas mãos das partes. Essa era uma função que deveria ser assumida pelo Estado e que deveria ser exercida conforme os limites da legalidade (LOPES JR., 2014, p. 65).

Como bem explica Rosie Muraro (apud DI GESU, 2014, p. 28) no final do século XIII o poder que até então estava disperso na mão das partes é obrigado a centralizar-se e hierarquizar-se, adotando métodos políticos e ideológicos mais modernos. As igrejas católica e protestante tiveram papel importante na centralização do poder, pois fizeram uso dos Tribunais da Inquisição para varrer a Europa de norte a sul, torturando e assassinando aqueles que eram considerados heréticos ou até mesmo bruxos.

No tocante aos Tribunais da Inquisição destaca Lopes Jr.:

No transcurso do século XIII foi instituído o *Tribunal da Inquisição* ou *Santo Officio*, para reprimir a heresia e tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos Mandamentos da Igreja Católica. No início eram recrutados os fiéis mais íntegros para que, sob juramento, se comprometessem a comunicar as desordens e manifestações contrárias aos ditames eclesiásticos que tivesse conhecimento. Posteriormente, foram estabelecidas as comissões mistas, encarregadas de investigar e seguir o procedimento (LOPES JR, 2014, p. 99).

Corroborando a importância da Igreja na adoção desse modelo, acrescenta-se o fato de que na época os Papas e os Bispos ou representantes de Deus na Terra receberam a missão de guardar, defender e interpretar o depósito das verdades salvíficas que estavam dispostas nas Sagradas Escrituras (DI GESU, 2014). Dessa forma, a informação, na idade medieval, era um privilégio que apenas a Igreja possuía e por isso não se falava em “busca da verdade” e sim na “posse agradecida” da verdade absoluta, a qual somente possuíam as pessoas de Deus detentoras do mais alto poder.

A transição do até então sistema acusatório para o sistema inquisitório teve início com a possibilidade de existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Devido a isso, com o decurso do tempo, os poderes conferidos ao magistrado foram aumentando e acabaram por invadir a esfera de atribuições que até então eram reservadas ao acusador privado. Mas, não parou por aí, chegou-se ao extremo de reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.

Afirma Di Gesu (2014, p. 31) que “o fato de o julgador reunir as funções de acusar e julgar conferiu-lhe superioridade e contribuiu para a perda do sentido da noção de parte no processo, transformando o sujeito passivo em um mero objeto de verificação”.

Contudo, para a sociedade da época o novo sistema, adotado inicialmente pela Igreja, teve suas vantagens impostas de tal modo que todos os legisladores da época o adotaram para toda classe de delitos. Em decorrência dessa adoção, a fisionomia do processo se transforma, pois o que antes era um duelo leal entre acusador e acusado, com igualdade e oportunidade para ambas as partes, se torna uma disputa desigual e desleal entre o juiz-inquisidor e o acusado. O juiz deixa de lado a posição de árbitro imparcial e assume a atividade de inquisidor, bem como

começa a atuar também como acusador (LOPES JR., 2014). E, é a partir desse momento, que se percebe a confusão das atividades agora exercidas pelo juiz e também o fato do acusado deixar de ser considerado um sujeito do processo e passar a ser considerado apenas um objeto da investigação processual.

Como destaca Jacinto Coutinho (2001 apud LOPES JR. 2014) “ao inquisidor cabe o mister de acusar e julgar, transformando-se o imputado em mero objeto de verificação, razão pela qual a noção de parte não tem nenhum sentido”.

O juiz-inquisidor passa a dominar o procedimento processual tendo a possibilidade de formular secretamente, longe do contraditório anteriormente praticado, a acusação que imputaria ao acusado e as provas que iriam a comprovar. O julgador tinha o poder de escolher qual o caminho utilizaria para chegar a tão esperada verdade.

Neste viés, afirma Lopes Jr. (2014): “O juiz é livre para intervir, recolher e selecionar o material necessário para julgar, de modo que não existem mais defeitos pela inatividade das partes e tampouco existe uma vinculação legal do juiz.” Com efeito, nota-se que o sistema inquisitório tem um desamor ao contraditório como sintetiza Cunha Martins (2010 apud LOPES JR., 2014).

Ainda sobre a posição do juiz-inquisidor, acrescenta Paulo Rangel (2017) a noção de que neste sistema o juiz não forma seu convencimento diante das provas que lhes foram trazidas pelas partes, mas tem o objetivo de convencer as partes da sua convicção, em razão de que desde que iniciou a ação já lançou um juízo de valor sobre o caso.

Na senda de possibilidades dispostas ao juiz para a produção de prova o inquisidor optou por obtê-la através da tortura. Em complementação a gestão da prova que estava totalmente nas mãos do juiz, o objetivo do mesmo era obter a confissão do acusado.

A confissão era considerada a rainha das provas, era a prova máxima, suficiente para a condenação e, no sistema de prova tarifada, nenhuma prova valia mais que a confissão (LOPES JR. 2014).

Como um dos maiores perigos da época era a heresia tinha-se a noção de tudo que mostrasse dúvida quanto à verdade absoluta não levaria jamais à

salvação. E a luta contra os perigosos hereges legitimava o combate a qualquer custo, ou seja, era legítimo utilizar de torturas e meios cruéis para punir e eliminar aqueles que iam contra as Sagradas Escrituras.

Entretanto, Di Gesu (2014) ressalta de forma bastante clara que:

A tortura, todavia, sempre foi fomentadora de erros, tendo em vista proporcionar a mentira, não raras vezes, ao invés de subministrar a verdade. [...] Disso resulta não ser a eficácia da tortura igual para todos os homens, nem em todas as situações ou circunstâncias que se encontram os mesmos homens, diferindo também quanto ao sexo. Na história, as mulheres mostraram-se mais resistentes e confessaram menos que os homens (DI GESU, 2014, p. 33).

Importante é ressaltar que mesmo sendo considerado um meio legalizado, legitimado, a tortura nada mais é do que uma pena. Quando utilizada para obtenção da confissão se poderia dizer que era uma antecipação da pena a que o acusado seria submetido caso condenado, Lopes Jr. ressalta:

Tendo em vista o valor da confissão, o interrogatório era visto como um ato essencial, que exigia uma técnica especial. Existiam cinco tipos progressivos de tortura, e o suspeito tinha o “direito” a que somente se praticasse um tipo de tortura por dia. Se em 15 dias o acusado não confessasse, era considerado como “suficientemente” torturado e era liberado. Sem embargo, os métodos utilizados eram eficazes e quiçá alguns poucos tenham conseguido resistir aos 15 dias. O pior é que em alguns casos a pena era de menor gravidade que as torturas sofridas (LOPES JR, 2014, p. 102).

Em síntese aponta Di Gesu (2014) as principais características do modelo inquisitório:

A inexistência da coisa julgada era característica do sistema inquisitório, era necessário que o bom inquisidor tivesse o máximo de cuidado para não declarar o acusado como inocente na sentença de absolvição, devia apenas dizer que nada havia sido provado contra ele. Dessa forma, o caso poderia ser reaberto posteriormente, podendo até mesmo alcançar a condenação do acusado (DI GESU, 2014, p. 34).

O inquisitório foi o sistema predominante até o final do século XVIII e um pouco início do XIX. Suas características foram sendo substituídas no mesmo tempo em que a Revolução Francesa trouxe a valorização do homem juntamente com os movimentos filosóficos que surgiram na época (LOPES JR. 2014).

Por fim, cabe ressaltar que o maior erro do sistema inquisitório foi acreditar que uma única pessoa poderia exercer as duas principais funções do processo penal.

2.1.2 Sistema Acusatório

O sistema acusatório é a antítese do inquisitório, pois nesse há separação das funções de acusar e julgar e o processo só tem início quando há acusação.

A origem desse sistema remonta ao direito grego e romano, onde havia a participação direta do povo. Na época vigorava um sistema de ação popular para os delitos graves, onde qualquer popular poderia fazer a acusação, e de ação privada para os delitos de menor gravidade (LOPES JR. 2014).

Conforme suas características subentende-se que tal sistema predominou nos países em que a liberdade individual era respeitada e havia uma base democrática forte. Foi adotado até meados do século XII, quando começou a ser substituído gradativamente pelo modelo inquisitório.

O estilo acusatório é definido por Cordero (apud Di Gesu, 2014) como:

Um espetáculo dialético, uma luta atlética, um combate aberto, cargas processuais, autorresponsabilidade, já que formas e termos sinalam uma remota ascendência aos juízos de deus (...) reduzindo a pura operação técnica, onde o único valor está na observação das regras, o processo se apresenta insensível à sobrecarga ideológica de onde deriva a observação inquisitorial (CORDERO, 2000, p. 86).

Na Alta República o processo penal adotava duas formas: a *cognitio* e a *accusatio*. Na *cognitio* os maiores poderes estavam na mão do magistrado. Um recurso poderia ser interposto, era o chamado recurso de anulação disponível àqueles que eram cidadãos e varões. Este acabou sendo uma poderosa arma política nas mãos dos magistrados. Já na *accusatio*, a acusação era feita espontaneamente por um cidadão do povo. Essa forma marcou uma profunda inovação no Direito Processual romano. A persecução e o exercício da ação penal ficavam a cargo de um terceiro distinto do juiz que era um representante voluntário da coletividade (LOPES JR. 2014).

Importantíssimo ressaltar que no modelo acusatório os princípios do contraditório e ampla defesa estavam presentes e eram respeitados. Havia publicidade e o procedimento era oral.

Neste viés, afirma Paulo Rangel (2017) que no sistema acusatório “cria-se o *actum trium personarum*, ou seja, o ato de três personagens: juiz, autor e réu”.

Di Gesu (2014) pontua as principais características do modelo acusatório:

Este modelo destaca-se pela clara distinção entre as atividades de acusar, julgar, e defender; pelo fato de o julgador se manter como um terceiro imparcial; pelo tratamento igualitário das partes; pela oralidade e pela publicidade do procedimento; pelo contraditório e ampla defesa; pela obrigatoriedade de motivação das decisões judiciais, através da adoção do princípio do livre convencimento motivado; pela correlação entre acusação e sentença, pelo duplo grau de jurisdição, pela possibilidade de utilização dos recursos, pela vedação da *reformatio in pejus* direta e indireta, da regra da liberdade e a prisão como exceção, bem como pela coisa julgada (DI GESU, 2014, p. 37-38).

Como já dito, para se ter conhecimento da classificação dos sistemas processuais é preciso analisar qual o seu princípio informador, e o deste sistema, por manter a gestão das provas nas mãos das partes, é o *princípio dispositivo*.

O destinatário da prova é o julgador, é ele quem vai analisar o que foi obtido na instrução do processo e decidir se ficou convencido ou não do que supostamente ocorreu. Destarte, para que não houvesse provas inadmissíveis no processo, normas eram impostas, bem como termos e proibições sobre a prova, sob pena de nulidade, refutando-se as provas obtidas por meios ilícitos ou ilegítimos (DI GESU, 2014).

No entanto, na época do Império, teve início a insatisfação com o sistema acusatório vigente em razão de que não era suficiente a repressão de novos delitos, bem como acabava por possibilitar que inconvenientes fossem criados por sede de vingança ou animosidades. Essa insatisfação que crescia mais a cada dia deu causa a invasão processual dos juízes, que acabaram por agregar as atribuições que pertenciam aos acusadores privados. Com isso deu-se início a reunião das funções de acusar e julgar em um mesmo órgão do Estado (LOPES JR., 2017).

Observam-se os juízes, como órgãos do Estado, começaram a proceder de ofício, sem acusação formal, realizando, eles mesmos a investigação e

posteriormente dando a sentença. Esse era o chamado procedimento extraordinário, que, ademais, introduziu a tortura no processo penal romano (LOPES JR., 2014). Diante disso, as sentenças que antigamente eram lidas em público começaram a ser lidas a portas fechadas, o que antes era realizado através da oralidade passa a ser feito na forma escrita. Surgem então as características do que ficaria conhecido como modelo inquisitório.

Salienta Lopes Jr. (2014):

A **principal crítica** que se fez ao modelo acusatório é exatamente com relação à inércia do juiz (imposição da imparcialidade), pois este deve resignar-se com as consequências de uma atividade incompleta das partes, tendo que decidir com base em um material defeituoso que lhe foi proporcionado (LOPES JR, 2014, p. 95).

Contudo, mesmo diante das críticas ao sistema acusatório, aduz Eugênio Pacelli (2017):

Não cabe ao juiz tutelar a qualidade da investigação, sobretudo porque sobre ela, ressalvadas determinadas provas urgentes, não se exercerá jurisdição. O conhecimento judicial acerca do material probatório deve ser reservado à fase de prolação da sentença, quando se estará no exercício de função tipicamente jurisdicional. Antes, a coleta de material probatório, ou de convencimento, deve interessar àquele responsável pelo ajuizamento ou não da ação penal, jamais àquele que a julgará. Violação patente do sistema acusatório (PACELLI, 2017).

No entanto, com o decurso do tempo o modelo inquisitório acabou por ser substituído também. Em meados do século XVIII, com a Revolução Francesa e suas novas ideologias e postulados de valorização do homem os traços cruéis e descabidos do sistema inquisitório foram esquecidos para a volta do sistema acusatório.

Ressalte-se que com a adoção novamente do sistema acusatório o processo penal volta a ter um funcionamento totalmente divergente do que vinha sendo praticado. Destaca Lopes Jr. (2014) que o juiz incumbido de sentenciar assegura a imparcialidade do processo, bem como possui tranquilidade para realizar tal tarefa, garantindo assim o trato digno e respeitoso que merece o acusado, pois deixa de ser um mero *objeto* para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo penal.

Igualmente, cumpre ressaltar que com a inércia exercida pelo julgador a responsabilidade das partes fica maior, tendo as mesmas o dever de levar ao processo as provas produzidas que poderão demonstrar o que aconteceu.

Destarte, salienta Lopes JR. (2014):

Importante é ressaltar que é a separação das funções que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera da atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante na própria estrutura processual. Não podemos esquecer, ainda, da importância do contraditório para o processo penal e que somente uma estrutura acusatória o proporciona (LOPES JR., 2014, p. 96).

No tocante a discussão quanto ao sistema processual adotado pelo modelo brasileiro, tem-se uma grande diversidade de doutrinadores que o classificam como misto. Entretanto, como já dito, essa seria uma classificação inconcebível nas visões de Lopes Jr. (2014) e Di Gesu (2014), em razão de que não há sistema misto, pois o sistema precisa seguir a um princípio informador. Sendo assim, seguirá o princípio inquisitivo ou o princípio dispositivo, não podendo seguir os dois ao mesmo tempo.

Com relação ao tema pondera Di Gesu (2014):

Em que pese haver na Constituição Federal brasileira uma série de regras caracterizadoras do modelo acusatório, não há previsão expressa acerca da garantia de o processo penal ser orientado por tal sistema, deduzindo-se daí que sua consagração advém de uma interpretação sistemática da Constituição, e não de previsão expressa na lei (DI GESU, 2014, p. 39).

Já Paulo Rangel (2017), em relação ao tema, observa:

O Brasil adota um sistema acusatório que, no nosso modo de ver, não é puro em sua essência, pois o inquérito policial regido pelo sigilo, pela inquisitorialidade, tratando o indiciado como objeto de investigação, integra os autos do processo, e o juiz, muitas vezes, pergunta, em audiência, se os fatos que constam do inquérito policial são verdadeiros. Inclusive, ao tomar depoimento de uma testemunha, primeiro lê seu depoimento prestado, sem o crivo do contraditório, durante a fase do inquérito, para saber se confirma ou não, e, depois, passa a fazer as perguntas que entende necessárias. Neste caso, observe o leitor que o procedimento meramente informativo, inquisitivo e sigiloso dá o pontapé inicial na atividade jurisdicional à procura da verdade processual. Assim, não podemos dizer, pelo menos assim pensamos que o sistema acusatório adotado entre nós é puro. Não é. Há resquícios do sistema inquisitivo, porém já avançamos muito (RANGEL, 2017, p. 53).

Além disso, quanto à classificação do modelo brasileiro, em razão do Código de Processo Penal ser de 1940 e possuir resquícios do sistema inquisitório como, por exemplo, a redação do artigo 156 é que Lopes Jr. (2007 apud DI GESU, 2014) define o sistema processual brasileiro como *(neo)inquisitório* e não pós-inquisitorial, justamente por não ter havido a superação do modelo anterior.

Ademais, cabe ressaltar a visão de Giacomolli (apud DI GESU, 2014) de que o processo penal deve ser encarado como um instrumento neutro da jurisdição, em claro abandono, da concepção unilateral do processo restrito à incidência do *ius puniendi*. O que quer dizer que deveria servir apenas como um instrumento que possibilita o exercício do direito de punir do Estado, mas que principalmente priorize a dignidade do ser humano, preservando as garantias inerentes ao Estado Democrático de Direito, bem como tratando o imputado como sujeito processual, e não mais como mero objeto.

Por fim, essenciais são as palavras de Di Gesu (2014) ao afirmar que “O respeito às regras do devido processo legal, em um ‘jogo limpo’, pautam o modelo acusatório”.

2.2 PROVA NO PROCESSO PENAL

Guilherme de Souza Nucci (2015) explica:

O termo *prova* origina-se do latim –*probatio*–, que significa ensaio, verificação, inspeção, exame, argumento, razão, aprovação ou confirmação. Dele deriva o verbo *provar* –*probare*–, significando ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar. Entretanto, no plano jurídico, cuida-se, particularmente, da demonstração evidente da veracidade ou autenticidade de algo. Vincula-se, por óbvio, à ação de provar, cujo objetivo é tornar claro e nítido ao juiz a realidade de um fato, de um acontecimento ou de um episódio (NUCCI, 2015).

O Direito não existe sem o fato e não se pode ter conhecimento sobre esse fato se não houver provas. Dessa forma, o processo é visto como uma máquina retrospectiva, onde as provas são as responsáveis pela reconstrução do fato passado (LOPES JR., 2014).

O magistrado, através das provas que serão levadas ao processo pelas

partes, deverá convencer-se acerca do fato que aconteceu no passado. Nessa busca pela reconstrução do fato enfrenta-se o problema da busca pela verdade, pois não cabe às partes demonstrar a verdade absoluta ou objetiva, eis que basicamente impossível, mas ao invés disso, conforme Nucci (2015) aponta: “cabe às partes construir, no espírito do magistrado, a *certeza* de que a verdade corresponde aos fatos alegados em sua peça, seja ela de acusação, seja de defesa.”.

No tocante ao tema verdadeiramente complexo quanto à busca da verdade, relata Eugênio Pacelli (2017):

Ao longo de toda a sua história, o Direito defrontou-se com o tema da construção da verdade, experimentando diversos métodos e formas jurídicas de obtenção da verdade, desde as ordálias e juízos de deus (ou dos deuses), na Idade Média, em que o acusado submetia-se a determinada prova física (ou suplício), de cuja superação, quando vitorioso, se lhe reconhecia a veracidade de sua pretensão, até a introdução da racionalidade nos meios de prova (PACELLI, 2017, p. 333).

