

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

**UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS E SUA
REPERCUSSÃO NA PROVA TESTEMUNHAL**

ÍISIS BORGES MENEZES

RIO DE JANEIRO
2017/1º SEMESTRE

ÍISIS BORGES MENEZES

**UMA BREVE ABORDAGEM SOBRE DAS FALSAS MEMÓRIAS E SUA
REPERCUSSÃO NA PROVA TESTEMUNHAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

RIO DE JANEIRO

2017/1º SEMESTRE

M541b MENEZES, Ísis Borges
Uma Breve abordagem sobre as falsas memórias e
sua repercussão na prova testemunhal / Ísis Borges
MENEZES. -- Rio de Janeiro, 2017.
62 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2017.

1. Falsas Memórias. 2. Direito Processual Penal.
3. Prova Testemunhal. I. Santoro, Antonio Eduardo
Ramires, orient. II. Título.

CDD 341.4343

ÍISIS BORGES MENEZES

**UMA BEVE ABORDAGEM SOBRE DAS FALSAS MEMÓRIAS E SUA
REPERCUSSÃO NA PROVA TESTEMUNHAL**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Antonio Eduardo Ramires Santoro**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

**RIO DE JANEIRO
2017/1º SEMESTRE**

À minha mãe, meu maior referencial, e ao meu pai, meu anjo da guarda.

AGRADECIMENTOS

Não posso deixar de agradecer primeiramente à Deus, pois o que seria de mim sem Ele, sem a fé que me sustenta nos momentos mais turbulentos.

À minha mãe Nilda de Andrade Borges, por ter me ensinado desde pequena o valor do estudo e a importância de ser firme e batalhar pelos meus ideais apesar das adversidades da vida. Pelo seu carinho e “puxões de orelha” quando necessário... obrigada!

À minha irmã Laís Borges dos Santos, companheira e grande amiga, melhor presente que poderia ter recebido de nossa mãe.

Ao meu querido pai Washington Menezes da Silva e avós Valdomiro Vieira Borges, Hilda de Andrade Borges, João Menezes da Silva e Maria Gavazza da Silva, *in memoriam*, por todo carinho e amor que puderam me dar... me faltam palavras para agradecer.

Aos meus queridos amigos, presentes da FND, por tornarem essa fase da minha vida mais especial do que um dia poderia imaginar. Agradeço a todos pelos momentos de alegrias e mesmo os momentos de ansiedade que puderam ser compartilhados. Aprendi muito com vocês.

A todos os professores que tive o privilégio de ter, agradeço por compartilharem seus conhecimentos acadêmicos e de vida, contribuindo para minha caminhada profissional. O meu reconhecimento.

Ao meu orientador Antônio Eduardo Ramires Santoro, agradeço por toda a atenção ao longo deste processo. Obrigada pelo auxílio sem o qual este trabalho não alcançaria o presente resultado.

À Faculdade Nacional de Direito, por cada momento inesquecível, pelo conhecimento transmitido e pelos valores ensinados.

Existe uma paixão que vem de lá do Centro, um sentimento que pra vida eu vou levar...

Obrigada!

RESUMO

A presente monografia discorre sobre o fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal penal. A análise tem início na atividade probatória no processo penal levando em consideração o objeto e a finalidade da prova penal. Na sequência será exposta sua principiologia, esta com base em um sistema acusatório existente em um Estado Democrático de Direito, bem como a análise do reconhecimento e da prova testemunhal enquanto meios de prova. Após, serão tratados os aspectos do funcionamento da memória e as considerações iniciais sobre o fenômeno da falsificação das lembranças, se debruçando a respeito dos tipos de falsas memórias e as teorias tendentes a explicar o fenômeno. Por fim, é abordado a problemática no âmbito criminal quanto aos meios de prova apontados no capítulo inicial, demonstrando os possíveis fatores de contaminação da memória, assim como as medidas propostas pelos autores como forma minimizadora de possíveis danos decorrentes das falsas memórias, discorrendo de forma breve sobre o paradigmático caso da Escola base, e outros exemplos, que de forma assustadora incriminaram inocentes, também vitimados pelo fenômeno da falsa memória.

Palavras-chave: Falsas Memórias; Direito Processual Penal; Prova Testemunhal.

ABSTRACT

This monograph discusses the phenomenon of false memories in the criminal testimonial evidence. The analysis begins in the probative activity in the criminal procedure, considering the object and purpose of the criminal evidence. Subsequently, will be exposed its principles, based on an adversarial system existent on a Democratic Rule of Law, as well as the analysis of recognition and the testimonial evidence, both as evidence. Afterwards, is addressed the aspects related of memory functioning and the initial considerations about the phenomenon of false memories, including the types of false memories and theories tending to explain the phenomenon. Finally, it is approached the problematic in relation to the means of evidence worked in the first chapter, demonstrating the possible factors of contamination of memory, as well as the measures proposed by the authors as a minimizing form of possible damages resulting from the false memories. In this chapter is also worked, briefly, the paradigmatic case of the “Escola Base”, and other examples, where innocents people are unfairly incriminated due to the phenomenon of false memory.

Keywords: False Memories; Criminal Procedural Law; Testimonial evidence.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 11 |
| 1 . CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA NO PROCESSO PENAL | |
| BRASILEIRO | 13 |
| 1.1 – Finalidade e objeto da prova penal | 13 |
| 1.2 – Princípios reguladores da atividade probatória..... | 15 |
| 1.2.1 - Jurisdição | 16 |
| 1.2.2 – Presunção de inocência | 18 |
| 1.2.3 – Contraditório e ampla defesa | 19 |
| 1.2.4 – Livre convencimento motivado ou persuasão racional..... | 21 |
| 1.3 – Restrição à prova: vedação das provas ilícitas | 24 |
| 1.4 – Meios de prova | 26 |
| 1.4.1– Prova testemunhal..... | 27 |
| 1.4.2– Reconhecimento de pessoas | 30 |
| 2 . MEMÓRIA E SUAS DIMENSÕES..... | 34 |
| 2.1– A memória..... | 34 |
| 2.2 – As falsas memórias..... | 37 |
| 2.2.1 – Espécies de falsas memórias: espontâneas e sugeridas | 40 |
| 2.2.2 – Teorias explicativas do fenômeno | 41 |
| 3 . AS FALSAS MEMÓRIAS E A PROVA PENAL | 46 |
| 3.1 – A falsificação da memória no ato de reconhecimento..... | 48 |
| 3.2 – Fatores tendentes a contaminação da memória | 51 |
| 3.3 – Caso escola base | 55 |
| 3.4 – Medidas para redução de danos | 57 |
| CONCLUSÃO..... | 60 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 62 |

INTRODUÇÃO

A atividade probatória é de suma importância quando tratamos de processos judiciais penais, pois a partir da prova será possível influenciar no convencimento do juiz, e, conseqüentemente, em sua decisão, que pode significar a privação da liberdade dos indivíduos. Em virtude disso o Código de Processo Penal traz todo um regramento próprio a fim de evitar possíveis abusos por parte da acusação.

Nesse sentido, é possível verificar que a prova testemunhal ganha papel fundamental como meio de prova penal, através de testemunhos e reconhecimentos, que muitas vezes serão as únicas provas dos autos. Contudo, essas provas dependem eminentemente da memória para sua produção. Dessa afirmação podemos nos questionar a respeito da confiabilidade conferida à memória na reconstrução dos fatos. Seria a memória infalível a tal ponto de fornecer as informações exatamente como ocorreram, sem nenhuma interferência?

A partir desses questionamentos é possível o estudo das falsas memórias. Estas podem ser entendidas como o fenômeno através do qual são inseridas nas lembranças eventos ou fragmento deste, que na realidade nunca ocorreram. Assim uma pessoa acredita que aquele fato realmente ocorreu e passa a reproduzi-lo como se fosse verdade.

Desta forma, ressalta-se desde já que o fenômeno das falsas memórias não se confunde com mentiras pois diferente destas, em que o sujeito está ciente de que o evento não ocorreu, nas falsas memórias o sujeito acredita de forma real ter vivenciado a experiência falsa, há uma boa-fé de quem relata.