Tourinho Filho (1992 apud PACELLI, Eugênio 2017) cita alguns exemplos de provas realizadas pelo sistema *ordálico*, quais sejam a prova da água fria onde o acusado era jogado na água e declarado culpado caso viesse à tona, entretanto se submergisse seria considerado inocente. Era utilizada também a prova do ferro em brasa onde o indivíduo deveria passar descalço por cima de uma chapa de ferro em brasa, neste caso seria inocente se nada lhe acontecesse e seria culpado se queimasse, pois aí então sua culpa estaria se manifestando através das queimaduras.

Portanto, mesmo que seja impossível reconstruir a verdade absoluta dos fatos em razão de que aconteceu no passado e não voltará a acontecer, cabe sim às partes atuantes no processo demonstrar ao juiz a *verdade* dos fatos que estão alegando, buscando dessa forma alcançar a convicção do juiz de forma favorável ao seu interesse, mesmo que todo esse cenário probatório criado possa ser distanciado da realidade. Quem *prova*, no processo, convence o juiz e dessa forma vence a disputa, podemos assim dizer. Entretanto, tudo isso não significa que o resultado do processo deva ser, necessariamente, adequado e amoldado perfeitamente à realidade, pois conforme a escritora Wislawa Szymborska “nada acontece duas vezes e nem acontecerá”, ou seja, não está ao alcance de ninguém a reprodução

perfeita de um fato pretérito (NUCCI, 2015).

Dessa forma, pondera Eugênio Pacelli (2017):

Assim, ainda que prévia e sabidamente imperfeita, o processo penal deve construir uma verdade judicial, sobre a qual, uma vez passada em julgado a decisão final, incidirão os efeitos da coisa julgada, com todas as suas consequências, legais e constitucionais. O processo, portanto, produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal – 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017).

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

Através dos princípios, busca-se não somente a simples regulação de um caso ou então, a supressão das lacunas da lei. Para, além disso, através da principiologia da prova, almeja-se a sistematização da matéria, diante da necessidade de o intérprete do direito compatibilizar e adaptar os direitos e garantias constitucionais a um sistema atrasado e de origem inquisitorial como o do Código de Processo Penal brasileiro (DI GESU, 2014).

Princípio, portanto, é uma norma com alto grau de abstração que expressa um valor fundamental dentro do ordenamento jurídico que limita as regras que se relacionam com ele, integra as lacunas normativas, serve de parâmetro para a atividade interpretativa e, por possuir eficácia, pode ser concretizado e gerar direitos subjetivos. Em suma, a conceituação de “princípios” pode ser definida como as normas essenciais que determinam condutas obrigatórias e impedem a adoção de procedimentos com eles incompatíveis (WESTPHALEN, 2011. p. 66).

2.3.1 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O contraditório e a ampla defesa são garantias constitucionais.

O contraditório conduz ao direito de audiência e às alegações mútuas das partes na forma dialética. Por isso, está intimamente relacionado com o princípio do *audiatur et altera pars*, pois obriga que a reconstrução da “pequena história do delito” seja feita com base na versão da acusação (vítima), mas também com base no alegado pelo sujeito passivo (LOPES JR., 2014, p. 221).

O processo penal é visto por muitos como um jogo que deve seguir a determinadas regras. O referido princípio se encaixa perfeitamente em uma das regras mais importantes, senão a mais importante, pois, determina que o juiz deve ouvir as versões de ambas as partes porque caso não faça isso acabará tendo conhecimento de apenas metade da história e isso seria obviamente injusto, desviando assim do principal objetivo do Direito que é a obtenção da justiça. Dos meios e estratégias que as partes possuem, o processo penal exige que pelo menos seja dada a ambas as partes a oportunidade de vir ao processo e falar, de apresentar a sua versão dos fatos.

No tocante ao exercício da Ampla Defesa Di Gesu (2014) afirma que a defesa jamais pode ser obrigada a praticar determinado ato processual. Tem ela o direito de praticar ou assumir a responsabilidade da omissão processual. Entretanto, ao juízo cabe o dever de cientificar ambas as partes, bem como garantir que no caso de querer se pronunciar a informação dada pelas partes seja ouvida. Afirma então que o contraditório resume-se no direito de informação e na efetiva participação no processo.

No mesmo sentido, Giacomolli (apud DI GESU, 2014):

(...) ressalta que o contraditório como a essência do processo jurisdicional, isto é, a marca diferenciadora dos demais procedimentos, configurando-se em um verdadeiro procedimento em contraditório: “tese e antítese, voz ativa e voz passiva, pedido e contrapedido, ataque e defesa, culpado ou inocente, igualdade de meios de acusar e de se defender. Isso é a essência do contraditório cujo equilíbrio deve ser garantido pelo juiz” (DI GESU, 2014, p. 69).

Di Gesu (2014, pg. 68) afirma que o contraditório supera uma possível desigualdade no processo ao possibilitar uma igualdade de oportunidades, igualdade de tratamento, e uma simétrica paridade de armas as partes.

Conforme Giacomolli (apud DI GESU 2014) cabe à defesa o dever produzir uma antítese firme e consistente à tese acusatória, utilizando-se dos meios disponíveis para rebater os fatos alegados pela acusação.

No quesito provas, Lopes Jr. (2001) explica quais os momentos em que o contraditório deve ser observado:

Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova: 1º *Postulação* (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições; 2º *Admissão* (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova; 3º *Produção* (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova; 4º *Valoração* (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal. Sublinhe-se a imprescindibilidade do contraditório, que deve permear todos os atos e momentos da prova (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 571).

2.3.2 Princípio da Presunção de Inocência

A presunção de inocência atualmente está prevista expressamente no artigo 5º. LVII, da Constituição Federal, sendo que o mesmo prevê que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.*”.

A chamada presunção de inocência remonta primeiramente ao Direito Romano, mas a mesma foi seriamente atacada e até mesmo invertida no período da inquisição da Idade Média. Basta recordar que naquela época a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma sem prova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve, ou seja, era na verdade uma presunção de culpabilidade e não de inocência. No *Directorium Inquisitorum*, Eymerich orientava que “o suspeito que tem uma testemunha contra ele é torturado. Um boato e um depoimento constituem juntos, uma sem prova e isso é suficiente para uma condenação” (LOPES JR., 2014).

Quanto ao tema, Beccaria (BECCARIA, Cesare. apud LOPES JR., Aury. 2014) há seu tempo, já dizia que “*um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida.*”.

Aduz Di Gesu (2014):

Processualmente falando, o princípio da presunção de inocência possui um *dúplice significado*, tendo implicações diretas no âmbito da prisão e da prova. Em síntese, no que concerne à prisão, determina ser a utilização de medidas restritivas de liberdade pessoal reservada aos casos excepcionais,

pois a liberdade é a regra e a prisão a exceção. Quanto à matéria probatória, a presunção de inocência é tida como regra processual, no sentido de o acusado não ser obrigado a fornecer prova de sua inocência, pois esta é presumida e, em caso de dúvida, impera a absolvição (DI GESU, 2014, p. 64).

No mesmo sentido se posiciona Ferrajoli (1997 apud DI GESU 2014) ao apoiar a ideia que de a presunção de inocência pode ser tida como uma regra de tratamento ao imputado, onde deve ser seguida para excluir ou restringir ao máximo a limitação imposta a sua liberdade pessoal, bem como também se trata de uma regra de juízo impondo à carga da prova à acusação até o momento da absolvição. Neste norte, a acusação possui a carga de provar a referida alegação e à defesa cabe o direito, e não dever, de contradizê-la.

O princípio da presunção de inocência apresenta o destino da carga da prova. Contudo, como já dito, é direito do réu a possibilidade de contraditar a prova produzida pela acusação no decorrer do processo, e também direito de produzir, se quiser, provas com o objetivo diminuir os riscos de, ao final do processo, ter uma sentença desfavorável. Exercendo, portanto, de forma ampla, o direito a sua defesa processual (DI GESU, 2014).

2.3.3 Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional

A motivação das decisões judiciais está garantida pelo que prevê o artigo 93, especificamente em seu inciso IX, da Constituição juntamente com o que prevê o artigo 155 do Código de Processo Penal.

IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

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

Esse princípio reflete a liberdade concedida ao juiz no momento de sentenciar. Contudo, desde já é necessário pontuar que tal liberdade é também

restrita, ou seja, o magistrado não será influenciado por interesses políticos, econômicos, sociais ou até à vontade da maioria, ao passo que também não poderá usar de suas próprias vontades ou convicções para decidir o que está sendo julgado.

O livre convencimento está em dispor de inúmeras possibilidades para sentenciar, contudo ao mesmo tempo estar restrito ao quesito motivação, sendo que poderá alegar o que acreditar ser o melhor e o mais justo, mas deverá apontar o porquê disso, deverá motivar tal decisão permitindo que as partes possam entender o que o levou a tomar aquela decisão específica.

No tocante ao sistema de valoração da prova os magistrados já experimentaram vários. O primeiro deles seria o da íntima convicção, sobre o qual pontua Di Gesu (2014) que “o processo era resolvido conforme o foro íntimo [...] sem necessidade de motivação da decisão. O juiz não era obrigado a declinar as razões pelas quais chegou a uma determinada conclusão”.

O segundo sistema foi o conhecido como da prova legal ou tarifada, este é o oposto do anterior pelo motivo de que atribuía valores distintos a determinadas provas e com isso acaba meio que anulando o poder discricionário do juiz e o entregando a uma autoridade alheia ao processo (DI GESU 2014).

Sobre a prova tarifada afirma Di Gesu (2014):

[...] Nestes termos, a declaração de várias testemunhas prevalecia sobre o depoimento de uma única pessoa; um documento era mais valorado que o testemunho; a confissão era verdadeira “rainha” das provas, e assim por diante. A atuação do juiz tornou-se mais restrita, limitando-se a analisar o contexto probatório, a fim de atribuir-lhe valor previamente estabelecido por lei (DI GESU, 2014, p. 73).

Por fim, o terceiro sistema chamado de persuasão racional ou livre convencimento motivado, onde, segundo as palavras de Di Gesu (2014), “o julgador deixou de ter uma participação meramente instrumental para, finalmente, ser o sujeito responsável pela valoração da prova e conseqüente tomada da decisão”.

Conforme afirma Paulo Rangel (2017) “a apreciação é da prova. Deve haver prova nos autos, seja para condenar, seja para absolver. O juiz não pode se afastar da análise da prova que consta dos autos”. Dessa forma, fica claro que o juiz, como

já dito, possui a liberdade quanto à tomada de sua decisão, entretanto deve ficar adstrito às provas que foram produzidas no processo em razão de que as partes possuem o direito de conhecer as razões que levaram o magistrado a decidir daquela maneira, para que, querendo, possam exercer também o seu direito ao duplo grau de jurisdição.

No tocante a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais se posiciona Lopes Jr. (2014) da seguinte forma:

Serve para o controle da eficácia do contraditório, e de que existe prova suficiente para derrubar a presunção de inocência. Só a fundamentação permite avaliar se a racionalidade da decisão predominou sobre o poder, principalmente se foram observadas as regras do devido processo penal. Trata-se de uma garantia fundamental e cuja eficácia e observância legitimam o poder contido no ato decisório. Isso porque, no sistema constitucional-democrático, o poder não está autolegitimado, não se basta por si próprio. Sua legitimação se dá pela estrita observância das regras do devido processo penal, entre elas o dever (garantia) da fundamentação dos atos decisórios (LOPES JR, 2014, p. 234).

Giacomolli (apud DI GESU 2014) sustenta a necessidade das decisões serem motivadas e fundamentadas em razão de que os termos são sinônimos, pois a fundamentação explica porque aquela versão ou aquela prova foi escolhida ao invés da outra. Já a motivação demonstra quais são as bases fáticas e de direito que permitiram aquela determinada fundamentação acerca da decisão.

Por fim, muito bem explana Lopes Jr. (2014) ao dizer que:

O mais importante é explicar o porquê da decisão, o que o levou a tal conclusão sobre a autoria e materialidade. A motivação sobre a matéria fática demonstra o *saber* que legitima o *poder*, pois a pena somente pode ser imposta a quem – racionalmente – pode ser considerado autor do fato criminoso imputado (LOPES JR., 2014, 235).

3 PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal é um dos, senão o principal, meios de prova utilizados na formação do convencimento do julgador nos processos criminais. Em que pese, mas contradições existentes quanto à credibilidade do testemunho, este é utilizado como base na imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas pelos magistrados.

Contudo, a sua má ou inadequada utilização pode acarretar danos imensuráveis ao processo penal, chegando ao ápice de uma restrição de liberdade poder ser decretada com base em um testemunho de pouca confiabilidade, sabendo-se que a liberdade é um dos bens jurídicos tutelados pela Carta Magna de 1988.

A testemunha, portanto, não se confunde com uma das partes do processo por não possuir interesse na lide. Sendo assim, teoricamente, o seu depoimento deveria ser neutro. Entretanto, o ser humano nem sempre (quase nunca) é neutro, haja vista ser traído na maioria dos casos pelo temor, pela paixão ou até mesmo pela sua própria memória. Isso é o que nos leva a estudar mais profundamente como são criadas as memórias e a sua ligação com os depoimentos testemunhais.

3.1 NOÇÕES GERAIS

A prova testemunhal está regulada no Título VII, Capítulo VI, do Código de Processo Penal de 1941.

Távora e Alencar (2017) afirmam que testemunha “é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente”. Já, Nucci (2015) declara que a “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”.

No que tange a capacidade de testemunhar, o Código de Processo Penal prevê que toda pessoa poderá ser testemunha (artigo 202 do CPP); entretanto, também há previsão de hipóteses em que a pessoa poderá recusar-se a depor

(artigo 206 do CPP), as pessoas que são proibidas de depor (artigo 207 do CPP), e aquelas que não são submetidas a prestar o compromisso de “dizer a verdade” (artigo 208 do CPP).

Quanto ao compromisso de “dizer a verdade”, o artigo 203 do CPP dispõe: “A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, [...] explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade”. Em outros termos, compromete-se a testemunha a narrar somente o que realmente viu ou ouviu acerca do fato objeto do processo criminal, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal. Nada mais é do que o compromisso ou juramento de dizer a verdade, que segundo Nucci:

[...] É exatamente a fórmula encontrada pela lei para estabelecer a diferença entre a testemunha (pessoa obrigada a narrar a verdade, sob pena de responder pelo crime de falso *testemunho*) e outros declarantes, que podem prestar informações ao juiz, embora sem o dever de narrar fielmente a verdade (NUCCI, 2015).

No tocante a metodologia utilizada na realização da colheita do depoimento testemunhal, o Código de Processo Penal sofreu mudanças legislativas através da Lei nº 11.690 no ano de 2008. Uma das principais alterações diz respeito ao artigo 212 da legislação, que possuía a seguinte redação “[...] as perguntas das partes serão requeridas ao juiz, que as formulará à testemunha [...]”, ao passo que após a reforma, o referido artigo adaptou-se às regras e características do sistema acusatório, passando a possuir o seguinte texto legislativo:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

O Código de Processo Penal adotava uma metodologia voltada ao sistema inquisitório ao dispor que o juiz seria o primeiro destinatário dos questionamentos, antes mesmo das partes, pois, após a análise da pergunta feita pelas partes caberia

ao juiz reformulá-la, se necessário, e então direcioná-la àquela testemunha que estava destinada a respondê-la.

No tocante ao tema, uma crítica a esse sistema “inquisitorial” de colheita de testemunho refere-se ao fato de o juiz ser o primeiro a questionar o depoente e, depois de satisfeitos os seus questionamentos, passar a palavra às partes, as quais, segundo o sistema acusatório, seriam as responsáveis por gerir a prova desde o início (DI GESU, 2014).

A alteração trazida à legislação pela Lei 11.690 de 2008 retirou do juiz o papel de protagonista da instrução e concedeu a ele o papel de juiz-espectador (LOPES JR., 2014). Dessa forma, cabe ao juiz compromissar a testemunha no momento da abertura da audiência e permitir que as partes façam seus questionamentos à testemunha primeiramente, e só no final, caso haja algum ponto não esclarecido, o juiz poderá complementar a inquirição. Ainda, deve a parte que arrolou a testemunha ser a primeira a inquiri-la, pois é através das perguntas que demonstrará o que pretende provar e, na sequência, a outra parte exercitará o contraditório reformulando perguntas que lhe interessem (DI GESU, 2014).

Tais mudanças são de suma importância em razão de que são as respostas dadas aos questionamentos feitos a testemunha, independente de quem os faça que vão auxiliar no convencimento do magistrado no momento de proferir a sentença. Quanto à importância da metodologia utilizada na colheita do testemunho, posicionam-se Távora e Alencar (2017):

Percebe-se claramente a preocupação do legislador em evitar que a parte faça perguntas tendenciosas, levando a testemunha a erro, onde a resposta acabe sendo fabricada por argúcia do interpelante, retirando do testemunho a espontaneidade necessária para o esclarecimento da verdade. Quer-se evitar também o testemunho moldado, onde a parte faz as afirmações e praticamente convoca a testemunha a concordar ou discordar, retirando-lhe totalmente a liberdade de analisar e até mesmo entender o que foi indagado. A habilidade na condução do testemunho pela acusação ou pela defesa pode acabar fazendo da testemunha verdadeira marionete, alçada arditosamente a dizer o que se quer ouvir (TÁVORA, 2017, p. 727).

Destarte, acerca da nova redação dada ao artigo 212 do Código de Processo Penal, o ponto mais difícil, segundo Lopes Jr. (2014) é superar o ranço inquisitório

que domina o senso comum dos atores judiciários, tanto que ainda há (e muito) quem não tenha aderido às inovações legislativas.

Por fim, de forma gradativa a jurisprudência vem se adequando a essa nova sistemática processual, sendo que há variação quanto a consequências decorrentes da violação da referida sistemática (para alguns, nulidade absoluta; para outros, nulidade relativa).

No entendimento do STJ, a violação gera mera nulidade relativa conforme decisão do Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1489356/RS:

Ementa: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SONEGAÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. SÚMULA 284/STF. INÉPCIA DA DENÚNCIA. TESE SUPERADA COM A SUPERVENIÊNCIA DE SENTENÇA E ACÓRDÃO CONDENATÓRIOS. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. ALEGAÇÃO DE **NULIDADE**. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. VIOLAÇÃO AO ART. 212 DO CPP. ORDEM DE INQUIRÇÃO. PREJUÍZO À PARTE NÃO COMPROVADO. TESE DE AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DOLO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 07/STJ. DOSIMETRIA. APONTADA OFENSA AOS ARTS. 59,60 E 68 DO CP. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. REPRIMENDA MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] VI - Embora necessária à modificação da decisão monocrática para conhecer das alegações quanto à violação do art. 212 do Código de Processo Penal, a análise do tema não acarreta reforma no julgado da origem. Isso porque o dispositivo citado não veda que o magistrado faça perguntas, de sua iniciativa própria, em busca da verdade real, estabelecendo, na realidade, uma ordem de inquirição, que, caso não obedecida, resulta em nulidade relativa, dependendo da oportuna demonstração de prejuízo à parte, que não ocorreu, no caso. [...] Agravo regimental não provido (Recurso Especial nº 1489356 / RS 2014/0273602-0, Quinta Turma Recursal, Superior Tribunal de Justiça, Relator: Felix Fischer, Julgado em: 14/11/2017) (grifei).