Trata-se de um estudo inicialmente do campo da neurociência em que ficou constatado a flexibilidade da memória e sua capacidade de incorporação de informações falsas tanto decorrentes de sugestões externas, como através do próprio funcionamento da mente, o que denominam autossugestão.

No presente trabalho é abordado, inicialmente, a prova no processo penal, com foco na sua principiologia, bem como os meios de prova, em especial a prova testemunhal e o reconhecimento pessoal. Na sequência discorrer-se-á sobre o funcionamento da memória, que incluem uma análise inicial das falsas lembranças, deixando o tratamento desta para o terceiro

capítulo, apresentando os possíveis fatores de contaminação da memória e as medidas apontadas pelos autores com o intuito de reduzir os danos decorrentes da falsificação.

Ressalta-se que a proposta do trabalho não é exaurir o assunto, até porque o tema apresenta diversos pontos passíveis de serem abordados. Serão trabalhados os tópicos entendidos como necessários para que a partir de sua leitura possa-se compreender, ao menos minimamente o assunto ora tratado e as questões que o envolvem.

1. CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

1.1 – Finalidade e objeto da prova penal

O processo penal é o instrumento pelo qual se possibilita às partes levar ao conhecimento do juiz determinado fato histórico, sendo verdadeiro instrumento de retrospecção¹. Nesse contexto, as provas consistirão no meio para se alcançar essa retrospecção, as quais terão por objeto o fato passado e como destinatário o julgador.

No mesmo sentido, afirma Cristina Di Gesu² que o processo é uma atividade de reconhecimento, uma vez que a cognição, o conhecimento a respeito do fato, pertence apenas as pessoas nele envolvidas, não havendo como restaurá-lo da mesma forma que ocorreu, visto que só existente na memória das pessoas que o presenciaram de alguma maneira. Diante disso, a prova terá por fim sanar a falta de conhecimento por parte do julgador a respeito do ocorrido³.

Constatando o lapso temporal existente nessa reconstrução que se pretende no processo penal, através da prova penal, explica Lopes Jr.⁴ o que ele denomina de *paradoxo temporal insito ao ritual judiciário*, que se traduz na seguinte ideia:

um juiz julgando no presente (hoje), um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante viver no passado.

Além do mais, a reconstrução desse fato passado sempre será de forma indireta⁵, na medida em que, todas as provas são indiretas, excetuando-se as raras hipóteses em que haverá

¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 535.

² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 50.

³ Idem. p. 50.

⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 535.

⁵ Nesse sentido GOMES FILHO (Direito à Prova no Processo Penal, 1997. *In*: DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 52): “a atividade de investigação judicial se dirige a acontecimentos passados cuja reconstrução somente pode ser alcançada a partir de meios indiretos”. Cumpre mencionar, a esse respeito que, normalmente, se propõe como regra a colheita de provas diretas, a exemplo da prova testemunhal, perícias, etc., sendo a exceção a coleta de provas indiretas, os indícios.

observação direta do delito pelo magistrado, como nos casos de ilícitos cometidos na sala de audiência, como nos ensina Cordero⁶, e, mesmo nesses casos, o magistrado atuaria como testemunha e não julgador⁷.

Note-se que essa reconstrução será incompleta e imperfeita, uma vez que só será possível conhecer o que é levado ao processo pelas partes e isso dependerá, muitas vezes, do resultado da memória humana, a qual possui suas limitações, além de se tratar da reconstrução no presente de algo ocorrido no passado⁸.

Nesse contexto, acertada a colocação de Marcia de Moura Irigonhê ao discorrer acerca dessa incompletude dos fatos, informando que as provas não reproduzirão exatamente o fato passado, mas uma possibilidade dele. Sustenta que:

Aquilo que chega aos autos do processo penal não constitui senão um fragmento do todo, construído no tempo e modo da atividade probatória, a qual nunca será capaz de abarcar a verdade porque conforme Carnelutti 'a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós'⁹.

De igual maneira é atribuído à prova uma função persuasiva, ou seja, a de formação do convencimento do juiz¹⁰. Assim, as provas terão substancial importância ao influir na escolha de umas das possibilidades históricas trazidas pelas partes, pelo julgador, e, conseqüentemente na sua decisão, quando apontará a possibilidade a qual se filiou.

Essa escolha do magistrado de maneira nenhuma pode ser entendida com o alcance da verdade real¹¹, que enseja um comportamento ativo do juiz a fim de formular seu convencimento, mas sim a uma verdade construída a partir dos elementos de provas trazido aos

⁶ CORDERO, Franco. *Procedimento Penal*, v.2. p.3. In: LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 536.

⁷ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 52.

⁸ Idem, p. 50.

⁹ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 10.

¹⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 537.

¹¹ LOPES JR., Aury; DI GESU, Cristina. *Prova Penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007. In: IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 12.

autos, pelas partes, pois o juízo proferido ao término da persecução penal, não é um juízo de verdade, mas de plausibilidade da hipótese¹².

A esse respeito afirma Gustavo Noronha de Ávila¹³ que uma vez que se tem “a verdade como meta de indagação não será necessário regime probatório, eis que, para descobrir a Verdade, não precisamos de regras processuais”.

No âmbito processual, essa busca pela verdade terá como regulador as garantias processuais, regras que objetivam proteger o acusado em eventual abuso de poder na coleta de informações¹⁴. Sendo assim, deve-se trabalhar com a ideia de verdade processual, “uma verdade ‘aproximativa’, limitada pelo que sabemos, sendo contingente e relativa”¹⁵.

Expostas as considerações iniciais a respeito da prova testemunhal, levando em consideração suas funções na persecução penal, quais sejam, retrospectiva e persuasiva, mostra-se pertinente abordar as garantias/princípios processuais penais que deverão ser observados no momento da atividade probatória.

1.2 – Princípios reguladores da atividade probatória

Os princípios são “normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais”¹⁶. Por meio deles serão regulados os casos em que forem possíveis sua aplicação ou o preenchimento de lacunas existente na lei. No que tange aos princípios reguladores da prova penal, estes servirão para compatibilizar o Código de Processo Penal de 1941 à Constituição da República, “através de uma (re)leitura pelo foco constitucional”¹⁷.

¹² IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 12.

¹³ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 46. Grifado no original.

¹⁴ BINDER, Alberto M. *O descumprimento das formas processuais – elementos para uma crítica da teoria unitária das nulidades no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p.61. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 47.

¹⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 59.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*, 1991. In: DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 56-57.

¹⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 545-546.

Desta forma, destacam-se quatro princípios referentes a atividade probatória, a saber: jurisdição, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa e o livre convencimento motivado, os quais serão trabalhados na sequência.

1.2.1 - Jurisdição

O princípio da jurisdição se traduz pelo axioma *nulla culpa sine iudicio*¹⁸, o que significa dizer que não haverá culpa sem juízo, sem um processo para a aplicação de uma pena. Deste modo, para que uma pessoa seja considerada culpada é necessário que um juiz assim o declare. Contudo, não basta que o juiz aplique uma pena por iniciativa própria, é preciso que seja formulada uma acusação pelo órgão acusador-

O Estado detém o monopólio da aplicação do direito penal que será exercido pelos órgãos jurisdicionais, diferente do que se observa no direito privado, onde vigora a noção de autonomia da vontade. Apenas os órgãos jurisdicionais poderão declarar a existência de um delito e eventual imposição de pena, através de um processo¹⁹, de onde decorre, inclusive, a proibição da autotutela, já que o Estado possui a exclusividade do *ius puniendi*.

Segundo Ferrajolli²⁰ a jurisdição pode ser entendida sob duas perspectivas. Num sentido *lato* o princípio da jurisdição se traduziria na seguinte tese: *nulla poena, nullum crime, nulla culpa sine iudicio*. Em outras palavras, não haveria pena, crime e, muito menos, culpa sem juízo, haveria, portanto, a necessidade de um processo para a existência de qualquer uma dessas três situações.

Já no que concerne ao segundo sentido, o sentido estrito, se referindo “aos procedimentos e as garantias de que depende o caráter cognoscitivo ou declarativo do juízo”²¹, estaria compreendido o seguinte conjunto de teses: *nullum iudicium sine accusatione, sine probatione*

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, 1997. In: DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 58.