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus 113706/MG:

Ementa: HABEAS CORPUS – RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL – SUBSTITUTIVO. Em jogo na via direta a liberdade de ir e vir do cidadão, cabível é o habeas corpus, ainda que substitutivo do recurso ordinário constitucional. TESTEMUNHAS – AUDIÇÃO – FORMA – ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – INOBSERVÂNCIA – NULIDADE – NATUREZA. **A nulidade decorrente da inobservância do disposto no artigo 212 do Código de Processo Penal é relativa, exigindo-se o protesto na audiência realizada** – precedente: habeas corpus nº 123.840, de minha relatoria, acórdão publicado em 15 de agosto de 2017 (Habeas Corpus nº HC 113706 / MG - MINAS GERAIS, Relator: Ministro Marco Aurélio, Julgado em: 14/11/2017, DJ: 27/11/2017) (grifei).

3.2 CLASSIFICAÇÃO DAS TESTEMUNHAS

De acordo com a doutrina majoritária as testemunhas podem ser classificadas em diretas, indiretas, próprias, impróprias, numerárias, informantes e referidas.

As testemunhas diretas ou presenciais são aquelas que tiveram contato direto com o fato, que o presenciaram e o gravaram sensorialmente. Segundo Paolo Tonini (2002, apud Larissa Civardi Flech, 2012, p. 35) “o conhecimento direto ocorre quando a testemunha apreende, pessoalmente, o fato por meio de um dos seus cinco sentidos”.

Em contrapartida, as testemunhas indiretas são aquelas que não presenciaram nada, mas ouviram falar do fato. Rômulo Moreira (2015) afirma que “[...] Apesar de ser um testemunho, digamos, mais frágil e menos firme, o certo é que deve ser aceito como prova testemunhal, ainda mais à luz do referido sistema do livre convencimento que dá certa liberdade ao julgador no momento de avaliar a prova[...]”.

Já as testemunhas chamadas próprias são as que são ouvidas acerca dos fatos delituosos, aqueles que dizem respeito diretamente ao objeto do processo criminal. Em contrapartida, as impróprias prestam depoimento sobre um ato que pertence à persecução criminal, mas não exatamente sobre o fato principal.

Testemunhas numerárias segundo Távora e Alencar (2017, p. 719) são as que estão no rol de testemunhas de cada uma das partes e assim fazem parte do número legal ditado pela legislação, estas devem depor sob compromisso. As extranumerárias, de acordo com o artigo 208 do Código Processual Penal, são as testemunhas ouvidas de ofício ou pelo juiz e que prestam compromisso antes de iniciar o testemunho.

Quanto às testemunhas classificadas como informantes, são aquelas, segundo Lopes Jr. (2014, p.681), “que não prestam compromisso de dizer a verdade e, portanto, não podem responder pelo delito de falso testemunho [...] Seu depoimento deve ser valorado com reservas, conforme os motivos que lhes impeçam de ser compromissadas”. Estão descritas nos artigos 206 e 208 da legislação processual penal.

Por fim, as testemunhas referidas são as pessoas que foram mencionadas nos depoimentos de outras testemunhas e, neste caso, podem ser ouvidas pelo juiz de acordo com critérios de pertinência e necessidade como dispõe o parágrafo 1º do artigo 209 do Código de Processo Penal.

3.3 CARACTERES DO TESTEMUNHO

De acordo com a sistemática processual penal pode-se identificar três caracteres principais que circundam a prova testemunhal, são eles: a oralidade, a objetividade e a retrospectividade.

O artigo 204 do CPP traz em seu texto legislativo a determinação de que os depoimentos serão prestados na forma oral, ou seja, prevalece a palavra falada. A testemunha, portanto, não poderá levar seu depoimento à audiência por escrito, apenas poderá ter alguns apontamentos escritos, aos quais poderá consultar de vez em quando com o intuito de recordar-se dos detalhes do fato.

Sobre a oralidade, Malatesta (2004, apud FLECH, 2012) destaca que:

A oralidade do testemunho em debates públicos garante a sua legitimidade, afastando a suspeita de que ele possa derivar de sugestões violentas, fraudulentas ou culposas, e serve para formar justamente o convencimento social que, quando se harmoniza com o convencimento do magistrado que julga, constitui sua força, prestígio e eficácia moralizadora (MALATESTA, 2004, apud FLECH, 2012, p. 36).

A retrospectividade, por sua vez, diz respeito à questão da testemunha narrar o que sabe acerca de um fato que aconteceu no passado. Sabe-se que o delito é um fato pretérito e a testemunha irá narrar o que presenciou baseado em sua memória. Cabe à testemunha exercer a atividade retrospectiva na narrativa do fato, e ao juiz o exercício da atividade recognitiva ao tomar conhecimento através do conhecimento de outra pessoa (LOPES JR., 2014).

Ainda, no tocante ao caractere da objetividade, a legislação processual penal, no artigo 213 do Código de Processo Penal, deixou clara a regra de que ao prestar depoimento a testemunha deveria separar suas convicções pessoais dos fatos que

estava narrando. Porém, na parte final do artigo há a ressalva de que será permitida apreciação pessoal somente nos casos em que essa é inseparável da narrativa.

Todavia, em que pese o artigo 213 proibir que os sentimentos sejam expressos durante o depoimento, faz-se estritamente necessário ressaltar a fragilidade pertencente a ele. A objetividade requerida do testemunho não passa de mera ilusão. Ainda sobre objetividade, assevera Altavilla (1946, apud FLECH, 2012, p. 37):

A testemunha não se define pelo texto do seu depoimento, mas do que é em si mesma, na sua qualidade de ser humano, sujeita a inúmeros fatores que entram na sua formação físico-psíquica-social. As influências internas ou externas fazem de si um agente da verdade ou um elemento pernicioso e confuso na engrenagem processual (ALTAVILLA, 1946, apud FLECH, 2012).

Lopes Jr. (2014) corrobora ao afirmar:

[...] a objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art. 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória). E essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo, fortissimamente marcado pelo ritual judiciário e sua simbologia. [...] A “objetividade” do testemunho deve ser conceituada a partir da assunção de sua impossibilidade, reduzindo o conceito à necessidade de que o juiz procure filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente (des)valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado. É o máximo que se pode tentar obter (LOPES JR., 2014, p. 683-684).

Ao fim da explanação, necessário se faz mencionar o ensinamento de Vagner e Claudio (2007, apud JACOB, 2016):

O Direito não contém regras tarifadas para auxiliar o intérprete na valoração dos depoimentos das testemunhas. A variabilidade do comportamento humano é infinita, e todos os conhecimentos de ciências diversas da jurídica são úteis na tarefa de interpretação e avaliação dos depoimentos, principalmente as noções de psicologia, de sociologia e de economia, nessa ordem de importância (GIGLIO; CORREIA, 2007, apud JACOB, 2016).

Por fim, a fragilidade da prova testemunhal se revela diante dos regramentos trazidos pela legislação processual, bem como pela (quase) impossibilidade de colher depoimentos que não estejam contaminados pelos sentimentos dos declarantes, ou ainda por Falsas Memórias, estas sugeridas ou espontâneas.

4 MEMÓRIA

Por diversas vezes afirmamos que a prova testemunhal é a única prova usada para julgar milhares de processos criminais. Contudo, embora seja a principal, é também a mais frágil das provas.

No processo penal faz-se uma retrospectiva do passado utilizando-se da atividade recognitiva, onde o juiz obterá conhecido do caso através do que as partes declararão em seus testemunhos. Essa retrospectiva acontece através do impulso das partes conforme preceitua o sistema acusatório, sendo assim o delito será reconstruído por meio de declarações.

Nos casos em que há falta de provas técnicas, o que ocorre, infelizmente, quase que na totalidade dos processos, o feito é julgado com base no que foi declarado pelas vítimas e testemunhas, sendo que estas se valem somente de sua memória. Daí surge a imprescindibilidade do estudo desta, sob diferentes perspectivas.

Na visão de Izquierdo (2009):

Memória é a aquisição, conservação e evocação de informações. A aquisição se denomina também *aprendizado*. A evocação também se denomina *recordação* ou *lembrança*. Só pode se avaliar a memória por meio da evocação. A falta de evocação denomina-se *esquecimento* ou *olvido*. Uma falha geral da evocação de muitas memórias denomina-se *amnésia* (IZQUIERDO, 2009, p. 15).

Através dos temas até agora abordados, já é possível afirmar que o que chega ao processo nem sempre é a realidade, nem sempre está condizente com aquilo que realmente aconteceu, pois como adverte Izquierdo (2011, p. 18) “a memória do perfume da rosa não nos traz a rosa; a dos cabelos da primeira namorada não a traz de volta, a da voz do amigo falecido não o recupera”. Ainda, acrescenta que “o cérebro converte a realidade em códigos e a evoca também através de códigos”.

Tal consideração alerta para o principal problema que é por muitos ignorados, qual seja, o de que a lembrança da testemunha sobre o fato delituoso não o reconstrói de forma igual a que ocorreu na realidade. Entre os processos de

experiência, formação das memórias e posteriormente evocação há um processo de tradução. Izquierdo (2011) descreve como ocorre o referido processo:

Os processos de tradução, na aquisição e na evocação, devem-se ao fato de que em ambas ocasiões, assim como durante o longo processo de consolidação ou formação de cada memória, utilizam-se redes complexas de neurônios. Os códigos e processos utilizados pelos neurônios não são idênticos à realidade da qual extraem ou à qual revertem as informações. Uma experiência visual penetra pela retina, é transformada em sinais elétricos, chega através de várias conexões neuronais ao córtex occipital e lá causa uma série de processos bioquímicos hoje bastante conhecidos. [...] Ao converter a realidade num complexo código de sinais elétricos e bioquímicos, os neurônios traduzem. Na evocação, ao reverter essa informação para o meio que nos rodeia, os neurônios reconvertem sinais bioquímicos ou estruturais em elétricos, de maneira que novamente nossos sentidos e nossa consciência possam interpretá-los como pertencendo a um mundo real. [...] Em cada tradução ocorrem perdas ou mudanças (IZQUIERDO, 2011, p. 19-20)(grifei).

Inegável, portanto, as perdas que sofre o processo ao basear-se somente na prova testemunhal. Di Gesu (2014) acrescenta que a atividade sensorial é determinada de acordo com a potencialidade dos sentidos no momento de receber os estímulos, o que quer dizer que a realidade exterior chega ao “eu” da maneira como os órgãos dos sentidos a apresenta e, o mais importante de tudo, é que pode variar não somente de indivíduo para indivíduo, mas também em relação ao mesmo indivíduo de acordo com o seu período de existência.

De acordo com Mira y López (2015) a percepção é relativa, ou seja, a forma como ele perceberá os acontecimentos dependerá do meio e também das razões fisiológicas a que o indivíduo está sujeito. Afirma que o testemunho de uma pessoa sobre qualquer acontecimento depende de cinco fatores, são eles: a) o modo como percebeu o acontecimento; b) o modo como sua memória o conservou; c) o modo como é capaz de evocá-lo; d) o modo como quer expressá-lo; e) o modo como pode expressá-lo. Explica que:

O primeiro fator depende por sua vez de condições externas (meios) e internas (aptidões) de *observação*. O segundo, puramente neurofisiológico, encontra-se somente influenciado por condições orgânicas, do funcionamento mnêmico. O terceiro, misto, isto é, psico-orgânico, é talvez o mais complexo, pois nele intervêm poderosos mecanismos psíquicos já estudados (repressão ou censura). O quarto, grau de sinceridade, é puramente psíquico[...] Finalmente, o quinto, *grau de precisão expressiva*, isto é, grau de fidelidade e clareza com que o indivíduo é capaz de descrever suas impressões e representações até fazer com que as demais

peças sintam ou compreendam como ele, é um dos menos estudados e talvez dos mais importantes (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 187-188).

Sem dúvida resta claro que a percepção de um fato, por mais simples que seja não depende somente da pessoa tê-lo ouvido e/ou presenciado, mas sim de elementos intelectuais, afetivos e conativos que formam a experiência psíquica daquela pessoa. Podemos dizer que a percepção depende da “vivência” que essa pessoa possui até aquele momento de sua vida (MIRA Y LÓPEZ, 2015).

Nesse ínterim, haja vista estar a memória e suas percepções suscetíveis a inúmeros elementos e critérios, pesquisas foram realizadas quanto à confiabilidade e fidelidade que possuem os testemunhos baseados somente nas memórias. Mira y López (2015) afirma que um fator importante na determinação da precisão e extensão da percepção é o grau de fadiga psíquica em que se encontra o indivíduo perceptor. Eis alguns resultados das pesquisas apontados pelo autor:

- a) A capacidade de apreensão de estímulos é maior pela manhã do que na parte da noite;
- b) As mulheres percebem os detalhes com mais exatidão do que os homens;
- c) Os termos inicial e final de uma série de acontecimentos costumam ser percebidos melhor do que os intermediários;
- d) As impressões ópticas podem ser testemunhadas em igualdade de condições, com maior facilidade que as acústicas;
- e) Os testemunhos referentes a dados quantitativos são mais imprecisos do que os qualitativos (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 190).

Assim também se posiciona Izquierdo (2011) ao dizer que as memórias são moduladas de acordo com as emoções, pelo nível de consciência e pelos estados de ânimo do indivíduo perceptor. Tal afirmativa encontra respaldo no dia-a-dia, eis que todos sabem o quão difícil é memorizarmos algo ou até mesmo recordarmos o nome de alguém quando estamos cansados, estressados ou deprimidos, bem como sabem como é fácil recordar ou aprender coisas quando estamos em alerta, descansados e de bom ânimo.

Em suma, a partir das análises feitas até agora é possível afirmar com veemência que só se pode valorar um testemunho conhecendo quem o fez. Em razão de que, devido às inúmeras interferências possíveis, é correto dizer que nenhum testemunho pode ser tido como perfeito, mas com a ajuda dos instrumentos

de análise psicológica é possível, ao menos tentar, aferir o grau de fidedignidade do relato em juízo quanto ao fato principal do processo criminal.

4.1 TIPOS DE MEMÓRIA

Há muitas classificações e nomenclaturas dadas as memórias. Podem ser classificadas de acordo com sua função, de acordo com o tempo que duram e de acordo com o seu conteúdo, bem como recebem os nomes de memória funcional e memória consolidada (KAPLAN, 1997); memória de trabalho, memórias declarativas e procedurais, memória de curta duração, memória de longa duração e memória remota (IZQUIERDO, 2011); e ainda memória de essência e memória literal (STEIN, 2010).

O presente trabalho não busca o exaurimento do estudo acerca das memórias, entretanto relevante se faz a breve análise quanto às classificações das mesmas para que o objetivo principal possa ser alcançado, que é o estudo e a análise do fenômeno conhecido como Falsas Memórias.

4.1.1 Memórias de acordo com a sua função

No tocante a função, na visão de Kaplan (1997 apud DI GESU, 2014) as memórias se dividem em *memória funcional* e *memória consolidada*. A primeira é uma memória de curto prazo, que é mantida por apenas alguns minutos, serve, por exemplo, para que o indivíduo possa gravar um número de telefone ou ainda lembrar-se do local onde deixou seu carro estacionado. Já a segunda, a memória consolidada, permanece por um longo prazo, chegando a durar anos ou até mesmo décadas.

Outrossim, Stein (2010) em seus estudos apresenta uma teoria explicativa das Falsas Memórias proposta por Reyna e Brainerd (1995). A teoria recebe o nome de Teoria do Traço Difuso – TTD (no original em inglês, Fuzzy Trace Theory) e propõe que a memória é composta por dois sistemas distintos, quais sejam, a memória de essência e a memória literal. Aduz que:

Segundo essa teoria, as pessoas armazenam separadamente representações literais e de essência de uma mesma experiência, as literais capturam os detalhes específicos e superficiais (p. ex., “bebeu um guaraná”, “comeu um hambúrguer com queijo”), e as de essência registram a compreensão do significado da experiência, que pode variar em nível de generalidade (p. ex., “bebeu um refrigerante”, “comeu um sanduíche”; “comeu um lanche”) (STEIN, L.M. E., 2010, p. 31-32).

A memória funcional de Kaplan em muito se assemelha a memória de trabalho de Izquierdo (2011), visto que é breve e fugaz. A memória de trabalho dura alguns segundos, no máximo minutos, para manter a informação que está sendo processada, bem como analisar se a referida informação já consta nos arquivos ou se deve se tornar uma nova memória.

A memória de trabalho não deixa traços e não produz arquivos para não confundir a mente humana, em razão de que o cérebro recebe muitas informações a todo o momento. Ela dura apenas o tempo necessário para gravarmos uma informação simples, como, por exemplo, quando pedimos o número de telefone de alguém e precisamos recordá-lo para realizar a discagem no aparelho celular. Assim que a discagem for feita o número será esquecido para que não venha a nos prejudicar quando for necessário recordar qualquer outro número.

No que se refere à nomenclatura, Izquierdo (2011) explica que:

Muitos não consideram a memória de trabalho como um verdadeiro tipo de memória, mas como um sistema gerenciador central (*central manager*) que mantém a informação “viva” pelo tempo suficiente para poder eventualmente entrar ou não na Memória propriamente dita. A expressão “memória de trabalho” provém da área da computação e se emprega pela analogia com sistemas que cumprem essa função nos computadores (IZQUIERDO, 2011, p. 24).

O estado de ânimo do indivíduo pode prejudicar o processamento da informação da memória de trabalho, dado que quando há falta de sono por possuir depressão ou simplesmente por estar desanimado ou triste, se torna mais difícil ler e entender algo ou ainda ouvir o que está sendo dito. Há sempre uma distração incômoda que interfere a fixação da informação, mesmo que essa vá permanecer por pouquíssimo tempo.

Por fim, cabe a memória de trabalho, sempre que receber qualquer tipo de informação, determinar se essa é nova ou não, bem como se é útil ou não. Para que isso seja possível é necessário que a memória de trabalho tenha acesso às memórias já existentes no indivíduo, pois, obviamente, se a informação for verdadeiramente nova não será encontrado nenhum registro dela no cérebro. Dessa forma, com a informação nova o indivíduo formará uma nova memória e aprenderá aquilo que está recebendo (IZQUIERDO, 2011).

4.1.2 Memórias de acordo com seu conteúdo

Recebem o nome de declarativas as memórias que registram fatos, eventos ou conhecimento, visto que os seres humanos podem realmente declarar que existem e relatar como as adquiriram. Entre as declarativas, aquelas que dizem respeito a eventos que o indivíduo participou ou até mesmo assistiu são chamadas de episódicas ou autobiográficas; já as que fazem referência a conhecimentos de forma geral são as semânticas.

As memórias episódicas recebem essa terminologia devido ao fato de que existem apenas porque o indivíduo vivenciou aquilo que é recordado, ou seja, tem consciência do que originou aquela lembrança (IZQUIERDO, 2011).

Ademais, as memórias chamadas semânticas são aquelas que retêm nossos conhecimentos de Português e Matemática, ou o perfume das rosas, por exemplo. Tem ligação com as memórias episódicas haja vista ser possível lembrar dos episódios em que se adquiriram as memórias semânticas, como a aula de português, ou o momento em que determinada flor foi cheirada pela última vez (IZQUIERDO, 2011).

Outrossim, aduz Izquierdo (2011) que as memórias procedurais ou de procedimento são as memórias acerca das habilidades motoras e sensoriais, conhecidas como “hábitos”. Exemplos dessa classe são os atos de andar de bicicleta, nadar, soletrar. As memórias de procedimento dividem-se em explícitas e implícitas:

As memórias de procedimentos são em geral adquiridas de maneira implícita, mais ou menos automática, e sem que o sujeito perceba de forma clara que as está aprendendo: resulta difícil, senão impossível, descrever de forma coerente (e, portanto, tornar explícito) cada passo da aquisição da capacidade de andar de bicicleta. [...] As memórias adquiridas sem a percepção do processo denominam-se implícitas. As memórias adquiridas com plena intervenção da consciência se chamam explícitas (IZQUIERDO, 2011, p. 27-28).

Por conseguinte, após breve análise das memórias declarativas e de procedimentos, é plausível a afirmação de que em nosso cérebro muitas memórias possuem ambos componentes, ou seja, possuem componentes declarativos e componentes procedimentais, pois, para tocar piano, por exemplo, é necessário saber a letra da música (declarativo) para poder utilizar o teclado com os dedos conforme o ritmo (procedimental). Em síntese, há memórias que não fazem parte apenas de uma classe, mas de várias, em razão de que uma complementa a outra.

4.1.3 Memórias de acordo com a sua duração

No tocante ao tempo de duração, as memórias podem ser classificadas em memória de curta duração, memória de longa duração e memória remota.

Quanto à duração das memórias de procedimento, as explícitas podem ter a duração de alguns minutos até algumas décadas, não há uma definição exata; as implícitas geralmente duram a vida toda.

As memórias de curta duração são aquelas que duram de 1 a 6 horas, sendo que esse é o período suficiente para que as se consolidem e então se tornem memórias de longa duração. Já essas geralmente levam de duas a seis horas para se formarem, podendo durar muitas horas, dias ou anos (IZQUIERDO, 2009).

Por conseguinte, as memórias declarativas de longa duração levam tempo para serem consolidadas. Entretanto, há agentes que podem interferir e até mesmo modificar esse processo de consolidação.

Explica Izquierdo (2011):

Nas primeiras horas após sua aquisição, são lábeis e suscetíveis à interferência por numerosos fatores, desde traumatismos cranianos ou eletrochoques convulsivos até uma variedade enorme de drogas ou,

mesmo, à ocorrência de outras memórias. A exposição a um ambiente novo dentro da primeira hora após a aquisição, por exemplo, pode deturpar seriamente, ou até cancelar, a formação definitiva de uma memória de longa duração (IZQUIERDO, 2011, p. 33).

Di Gesu (2014) explica que a neurologia destaca a possibilidade de haver modificação da memória entre a aquisição e a consolidação por influência de fatores tanto externos quanto internos. Essa questão é importantíssima ao presente estudo, pois demonstra que durante o intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja judicial ou extrajudicial, a lembrança poderá ser alterada ou contaminada.

Ainda sobre as possíveis interferências, leciona Izquierdo (2011) que a liberação moderada de hormônios do estresse (ex. adrenalina) logo após a aquisição da memória pode melhorar a sua consolidação, entretanto, quando houver uma liberação excessiva, ou administração desses hormônios em doses elevadas, pode resultar em amnésia.

Por fim, as memórias de longa duração que alcançam a duração de muitos meses ou anos recebem o nome de memórias remotas. Um exemplo digno de citação são as memórias que uma pessoa de 70 anos tem de sua infância.

4.2 FORMAÇÃO DAS MEMÓRIAS

As memórias não surgem num passe de mágica, são fruto do que percebemos ou sentimos em algum momento da vida. Utilizamos diferentes mecanismos cerebrais para aprendizagem daquilo que fica gravado em nossas memórias, por exemplo, usamos a via auditiva para aprender música, mas não a usamos para reconhecer um rosto; usamos o sistema-motor para aprender e evocar determinados movimentos, mas não o utilizamos para recordar odores (IZQUIERDO, 1989).

A formação das memórias, a partir de experiências, possui quatro aspectos fundamentais para sua compreensão. Izquierdo (1989) os enumera e esclarece como ocorrem:

1) Recebemos informações constantemente, através de nossos sentidos; mas não memorizamos todas. Por ex., depois de ver um filme, lembramos

algumas cenas; pode ser, até, muitas; mas não todas. Depois de ouvir uma aula, lembramos alguns conceitos; frases inteiras, talvez; mas não todos os conceitos nem todas as frases. Há, portanto, um processo de *seleção* prévio à formação de memórias, que determina quais informações serão armazenadas e quais não.

2) As memórias não são gravadas na sua forma definitiva, e são muito mais sensíveis à facilitação ou inibição logo após sua aquisição que em qualquer outro período posterior. Uma memória recente é muito mais suscetível ao efeito facilitador de certas drogas ou ao efeito amnésico de um traumatismo craniano que uma memória antiga (McGAUGH, 1988, p. 33-64). Isto indica que existe um processo de *consolidação* depois da aquisição (MÜLLER e PILZECKER, 1900, p. 1-288), pelo qual as memórias passam de um estado lábil a um estado estável.

3) As memórias são também muito mais sensíveis à *incorporação de informação adicional* nos primeiros minutos ou horas após a aquisição. Essa informação pode ser acrescentada, tanto por substâncias endógenas liberadas pela própria experiência — bendorfina, adrenalina, etc. — (IZQUIERDO, 1984, p. 65-77; IZQUIERDO, 1989), como por outras experiências que deixam memórias (LOFTUS e YUILLE, 1984; CAHILL et al., 1986; IZQUIERDO et al., 1988a,b; IZQUIERDO, 1989).

4) As memórias não consistem em *itens* isolados, senão em *registros* ("files") mais ou menos complexos. Não lembramos cada letra de cada palavra isoladamente; senão frases inteiras. Não lembramos cada cor ou cada odor percebido ontem como tais, senão como detalhes de "files" ou registros mais ou menos longos (o conjunto de eventos da hora do almoço; ou da tarde; ou do início da noite) (IZQUIERDO, 1989).

As memórias, além de possuírem um funcionamento complexo, também estão suscetíveis a fatores internos e externos, conscientes e inconscientes. Uma das influências mais importantes e que merece ser previamente analisada é a emoção, como funciona e de que forma influencia as memórias.

4.2.1 Influência das emoções sobre a memória

Toda memória é adquirida no contexto de um estado emocional. Há inúmeras influências capazes de modular as memórias que estão sendo construídas.

O estudo acerca destas possíveis influências é de suma importância para o objeto deste trabalho, qual seja o estudo das chamadas Falsas Memórias e sua interferência no processo penal. Haja vista ter relação com a forma em que deveriam ter sido criadas as memórias verdadeiras, mas que em decorrência de algumas influências, tanto externas quanto internas, acabaram se formando Falsas Memórias.

Mira y López (2015) destaca que tanto o desejo positivo quanto o negativo (medo) de que algo ocorra, pode fazer que o indivíduo acredite que esse algo já aconteceu. Afirma o autor que a essa questão dá-se o nome de “a sugestão da espera”, pois a consciência antecipa aquele acontecimento e faz com o que indivíduo creia que o mesmo já aconteceu, no todo ou somente em parte.

Ainda, Bárbara Rocha (2016) cita os ensinamentos da neurologista Dra. Carla Tieppo afirmando que é o hipocampo que seleciona aquilo que tem valor para ser guardado ou não. Um exemplo disso é um jovem de 27 anos que teve uma lesão no hipocampo que o levou a lembrar quem era e o que tinha acontecido no passado, mas, daquele tempo em diante, não conseguiu armazenar novas memórias.

O referido caso mostra que o hipocampo possui um papel muito importante no armazenamento de memórias, bem como em razão de estar ligado à emoção serve como explicação para o fato de o cérebro armazenar algumas coisas e outras não, de acordo com o valor que cada uma delas tem.

Nesta senda, Mira y López (2015) aborda a fragmentariedade das lembranças que o cérebro evoca. Propõe como exemplo o caso de perguntar em uma roda de amigos qual era a cor do traje ou do chapéu de um companheiro ausente naquele momento, mas que esteve presente na última reunião. No caso se der um companheiro que se veste da mesma maneira será fácil responder, contudo caso não se trate de alguém assim será quase impossível chegar a um consenso nas respostas. Para dificultar ainda mais a situação, a pergunta poderia se referir a detalhes ainda menores, como qual era a cor da gravata daquele indivíduo, ou ainda se ele possuía algum anel, porém, como já dito é muito difícil que haja respostas corretas sobre isso, pois segundo o autor no meio de lacunas enormes geradas por tais questionamentos, surgem ilhotas de reprodução. Essas ilhotas diferem de pessoa para pessoa, dado que uma se recordará de determinado detalhe enquanto a outra se recordará de outro detalhe. Isso acontece muito em relação às testemunhas de um processo, pois o que uma recorda perfeitamente a outra já esqueceu também perfeitamente.

Por conseguinte, a não ser que haja um determinado fator que nos faça prestar atenção de um modo sistemático em alguma situação ou algum estímulo, pode-se dizer que “nossa mente efetua sua percepção mais de acordo com a

lembrança de como era do que com o conhecimento de como é.” (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 193). Em outras palavras, quer dizer que o passado influencia muito mais que o presente. Outro bom exemplo dado por Mira y López (2015) é que uma mudança de conduta ou de caráter é mais facilmente percebida por alguém que não possui intimidade do que por alguém que convive diariamente com o indivíduo em razão de que como estão sempre juntos levarão mais tempo para se desligar daquele conceito que haviam construído sobre ele.

No que tange a relação entre emoção e memória, pode-se afirmar que o estresse, a ansiedade, o estado de ânimo e o nível de alerta modulam profundamente as memórias.

Um bom exemplo dessa interferência é o caso do aluno estressado em sala de aula que não consegue compreender as lições que formarão novas memórias, bem como o aluno que sofre de ansiedade e em razão do seu alto nível acaba por esquecer tudo aquilo que viu e ouviu logo após o término da aula (ROCHA, 2016).

Dra. Carla Tieppo (2016) aduz que:

O cérebro interpreta o estresse como uma ameaça, e a amígdala, componente do sistema límbico, desencadeia reações instintivas de proteção em caso de alguma emergência. É o que chamamos de ‘sequestro da amígdala’. Portanto, esse fator interfere no processamento de evocação de uma memória, que está desfocado naquele momento (ROCHA, 2016).

Ainda sobre o tema, estudos foram realizados e revelaram que os acontecimentos emocionais negativos são bem recordados, quer no que se refere ao acontecimento emocional em si, quer mais especificamente ao tema central do acontecimento (PINTO, 1998).

Os referidos estudos abordaram questões em que há alto nível de ansiedade e estresse como, por exemplo, os crimes praticados com violência. Se bem que, para muitas pessoas, não é necessário que haja necessariamente violência para alterar seus níveis psicológicos. Uma das principais revelações desses estudos foi a de que certos objetos ameaçadores e geradores de alta ansiedade como pistolas e seringas utilizados em crimes conseguem atrair quase que toda a atenção das vítimas, fazendo com que a mesma não se recorde de outros elementos importantes da situação (PINTO, 1998).

Um fenômeno estudado recebeu o nome de focagem da arama e foi examinado por Maass e Köhnken (1989, apud Pinto, A.C. 1998). Para análise do fenômeno foi utilizado um laboratório onde havia um grupo de sujeitos realizando variados testes e, em determinado momento, um indivíduo entrou na sala empunhando uma seringa de forma bem visível. Passado algum tempo, os participantes foram convidados a identificar o indivíduo que havia adentrado a sala do laboratório, contudo não foi possível identificá-lo, ao passo que a seringa que ele empunhava teve alto grau de reconhecimento, tendo sido informada a cor da seringa e também alguns detalhes da mão que a segurava.

Conclui-se, portanto, que os níveis de ansiedade a que as vítimas e testemunhas, devido aos intensos níveis de ansiedade e estresse a que são submetidos, podem sim vir a focar apenas em algum detalhe do delito, podendo posteriormente não se recordar de todos os detalhes necessários para a instrução do processo criminal. Com isso, é possível afirmar que os testemunhos muito detalhados nem sempre podem ser confiáveis, haja vista a memória ser maleável em decorrência das inúmeras interferências que pode sofrer.

Quanto à explicação dos resultados obtidos nos estudos, Pinto (1998) declara que a hipótese mais adequada é a proposta por Easterbrook (1959, apud PINTO, A.C., 1998), pois segundo ele:

[...] o aumento da intensidade de excitação e alerta (arousal) que a situação emocional provoca reduz o âmbito e o número de pistas e índices ambientais que podem ser usados numa dada situação. Como a emoção acompanha o estado fisiológico de excitação e alerta, será de prever que as pessoas, perante o aparecimento súbito de estados emocionais intensos, se concentrem na informação mais importante e central e descurem ou esqueçam a informação acessória e periférica. De facto perante um assalto com a ameaça de uma pistola ou faca, a concentração na arma é essencial. Não há tempo a perder a contemplar a paisagem, a começar pela cara do agressor (PINTO, 1998, p. 6).

Entretanto, assim como há estudos que demonstram que a emoção inibe ou enfraquece a memória para certos fatos e informações, há também aqueles que revelam que a emoção facilita uma recordação de forma mais detalhada e precisa.

Sendo assim, é possível afirmar que as emoções podem ser consideradas tanto um redutor quanto um amplificador de detalhes e elementos de determinada

situação, podendo modificar para melhor ou pior a recordação futura daquele acontecimento.

Em suma, conforme declara Izquierdo (1989) os registros se formam durante e depois de experiências ou eventos memorizados, preparando várias memórias consecutivas (LOFTUS e YUILLE, 1984, p. 163-83; IZQUIERDO et al., 1988b; apud IZQUIERDO, 1989). Porém, podem ser alteradas, moduladas, reduzidas ou ampliadas tempos depois, pela evocação ou por novas memórias adquiridas. A certeza que se tem é que não memorizamos itens isolados como memórias, sensações ou percepções avulsas, mas sim guardamos e evocamos registros e memórias complexas.

Cabe ainda destacar que Pinto (1998) declara haver o seguinte padrão no que tange a relação entre memórias e emoções:

(1) A relação entre emoção e memória é complexa. Para certos valores de intensidade emocional, as pessoas revelam uma boa memória para situações emocionais vividas no passado; Para valores de intensidade elevados ou extremos, a experiência emocional pode dar origem a amnésias funcionais, repressão ou dissociação; (2) A recordação de situações emocionais vividas é geralmente boa, mas tal não significa que seja uma recordação precisa para a totalidade dos elementos da situação. A recordação é até melhor para um núcleo de elementos em relação a aspectos mais periféricos; (3) Num estado emocional, a informação que surge ou é apresentada tende a ser melhor adquirida e processada e o ritmo de esquecimento tende a ser mais lento; (4) Dentro de certos parâmetros, a emoção é um factor facilitador da memória, mas não garante uma recordação perfeita nem isenta de erros (PINTO, 1998, p. 16).

Por fim, como percebido através deste breve estudo, a memória é suscetível a inúmeras interferências e falhas, o que, no que tange ao processo penal, pode fazer com que as informações das vítimas e testemunhas não sejam fiéis aos fatos vivenciados. Os fatores internos e externos, conscientes e inconscientes, podem comprometer o testemunho, podendo o mesmo chegar a ser baseado em uma lembrança que nunca existiu, ou seja, baseado em uma falsa lembrança. As falsas memórias têm grande impacto no âmbito forense.

Embora a ocorrência do fenômeno das falsas memórias seja, em certa medida, comum em nossas vidas assim como outras falhas relacionadas à memória, esse assunto tem recebido atenção e especial e, por isso, merece ser analisada de forma mais detida no próximo capítulo.

5 FALSAS MEMÓRIAS

O conceito de falsas memórias começou a ser construído entre o final do século XIX e início do século XX. Os estudos iniciaram por volta de 1900 por Binet na França e em 1910 por Stern na Alemanha, onde o objeto estudado foi a ocorrência de falsas memórias em crianças. Já em 1932 foi Barlett, na Inglaterra, que investigou o acontecimento do fenômeno em adultos (DI GESU, 2014).

Nesta senda, em meados dos anos 70, Elizabeth Loftus introduziu uma nova técnica no estudo das falsas memórias, o que anos depois a tornou uma das maiores autoridades no que se trata desse assunto. A nova técnica se tratava da sugestão de uma falsa informação. Realizava-se de modo que durante uma experiência realmente vivenciada pelo indivíduo uma falsa memória fosse introduzida, e o efeito dessa experiência era de que, posteriormente, o sujeito acreditaria fielmente ter vivido o que foi sugerido falsamente (LOPES JR e DI GESU, 2007).

Loftus (apud LOPES JR e DI GESU, 2007) após realizar experimentos com mais de vinte mil pessoas afirmou que “a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos”.

Uma das principais contribuições de Alfred Binet foi categorizar a possibilidade da memória ser auto sugerida – aquela que é fruto dos processos internos do indivíduo – e deliberadamente sugerida, quando deriva do ambiente. Posteriormente, Loftus, Miller e Burns (1978) identificaram-nas como falsas memórias espontâneas e sugeridas (STEIN, 2010).

O procedimento denominado Procedimento de Sugestão de Falsa Informação ou Sugestão criado por Loftus (apud STEIN, 2010, p. 24) consistia em uma cena que era apresentada aos participantes, nesta cena ocorria um acidente de carro devido ao avanço indevido de um dos motoristas, pois no local havia uma placa dizendo a parada era obrigatória. Na segunda etapa, o experimentador sugeria alterações quanto à cena original, por exemplo, dizia aos participantes que a placa do local do acidente dizia “dê a preferência” ao invés de afirmar que era obrigado parar naquele

local. Ao final da experiência, quando os participantes eram questionados acerca do que haviam visto na cena original, muitos respondiam de acordo com a informação falsas, ou seja, afirmavam ter visto uma placa de “dê a preferência” e não uma de “parada obrigatória”.

Com isso, chegou-se a conclusão de que a memória poderia ser facilmente modificada quando apresentada uma informação falsa semelhante com a verdadeira vista no primeiro momento. Sendo assim, é possível afirmar que “as Falsas Memórias surgem quando, por indução de terceiros ou recriação do próprio indivíduo, os mecanismos de aquisição, retenção ou recuperação da memória falham, levando o sujeito ao erro” (FLECH, 2012, p. 63).

Frisa-se, segundo Osnilda PISA:

A memória não funciona como uma filmadora, que grava a imagem e essa pode ser vista e revista diversas vezes. Muitas são as interferências que podem ocorrer entre as fases da aquisição e recuperação da memória de um evento. As falsas memórias podem resultar de sugestão externa, acidental ou deliberada, como no caso dos experimentos, com a introdução de informação falsa, ou de origem interna, resultado de processos de distorções mnemônicas endógenas (PISA, 2006, p. 21).