¹⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 59.

²⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 1997. In: DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 58.

²¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 59.

*y sine defensione*²². Em outros termos, faz-se imprescindível a formação de uma acusação e a efetiva contradição; que a produção probatória fique a cargo da acusação; e que haja o direito de defesa.²³

No que diz respeito à prova, o princípio da jurisdição, segundo um modelo acusatório²⁴, vai muito além de ter um juiz para dizer o direito²⁵, anseia por um juiz imparcial, um juiz que “não deve atuar de ofício na busca de elementos de prova”²⁶. Nesse sentido Lopes Jr.²⁷:

(...) decorre a necessidade de termos um juiz-espectador (e não ator), em sintonia com o modelo acusatório, que não admite que o juiz tenha iniciativa ou gestão probatória, pois somente assim haverá o necessário alheamento que possibilita pensar em imparcialidade (e também igualdade de tratamento e oportunidades, estrutura dialética etc.).

Além disso, com base no princípio exposto, o julgamento deve levar em consideração as provas produzidas no bojo do processo, respeitando o devido processo legal, cuja previsão encontra-se no artigo 5º, inciso LIV da Constituição Federal.

Por fim, cumpre mencionar que é a partir da jurisdição que se torna possível a efetivação dos direitos fundamentais, bem como da dialética processual, sendo possível afirmar que daí decorre a ideia de que a garantia da jurisdição seria estruturante do processo penal²⁸.

²² FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. 1997. In: DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 59.

²³ Ibidem.

²⁴ Nos dizeres de Nucci (Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 70), o sistema acusatório: “Possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra”.

²⁵ A palavra “jurisdição” deriva do latim *jurisdictio* que nada mais é que a junção da expressão, também proveniente do latim, *juris dictio* ou *ius dicere*, que significa “dizer o direito”. (SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006. p. 801-802.)

²⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 62

²⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 546.

²⁸ Ibidem.

1.2.2 – Presunção de inocência

O princípio de presunção de inocência, apesar de não ser contemplado por um dispositivo do Código de Processo Penal²⁹, está expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso LVII, estabelecendo que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Além disso, encontra previsão no artigo 8.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, *in verbis*: “toda pessoa acusada de delito *tem direito a que se presuma sua inocência* enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

Segundo Eugênio Paccelli³⁰, o princípio ora tratado, ou como ele chama “estado ou situação jurídica de Inocência”

impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de *tratamento*, segundo a qual o réu, em nenhum momento do *iter persecutório*, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo *probatório*, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair exclusivamente sobre a acusação.

Nesse mesmo sentido Lopes Jr.³¹ afirma que a presunção de inocência pode ser sintetizada na expressão “dever de tratamento”, a qual atua em uma dimensão interna e externa. Deste modo,

(...) a presunção de inocência implica um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente).

Percebe-se, portanto, que advém do presente princípio três corolários: (i) a distribuição do ônus da prova, ou seja, “transfere integralmente o ônus da prova ao órgão acusador”³²; (ii) o princípio do *favor rei*, significa que a interpretação genérica deve ser dada em favor do réu,

²⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 63.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39. Grifado no original.

³¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 548-549.

³² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 65.

em virtude disso, havendo dúvida deve-se aplicar o princípio da presunção de inocência, em qualquer momento do processo; (iii) o *In dubio pro reo*, diz respeito a ideia de que, existindo incerteza quanto a valoração da prova, quando da sentença, deve-se aplicar o princípio de presunção de inocência.

Ademais, ressalta-se, que recentemente em sede de análise do *Habeas Corpus* n° 126292³³, referendado pelo Plenário no julgamento das medidas cautelares pleiteadas no âmbito das ADC n° 43 e 44 (em 05.10.2016)³⁴, o Supremo Tribunal Federal alterou seu posicionamento sobre o Princípio da presunção de inocência³⁵, autorizando a execução provisória da condenação desde a decisão do Tribunal de Segundo Grau, desconsiderando, totalmente, a exigência constitucional do trânsito em julgado da decisão³⁶, expressamente previsto no artigo 5, LVII, da Constituição Federal.

1.2.3 – Contraditório e ampla defesa

O direito ao contraditório e a ampla defesa embora não se confundam estão fortemente interligados por traduzirem o direito de defesa. Ambos são garantias constitucionais cuja previsão encontra-se no artigo 5º, LV da Constituição, definindo que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

No que se refere ao contraditório, este é entendido tradicionalmente como a garantia ao direito à informação dos fatos e alegações contrária ao interesse das partes e reação a ambos, em outras palavras, o direito à participação no processo, possibilitando às partes que contribuam na formação do convencimento do juiz³⁷. Modernamente, além da concepção tradicional, o

³³ CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (STF - HC: 126292 SP, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016.)

³⁴ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39.

³⁵ Interpretação segundo a Constituição Federal de 1988, de que não poderia ser aplicada a prisão como pena antes da sentença penal transitada em julgado.

³⁶ Ibidem.

³⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 37.

contraditório garantiria a possibilidade de resposta na mesma intensidade e extensão (participação em simétrica paridade)³⁸, isto porque “o réu encontra-se na posição de hipossuficiente no processo, diante da dupla atuação do Estado, ora como parte através do Ministério Público, ora como poder atuante pelo órgão jurisdicional”.³⁹

De acordo com a concepção de contraditório, podemos acertadamente afirmar que este “é imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo”⁴⁰, além de apresentar íntima relação com a imparcialidade do julgador, uma vez que há a necessidade de que ambas as partes sejam ouvidas para a prolação da decisão, e de certo modo com o próprio sistema acusatório⁴¹.

Igualmente ao contraditório, a ampla defesa, implica no exercício do direito de defesa. A ampla defesa significa muito mais que a nomeação e constituição de um advogado, ela deve ser efetiva, utilizando-se de todos os meios disponíveis para rebater a tese da acusação. Por isso diz-se que a ampla defesa englobaria o direito à defesa técnica e à defesa pessoal (autodefesa), podendo esta última ser exercida de forma positiva e negativa.

A defesa técnica “garante a presença de defensor em todos os atos do processo”⁴², por isso é indisponível, o que significa dizer que a parte renunciar esse direito, de acordo com a previsão expressa do artigo 8.2, “e”, da Convenção Americana de Direitos Humanos⁴³. Tanto é assim, que o artigo 261⁴⁴ do Código de Processo Penal estabelece que mesmo se o réu estiver foragido ou ausente, este não poderá ser processado ou julgado sem defensor. Sendo definido também pela lei que se o acusado não teve advogado constituído, caberá ao juiz nomear um defensor dativo⁴⁵.

³⁸ Ibidem

³⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 68.

⁴⁰ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 554.

⁴¹ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 12.

⁴² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 558.

⁴³ **Art. 8. 2, “e”**. CADH. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

⁴⁴ **Art. 261. CPP**. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor.

⁴⁵ **Art. 263, CPP**. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação.

Já em relação à autodefesa (defesa pessoal), seu ápice pode ser verificado no interrogatório, tanto o ocorrido em sede policial como o judicial⁴⁶, pois é nesse momento que o acusado por falar de forma a se defender (autodefesa positiva) ou calar-se (autodefesa negativa), sem que o silêncio represente prejuízo à defesa, conforme o outrora analisado princípio da presunção de inocência e previsões legais⁴⁷, mais especificamente no artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal (“o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”).

Do direito ao silêncio, mas não só ele, decorre o princípio da não autoincriminação. De acordo com Di Gesu⁴⁸ este princípio está relacionado também ao fato

(...) de o imputado não poder ser compelido a participar de acareações, de reconhecimentos, de reconstituições, de fornecer material para exames periciais, tais como exame de sangue, de DNA o de escrita, incumbindo a acusação desincumbir-se do ônus ou carga probatória de outra forma.

Deste modo, podemos concluir que “a ampla defesa se realiza por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva, e finalmente, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado”⁴⁹.

1.2.4 – Livre convencimento motivado ou persuasão racional

O livre convencimento motivado⁵⁰ além de ser considerado um princípio, é classificado como um sistema de valoração das provas, o qual é adotado majoritariamente pelo processo

⁴⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 71.

⁴⁷ O direito ao silêncio encontra-se previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal (*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*); no art. 186 do CPP e no artigo 8.2, g da Convenção Americana dos Direitos Humanos.

⁴⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 72.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017. p. 39.

⁵⁰ Conforme NUCCI (Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 22.) o princípio do livre convencimento motivado, além de ser chamado de Persuasão racional pode ser encontrado com as seguintes nomenclaturas: convencimento racional, apreciação fundamentada ou prova fundamentada.

penal brasileiro. Este princípio encontra fundamentação legal tanto no artigo 155, *caput*, do Código de Processo Penal⁵¹, como na própria Constituição em seu artigo 93, inciso IX⁵².

Conforme o que determina ambos os artigos, o juiz poderá decidir a causa *sub judice* conforme seu livre convencimento, contudo, deverá fundamentá-la a fim de legitimá-la em relação às partes e a própria sociedade. Nesse sentido afirma Nucci⁵³:

(...) o magistrado pode formar a sua convicção (certeza de que a verdade encontra-se em determinados fatos) livremente, ponderando as provas que bem entender, atribuindo-lhes o valor subjetivamente merecido, salvo aquelas que compuserem o universo das provas tarifadas (como laudos periciais para a comprovação da materialidade de certos crimes), cuja valoração é preestabelecida pela lei, e estruturando seu raciocínio de modo como achar conveniente.

Cumprido mencionar que, no que tange à valoração das provas, onde se insere o livre convencimento motivado, existem outros dois sistemas relevantes: o sistema legal de provas e o da íntima convicção. Esses sistemas ganham destaque tendo em vista que é possível encontrar seus resquícios no Código de Processo Penal brasileiro, em que pese o princípio da persuasão racional ser adotado majoritariamente.

No sistema da prova legal ou tarifada, é estabelecido uma estrutura hierárquica de valoração de provas, ou seja, é estabelecido previamente um valor fixado pelo legislador para cada prova passível de ser produzida durante o processo. Como consequência, o juiz terá sua atividade de julgamento restringida.

Dentro desse sistema temos a confissão como a rainha das provas, uma prova suprema, bem como a ideia de que a apresentação de uma única testemunha não teria valor (*unus testis, nullus testis* ou *testis unus, testis nullus*⁵⁴).

⁵¹ **Art. 155, CPP.** 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.

⁵² **Art. 93, IX, CF.** 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 caso nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

⁵³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 24-25.

⁵⁴ Idem, p. 23.

Nas palavras de Lopes Jr.⁵⁵ o resquício desse sistema estaria presente no artigo 158 do CPP quando exige o corpo de delito, direto ou indireto, nas infrações que deixam vestígio, não podendo suprimi-lo por confissão do acusado.

Por outro lado, no sistema da íntima convicção, apresentado como uma superação ao modelo anterior, não há necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo julgador, ficando este livre para valorar a prova como bem entender. O resquício desse sistema pode ser observado no Tribunal do Júri, onde o conselho de sentença possui total liberdade para julgar, sem necessidade de motivação ou fundamentação. Nas palavras de Lopes Jr.⁵⁶.

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autos, ao julgamento pela “cara” , cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação em relação ao réu. E tudo isso, sem qualquer fundamentação.

Percebe-se assim, que o sistema do livre convencimento motivado ou persuasão racional foi o ponto intermediário adotado diante dos dois modelos acima expostos.

Ressalta-se que a motivação das decisões judiciais exigida dentro desse modelo “pode ser vista sob uma dupla perspectiva, isto é, como limitação do poder e também como a fim de obter a prestação efetiva da tutela jurisdicional no Estado Democrático de Direito”⁵⁷. Outrossim, é através da motivação que será possível conhecer as razões da decisão, assim como, tornar possível eventual impugnação por meio de recurso.

Nesse ínterim, o convencimento do juiz será livre na medida em que não haverá submissão deste “a interesses políticos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria”⁵⁸, nem a qualquer sistema de prova tarifada. Todavia, essa liberdade limita-se pela necessidade de motivação, que por sua vez está adstrita as provas aos autos. Por conseguinte, é considerada prova aquela produzida no âmbito do processo judicial, com a observância do contraditório e

⁵⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 561.

⁵⁶ Idem, p. 561-562.

⁵⁷ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 74.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 562.

da ampla defesa como afirma o próprio artigo 155 do CPP⁵⁹, com redação dada pela Lei 11.690/08⁶⁰.

Deste modo, finda a análise dos princípios propostos, convém tecer algumas considerações a respeito das restrições existentes em relação à atividade probatória, em especial a vedação legal às provas ilícitas.

1.3 – Restrição à prova: vedação das provas ilícitas

Estabelece o artigo 5º, LVI, da Constituição Federal que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. De igual maneira, o artigo 157 do CPP tratando das provas ilícitas vai além ao afirmar que são consideradas ilícitas as provas “obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”, devendo as mesmas, quando verificadas no processo, ser desentranhadas.

Além disso, é estabelecido nos parágrafos do referido dispositivo do Código de Processo Penal que:

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Tendo em vista o conteúdo do artigo e seus parágrafos deve-se, primeiramente, expor a distinção existente entre prova ilegal, ilegítima e ilícita. Nesse contexto, costuma-se apresentar a prova ilegal como gênero, de onde seriam espécies as provas ilegítimas e as ilícitas⁶¹.

⁵⁹ **Art. 155, CPP.** 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.

⁶⁰ A referida lei, de 09 de junho de 2008, tratou da reforma dos dispositivos legais referentes à matéria probatória.

⁶¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 593.

Serão consideradas ilegítimas as provas que violarem as normas de natureza processual, em outras palavras, quando houver violação “de uma regra de direito processual penal no momento da sua produção em juízo, no processo”⁶². Por outro lado, uma prova será ilícita quando violar norma de direito material ou constitucional no momento em que for produzida. Nas palavras de Marcia Irigonhê:

(...) as provas ilícitas importam vilipêndio a alguma regra de direito material ou à própria Constituição, e são evitadas por vício ocorrido de maneira exterior ao processo. Muito embora sua declaração de ilicitude sirva, em última análise, também a interesses processuais, esta tutela ocorre visando ao resguardo de direitos que o ordenamento jurídico confere aos indivíduos, independentemente do processo⁶³.

Em que pese o posicionamento acima de que a violação a normas processuais geraria ilicitude da prova, há quem entenda que o desrespeito à norma processual na produção da prova implicaria na nulidade do ato que a produziu e não uma ilicitude, a exemplo do que afirma Antônio Magalhães Gomes Filho:

Não parece ter sido a melhor, assim, a opção do legislador nacional por uma definição legal de prova ilícita, que, longe de esclarecer o sentido da previsão constitucional, pode levar a equívocos e confusões, fazendo crer, por exemplo, que a violação de regras processuais implica ilicitude da prova e, em consequência, o seu desentranhamento do processo. O descumprimento da lei processual leva à *nulidade* do ato de formação da prova e impõe a necessidade de sua renovação, nos termos do que determina o art. 573, *caput*, do CPP⁶⁴.

Muito se critica a redação do artigo 157 do CPP, uma vez que este teria deixado de tratar das provas ilegítimas, limitando-se a fazer referência às provas obtidas em desacordo com as normas constitucionais (processuais ou materiais) ou legais⁶⁵. Essa ausência de tratamento se justificaria uma vez que a prova ilegítima não chegaria a fazer parte do processo, e caso venha a fazer, seria desentranhada de pronto.

⁶² Ibidem.

⁶³ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 26.

⁶⁴ GOMES FILHO, Antônio Magalhães, co-autor; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis, coordenadora. *As reformas no processo penal: As novas Leis de 2008 e os Projetos de Reforma*. São Paulo: RT, 2008. p.266. In: NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 340. Grifado no original.

⁶⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. *Código de Processo Penal Comentado*. 4 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2012. In: IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 26.

No que tange a repetibilidade da prova, afirma Lopes Jr.⁶⁶ que as provas ilícitas não podem ser repetidas pois o vício que as rodeia está atrelada ao momento de sua obtenção, enquanto as provas ilegítimas, por ter seu vício vinculado à dimensão processual (quanto ao ingresso ou produção), teriam possibilidade de repetição.