Ainda, Segundo Roediger e McDermott (1995 apud SANTOS e STEIN, 2008):

As falsas memórias são um tipo de distorção mnemônica que consiste na recuperação de eventos que nunca foram vivenciados. Embora a ocorrência de falsas memórias seja, em certa medida, comum em nossas vidas, assim como outras falhas mnemônicas, como o esquecimento, ela tem recebido uma atenção especial por parte da comunidade científica, pois seu estudo gera insights a respeito da natureza reconstrutiva da memória (Schacter & Slotnick, 2004) (SANTOS; STEIN; 2008, p. 416).

No tocante a área jurídica, o estudo das falsas memórias possui grande relevância em razão de que o funcionamento da memória pode comprometer o exercício da justiça, haja vista a memória de quem presenciou algum crime/infração ou foi alvo de violência estar sujeita a distorções e modificações de sua memória.

5.1 TEORIAS EXPLICATIVAS ACERCA DAS FALSAS MEMÓRIAS

Três teorias explicativas são utilizadas para elucidar o fenômeno das falsas memórias, abordaremos as mesmas de forma sucinta na sequência.

A primeira teoria é a do Paradigma Construtivista, que compreende a memória como um sistema unitário por meio de duas abordagens explicativas: Construtivista e dos Esquemas. A segunda é a Teoria do Monitoramento da Fonte, que enfatiza o julgamento da fonte de informação de uma memória. E por fim a terceira recebe o nome de Teoria do Traço Difuso, que considera a memória como sendo constituída por dois sistemas independentes de armazenamento e recuperação da informação (STEIN, 2010).

5.1.1 Teoria do paradigma construtivista

No Paradigma Construtivista a memória é concebida como algo a ser construído. Define-se como um sistema a ser construído a partir da interpretação feita pelas pessoas dos eventos que foram vividos. Dessa forma, como afirma Stein (2010, p. 27) “a memória resultante do processo de construção seria aquilo que as pessoas entendem sobre a experiência, seu significado e não a experiência propriamente dita”.

Deste modo, a recordação é fruto da interpretação feita da experiência vivida, mas essa se mistura com informações que realmente estavam presentes no evento original e também com outras feitas a partir dele, sendo assim, cada nova informação será processada com base em interpretações prévias já realizadas pelo indivíduo.

Nesse contexto, a memória estaria a todo tempo suscetível a interferências, e em razão disso as falsas memórias ocorreriam porque eventos realmente vividos seriam influenciados pelas inferências de cada pessoa, ou seja, as interpretações seriam influenciadas por experiências e conhecimentos já adquiridos até aquele momento da vida. Sendo assim, as inferências integram-se a memória e podem chegar a modificar o evento vivido, fazendo com que a memória do evento já não exista mais restando apenas a interpretação feita a partir dele (STEIN, 2010).

Esta teoria recebeu críticas no sentido de que “somente uma memória é construída sobre a experiência, bem como no fato de entender por perdidas as

informações literais durante o processo de interpretação da informação.” (STEIN, 2010, p. 138).

Buscando superar a fragilidade do paradigma construtivista, outras duas teorias surgiram a fim de explicar as falsas memórias, são elas: Teoria do Monitoramento da Fonte e Teoria do Traço Difuso.

5.1.2 Teoria do monitoramento da fonte

Uma série de pesquisas foi realizada a partir dos anos 1970, buscando verificar a confiabilidade da memória quanto a estímulos vindos de diferentes fontes, como estímulos visuais, auditivos e gustativos (STEIN, 2010).

A chamada fonte refere-se à pessoa, local ou situação de onde advém a informação. De acordo com essa teoria para que haja distinção da fonte são necessários processos de monitoramento da realidade vivenciada.

Sendo assim, as falsas memórias “não seriam fruto de distorção da lembrança, mas sim atribuições errôneas da fonte da informação lembrada por erro de julgamento” (DI GESU, 2014, p. 139). Quer dizer que surgem falsas memórias quando atribuímos pensamentos, imagens e sentimentos oriundos de uma fonte são a outra fonte diversa. Stein (2010) afirma que existem dois fatores que colaboram para a formação do fenômeno: o primeiro diz respeito a possibilidade um evento recordado possuir características semelhantes a outro e assim serem confundidos. Já o segundo fator aponta a necessidade de realizar um monitoramento meticuloso em relação à fonte das lembranças que serão posteriormente recuperadas.

Nas palavras de Oliveira e Albuquerque:

[...] a maioria dos erros poderia ser explicada por confusões relativas à fonte dos acontecimentos. Isso significa que uma falsa memória poderá ser resultado de uma atribuição externa (e.g., ter visto uma palavra) a uma memória que, na verdade, tenha tido origem interna (e.g., ter pensado numa palavra), ou de uma atribuição errada à fonte da informação, podendo esta ser de origem interna (e.g., pensar em algo e julgar tê-lo dito) ou externa (e.g., ouvir na rádio e julgar ter visto na televisão) (OLIVEIRA; ALBUQUERQUE; 2015, p. 560).

Há grandes chances de falsas memórias serem criadas em momentos onde a atribuição da fonte de uma informação deve ser feita rapidamente, em razão que a atenção do indivíduo está focada em todos os aspectos da tarefa que está sendo executada. Ainda, deve-se atentar ao fato de que a recuperação da informação pode ser influenciada por informações geradas antes, durante ou após este evento (STEIN, 2010).

Lilian Stein (2010) cita, como exemplo, o caso de um taxista que quando assaltado teve que prestar atenção nas ameaças que estava sofrendo, na direção do táxi e no caminho que estava fazendo e, assim, afirma que havia grande probabilidade de que o reconhecimento dos assaltantes, bem como tudo o que aconteceu no assalto, restasse bastante prejudicado devido à simultaneidade de tarefas que interferem no julgamento da fonte.

Por fim, assim como o paradigma construtivista, a teoria do monitoramento da fonte também recebeu críticas acerca do seu conteúdo. Di Gesu (2014, p. 139) aduz que a mesma “encontra limitação no fato de que a falsificação da lembrança ocorreria somente para informação sobre a fonte”. Já Stein (2010, p. 30) refere como críticas o fato de que “o monitoramento da fonte seria um processo de julgamento que envolve a avaliação de características da informação e não uma distorção da memória” e “a concepção da memória como dependente da fonte, já que respostas a respeito da fonte real ou imaginária da informação estão associadas a um único julgamento de memória”.

5.1.3 Teoria do traço difuso

A teoria do traço difuso formou-se a partir da década de 1980 e, diferentemente das demais, explica a memória como um sistema formado por múltiplos traços. Foi proposta por Reyna e Brainerd (1995 apud STEIN, 2010) denominando-se de a Teoria do Traço Difuso – TTD, originalmente conhecida em inglês como Fuzzy Trace Theory.

Esta teoria aborda o intuitivo como metáfora principal para o funcionamento cognitivo. Como seu próprio nome difuso alude o intuitivo, o não lógico, o não delimitado é a base do raciocínio (STEIN, 2010).

Ademais, a teoria do traço difuso defende a ideia de que a memória possui dois sistemas distintos chamados de memória de essência e memória literal. Como já estudado anteriormente, as pessoas armazenam tanto representações literais quanto de essência a partir da mesma situação vivenciada.

Altavilla (2003, apud LEMBERG, 2016) descreve essa essencialidade como esqueleto do acontecimento, devido ao fato de que elementos singulares são deixados de lado para dar atenção a um significado global.

Acerca do tema, define Stein (2010):

[...] as literais capturam os detalhes específicos e superficiais (p. ex., “bebeu um guaraná”, “comeu um hambúrguer com queijo”), e as de essência registram a compreensão do significado da experiência, que pode variar em nível de generalidade (p. ex., “bebeu um refrigerante”, “comeu um sanduíche”, “comeu um lanche”) (STEIN, 2010, p. 33-34).

Como se depreende do estudo, as memórias literal e de essência armazenam as experiências de forma distinta, pois a literal ocupa-se dos detalhes e a de essência armazena uma compreensão mais geral. Ainda, a memória literal está mais suscetível a interferências por possuir pouca durabilidade.

Portanto, para tal teoria a memória possui dois sistemas distintos nos quais o armazenamento e a recuperação das memórias são dissociados (STEIN, 2010).

Destarte, a teoria do traço difuso não saiu ileso quanto a críticas por parte da doutrina especializada. Stein (2010) descreve quais são as principais críticas e no que consistem:

A primeira delas diz respeito à dificuldade de avaliar casos em que as FM são resultado de processos mais abstratos e reflexivos que seriam explicadas pelo caráter difuso do traço de essência. Nesse mesmo sentido, a segunda crítica refere que pouco se explora à respeito dos erros subjacentes à confusão de memória para detalhes superficiais de duas fontes de informação. A terceira e mais importante crítica questiona a divisão da memória em traços, ressaltando estudos em que há recuperação de detalhes perceptuais duradouros, fato esse que vai de encontro ao princípio de durabilidade dos traços literais, e de falsas recordações baseadas em aspectos semânticos e perceptualmente vívidos, fato que vai de encontro com o caráter difuso da teoria (STEIN, 2010, p. 36-37).

Por fim, indispensável é dizer que o objetivo do presente estudo não é afirmar que todas as memórias são falsas, mas sim demonstrar o quanto ela é suscetível a

interferências e modificações. Há sim uma gama de memórias que retratam fatos realmente vivenciados, contudo deve-se ater a questão da possibilidade de haver erros em nossas memórias.

As falsas memórias são um fenômeno que ocorre no dia a dia das pessoas, não tem a ver com algo patológico e também não é um distúrbio. Os estudos acerca desse tema vêm crescendo com o intuito de que seja possível identificar a sua criação, bem como indicar meios de redução das mesmas. Principalmente na área jurídica é necessário identificar problemáticas como essa para que seja possível obter relatos mais confiáveis nos processos criminais, pois estes envolvem a vida de muitas pessoas.

5.2 FALSAS MEMÓRIAS ESPONTÂNEAS E SUGERIDAS

Elizabeth Loftus (apud DI GESU, 2014) realizou pesquisas com mais de 20 mil pessoas acerca das possíveis distorções da memória, sendo que os resultados por ela obtidos foram surpreendentes, pois mesmo sabendo da possibilidade da memória poder ser modificada não se tinha a ideia do quão perigoso isso poderia ser.

A partir dos estudos realizados pela autora chegou-se a conclusão de que as lembranças podem ser alteradas a partir de informações errôneas sobre acontecimento que nunca foram vividos, bem como por informações errôneas que modificam fatos realmente vivenciados (DI GESU, 2014).

Nas palavras de Loftus (apud DI GESU, 2014):

A informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, quando somos interrogados de maneira evocativa, ou quando uma reportagem nos mostra um evento em que nós próprios vivemos (DI GESU, 2014, p. 133).

O objetivo da autora ao iniciar suas pesquisas era demonstrar o quão sugestionável é a memória, bem como as testemunhas presenciais de um evento poderiam se equivocar ao relatar os fatos em razão de que suas lembranças não

são inalteráveis, ao invés disso as mesmas estão sendo construídas constantemente, não estando sujeitas apenas ao esquecimento.

Dessa forma, com base na análise dos resultados das pesquisas de implantação ou criação de falsas informações, foram as falsas memórias divididas em *espontâneas* e *sugeridas*, pois podem ocorrer em função de distorções endógenas e exógenas.

Stein (2010, p. 23) afirma que as falsas memórias espontâneas “são resultantes de distorções endógenas [...] Essas distorções, também denominadas de autossugeridas, ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória”. Sendo assim, uma simples interferência pode ser lembrada como participante do evento original, comprometendo assim o que está sendo lembrado.

Uma distorção comum à maioria das pessoas ocorre quando lembramos, por exemplo, de um amigo ter nos contado uma determinada história, mas na verdade aquelas informações haviam sido vistas em um programa de televisão. Neste caso, recordamos de uma informação pertencente a um evento quando na realidade ela pertenceria a outro bem diferente.

No que tange ao tema, Altavilla (apud LEMBERG, 2016, p. 52) aduz que:

Vemos uma coisa vermelha no meio da folhagem, e experiências anteriores fazem com que a percepção actual se complete com a representação de atributos percebidos de outras vezes, e, por isso, ficamos na convicção de ter visto uma maçã (LEMBERG, 2016, p. 52).

Ainda, como no caso mencionado acima, Lemberg (2016) questiona o fato de que se víssemos um objeto brilhante na mão de um delinquente, poderíamos dizer que se tratava de uma arma? Pelos estudos realizados, acredita-se que sim, e inclusive, seria possível que chegássemos a descrevê-la nos mínimos detalhes.

No que tange as falsas memórias sugeridas, Stein preleciona que:

[...] elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original (Loftus, 2004). Esse fenômeno, denominado efeito da sugestão 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 redução das lembranças verdadeiras e um aumento das FM (Brainerd e Reyna, 2005) (STEIN, 2010, p. 24).

Um teste que demonstra o quão séria e preocupante é a ocorrência de falsas memórias sugeridas foi realizado na Universidade Willians, onde Saul Kassin observou as reações de alguns indivíduos que foram falsamente acusados de ter danificado computadores daquela universidade ao apertar uma determinada tecla. Em um primeiro momento os participantes negavam a prática, entretanto após terem sido confrontados por um suposto cúmplice de Saul, que afirmava tê-los visto clicando a tecla, a maioria deles chegou a assinar confissões de culpa e a descrever detalhadamente como o incidente havia acontecido. Contudo, o referido ato nem sequer havia acontecido (DI GESU, 2014).

Depreende-se do fato narrado a problemática que se vive em razão da criação das determinadas falsas memórias. Pois, no caso em debate, pessoas inocentes assinaram uma confissão de culpa após terem sido confrontadas por alguém que disse tê-los visto praticando o ato, mesmo que momento atrás elas afirmavam com certeza que não haviam feito aquilo.

Isso nos mostra o quão suscetíveis são as pessoas a relatar acontecimentos que não aconteceram, ou ainda acrescentar detalhes não vivenciados.

Loftus (apud DI GESU, 2014, p. 134) afirma que “as falsas lembranças são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas”. No mesmo sentido se posiciona Stein (2010, p. 24) ao referir que “nossa memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções e interpretações podem, sim, influenciar a forma como recordamos dos fatos”.

Extremamente relevantes são essas informações no tocante ao processo penal haja vista o mesmo, na maioria das vezes, utilizar as declarações das vítimas e testemunhas como embasamento na hora de declarar o réu como culpado ou inocente.

A possibilidade das testemunhas ou até mesmo da vítima relatar algo que não seja verdadeiro, que tenha sido influenciado a partir de uma falsa informação acaba por comprometer a fidedignidade e a confiabilidade atribuídas ao depoimento, gerando assim um imenso prejuízo à ação penal.

O objetivo do presente não é afirmar que todas as memórias são falsas nem fazer com que se desacredite das provas produzidas no processo. Busca-se apenas demonstrar o quão frágil é a prova testemunhal, ainda mais nos casos em que as sentenças são proferidas com base unicamente nela, e referir que nestes casos ela se torna insuficiente para derrubar a presunção de inocência.

Acontece que o grande problema é desvelar o que realmente aconteceu, o que não tem nada de fácil ou simples, pois o fato não deixa vestígios ou estes foram apagados pelo tempo, ou ainda pior, a prova foi mal produzida (DI GESU, 2014).

Por fim, cumpre salientar que as falsas memórias diferenciam-se da mentira, pois nessa o sujeito sabe que o que está relatando não é um fato verdadeiro.

Nas palavras de Lopes Jr. (2014):

As falsas memórias se diferenciam da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação (LOPES JR., 2014, p. 691).

Em síntese, a mentira trata-se de uma simulação por pressão social e por isso tem base social, já as falsas memórias, sugeridas ou espontâneas, são um fenômeno de base mnemônica, ou seja, uma lembrança (DI GESU, 2014).

6 A PROVA TESTEMUNHAL E AS FALSAS MEMÓRIAS

Como já visto anteriormente, as falsas memórias fazem parte do nosso cotidiano, podendo ser espontâneas ou sugeridas. Fazem parte de um processo mental normal, não estando atreladas a nenhuma patologia ou distúrbio mental.

O tema das falsas memórias é complexo, recente e muito importante para o direito processual penal em especial. Essa importância está atrelada ao fato de que são os atores judiciais que estão sempre em contato com as pessoas e suas recordações, tanto vítimas quanto testemunhas, buscando através delas obter provas de um determinado delito cometido.

Afirma Di Gesu (2014, p. 153) que “é preciso ter ciência do fenômeno, poder identificá-lo e, por fim, estar preparado para lidar com ele, criando mecanismos de mitigação da problemática, diante da inviabilidade de sua solução”.

No processo penal, embora os princípios da presunção de inocência e do *in dubio pro reo* sejam levados em conta, muitas sentenças são fundamentadas com base exclusivamente no que foi declarado pela vítima e pelas testemunhas, o que pode vir a macular o processo em razão da sua imensa fragilidade.

O que se almeja na realidade é que a prova oral seja produzida com mais qualidade técnica e que na medida do possível outros meios de prova sejam utilizados nas investigações e na produção da prova (DI GESU, 2014).

Flech (2012) aduz que:

Diante da falsificação da lembrança, a testemunha não consegue separar o verdadeiro do falso ou é induzida à deformação dos fatos, sem ter consciência disso. Trata-se, destarte, de erros ou equívocos mnemônicos que não autorizam o enquadramento do indivíduo no tipo penal de falso testemunho ou falsa perícia, previsto no artigo 342 do Código Penal (FLECH, 2012, p. 70).

Dessa forma, não é possível punir aquele que, mesmo sem ter consciência, relata fato que não é verdadeiro ou que não aconteceu em determinada situação-delito.

Uma das maiores preocupações na seara criminal está voltada para os crimes que não deixam vestígios, em especial os crimes sexuais, pois como alerta Lopes Jr. (2014, p. 693) “é nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal (e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para implantação de uma falsa memória”.

Na sequência do trabalho analisaremos os principais fatores de contaminação das provas, bem como quais são as pessoas mais suscetíveis a ocorrência desse fenômeno e, ainda, serão indicados alguns métodos que buscam a redução dos danos causados pelas falsas memórias no processo penal.

6.1 A FALSIFICAÇÃO DA LEMBRANÇA NO ATO DE RECONHECIMENTO

No ato de reconhecimento uma pessoa é levada a identificar algum objeto, buscando recordar se o havia percebido em um determinado contexto, o do delito, para poder comparar as duas experiências. O indivíduo que está realizando esse meio de prova, com o objetivo de que possa compor o conjunto probatório do processo, perguntará ao indivíduo se ele está frente ao mesmo objeto (pessoa ou coisa) antes percebido (DI GESU, 2014).

Guilherme de Souza Nucci conceitua o reconhecimento da seguinte forma:

É o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa. No ensinamento de ALTAVILLA, o “reconhecimento é o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-se uma pessoa ou uma coisa quando, vendo-a, se recorda havê-la visto anteriormente.”. [...] Através do processo de reconhecimento [...] a vítima ou a testemunha tem condições de *identificar* (tornar individualizado) uma pessoa ou uma coisa, sendo de valorosa importância para compor o conjunto probatório (NUCCI, 2014, p. 436).