Voltando à análise do artigo 157, mais especificamente, de seus parágrafos 1º e 2º, podemos observar a adoção pelo legislador da Teoria dos frutos da árvore envenenada, a chamada prova ilícita por derivação. Dessa teoria advém a ideia de que a prova por si só não tem ilicitude, mas sua origem sim, contaminando as demais provas dela decorrentes.

Outrossim, no próprio corpo do parágrafo é apresentada duas exceções a prova ilícita por derivação, a saber: a fonte independente (quando uma das fontes de uma determinada prova é lícita) e da quebra do nexa (quebra do liame que vincula duas causas).

Quanto a essa vedação às provas ilícitas no processo, majoritariamente é entendida como uma garantia do acusado em face das ações do Estado, sendo, porém, admitidas quando tiverem por finalidade beneficiar o réu, pois estaria em jogo a liberdade do indivíduo.

1.4 – Meios de prova

Os meios de prova podem ser entendidos como os instrumentos que auxiliam no convencimento do Juiz, os quais se inserem em regras específicas de procedimento para retirar legitimamente e legalmente informações da fonte de prova. Dentre os meios de provas podemos citar o meio documental, testemunhal, a acareação, perícia e o reconhecimento de pessoas e coisas.

Em que pese o depoimento do ofendido não ter o valor probatório como os demais meios de prova, também pode ser observado o fenômeno das falsas memórias. O ofendido é interessado no processo penal, uma vez que sofreu a ofensa, devendo seu depoimento ser avaliado em consonância com as demais provas dos autos. Contudo, existe hipóteses em que o depoimento do ofendido ganha papel essencial na persecução penal, como no caso de crimes sexuais, em que geralmente só estão presentes na cena do crime o ofendido e o ofensor.

⁶⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 594.

Ressalta-se ainda, a possibilidade em relação ao imputado, contudo, em relação a ele há o direito constitucional ao silêncio, bem como a ausência do compromisso de dizer a verdade, deixando ainda mais difícil a configuração do fenômeno.

Para fins do presente trabalho serão abordados somente o testemunho e o reconhecimento de pessoas como meios de provas, visto que nestes pode-se constatar a formação das falsas memórias, não sendo descartado o depoimento do ofendido. Para tanto, neste primeiro momento ao tratar dos referidos meios de prova serão apresentados apenas suas considerações iniciais para posteriormente relacioná-los ao fenômeno das falsas memórias.

1.4.1– Prova testemunhal

A prova testemunhal é trabalhada no Capítulo VI do Código de Processo Penal e compreende os artigos 202 a 225. Esse meio de prova possui como principal personagem a testemunha, entendida como “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”⁶⁷. Como resultado de seu ato teremos o testemunho, a declaração oral da testemunha, pessoa física, a respeito do que venha a conhecer, contribuindo para a reconstrução do ocorrido.

Ao discorrer sobre o assunto, Nucci ressalta, também, que as testemunhas irão expor em suas declarações seu ponto de vista sobre os fatos ocorridos, com uma dose de interpretação que é de certa forma indissociável do testemunho. Assim as

Testemunhas são pessoas que depõem sobre fatos, sejam eles quais forem. Se viram ou ouvirem dizer, não deixam de ser testemunhas, dando declarações sobre a ocorrência de algumas coisas. A pessoa que presencia um acidente automobilístico, por exemplo, narra ao juiz os fatos, tais como se deram na sua visão. Lembremos, sempre, que qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, *o que e como* tudo ocorreu.

⁶⁷ Ibidem, p. 211.

Em que pese a previsão do código, no sentido de que cabe ao juiz não permitir que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais⁶⁸, não é possível imaginar uma total dissociação entre as “apreciações pessoais” da testemunha e suas declarações quanto ao fato. Na dicção de Di Gesu, “por mais prudentes, íntegras e equilibradas que sejam as testemunhas – indenes a fatores perturbadores -, não há como estabelecer se aquilo que está sendo dito é isento de qualquer interesse ou paixão”⁶⁹.

Note-se que qualquer pessoa poderá ser testemunha, conforme o art. 202 do CPP, contudo o próprio código elenca em seu artigo 206⁷⁰, com base no grau de parentesco, as pessoas que poderão recusar-se a prestar seu testemunho. Ainda, no artigo seguinte (art. 207), informa que serão “proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

Diferentemente de outros declarantes que possam conceder informações ao juiz, a testemunha deve prestar o compromisso de dizer a verdade⁷¹. Como consequência, temos que se a testemunha faltar com a verdade em seu testemunho ela pode vir a responder pelo crime de falso testemunho, de acordo com o artigo 342 do Código penal⁷².

Gustavo Badaró⁷³ expõe quatro características inerentes ao testemunho, a saber:

1) judicialidade (a prova testemunhal será somente aquela produzida perante o juiz, em contraditório); 2) oralidade (de acordo com o artigo 204 do Código de Processo Penal, no geral, será produzida de forma oral); 3) objetividade (devem

⁶⁸ **Art. 213.** O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

⁶⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 94.

⁷⁰ **Art. 206. CPP.** A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

⁷¹ **Art. 203. CPP.** A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

⁷² **Art. 342. CP.** Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como **testemunha**, perito, tradutor, contador ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral: Pena - Reclusão, de 2 a 4 anos, e multa. *Grifo Nosso*.

⁷³ BADARÓ, Gustavo. *Direito processual penal*. Tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. In: ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 52.

depor sobre fatos percebidos por seus sentidos, sem emitir juízos de valor); e 4) retrospectividade (a testemunha é chamada para depor sobre fatos passados, reproduzindo o que já ocorreu e foi apreendido por seus sentidos).

Um ponto importante a respeito da prova testemunhal diz respeito a alteração conferida pela lei 11.690, de 9 de junho de 2008, quanto a sistemática da inquirição das testemunhas. Até 2008 o sistema adotado era o presidencial, ou seja, as partes realizavam suas perguntas ao juiz e este por sua vez as fazia à testemunha. Com a alteração, passou-se a adotar uma arguição direta e cruzada. Com isso, a acusação e a defesa passaram a poder formular seus questionamentos diretamente a testemunha, “as quais também ficam sujeitas ao contrainterrogatório da parte adversa”⁷⁴.

Além do mais, determina o artigo 212 do CPP, “as perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida”. Todavia, mesmo a alteração da Lei 11.690 não limitou totalmente a atuação do juiz, que de acordo com o parágrafo único do mesmo artigo, poderá complementar a inquirição sobre os pontos não esclarecidos.

Neste posto, importante a observação de Cristina Di Gesu:

Por ser o julgador o destinatário da prova, há de manter a sua posição de alheamento, isto é, de garantidor, a fim de conservar o equilíbrio processual na colheita da prova. Contudo, a opção legislativa foi a de permitir a intervenção do magistrado, mas de forma suplementar, subsidiária. Isto está claro na lei e há de ser observado.

Ainda sobre a sistemática da inquirição de testemunhas, o artigo traz algumas limitações às perguntas a serem formuladas nesse momento. Não serão admitidos os questionamentos que possam induzir as respostas, que não tiverem relação com a causa e importarem repetição, ficando a cargo do juiz a fiscalização. A crítica que se faz quanto a essas limitações é que não haveria definições no nosso ordenamento jurídico de quais perguntas induziriam a resposta.⁷⁵

⁷⁴ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 98.

⁷⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 63.

1.4.2– Reconhecimento de pessoas

O reconhecimento de pessoas é o ato pelo qual uma pessoa (vítima ou testemunha) irá formalmente afirmar ser certa a identidade de outra, a partir da recordação de determinado contexto. Nesse sentido, o reconhecimento será “ o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada⁷⁶, pois uma vez que tenha visto a pessoa anteriormente será possível reconhecê-la.

Sua previsão está contida nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, nos quais é tratado tanto ao reconhecimento de coisas como o de pessoas. No caso do artigo 227, sua aplicação é direcionada especificamente ao reconhecimento de coisas, o que não será tratado no trabalho em epígrafe pelos motivos já expostos.

Ressalta-se que o reconhecimento pode ocorrer tanto na fase de inquérito como na fase processual. Para tanto, o artigo 226 do CPP irá indicar as formalidades legais para a realização do reconhecimento, *in verbis*:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I- a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deverá ser reconhecida;

II- a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III- se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV- do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

Da análise do texto legal, percebe-se que o inciso I do artigo supra tem por objetivo verificar se a pessoa que irá realizar o reconhecimento tem condição mínima de dar

⁷⁶ ALTAVILLA, Enrico (1955). *Psicologia Judiciária*. Volume I: O processo psicológico e a verdade judicial. Coimbra: Almedina, 2003. In: IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 29.

prosseguimento ao ato, ou seja, objetiva verificar se o reconhecedor “guarda o núcleo central da imagem da pessoa que pretende identificar”⁷⁷.

No que tange o inciso II, existe uma certa divergência doutrinária quanto a expressão “se possível”. Essa discussão giraria em torno da obrigatoriedade ou não da presença de outras pessoas ao lado do acusado no momento do reconhecimento.

Há doutrinadores que afirmam tratar-se de um dever, enquanto outros afirmam que a expressão “se possível” estaria se referindo apenas a colocação de pessoas que guardem semelhança com o acusado. Contudo, o posicionamento majoritário, inclusive agasalhado pela jurisprudência, é de que a colocação de várias pessoas lado a lado seria uma recomendação⁷⁸.

Dentro desse contexto, Lopes Jr. nota que apesar da omissão do legislador no que concerne ao número de pessoas, recomenda-se que este não seja inferior a 5 (cinco) – o acusado mais quatro pessoas – “para maior credibilidade do ato e redução da margem de erro”⁷⁹. Além disso, em relação as semelhanças físicas, afirma ser questão crucial que o ato “criar um cenário cujo nível de indução seja o menor possível”, devendo o juiz prezar por uma “roda de reconhecimento com pessoas de características físicas similares”⁸⁰.

Já o inciso III visa “evitar a revitimização do ofendido, que poderá vir a sofrer ameaças, obstando a intervenção penal”⁸¹. Posteriormente, no parágrafo único do artigo 226 do CPP, é informado que essa preservação de quem realizou o reconhecimento não será aplicado na fase judicial, essa previsão encontra fundamento na garantia da ampla defesa do acusado.

Finalizando as formalidades do ato de reconhecimento deve ser lavrado um auto, documento conterà a descrição apresentada pelo reconhecedor, nos moldes do inciso IV, além

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 438.

⁷⁸ A esse respeito o HC nº 26.356/RJ, Relator o Ministro Jorge Scartezini, DJ de 28/6/2004, confirmado no julgamento do Recurso Especial nº 1233965, Relator: Ministro OG FERNANDES, Data de Publicação: DJ 17/03/2011, ocasião que sustentou-se que “o art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal apenas recomenda que o reconhecimento do réu se dê junto a outras pessoas com ele parecidas, não fixando uma obrigação capaz de ensejar a nulidade acaso inobservada”. Grifo nosso.

⁷⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 689.

⁸⁰ Ibidem. p. 689-690.

⁸¹ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 32.

de conter uma conclusão a respeito do reconhecimento ou não. Além do mais, o artigo 228 do CPP veda o reconhecimento coletivo, determinando que cada reconhecedor “fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas”.

Ato contínuo, se respeitadas as formalidades propostas pela lei, podemos considerá-lo como meio de prova. Deve-se, contudo, ressaltar que, quando ocorrida na fase pré-processual não deverá fundamentar uma condenação por si só. Assim como as demais provas colhidas nessa fase, terão “valor relativo, necessitando de confirmação” na fase processual, respeitando, desta maneira, as garantias do processo penal.

Importante informar, ainda, em que pese a imposição do artigo 226 do CPP à observância das formalidades nele contidas, que os reconhecimentos informais são comumente adotados na praxe forense, “admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado”.⁸²

Em função disso, os Tribunais entendem essa inobservância às formalidades como uma nulidade relativa, sendo necessária a comprovação da demonstração do prejuízo, como podemos observar no julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ACÓRDÃO FUNDADO EM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. I. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é harmônica no sentido de que a eventual inobservância do art. 226, do Código de Processo Penal, constitui nulidade relativa, sendo necessária a efetiva demonstração de prejuízo. II. Agravo Regimental improvido.⁸³

Observamos, assim, o desrespeito ao artigo sendo legitimado pela jurisprudência, que em última análise está incentivando essa forma de reconhecimento, por vezes falho, levando ao cárcere pessoas inocentes, tendo em vista que “o reconhecimento informal constitui parte integrante da prova testemunhal, de avaliação subjetiva e relativa, auxiliando na formação do convencimento do juiz, mas sem força e eficiência do reconhecimento”.⁸⁴

Apontada as considerações gerais sobre a prova no processo penal, em especial os meios/espécies de provas, volta-se o foco para a análise do surgimento das falsas memórias e

⁸² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 688.

⁸³ STJ - AgRg no AREsp: 304970 RS 2013/0078587-0, Relator: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 06/05/2014, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/05/2014. Grifo Nosso.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 241.

passa-se a discorrer, no capítulo seguinte, sobre a memória humana, bem como seu funcionamento.

2. MEMÓRIA E SUAS DIMENSÕES

Até o momento foi abordado a prova no processo penal, como pode ser visto no capítulo anterior. Neste, fica reservado a análise da memória, levando em consideração suas dimensões, seu funcionamento e, inclusive, as teorias que se propõe a explicar o fenômeno das falsas memórias. Trata-se de um capítulo cujo conteúdo está além do direito, mas que se mostra de suma importância para o estudo das falsas memórias.

2.1– A memória

Para fins de conceituação, define-se a memória “como a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos”⁸⁵. Da mesma forma, pode ser entendida como “um conjunto de processos que permitem manipular e compreender o mundo”⁸⁶. Igualmente, Gustavo Ávila a conceitua como “a força centrípeta que congrega aprendizagem, entendimento e consciência”⁸⁷. Percebe-se, a partir desses conceitos que a memória refere-se aquilo que somos.

Como dito acima, a memória envolve a aprendizagem, até porque “só se grava aquilo que foi aprendido”⁸⁸. Dentro desse contexto Di Gesu⁸⁹ propõe a seguinte ilustração:

A Alegoria da Caverna de Platão retrata bem a questão, na medida em que os prisioneiros da caverna viam tão somente as sombras (pois este era o registro existente na memória); contudo, não sabiam que as sombras eram sombras, o que demonstrava sua condição de ignorância, até mesmo porque não possuíam outro referencial, outro paradigma. Os prisioneiros pensavam saber tudo por não perceberem sua condição de totalidade fechada. As sombras de si mesmos, assim como o eco das vozes, constituíam a sua realidade. Eram aquilo que recordavam. Da mesma forma, no filme *Quem somos nós?* os índios, na época do descobrimento, não enxergavam as caravelas no oceano porque as desconheciam, isto é, não tinham a imagem da embarcação armazenada na memória. Somente passaram a vê-las depois de aprenderem e compreenderem o que eram.

⁸⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 105.

⁸⁶ STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, n° 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. p. 19. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

⁸⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 83.

⁸⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 105.

⁸⁹ Idem, p.106.

Afirma-se que a memória só é constituída quando solicitada, não “existindo” quando está em seu estado inatividade. Assim, “não é possível separar o ato de recuperação e a própria memória”⁹⁰, pois a partir da recuperação temos a própria memória.

Sustenta Ávila que os “fragmentos de uma única lembrança estão armazenados em diferentes redes de neurônios espalhadas por todo o cérebro”⁹¹, reunidos a partir do momento que realizamos a “recuperação” da lembrança.

Nesse diapasão, afirma-se que o processo de formação da memória que envolve três fases/etapas, necessariamente nessa sequência: codificação, armazenamento e recuperação⁹². Dessa maneira, “a codificação é a transformação do fato vivenciado (estímulo) em uma forma que possa ser retida pelo nosso cérebro (sistema cognitivo)”⁹³. Vale mencionar a esse respeito que, a codificação varia de acordo com a percepção de uma pessoa sobre determinado evento, sendo esta influenciada por diversos fatores, dentre os quais podemos citar, o estado emocional, a ângulo que a pessoa visualizou o evento, seu grau de atenção, etc.