Di Gesu (2014) explica que o ato de reconhecimento depende do conhecimento prévio que o sujeito possui acerca daquele determinado objeto, sendo pessoa ou coisa, pois apenas já o conhecendo é que será possível distinguir detalhes ou afirmar com exatidão tratar-se do mesmo objeto. A essa percepção a autora dá o nome de percepção precedente e já salienta de antemão ser essa percepção fomentadora de muitos erros.

O Código de Processo Penal brasileiro prevê o reconhecimento de pessoas e coisas no artigo 226 e seguintes, podendo ocorrer na fase pré-processual e na fase processual.

Lopes Jr. (2014, p. 701) critica o posicionamento adotado por alguns juízes e delegados ao realizar o reconhecimento de pessoas ou coisas. Afirma o autor ser um total desrespeito com a forma prevista em lei nos casos em que o magistrado questiona uma testemunha ou a vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”, afirma que tal método adotado constitui desprezo a formalidade, bem como descumpre as regras do devido processo legal por violar o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Quando o reconhecimento é realizado dessa forma, com base em todo o estudo até aqui realizado, é possível afirmar que a testemunha ou a vítima que é questionada sem nenhum aviso prévio pode, com toda certeza, incorrer em erro se caso responda positiva ou negativamente, pois sabemos que as emoções influenciam fortemente a tomada de decisões, ainda mais quando as pessoas são pegas de surpresa.

O ato de reconhecer alguma coisa ou pessoa como peça de um delito presenciado ou sofrido é muito importante, não podendo ser realizado de qualquer forma, pois caso não sejam tomadas todas as providências necessárias para a boa realização do procedimento o resultado não será verdadeiro e dessa forma se obteria quase que o mesmo resultado se não o tivesse feito, em razão de que o objetivo de identificar os objetos que realmente estavam presentes na cena do crime não foi realizado.

Um caso recorrente nos processos criminais acerca da percepção precedente acima mencionada diz respeito ao reconhecimento por fotografia. Acontece quando a testemunha ou a vítima tem acesso a um determinado álbum onde existem inúmeras fotografias de suspeitos e ao visualizar determinada fotografia afirma se tratar do autor do fato, quando na verdade não o é (DI GESU, 2014).

Stein, Brust e Neufeld (apud STEIN, 2010, p. 20) demonstram a possibilidade de erros acontecerem quando o reconhecimento é tido como único prova para obter a condenação, vejamos o caso pelos autores apresentado:

[...] chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. *Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmo das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto.* Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: 'eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos!' Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista (STEIN, 2010, p. 20).

É notável que no caso acima citado a recordação que a testemunha tinha dizia respeito às imagens a que teve acesso ainda em fase de recuperação, e não aos verdadeiros autores do fato, pois, como já estudado anteriormente, a possibilidade de existirem erros no reconhecimento de autores do fato no tocante à assaltos é imensa, haja vista que a vítima estaria com suas emoções instáveis e o medo que estava sentindo não permitiria que analisasse cuidadosamente a face daqueles que a estavam assaltando.

O reconhecimento fotográfico é comumente utilizado na fase pré-processual, onde se procura orientar o início das investigações por meio da apresentação de álbuns que contém fotos de pessoas já "fichadas". O inciso I do artigo 226 do Código de Processo Penal prevê que a pessoa que realizará o reconhecimento devia primeiramente descrever o autor do fato a ser reconhecido (DI GESU, 2014).

Quanto ao tema, necessário se faz salientar que os erros presentes nos reconhecimentos são, em grande parte das vezes, atribuídos às emoções que as testemunhas e/ou vítimas sofreram tanto no momento do delito quanto no momento a que foram submetidas ao ato de reconhecimento. Di Gesu (2014, p. 159) aborda a possibilidade de ocorrência do fenômeno chamado "focagem na arma", já estudado anteriormente, como um dos causadores de erros. Aduz que:

Se por algum motivo o ofendido ou a testemunha não conseguiu, no momento da prática delituosa, captar a imagem do suspeito – devido ao efeito "foco na arma"; porque ele estava com o rosto encoberto por touca ou capacete; ou porque não obteve contato direto com aquele envolvido, dentre outras diversas moduladores que concorrem para piorar a qualidade de identificação, tais como o tempo da exposição da vítima ao crime e ao contato com o agressor, a gravidade do fato, o intervalo de tempo entre o

delito e a realização do reconhecimento, as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos), as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo), a natureza do delito, entre outros – poderá fixar na memória a fotografia anteriormente vista, sendo induzido a posterior reconhecimento pessoal (DI GESU, 2014, p. 159).

Além disso, ainda no tocante aos reconhecimentos pessoais ou de coisas, outros erros comuns de acontecerem tratam-se primeiramente da crença que algumas pessoas possuem de que a polícia somente as chamará para realizar o ato de reconhecimento quando possuir um bom suspeito, e de que após terem identificado um sujeito como autor do fato não poderá, em outra ocasião, voltar atrás e dizer que reconhece outro indivíduo, pois tem que cumprir com o compromisso assumido no primeiro reconhecimento. A isso se dá o nome de “efeito compromisso” que é, obviamente, fomentador de erros haja vista que quem realizou o ato de reconhecimento, quando possuir dúvida quanto ao suspeito deve sim comunicar as autoridades e não ficar quieta para honrar sua resposta anterior (DI GESU, 2014).

Giacomolli (apud DI GESU, 2014, p. 161) alerta que a confiabilidade a ser obtida do reconhecimento feito tem de estar vinculada à liberdade do reconhecedor quanto a possíveis prejuízos. Afirma que “o primeiro passo é advertir o reconhecedor que entre os sujeitos que lhes são mostrados, o autor do fato poderá não estar presente. Desta forma, pode ser afastado um juízo relativo, por um lado e, de outra banda, se legitima um eventual não reconhecimento”.

Ainda, Di Gesu (2014) acrescenta a necessidade de nosso Código de Processo Penal contar com previsões de diferenciadas formas de reconhecimento além do visual, tais como o reconhecimento olfativo, tátil e acústico a fim de aprimoramento das técnicas de reconhecimento.

Em suma, a função primordial do reconhecimento de pessoas e coisas é auxiliar no conjunto probatório acerca de um determinado delito que ingressará ou não na seara criminal. Através do ato de reconhecimento almeja-se dissipar quaisquer dúvidas acerca da participação do acusado no cometimento do fato delituoso e, exatamente em razão da sua imensa importância é que o reconhecimento deve se revestir de todas as formalidades legais, para que esteja de acordo com o devido processo legal e possa contribuir para as investigações, não dando espaço a falsas sugestões ou informações, pois assim o processo estaria fortemente contaminado.

6.2 FATORES DE CONTAMINAÇÃO DA PROVA ORAL

Como já estudado anteriormente, sabe-se que o crime é uma reconstrução do passado, e que em razão da falta de elementos de prova essa reconstrução é baseada somente na memória das testemunhas, da vítima e do acusado.

Entretanto, conforme afirma Di Gesu (2014, p. 165) o referido processo mnemônico não é totalmente confiável, pois em muitas vezes “fantasia e a criação ficam encarregadas de preencher as lacunas da memória com experiências verdadeiras, contudo, decorrentes de outros acontecimentos e até mesmo com experimentos nunca vivenciados (falsas recordações).

De acordo com o sistema acusatório a prova do processo buscará a todo momento o convencimento do julgador, por isso surge a importância da análise da prova testemunhal, da ocorrência das falsas memórias e principalmente dos fatores que facilitam a contaminação da prova e a deixam suscetível a ocorrência desse fenômeno.

Di Gesu (2014) elenca variados fatores que podem deformar ou contaminar a prova produzida durante a instrução processual. Vejamos alguns deles:

A localização no tempo e no espaço (quando uma recordação é colocada entre outras duas, pode-se errar ao determinar esses pontos de referência); *a reprodução verbal ou escrita* (a imagem fixada, conservada e evocada deve ser reproduzida verbal ou graficamente. Nesse processo de *tradução*, pode ocorrer, além das alterações normais, sugestionamento do observador); *a influência do calor ou do frio* sobre o processo psíquico (quando faz muito frio ou muito calor, o poder de atenção é diminuído, tornando-se lenta e imprecisa a evocação mnemônica; quando o sujeito é exposto a altas temperaturas, a percepção fica dificultada por uma certa obtusidade, ferindo os sentidos, enfraquecendo a atenção e retardando a reação muscular; cai-se, portanto, num estado de profunda prostração, diminuindo o interesse por tudo que está à volta do observador, tornando-se este péssima testemunha; já o frio pode produzir o fenômeno da depressão); *a influência da luz* (esta acaba por causar um entorpecimento que retarda ou até mesmo paralisa o mecanismo perceptivo; a intensidade luminosa é capaz de produzir um ofuscamento na consciência); *a obscuridade* (isso porque a noite determina estados emocionais profundos e, em indivíduos que não sejam perfeitamente normais, pode provocar verdadeiras alucinações aterradoras), *o cansaço* (na medida em que produz toxinas originadoras de grandes perturbações psicofisiológicas) e, por fim, *o jejum* (produz efeitos análogos aos do cansaço: percepção lenta, fraca atenção, difícil retenção das recordações) (DI GESU, 2014, p. 166-167) (grifo do autor).

Além dos fatores acima elencados, que são muitos, a seguir veremos alguns que se destacam mais e podem ser mais facilmente evitados. Em razão da grande quantidade de fatores passíveis de contaminação da prova, desde já se deve ressaltar a impossibilidade de exaurimento do tema, bem como a impossibilidade de “cura” do fenômeno das falsas memórias. A solução existente, até o momento, é a redução do cometimento desses fatores, bem como a capacitação dos profissionais da área do direito.

6.2.1 Transcurso do tempo

É do conhecimento de todos que o tempo do direito não acompanha o tempo social, visto que os dois correm em velocidades diferentes. Em razão disso, o tempo do direito está tentando se adequar constantemente às mudanças sociais.

No tocante à questão da produção probatória, Di Gesu (2014, p. 168) questiona se “a aceleração e o ritmo social de uma sociedade complexa influem na formação da memória? A coleta da prova em um prazo razoável aumenta sua confiabilidade? Afinal, qual o prazo razoável para a produção da prova?”.

Quanto a isso, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, garante “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

O princípio da razoável duração do processo deve ter duas compreensões, ou seja, primeiramente deve-se ater ao fato de que o processo não pode ser alvo de uma grande demora judicial, haja vista que estará suscetível a contaminações. Outrossim, também não pode ser o processo julgado com imensa rapidez, visto que quando julgado de forma muito rápido há grande probabilidade de supressão de algumas garantias fundamentais.

Dessa forma, como afirma Di Gesu:

O processo não pode demorar demais – para não se configurar em uma negação à justiça -, mas, por outro lado, também não pode ser julgado

imediatamente, pois deve respeitar, além da maturação do ato de julgar, as garantias fundamentais do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência, da motivação das decisões judiciais, entre outras (DI GESU, 2014, p. 169).

Sendo assim, deve-se ater ao transcurso do tempo para obter qualidade na colheita da prova penal, pois se feita dentro de um prazo razoável será digna de confiabilidade.

Nas palavras de Seger e Lopes Jr. (2012, p. 11):

A conclusão inevitável é de que a duração do intervalo de tempo entre o fato delituoso e as declarações das vítimas e das testemunhas é diretamente proporcional à possibilidade de haver esquecimentos e/ou influências externas na memória do depoente (SEGER; LOPES JR.; 2012, p. 11).

No mesmo sentido se posicionou o Desembargador Tribunal de Justiça Gaúcho, Gaspar Marques Batista (apud DE ÁVILA, 2014, p. 18) no julgamento da Apelação Criminal 70020430146/RS ao dizer que: “Parte da prova oral colhida em juízo, cinco anos depois, certamente foi prejudicada pela ação do tempo, que opera o esquecimento dos fatos e até a inclusão de falsas memórias”.

Em suma, o ideal seria que a tomada dos depoimentos das testemunhas e da vítima não ocorresse depois de um grande período de tempo após o cometimento do delito, pois, dessa forma, as informações estariam menos suscetíveis ao esquecimento e as influências externas.

De Ávila (2014, p. 19) ressalta outro importantíssimo ponto a ser levado em conta, trata-se de que não cabe somente ao órgão acusatório ou ao magistrado a tomada de atitudes que diminuam os riscos de contaminação no processo ou o cuidado com que deve ser realizada a colheita da prova. Afirma o autor que se deve avaliar a conduta de todos aqueles irão participar da colheita da prova, qual seja a reconstrução do fato passado. “Portanto, processos que gerem falsas memórias não dependerão apenas de quem tem a função de acusar e a quem julga, mas também, daqueles defensores que, em contraditório, lançarão mão das melhores estratégias para evitar distorções.”.

6.2.2 O hábito e a rotina

A manutenção de uma determinada rotina e os hábitos que o sujeito possui também tem grande relevância no tocante à alteração da percepção de uma determinada situação.

Muitas das nossas memórias são adquiridas por meio da associação de um estímulo a outro ou a uma resposta. No início do século XX, o fisiologista russo Ivan Pavlov observou o fenômeno chamado de reação de orientação ou reação do “que é isto?”. Ele analisou que a resposta mais comum dos animais a qualquer estímulo ou conjunto de estímulos novos, é a de ficar em estado de alerta e direcionar sua cabeça, olhos, nariz e orelhas (por exemplo um cachorro) à fonte daquele estímulo. Afirmou ainda que se o ambiente do estímulo é novo o animal reagirá de forma exploratórias, buscando orientar-se nessa nova descoberta (IZQUIERDO, 2011),

Ensina Izquierdo (2011, p. 37) que “a repetição do estímulo leva à supressão gradual da reação de orientação; isso se denomina habituação. É a forma mais simples de aprendizado [...] esta se revela justamente pela diminuição gradual da resposta com a repetição do estímulo”.

Portanto, àquilo que chamamos de reflexo resulta da ligação entre um estímulo e uma resposta obtida através dele. No nosso cotidiano há exemplos que demonstram a existência desses reflexos condicionados como, por exemplo, quando chamamos um garçom em um restaurante para que nos traga comida, bem como quando afirmamos saber que o bebê chora porque quer que sua mãe lhe amamente (DI GESU, 2014).

Todavia, como bem pontua Di Gesu (2014, p. 175) “a repetição de estímulos condicionados sem o seu “reforço”, isto é, sem o estímulo incondicionado, provoca a extinção da memória. Assim, percebemos que com o choro não conseguimos o leite, paramos de chorar. Quanto ao tema, corrobora Izquierdo (2011) ao explicar que:

A extinção é, assim, um fenômeno semelhante à habituação: perante a repetição de um estímulo condicionado, deixamos de emitir a resposta correspondente. Na habituação, paramos de responder por não ser necessário: o estímulo nunca é pareado com outro. Na extinção, paramos de responder por que já não é necessário: o estímulo incondicionado não “vem” mais (IZQUIERDO, 2011, p. 38-40).

Um ponto demasiado importante para o processo é que de acordo com o descrito acima, pode perceber-se que uma testemunha, por exemplo, quando estimulada de forma constante sobre um determinado ponto a ser esclarecido poderá diminuir gradualmente sua resposta considerando que já está habituada àquela questão.

Mira y López (2015, p. 192) aduz que:

Em virtude do hábito completamos de tal modo as percepções da realidade exterior, que basta que se encontrem presentes *alguns* de seus elementos para que nosso juízo de realidade se dê por satisfeito e aceite a presença do todo. Por motivo dos modernos estudos acerca da psicologia da forma, alguém disse que em rigor não percebemos a realidade e sim sua *caricatura subjetiva*. [...] assim se explicam as dificuldades em que qualquer testemunha se encontra quando um juiz – pouco a par da psicologia e, por conseguinte, pouco certo do que *pode* perguntar, o interroga acerca da presença ou ausência de outros detalhes que, por não serem essenciais para o “esquema de reconhecimento”, lhe passaram totalmente inadvertidos (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 192).

Logo, é possível perceber que a testemunha de um determinado delito possui dificuldade de percepção quanto aos fatos em razão de que os mesmos, geralmente, fogem da sua rotina ou da sua habituação. Sendo assim, sua percepção se encontra enfraquecida para o armazenamento de todos os detalhes importantes da cena e, dessa forma, seu relato deverá ser tomado com muito cuidado para que não haja nenhuma interferência ou falsa sugestão.

6.2.3 A linguagem e o método do entrevistador

O modo como a entrevista – intervenção verbal entre duas pessoas – é realizada influencia muito no que se refere à confiabilidade dos relatos obtidos pelo entrevistador, pois através de perguntas ele busca a obtenção de respostas específicas, que possam esclarecer o fato delituoso componente mais importante daquele ato (DI GESU, 2014).

É necessário, pois, para conhecimento e avaliação dos graus de fidedignidade e confiabilidade dos relatos, o estudo quanto à linguagem e os

métodos utilizados pelos magistrados entrevistadores na colheita da prova testemunhal.

No tocante a sugestionabilidade, é possível afirmar com grande respaldo que as crianças são as pessoas mais suscetíveis à formação de falsas memórias, em razão de que a tendência infantil é de buscar corresponder à vontade daquele que a está entrevistado ao invés de apenas relatar o que realmente sabe acerca dos fatos.

Binet (apud PISA, 2006, p. 17) concluiu que o grau de sugestionabilidade das crianças mais jovens é muito maior do que o das crianças mais velhas e dos adultos. A conclusão ocorreu em razão de dois fatores, sendo eles a “*cognitio* ou *autossugestão*, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer” e também o “*outro social* que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador”. Portanto, juntando a sugestionabilidade já presente nas crianças com o modo como o entrevistador conduz a entrevista é possível verificar que o grau de sugestionabilidade é altíssimo, bem como há grande propensão à formação de falsas memórias.

Mira y López corrobora esse pensamento ao afirmar que:

O que ocorre na maioria dos interrogatórios judiciais é que se não existe um deliberado propósito de resistência por parte do interrogado, este insensivelmente vai descrevendo os fatos e as situações, não como os viveu, mas *como parece ao juiz que ele os devia ter vivido*. (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 197)(grifo do autor).

Ainda, Stephen Ceci e Maggie Bruck (apud PISA, 2006, p. 52), com base em uma análise científica dos testemunhos das crianças, asseveram que obter informações precisas e confiáveis destas é uma tarefa muito difícil em razão de que:

(1) as crianças não estão acostumadas a fornecer narrativas elaboradas sobre suas experiências; (2) a passagem do tempo dificulta a recordação de eventos; (3) pode ser muito difícil reportar informações sobre eventos que causam estresse, vergonha ou dor” (PISA, 2006, p. 52).

O conhecimento das técnicas de inquirição é necessário àqueles que diariamente conduzem entrevistas com o fim de obter informações acerca de um delito ocorrido. Para que o objetivo seja obtido, de forma pura e confiável, é preciso ter conhecimento e muita atenção quanto à forma em que os interrogatórios são

conduzidos, como os entrevistadores se comportam, como são realizadas as perguntas, para que ao final de tudo se possa ter ao menos a ideia de que os danos causados foram mínimos frente ao máximo que poderiam ser caso tudo fosse realizado de qualquer forma, sem nenhum preparo ou cuidado.

6.2.4 Viés do entrevistador

O entrevistador, quando previamente convencido da ocorrência de determinado fato, acaba por moldar sua entrevista com o fim de alcançar as respostas que confirmem suas convicções. Dessa forma, o que acaba geralmente acontecendo é que as respostas dadas por quem está sendo entrevistado, quando não condizentes com a ideia do entrevistador, são descartadas ou moldadas de forma que se adaptem a hipótese já acolhida (DI GESU, 2014).

Todavia, quanto ao viés adotado por parte do entrevistador, Nickerson (apud DI GESU, 2014, p. 178) ressalta que existem duas situações distintas, sendo que:

A primeira delas ocorre quando o entrevistador não está ciente do seu modo de agir tendencioso e a segunda quando há ciência acerca da construção dos argumentos, tal como acontece nos julgamentos, por ocasião da formulação das teses acusatória e defensiva.

No que tange à ocorrência de perguntas tendenciosas por parte do entrevistador, Mira y López lamenta os efeitos causados ao afirmar que:

Com efeito, é triste que a testemunha tente premeditadamente deformar a fidelidade de seu relato, mas muito mais, quando involuntariamente o chegue a fazer em virtude de perguntas sugestivas, capciosas ou de resposta forçada que lhe são dirigidas por um interrogador demasiadamente cioso de sua obrigação e pouco preparado para cumpri-la tecnicamente. (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 197)

Di Gesu (2014) explica que as perguntas tendenciosas justificam-se quando os questionamentos são proferidos pela parte acusadora, pois seu objetivo é confirmar sua tese através da prova obtida. Ainda, afirma a autora que inadmissível é quando tais perguntas são feitas pelo entrevistador/julgador, haja vista que ao tomar tal atitude estará violando a imparcialidade que dele se espera.

6.2.5 Repetição das entrevistas e as perguntas dentro da entrevista

A repetição das entrevistas acontece no processo penal visto que haverá a fase pré-processual, geralmente sem contraditório e ampla defesa, e depois a fase processual onde as garantias do contraditório e da ampla defesa estarão presentes e deverão ser respeitadas.

As provas produzidas na fase pré-processual deverão ser reproduzidas na fase processual para que possam ser utilizadas como fundamento no caso de, por exemplo, existir uma sentença condenatória.

Ocorre que, como bem pontua Di Gesu (2014) a repetição das entrevistas, bem como a repetição das inúmeras perguntas feitas, inicialmente está associada a algo benéfico, contudo, quanto mais tempo se passa do evento mais suscetível está a contaminação dos relatos em virtude de que a testemunha ou a vítima passa a ter contato com outras pessoas que também tenham presenciado aquele fato ou ainda com diferentes “tipos” de entrevistadores.

Sendo assim, como vimos acima, o entrevistado está suscetível a inúmeras formas de contaminação da prova, podendo chegar a um ponto em que não sabe mais afirmar com exatidão o que viu ou ouviu, pois acabou se confundindo com tudo que lhe foi dito posteriormente (DI GESU, 2014).

Indispensável reproduzir as palavras de Di Gesu quanto à necessidade de capacitação dos profissionais no que tange as possíveis contaminações na colheita da prova testemunhal:

O ideal é que todos os profissionais, mas, principalmente, policiais e delegados – considerando serem os primeiros a ter contato com os ofendidos e com as eventuais testemunhas – estivessem treinados para lidar com esta situação, a fim de obter as declarações de forma mais neutra possível, despidas de induções e sugestionamentos, até mesmo para que a investigação preliminar cumpra com sua função de filtro de acusações infundadas. Isso evitaria que a cada nova declaração, diante de outros profissionais, se já houve uma indução inicial, se imiscua na memória da vítima e testemunhas elementos não ocorridos na realidade (DI GESU, 2014, p. 180).

No que se refere à capacitação dos profissionais, Mira y López (2015), do ponto de vista psicológico e gramatical, aponta alguns modelos de perguntas comumente utilizados pelos entrevistadores/julgadores e define quais as suas implicações. O autor divide-os em sete modelos:

a) *Determinantes* (perguntas com pronomes interrogativos); b) *Disjuntivas completas*; c) *Diferenciais* (sim ou não?); d) *Afirmativas condicionais* (sim?); e) *Negativas condicionais* (não?); f) *Disjuntivas parciais*; g) *Afirmativas por presunção* (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 199).

Começando pela última classificação, segundo o autor as *afirmativas por presunção* são aquelas que somente supõem a existência de uma lembrança na mente da testemunha sem se haver certificado antes. Obviamente é o tipo de pergunta que deve ser evitado nos interrogatórios haja vista sua grande capacidade sugestiva para o erro. As afirmativas por presunção ocorrem, por exemplo, quando é perguntado à testemunha qual era a cor da gravata do acusado, sem antes ter sequer perguntado se ele usava gravata e se foi possível visualizá-la, estará sendo formulada uma pergunta de presunção que tem muitas possibilidades de ser respondida vagamente, mas admitindo, não obstante, de um modo implícito por parte da testemunha, a certeza de que o acusado levava gravata, o que não teria acontecido se antes lhe fosse feita a pergunta pertinente (lembra-se se o acusado usava ou não gravata naquele dia?) (MIRA Y LÓPEZ, 2015).

Nas chamadas *disjuntivas parciais* o interrogando está na posição de ter que escolher entre duas possibilidades de respostas, excluindo todas as demais. Como exemplo, suponhamos que depois de receber a resposta afirmativa quanto à gravata, seja formulada a seguinte pergunta: “a gravata era amarela ou negra?”. Pode-se acontecer, nesse caso, de que ela parecesse azul para a testemunha, mas como foi submetida a escolher apenas entre essas duas cores acabará por admitir seu erro e responder, por exemplo, que a gravata era negra.

As perguntas denominadas *condicionais* devem ser afastadas ao máximo dos interrogatórios, pois obrigam a testemunha a escolher apenas entre um sim e um não. Fazendo com que, dessa forma, a pergunta já seja formulada de acordo com o que o entrevistador espera escutar, sendo assim, é possível afirmar que a coação presente nessa classe de perguntas se mostra mais visível. Vejamos através dos

exemplos: 1 – não era preta a gravata que o acusado usava?; 2 – por acaso era branca a gravata? Ao analisar as duas perguntas é possível verificar que da primeira se espera uma resposta afirmativa e uma resposta negativa da segunda. E, no caso da testemunha não estar se sentindo segura quanto à sua resposta, é certo que acabará por responder de acordo com o que o interrogador espera.

No que tange às perguntas *diferenciais* pode-se afirmar que são pouco suscetíveis a sugestões, mas não deixam de ser parciais. Um exemplo disso é a pergunta: era preta a gravata? Pois, num primeiro momento parece que a probabilidade de obter uma resposta afirmativa é a mesma de obter uma negativa, contudo, a prática demonstra que são maiores as chances de obter uma resposta afirmativa, ou seja, a maioria das testemunhas tende a responder de acordo com o conteúdo representativo *positivo* (presente) da pergunta diferenciadora.

Por fim, a classe de perguntas *determinantes e disjuntivas completas*, pelo fato de formularem explicitamente as duas hipóteses de respostas em suas perguntas (por exemplo, era assim? Ou não era assim?) são menos sugestivas que as demais já estudadas. Todavia, o autor afirma que só as perguntas *determinantes* (como? quando? por quê?) podem chegar a ser classificadas como imparciais. Por exemplo, realizando questionamentos como qual era forma que o acusado estava vestido? Ou, onde você o viu pela primeira vez?

Ainda, Di Gesu (2014) preceitua acerca da fragilidade da colheita da prova testemunhal vinda das crianças:

A tendência infantil é cooperar e, com frequência, adivinham as respostas; contudo, a incerteza desaparece após várias repetições. A reiteração da mesma pergunta pode ser interpretada como insatisfação quanto à resposta. É o que explicam Pisa e Stein: “a repetição de perguntas meramente abertas pode sinalizar um pedido para informações adicionais, enquanto que a repetição de perguntas fechadas, que tem as respostas limitadas em sim/não, pode sinalizar para crianças jovens que sua primeira resposta era inaceitável para o entrevistador (DI GESU, 2014, p. 181).

No tocante a fragilidade dos relatos, Machado e Sehnem afirmam que:

O problema é desvelar o que realmente aconteceu, situação que na maioria das vezes não é tão simples, pois ou o fato não deixa vestígios ou estes foram apagados pelo tempo. Restando tão somente a prova testemunhal como único meio de prova, nasce um novo e grave problema: o induzimento

realizado pelos parentes, amigos, policiais, psicólogos, assistentes sociais e julgadores, ao formularem seus questionamentos, bem como pela mídia, em razão da notoriedade do caso (MACHADO WILBERT; SEHNEM DE MENEZES, 2011, p. 72).

Sendo assim, imperioso é esclarecer que o importante é entender que a entrevista feita à testemunha e/ou vítima não se trata somente de simples perguntas a ela direcionadas, mas sim de um complexo meio de obter informações valiosas acerca de um delito praticado. Por isso, é essencial que todas as precauções possíveis sejam tomadas a fim de evitar que danos sejam causados às informações constantes na memória dos entrevistados.

6.2.6 Status do entrevistador

As crianças têm uma tendência em acreditar mais nos adultos do que em outras crianças, estando de acordo com o que eles falam e fazem, bem como buscando sempre corresponder às expectativas deles.

Entretanto, no tocante ao processo penal, em especial à prova testemunhal obtida de crianças, isso é um verdadeiro problema, visto que segundo Pisa e Stein (apud DI GESU, 2014, p. 183) “as crianças jovens são sensíveis para o *status* e poder de seus entrevistadores e o resultado é a provável concordância com a orientação implícita ou explícita de tais entrevistadores”.

As autoras constataram em seus estudos que as crianças possuem o desejo de colaborar, de obedecer e ser útil, sendo que esse desejo muitas vezes acaba sendo mais forte do que o de relatar os fatos vivenciados. E quando isso acontece, as crianças acabam preenchendo as lacunas que possuem por esquecimento, por exemplo, com informações falsas, apenas para agradar a “autoridade” que está lhe entrevistando.

Mira y López aduz que ao responder uma pergunta não é possível apenas respondê-la de forma “robótica”, haja vista que possuímos sentimentos e estes, como já vimos, estão sempre em contato com o que recordamos ou não. Afirma que:

Toda resposta é, com efeito, uma reação mista, na qual entram não só as vivências espontâneas do interrogado, como também as representações e

tendências afetivas evocadas pela pergunta a que responde. Facilmente pode ocorrer então que se origine uma resposta falsa por um desses três motivos: a) porque a ideia implicitamente contida na pergunta evoque por associação outra, não concordante com a realidade a testemunhar; b) porque a pergunta faça sentir ao indivíduo a existência de uma lacuna em sua memória que procurará encher, tentando uma resposta ao acaso ou baseada em uma dedução lógica (muitas vezes feita à base do que é mais comum ou frequente, por cálculo de probabilidades que pode ser inexato); c) porque a pergunta determine uma sugestão direta ou coloque o indivíduo em condições de inferioridade (medo) que o impeçam de dar a devida resposta (MIRA Y LÓPEZ, 2015, p. 198).

No entanto, fora a questão do status do entrevistador influenciar as respostas, é necessário salientar que a sua postura também diz respeito às respostas que serão obtidas, pois como declara Di Gesu:

[...] o viés do entrevistador pode ser observado não somente através do modo como os questionamentos são formulados, mas também em comportamentos sutis, como um sorriso, um movimento de cabeça ou pelo tom de voz (acusatório, desculpador ou neutro) (DI GESU, 2014, p. 178).

Tudo isso nos mostra que não basta somente ter conhecimento acerca das falsas memórias, mas que na realidade é indispensável analisar todas as possíveis formas de contaminação da prova penal. Não há que se falar em igualdade e segurança, direitos protegidos pela Constituição Federal, se não houver um processo justo, um devido processo legal onde as normas são respeitadas, buscando reduzir ao mínimo os danos que podem ser causados por fatores como os que estudamos.

6.2.7 A mídia

Por fim, mas não menos importante, falaremos da influência da mídia na prova penal. Inegável que os meios de comunicação, carregados de sensacionalismo e emotividade, influenciam e muito nas pessoas que “participaram” de determinado delito e dele precisam falar.

Carnelutti (apud DI GESU, 2014) já afirmava que o crime era também uma forma de diversão para grande parte da sociedade. Segundo ele:

[...] há uma verdadeira degeneração do processo penal, na medida em que cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas, de informações, de indisciplinas. Assim, “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 lebre de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas (DI GESU, 2014, p. 184-185).

Atualmente, ao ter contato com os meios de comunicação existentes é possível a qualquer um a percepção de a grande maioria das notícias trata-se de crimes ou tragédias, trazendo muitas vezes entretenimento àqueles que nada, além disso, tem a fazer. Há, com toda certeza, quem viva à procura desse tipo de notícia e que a dissemine a todos que conhecem. Acontece que ao fazer isso, a probabilidade das pessoas realmente envolvidas no fato terem acesso ao conteúdo e contaminarem suas lembranças aumenta e muito.

Chegará o momento em que a testemunha, após receber a enxurrada de notícias provenientes da mídia, não saberá mais exatamente o que viu ou ouviu. Não saberá mais diferenciar o que assistiu na televisão do que presenciou no momento do fato.

Dessa constatação ressurgem um importante ponto já estudado, qual seja, a colheita da prova em um prazo razoável, visto que quanto mais tempo passar mais propensa a contaminação ela estará. Contaminação por familiares, amigos, vizinhos, noticiários, magistrados, etc. A exatidão da recordação pode ser altamente afetada se demorar muito tempo a ser coletada (DI GESU, 2014).

Seeger e Lopes Jr. (2012) prelecionam que:

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 que leu, viu ou ouviu sobre o evento posteriormente. Nesse sentido, importa lembrar que a prova testemunhal nada tem de objetivo, vez que a mente humana – e, assim, a memória – não consegue ser desvinculada da razão, da emoção e das experiências já vividas (SEGER; LOPES JR., 2012, p. 11).

No tocante a influência da mídia podemos citar exemplos de crimes que foram devorados pelos veículos de comunicação e, obviamente, independente de análise de culpa, fizeram com que seus acusados fossem “condenados” pela sociedade

antes mesmo do término das investigações. São eles o caso da menina Isabela Nardoni, do goleiro Bruno Fernandes, do executivo Marcos Kitano Matsunaga. (DI GESU, 2014). Indispensável é ressaltar que o objetivo aqui não é dizer que os acusados dos crimes referidos são inocentes, mas sim que a mídia teve um papel importantíssimo em acusá-los e condená-los frente à sociedade, retirando deles o direito de serem declarados como culpados somente após a conclusão das investigações.

7 REDUÇÃO DE DANOS

Em que pese existirem inúmeros estudos a respeito do valor probatório e da fragilidade que possuem os testemunhos, poucos deles oferecem sugestões efetivas de como testemunhas e vítimas devem ser ouvidas a fim de que haja maior redução de danos.

Frente a isso é que se torna imprescindível o estudo e a análise sobre o modo em que são realizadas as entrevistas às testemunhas e às vítimas, bem como outras maneiras que podem ser adotadas durante a instrução processual.

Conforme preceitua Di Gesu (2014, p. 198) “através do uso de determinadas técnicas é que se identificará em que momento poderá haver uma ‘brecha’ à formação de falsas memórias ou risco de contaminação da resposta por induzimento da pergunta”.

Quanto ao tema, Seger e Lopes Jr. afirmam que:

[...] há que se buscarem medidas que possibilitem a redução de erros nas decisões judiciais, a fim de minimizar a condenação de inocentes por equívocos resultantes de depoimentos testemunhais e reduzir a impunidade, pois não se pode olvidar que, quando se penaliza pessoa diversa do criminoso, faz-se, além disso, com que o verdadeiro responsável pelo crime reste impune (SEGER E LOPES JR., 2012, p. 03).

Como visto anteriormente, um dos pontos mais suscetíveis à criação das falsas memórias é o momento em que se procede à tomada dos depoimentos das testemunhas e/ou vítimas. Di Gesu (2014) afirma não haver preocupação por parte dos profissionais responsáveis pela investigação e instrução criminal, dessa forma não adianta haver uma boa aquisição e retenção da memória se não houver cuidado com ela no terceiro momento, qual seja, o momento da recuperação da lembrança.

Conforme Seger e Lopes Jr. (2012):

No Brasil, frequentemente os atores do sistema legal – polícia, advogados, juízes, psicólogos etc. – adotam, para inquirir vítimas e testemunhas, a denominada “entrevista stándar”, que se subdivide em duas etapas: narrativa e interrogativa. A fase narrativa caracteriza-se por perguntas abertas, tais como “o que aconteceu?”, restando minimizado o risco de indução da resposta por parte do entrevistador, em que pese não haja riqueza de detalhes. Na fase interrogativa, porém, há a formulação de

perguntas abertas, fechadas e identificadoras, havendo, nessas duas últimas hipóteses, intensa probabilidade de contaminação da memória, haja vista que quanto mais se restringe a pergunta, maior a probabilidade de sugestão, e, portanto, de indução da resposta (DI GESU, 2012, p.16).

O modelo comumente adotado não é o mais benéfico frente às diversas possibilidades de contaminações da prova estudadas anteriormente. É necessário analisar o fato de que a utilização de técnicas inadequadas durante a colheita do testemunho irá restringir a quantidade e a qualidade das informações a serem obtidas.

Quecuty (1998, apud DI GESU, 2014) adverte que:

[...] sem uma boa atuação do encarregado da entrevista (inquirição), durante este último momento, de nada servem à testemunha as condições nas quais houve codificações e retenção. Esse é o ponto nevrálgico da questão: produzir uma prova mais qualificada e, conseqüentemente, mais confiável, apta a convencer o julgador (DI GESU, 2014, p. 199-200).

Nessa senda, conforme pesquisas, pode-se citar como medidas de redução de danos o chamado Depoimento sem Dano, a Entrevista Cognitiva e alguns pontos a serem adequados durante a instrução processual.

7.1 DEPOIMENTO SEM DANO

Uma das medidas que é vista como possível redutora de danos, principalmente nos delitos sexuais contra crianças e adolescentes, é o chamado Depoimento sem Dano ou Depoimento Especial. Tem sua previsão na Lei 13.431, de 4 de abril de 2017.

A referida legislação traz em seu texto a definição de escuta especializada, conforme artigo 7º, e depoimento especial conforme artigo 8º:

Art. 7º Escuta especializada é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.

Art. 8º Depoimento especial é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária (BRASIL, 2017).