Imaginemos uma situação de um assalto a uma loja:

Imaginemos uma situação de um assalto a uma loja. Um assaltante aproxima-se da atendente do caixa, apontando um volume dentro do seu casaco, dizendo que é uma arma, demandando que ela passe todo dinheiro do caixa. No canto do recinto, está uma senhora que consegue ter apenas uma visão de perfil, tanto do assaltante, como da atendente do caixa. Ao sair da loja, o assaltante esbarra em um homem que está passando na rua, e depois entra em um carro e foge. Nesse exemplo, levando em consideração eventuais influências na codificação da memória, podemos afirmar que a senhora que presenciou o assalto, provavelmente no momento em que se deu conta de que era um assalto, aumentou sua excitabilidade, conseqüentemente alterando seu estado emocional e sua atenção, influenciando a forma como ela codificou o evento. Por outro lado, o homem que estava passando na rua poderia só descobrir que era um assalto depois que a polícia chegou ao local, não tendo dado atenção a pessoa que esbarrou nele na rua⁹⁴.

⁹⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 83.

⁹¹ Ibidem.

⁹² STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, n° 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. p. 19. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

⁹³ Ibidem.

⁹⁴ Exemplo retirado da Revista *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses*, Ob. Cit., p. 18 e 20.

Já o armazenamento, “é a etapa de retenção da informação que foi codificada”⁹⁵. Em relação a essa etapa, sendo a lembrança considerada importante para pessoa, ela será armazenada na memória de longo prazo, podendo ser “recuperada” posteriormente. Importante esclarecer que essa memória, uma vez armazenada fica sujeita a perda, em decorrência do esquecimento, por exemplo.

Quanto à última etapa, a recuperação, esta diz respeito ao “processo de busca da informação armazenada”⁹⁶, pode envolver duas modalidades, quais sejam, a

(...) recordação (buscar diretamente uma informação da memória ou a partir de pistas); reconhecimento (comparação de uma informação dada com a memória para verificar se essa nova informação corresponde a memória ou não). A etapa da recuperação diz respeito a todos os momentos depois do evento (estímulo) em que as (...) pessoas, tentam lembrar-se do evento⁹⁷.

Um dos fatores que podem influenciar de maneira significativa a precisão das lembranças quando recuperadas é o transcurso do tempo entre a ocorrência do fato e da posterior recuperação da memória pelo indivíduo. Como principal efeito desse lapso temporal temos o esquecimento.

O esquecimento tem papel fundamental na análise da memória, uma vez que não somos só o que lembramos, nos dizeres de Ávila, “somo também aquilo que esquecemos”⁹⁸. Nesse sentido afirma Virilio⁹⁹

O conteúdo da memória é função da velocidade do esquecimento. Isso quer dizer que a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento. Porém, a rapidez do esquecimento é mais importante, porque se esquecemos muito rápido, caímos na amnésia, mas se nós não esquecemos ficamos loucos!

Além do mais, o esquecimento é um fenômeno fisiológico, até mesmo adaptativo, pois

⁹⁵ Idem, p. 20

⁹⁶ Ibidem.

⁹⁷ STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, n° 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. p. 20. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

⁹⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 84.

⁹⁹ VIRILIO, Paul *Apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 127.

como afirmado acima, *se nós não esquecemos ficamos loucos*. Assim, “com o passar do tempo, a memória tende a perder gradualmente nitidez e riqueza de detalhes, podendo chegar ao esquecimento total daquela lembrança”¹⁰⁰. Cumpre mencionar que, as chances de contaminação da memória ficam maiores com o passar do tempo.

Todavia, o transcurso do tempo não implica necessariamente no esquecimento do evento pela pessoa que o presenciou. Irão auxiliar na manutenção da memória “a intensidade da emoção vivida com aquele evento e, principalmente, quantas vezes a pessoa ficou recuperando o evento”¹⁰¹, porém, isso não implica dizer que essa memória mais crível. Nesse ínterim

As pessoas tendem a lembrar durante mais tempo detalhes centrais do evento (os principais detalhes da compreensão do indivíduo sobre o evento) do que os chamados detalhes periféricos. O que são considerados detalhes centrais e periféricos variam conforme o indivíduo, podendo até variar para o mesmo indivíduo (o que ele considera central e periférico na hora em que está vivendo o evento pode não ser o que ele considera central e periférico algum tempo após o evento). A recordação desses detalhes não depende do tempo decorrido em si, e sim do que ocorre durante esse tempo no que diz respeito aos ganhos, perdas e distorções¹⁰².

Atrelada a ideia acima podemos incluir, ainda, a duração do evento que será posteriormente objeto de recordação. Isso quer dizer que, tendo o evento ocorrido de forma breve/rápida, a capacidade de recordação de seus detalhes estará igualmente prejudicada.

Nessa esteira, além do esquecimento, fenômeno natural atrelado a memória, tem-se a possibilidade de ocorrência das falsas memórias, outra “falha” da memória que incidirá sobre a plausibilidade da mesma, a qual passaremos a analisar no próximo item.

2.2 – As falsas memórias

Inicialmente, cumpre esclarecer que a partir da memória temos uma representação aproximativa de determinado fato, o que quer dizer que não obtemos “uma reprodução exata,

¹⁰⁰ STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, n° 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. p. 21. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

¹⁰¹ Idem, p. 22

¹⁰² TOGLIA, Michael P. et al. *Apud* STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, n° 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. p. 22. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

mas uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original”¹⁰³. Como nos ensina Damásio:

As imagens não são armazenadas sob forma de fotografias fac-similares de coisas, acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias *Polaroid* de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com “deixas” ou mensagens de *teleprompter* do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas¹⁰⁴.

Assim, partindo da ideia que nosso cérebro não armazena uma cópia dos fatos é possível o estudo das possíveis falhas da memória, pois diferentemente de uma cópia a memória é dinâmica. De igual maneira, a recuperação de “uma informação armazenada no cérebro, não constitui um resgate de imagens fidedignas acerca dos eventos, mas um processo eminentemente construtivo”¹⁰⁵.

O estudo a respeito da falsificação da memória vem desde o início do século XX, com Binet, na França (1900), e com Stern, na Alemanha (1910), sendo seus estudos direcionados a ocorrência das falsas memória em crianças. O estudo do fenômeno em adultos só ocorreu pela primeira vez em 1932, a partir dos estudos feitos por Bartlett, na Inglaterra.

Atualmente um nome de destaque no estudo desse fenômeno, no cenário internacional, é Elizabeth Loftus. Seu estudo propõe uma nova técnica de estudos sobre o tema que tem por base a sugestão da falsa informação, o qual denominou de “Procedimento de Sugestão de Falsa informação ou Sugestão”¹⁰⁶. A partir dessa técnica, Loftus cuida de analisar a “inserção de uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada ou não, produzindo o chamado efeito ‘falsa informação’, no qual o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa”¹⁰⁷.

¹⁰³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 112.

¹⁰⁴ DAMÁSIO, Antônio. *Apud*, DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 111. Grifado no original.

¹⁰⁵ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 44.

¹⁰⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 128.

¹⁰⁷ *Ibidem*.

Como ressalta Di Gesu¹⁰⁸, o processo de falsificação da memória não está atrelado somente a sugestões externas, como também a processos internos e espontâneos, como forma de preencher lacunas existentes na memória. Esses processos internos estão relacionados à natureza da percepção e compreensão humana. Nas palavras de Irigönhê, “nós adicionamos e alteramos o que percebemos para que possamos compreendê-lo e engajamo-nos nessa tarefa em todos os níveis, desde a simples percepção sensorial até o processamento de eventos sociais complexos, discursos, narrativas e conversas”¹⁰⁹.

Sustenta Stein¹¹⁰ para fins de definição do fenômeno das falsas memórias, que estas

(...) referem-se a uma gama de fenômenos que têm sido observados tanto em pesquisas experimentais, quanto no âmbito da psicoterapia, na área jurídica, bem como em outras variadas situações do cotidiano. (...) referem-se ao fato de lembrarmos de eventos que na realidade não ocorreram. Informações são armazenadas na memória e posteriormente recordadas como se tivessem sido verdadeiramente vivenciadas.