No tocante a aspectos formais, o depoimento sem dano, com base nos artigos 9, 10 e 12, abrange:

O depoimento especial abrange (artigos 9º, 10 e 12), quanto aos aspectos formais: a) local apropriado e acolhedor, com infraestrutura e espaço físico que garantam a privacidade da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência; b) resguardo da criança ou do adolescente de qualquer contato, ainda que visual, com o suposto autor ou acusado, ou com outra pessoa que represente ameaça, coação ou constrangimento; c) presença do imputado na sala de audiência, em regra, admitindo-se excepcionalmente seu afastamento caso o profissional especializado verifique que sua presença possa prejudicar o depoimento especial ou colocar o depoente em situação de risco; d) gravação do depoimento em áudio e vídeo e transmissão em tempo real para a sala de audiência, em regra, podendo ser restritas se houver risco à vida ou à integridade física da vítima ou testemunha; e) tomada de todas as medidas para preservação da intimidade e da privacidade da vítima ou testemunha, inclusive a tramitação em segredo de Justiça. E quanto aos aspectos materiais: f) esclarecimento de direitos e procedimentos, vedada a leitura de peças; g) livre narrativa da criança ou do adolescente sobre a situação de violência, diretamente ao juiz se assim o entender, ou ao profissional especializado que pode intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos; h) possibilidade de perguntas complementares, após consulta ao Ministério Público e defesa, organizadas em bloco e feitas pelo profissional especializado com linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente (MONTEIRO DE CASTRO; LÉPORE, 2017).

Entretanto, mesmo que com intuito de beneficiar a instrução criminal nos delitos sexuais sofridos por crianças e adolescentes, Di Gesu (2014) destaca alguns pontos maléficis desta técnica, tais como:

[...] a possibilidade de indução das respostas pelo profissional encarregado de “converter” os questionamentos propostos pelas partes e pelo juiz, com o intuito de adaptar-se à linguagem infantil, bem como pela possibilidade de a prova ser produzida antecipadamente sem observância de qualquer critério e em total desrespeito ao devido processo legal. Mas, para além disso, como bem sustenta Morais da Rosa, o projeto parte da premissa ou certeza da violência sexual, sem suscitar outras hipóteses: “(...) de regra, a posição é que a criança ‘foi’ vítima da violência e que o meio de ‘sugar’ os significantes necessários à condenação precisam ser extraídos, de maneira ‘branda’, ou mais propriamente, na função de um ‘micro-poder’ subliminar e sedutor de que nos fala Foucault. A postura infla-se de um inquisitorialismo cego pelo qual se busca, em nome do ‘Bem’, as provas que se creem como existentes, dado que os lugares, desde antes, ocupados: ‘vítima e agressor’.” (DI GESU, 2014, p. 191)

Em suma, o depoimento sem dano, mesmo que visando reduzir os danos causados ao processo, quando analisado detidamente, mostra-se como uma má escolha para a inquirição, em razão de que podem ser feitos questionamentos

altamente tendenciosos pelo profissional responsável por converter as perguntas às crianças e adolescentes. E, como se tem conhecimento, questionamentos tendenciosos são um dos pontos que deixam as testemunhas mais suscetíveis à criação das falsas memórias.

7.2 ENTREVISTA COGNITIVA

A Entrevista Cognitiva é uma técnica desenvolvida por Edward Geiselman e Ronald Fisher com o intuito de obter informações quantitativamente e qualitativamente melhores do que as obtidas por meio das entrevistas tradicionais.

No que se refere à Entrevista Cognitiva, Cristina Westphalen (2011) pontua que:

A entrevista cognitiva tem como objetivo resgatar as lembranças do evento vivenciado pelo entrevistado. O foco da entrevista está centrado nos mecanismos de recuperação da memória. No momento da entrevista, o entrevistador não tem acesso a informações de como se deu o processo de codificação e nem tem conhecimento dos tipos de dados que puderam ser codificados. Os relatos do entrevistado são a fonte de informação para reconstituição do fato passado. Segundo Pinho et al. (2006), a estratégia de entrevista deve ser no sentido de guiar o indivíduo na recuperação de informações que estão armazenadas em sua memória e que possam ter relevância para a questão legal, facilitando a comunicação das mesmas ao entrevistador (WESTPHALEN, 2011, p. 36-37).

Essa técnica conta com os conhecimentos científicos da Psicologia Social e da Psicologia Cognitiva. Stein (2010) elucida que no tocante à Psicologia Social estão presentes os conhecimentos das relações humanas, principalmente no que diz respeito à comunicação e, no que se refere à Psicologia Cognitiva conta-se com o conhecimento dos psicólogos acerca do funcionamento da nossa memória.

Assim como em qualquer outra técnica, a Entrevista Cognitiva conta com vantagens e desvantagens. Acerca delas, pontua Di Gesu (2014):

A entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato ocorreu e quem dele participou, entre outras, diminuindo os riscos de criação de falsas memórias ou indução das respostas. [...] Entre as vantagens estão a aquisição de informações muito mais ricas, havendo minimização dos riscos de uma possível indução das respostas pelo entrevistador e, conseqüentemente, a produção de uma prova oral com

maior qualidade. Dentre os inconvenientes, destacam-se o custo temporal e a complexidade, pois a aplicação da técnica, além de requerer um lapso temporal maior do que o comum necessita o treinamento dos entrevistadores (DI GESU, 2014, p. 203).

Para que essa técnica seja implantada há a necessidade de preenchimento de alguns requisitos, pois, não há como simplesmente abandonar a utilização de uma técnica e iniciar a de outra bem diferente sem nem ao menos qualificar os profissionais responsáveis. Sendo assim, Stein (2010) aponta primeiramente a necessidade de treinamento extensivo e dispendioso dos profissionais, em razão de que devem possuir o máximo de conhecimento acerca do tema para que se possa alcançar o máximo de aproveitamento das entrevistas. Devem também haver condições físicas e tecnológicas adequadas para a implantação da Entrevista Cognitiva e, por fim, é necessário que o entrevistado possua certo nível de capacidades cognitivas para que a técnica seja aplicada.

Nota-se, portanto, a precisão de qualificação não somente dos profissionais de outras áreas, como psicologia e psiquiatria, mas também os profissionais do direito como delegados, advogados, juízes e promotores, eis que são os agentes que estão constantemente em contato com a produção da prova oral. É preciso que todos estejam preparados para lidar com as situações que existirão, que saibam quais medidas tomar quando surgir algum problema ou ainda, que saibam agir buscar minimizar os danos que possam surgir durante a realização da entrevista (DI GESU, 2014).

A Entrevista Cognitiva consiste na aplicação de cinco etapas, cada qual possuindo seus fundamentos e objetivos específicos. Stein (2010, p. 212-213) aborda e explica no que consistem as cinco etapas.

A 1ª é a Construção do *Rapport* e tem como objetivos personalizar a entrevista, construir um ambiente acolhedor, discutir assuntos neutros, explicar os objetivos da entrevista e transferir o controle para o entrevistado. A 2ª é a Recriação do contexto original que busca restabelecer mentalmente o contexto no qual a situação ou crime ocorreu e recriar o contexto ambiental, perceptual e afetivo. A 3ª etapa trata-se de uma narrativa livre onde se busca obter o relato livre da testemunha acerca do fato, sem interrupções a sua fala. Já a 4ª etapa consiste no Questionamento, onde se busca realizar o questionamento compatível com o nível

de compreensão da testemunha, priorizar o uso de perguntas abertas, obter esclarecimentos e detalhamento do relato e possibilitar múltiplas recuperações. A 5ª e última etapa denomina-se Fechamento e tem como objetivo realizar o fechamento da entrevista; fornecer o resumo das informações obtidas, discutir tópicos neutros e estender a vida útil da entrevista (STEIN, 2010).

Em suma, imprescindível é destacar, assim como fez Di Gesu (2014), que o objetivo da investigação e análise da criação das falsas memórias na prova testemunhal é evitar ao máximo que pessoas sejam investigadas ou até mesmo presas injustamente, pois a condenação estará baseada em uma prova frágil e suscetível a distorções da realidade.

7.3 MEDIDAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Por fim, necessário é ressaltar algumas mudanças que podem ser adotadas no decorrer da instrução processual para reduzir os danos nela existentes.

Lopes Jr. e Di Gesu (2007) destacam e elucidam algumas dessas medidas:

As contaminações a que está sujeita a prova penal podem ser minimizadas através da *colheita da prova em um prazo razoável*, objetivando-se suavizar a influência do tempo (esquecimento) na memória. A *adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva* permitem a obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores à das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas. O objetivo aqui é evitar a restrição das perguntas ou sua formulação de maneira tendenciosa por parte do entrevistador, sugerindo o caminho mais adequado para a resposta. De outra banda, a *gravação das entrevistas* realizadas na fase pré-processual, principalmente as realizadas por assistentes sociais e psicólogos, permite ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista. Isso possibilita ao julgador o conhecimento do modo como os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados. Assume especial importância não como indício de prova propriamente dito, mas para que o julgador avalie como foi realizado o procedimento e que métodos foram utilizados, a fim de verificar ou não os graus de contaminação (LOPES JR., DI GESU, 2007, p. 5).

Como se pode notar, a prova testemunhal, uma das mais utilizadas pelo processo penal, está constantemente suscetível a inúmeras influências do meio externo e interno e, em razão disso, é imprescindível estar sempre em busca de medidas que possam minimizar os danos causados por tais influências. É preciso tentar ao máximo a qualificação dos profissionais responsáveis por essa área para

que haja qualidade técnica na colheita da prova testemunhal haja vista esta ser essencial para a formação da convicção do juiz.

Ainda, De Ávila (2014, p. 20) destacam as dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses:

1) não explicar o propósito da entrevista; 2) não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3) não estabelecer *rapport* (a empatia com o entrevistado); 4) não solicitar o relato livre; 5) basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas²²; 6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) não permitir pausas; 9) interromper a testemunha, quando ela está falando; e 10) não fazer o fechamento da entrevista (DE ÁVILA, 2014, p. 20).

Em conclusão, é notável a necessidade de qualificação dos atores do direito para que saibam a melhor forma de presidir uma entrevista à testemunha e/ou vítima, para que saibam como obter o máximo de qualidade e confiabilidade nas informações por ela prestadas, bem como saibam agir com sensibilidade frente à condição humana e falível do ser humano a fim de que as decisões judiciais sejam tomadas e as sentenças proferidas à luz da instrumentalidade constitucional do processo penal.

8 CONCLUSÃO

O objetivo do presente estudo foi alcançado, qual seja a análise dos sistemas processuais penais, da prova testemunhal e seus caracteres, da formação e quais os tipos existentes de memória, do fenômeno das falsas memórias e das suas implicações no tocante ao Processo Penal.

Nesta senda, percebeu-se que a prova testemunhal é um dos meios de prova responsáveis por trazer ao processo informações importantes do fato pretérito que se pretende reconstruir, por meio de um processo de captação, armazenamento e resgate de dados percebidos da situação vivida.

Entretanto, ao mesmo tempo, percebeu-se que a prova testemunhal está envolta por complexidade devido a sua fragilidade. A partir do seu estudo, em consonância com a análise de como se dá o funcionamento da memória, foi possível verificar o quão arriscado se torna utilizar somente esse meio probatório para convencer o julgador.

As lembranças estão suscetíveis a falhas e interferências a todo o momento. Todos sofrem alterações nas lembranças e na memória no decorrer do dia e da vida. Em razão disso é possível afirmar que as declarações feitas pelas testemunhas ou vítimas podem estar maculadas, ou seja, a pessoa que as profere pode estar crente de que vivenciou o que está declarando, descrevendo até mesmo com riqueza de detalhes. Entretanto, suas declarações podem não passar de falsas lembranças que foram contaminadas por fatores externos (parentes, mídia, amigos) ou fatores internos (medo, paixão, angústia).

As emoções também são fator predominante no que tange à contaminação da memória, eis que dependendo de qual é o estado de humor da pessoa no momento em que presenciou determinado delito sua memória absorverá as informações de formas diferentes. Importante salientar que é praticamente impossível ao ser humano controlar suas emoções, sendo assim, esse é um fator de contaminação no qual não se pode interferir.

Outro ponto que merece ser salientado é o fato das contaminações da memória poderem ocorrer no momento da colheita da prova em razão da inaptidão

dos operadores do direito. Pode acontecer através de reconhecimentos pessoais mal feitos, de questionamentos tendenciosos ou sugestivos, do transcurso do tempo desde o delito, enfim, inúmeras são as possibilidades de contaminação pelos próprios responsáveis em colhê-la.

Dessa forma, diante da complexidade do tema e da impossibilidade de solução definitiva é que foi necessário buscar, em outros ramos do saber, medidas que auxiliassem na prevenção da ocorrência do fenômeno das Falsas Memórias, bem como técnicas que minimizassem os danos sofridos pela prova testemunhal por elas contaminada.

Foi assim que, através de uma abordagem interdisciplinar, foi possível abordar os conhecimentos existentes quanto ao tema e suas formas de prevenção. Impossível é sanar esse problema, pois não existem soluções simples para problemas complexos. Sendo assim, ao aliar os ramos do saber como o Direito e a Psicologia, foi possível mencionar algumas medidas para auxiliar da redução dos danos sofridos pelo processo penal.

A necessidade de abordagem do tema surge do fato de que cada vez mais a prova testemunhal é utilizada como único fundamento de convencimento àquele que sentenciará o processo criminal e, tendo em vista a enorme gama de falhas a que está suscetível, imperiosa se faz a busca pelo aperfeiçoamento da forma em que se realiza a instrução processual.

Ressalte-se, por fim, que o objetivo do presente trabalho não é desacreditar ou afastar a utilização da prova testemunhal, muito pelo contrário! O que se busca é demonstrar a realidade, qual seja, a de que a prova testemunhal é sim extremamente frágil, mas com a utilização de determinados métodos é possível conceder a ela maior credibilidade. Além de que, é necessário ter conhecimento quanto a esse problema para saber analisar em quais situações a prova testemunhal, por si só, é suficiente para o convencimento do julgador.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**. Dispõe sobre Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 07 de março de 2018.

DE ÁVILA, Gustavo Noronha. **Política não-criminal e Processo Penal: A intersecção a partir das Falsas Memórias da Testemunha e seu possível impacto carcerário**. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal, [S.l.], v. 2, n. 1, nov. 2014. ISSN 2358-1956. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/51816/31974>>.

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

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas Memórias no Processo Penal**. Monografia apresentada para obtenção de título de Bacharel em Direito. Faculdade de Direito. Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre – 2012. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1>>.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. ArtMed, 2011. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536325682/cfi/36!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

_____. **Questões sobre memória**. 4ª edição. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2009.

_____. **Memórias**. SCIELO. Estud. av. vol.3 no. 6 São Paulo May/Aug. 1989. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141989000200006>> Acesso em: 14 mai. 2018.

JACOB, Julia. **Prova testemunhal no Processo Penal**. 2016. Disponível em: <<https://juliajacob.jusbrasil.com.br/artigos/316059037/prova-testemunhal-no-processo-penal>> , Acesso em: 06 mar. 2018.

LEMBERG, Thiago Graffete. **Falsas Memórias da testemunha no Processo Penal**. Monografia apresentada para obtenção de título de Bacharel em Direito. Faculdade de Direito. Universidade Tuiuti do Paraná. Curitiba – 2016. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/04/FALSAS-MEMORIAS-DA-TESTEMUNHA-NO-PROCESSO-PENAL.pdf>> Acesso em: 14 mai. 2018.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, 2007.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Jr. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Fundamentos do processo penal**, 3ª edição. 3rd edição. Editora Saraiva, 2017. [Minha Biblioteca] Retirado de

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547215576/cfi/60!/4/4@0.00:0.00>. Acesso em: 14 mai. 2018.

MACHADO WILBERT, Juciméri Silvia; SEHNEM DE MENEZES, Scheila Beatriz. **Falsas memórias: o pecado da atribuição errada**. Unoesc & Ciência - ACSA, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 67-74, ago. 2011. ISSN 2178-3446. Disponível em: <<https://editora.unoesc.edu.br/index.php/acsa/article/view/567>>. Acesso em: 14 mai. 2018.

MIRA Y LÓPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. Campinas, SP: Servanda Editora, 2015.

MONTEIRO DE CASTRO, Henrique Hoffmann; LÉPORE, Paulo Eduardo. **Lei protege criança e adolescente vítima ou testemunha de violência**. Consultor Jurídico. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-abr-06/lei-garante-protacao-menor-vitima-ou-testemunha-violencia?imprimir=1> > Acesso em: 14 mai. 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A prova testemunhal**. 2015. Disponível em: <<https://romulomoreira.jusbrasil.com.br/artigos/160990946/a-prova-testemunhal>> , Acesso em: 06 mar. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal – 11ª ed. rev. e atual**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Provas no Processo Penal**, 4ª edição. Forense, 03/2015. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6304-0/cfi/6/18!/4/24/6@0:100>. Acesso em: 14 mai. 2018.

OLIVEIRA, Helena Mendes; ALBUQUERQUE, Pedro Barbas de. **Mecanismos Explicativos das Falsas Memórias no Paradigma DRM. Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre , v. 28, n. 3, p. 554-564, Sept. 2015 . Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722015000300554&lng=en&nrm=iso> Acesso em: 14 mai. 2018.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**, 21ª edição rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. Retirado de <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597010268/> Acesso em: 14 mai. 2018.

PINTO, Amâncio Costa, 1998. **O impacto das emoções na memória: Alguns temas em análise**. Psicologia, Educação e Cultura. Disponível em: <https://www.fpce.up.pt/docentes/acpinto/artigos/11_memoria_e_emocoes.pdf> Acesso em: 14 mai. 2018.

PISA, Osilda. **Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças**. Porto Alegre, 2006, p. 21. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/4834/1/000384132-Texto%2BCompleto-0.pdf>> Acesso em: 14 mai. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**, 25ª edição. Atlas, 03/2017. [Minha

Biblioteca] Retirado de
<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597011456/cfi/6/46!/4/976/4@0:94.1>. Acesso em: 14 mai. 2018.

ROCHA, Bárbara. **Memória – a influência das emoções sobre nossas lembranças**. Supera. Publicado em: 11/08/2016. Disponível em: <<http://metodosupera.com.br/a-influencia-das-emocoes-sobre-a-memoria/>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

SANTOS, Renato Favarin dos; STEIN, Lilian Milnitsky. **A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica**. Psicologia USP, São Paulo, v. 19, n. 3, p. 415-434, sep. 2008. ISSN 1678-5177. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/41971>>. Acesso em: 21 abr. 2018.

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**. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2012_2/mariana_seger.pdf> Acesso em: 21 abr. 2018.

STEIN, colaboradores, L.M. E. (04/2011). **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. [Minha Biblioteca]. Retirado de: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788536321530/> Acesso em: 21 abr. 2018.

STF. HABEAS CORPUS: HC 113706 / MG - MINAS GERAIS. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em: 14/11/2017. DJ: 27/11/2017. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28NULIDADE+ARTIGO+212+DO+CPP%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yb8o2k8e>> , Acesso em: 08 mar. 2018.

STJ. RECURSO ESPECIAL: REsp 1489356 / RS 2014/0273602-0. Relator: Ministro Felix Fischer. Julgado em: 14/11/2017. DJ: 22/11/2017. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=nulidade+relativa+artigo+212+do+CPP&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> , Acesso em: 08 mar. 2018.

TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal** / Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar – 12 ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 715.