Importante ressaltar que as falsas memórias não se confundem com mentiras pois, diferente destas, em que “o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa”¹¹¹, na mentira “o sujeito recorda-se de diversos elementos, mas decide intencionalmente relatar informações diferentes das que tem por verdadeiras”¹¹², ou seja, o sujeito está ciente de que o evento que relata não ocorreu.

Por outro lado, nas falsas memórias “o sujeito acredita verdadeiramente ter passado pela experiência falsa”. Em outras palavras, o sujeito não tem ciência de que a situação criada foi fruto de distorções ou modificações de suas lembranças, seja em decorrência de fatores externos (sugeridas), seja em virtude de fatores da própria memória (espontâneas).

¹⁰⁸ Idem, p. 128-129.

¹⁰⁹ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 44-45.

¹¹⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. *Psicologia: reflexão e crítica*. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001. p. 353. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf>> P353 353-366>. Acesso em: 26 maio 2017.

¹¹¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 128.

¹¹² IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 45-46.

2.2.1 – Espécies de falsas memórias: espontâneas e sugeridas

Como dito anteriormente, podemos observar a ocorrência do fenômeno das falsas memórias através de dois processos, quais sejam, espontâneos e por meio de sugestão externa. As falsas memórias espontâneas “são aquelas onde a distorção da memória se dá de maneira interna ou endógena ao sujeito, através da autossugestão”¹¹³, decorrentes de um processo natural de compreensão¹¹⁴. Nesse sentido:

A autossugestão acontece quando o indivíduo lembra tão somente do significado, da essência do fato ocorrido, ou seja, o indivíduo recupera a memória da essência do fato ocorrido, uma vez que a memória literal do que ocorreu não está mais acessível devido, por exemplo, a interferência pelo processamento de novas informações.

Para fins de exemplificação temos a seguinte situação, dois adultos na companhia de uma criança estão caminhando pela rua quando se deparam com a imagem de um homem, deitado na calçada, vestido com uma camisa social. Ao chegarem em casa a criança relata o episódio afirmando que o homem estava vestido com terno e gravata. Note-se que a criança fez uma assimilação dentro das referências existentes em sua memória para que fosse possível a compreensão do evento, havendo, por conta disso, distorções de sua lembrança em relação a roupa do indivíduo, fazendo constar em suas recordações que trajava terno e gravata.

Contudo, “esta distinção é fundamental, especialmente em situações onde se espera que a pessoa relate suas experiências de forma fidedigna e não suas inferências ou entendimento sobre o que ocorreu, como no caso de um testemunho num tribunal”¹¹⁵

Nessa esteira, entendem Loftus e Bernstein que

em essência, toda memória é falsa em grau menor (limitando-se a detalhes do acontecimento) ou maior (não possuindo a *mínima* correspondência com a realidade). Enquanto processo inerentemente reconstrutivo, a memória une os fragmentos do passado para formar uma narrativa coerente sobre a experiência de vida, colorida e moldada por conceitos e conhecimentos do mundo.¹¹⁶

¹¹³ STEIN, Lilian Milnitsky; NeuFeld, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR. Umuarama (Brasil), v. 2, n. 5, 2001. p. 180. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>>. Acesso em 20 maio 2017.

¹¹⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Psicologia: reflexão e crítica. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001. p. 354. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf>> P353 353-366. Acesso em: 26 maio 2017.

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ LOFTUS, Elizabeth; BERNSTEIN, Daniel M. *Apud* IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 47.

O outro tipo de falsas memórias é a resultante de “sugestão externa, acidental ou deliberada de uma informação falsa, a qual não fez parte da experiência vivida pela pessoa, mas que de alguma forma é compatível com a mesma como no procedimento de sugestão”¹¹⁷ da informação falsa.

Podemos definir o efeito da sugestão externa na memória como “uma aceitação, e subsequente incorporação na memória original de informação posterior ao evento ocorrido”¹¹⁸. Dessa concepção depreende-se o indivíduo não terá consciência do processo e a falsa memória ser resultado de informação posterior ao evento¹¹⁹.

De forma a ilustrar o entendimento a hipótese temos o simples exemplo de uma pessoa que “viu um carro que não parou numa placa de ‘dê a preferência’ e, posteriormente, lhe é sugerido que a placa de trânsito era ‘pare’, poderá lembrar do sinal de pare como tendo sido realmente visto por ela”¹²⁰.

Deste modo, frisa-se que a “sugestionabilidade pode apresentar-se até mesmo nas formas mais sutis, tais como em interrogatórios sugestivos ou lendo-se e assistindo-se notícias sobre um fato experimentado”¹²¹. Com isso, é possível que a pessoa passe a se recordar de fatos nunca vivenciados, cuja recordação se deve a fatos que lhes são sugeridos.

2.2.2 – Teorias explicativas do fenômeno

Conforme os autores, estudiosos da temática, existem três teorias que se propõem a explicar o fenômeno das falsas memórias. São elas: a Teoria do Paradigma Construtivista,

¹¹⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Psicologia: reflexão e crítica. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001. p. 354. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf>> P353 353-366>. Acesso em: 26 maio 2017.

¹¹⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; NeuFeld, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR. Umuarama (Brasil), v. 2, n. 5, 2001. p. 180. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>>. Acesso em 20 maio 2017.

¹¹⁹ Ibidem.

¹²⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Psicologia: reflexão e crítica. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001. p. 354. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf>> P353 353-366>. Acesso em: 26 maio 2017.

¹²¹ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 50.

Teoria do Monitoramento da Fonte e a Teoria do Traço difuso¹²². Contudo, o fenômeno tem sido mais estudado com base na Teoria do Traço Difuso¹²³, motivo pelo qual será concedido maior destaque a esta última, sendo as demais tratadas de forma breve.

Para a Teoria do Paradigma Construtivista o ponto de partida é a ideia de que a memória é construída através de interpretações que fazemos dos eventos, isto é, “elaborações com base semântica, uma vez que refletem o significado que o indivíduo abstrai do evento”. Assim,

a memória resultante do processo de construção seria aquilo que as pessoas entendem sobre a experiência, seu significado e não a experiência propriamente dita (Bransford e Franks, 1971). Segundo esse paradigma a memória é construtiva: cada nova informação é compreendida e reescrita (ou reconstruída) com base em experiências prévias.¹²⁴

A crítica que se faz a essa teoria se refere a noção de que as informações prévias, decorrente das experiências, tomaria o lugar da memória original, pressupondo que esta não existiria mais¹²⁵, ou seja, a permanência de uma memória una.

Contrariando essa posição, temos que estudos posteriores que afirmam ser armazenado na memória tanto os traços literais como os semânticos, paralelamente, tendo a memória natureza dual¹²⁶. Todavia, dessa teoria herda-se “a noção de que os traços de essência podem interferir nas recordações, rechaçando-se, todavia o entendimento de que referidos traços eliminem por completo a memória original do evento”¹²⁷

Em relação a Teoria do Monitoramento na fonte, “as falsas memórias ocorrem pela dificuldade do indivíduo em diferenciar se a fonte da informação é advinda de dentro

¹²² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 138.

¹²³ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Psicologia: reflexão e crítica. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001. p. 354. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf> P353 353-366>. Acesso em: 26 maio 2017.

¹²⁴ NEUFELD, Carmem B.; BRUST, Priscila G.; STEIN, Lilian M. *Apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 138.

¹²⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; NeuFeld, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR. Umuarama (Brasil), v. 2, n. 5, 2001. p. 182. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>>. Acesso em 20 maio 2017.

¹²⁶ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 63.

¹²⁷ Idem, p. 64.

(experiências anteriores) ou de fora (evento vivenciado)”¹²⁸. Em outros termos, haveria um erro ou confusão a respeito da fonte da informação recuperada. Assim, “quanto maior a semelhança entre as fontes distintas, maior será a dificuldade em monitorá-las, e, por conseguinte, tanto maior será a probabilidade de surgimento de uma falsa memória”¹²⁹

Para a teoria ora analisada, a falsa memória se limitaria apenas à informação sobre a fonte de origem da memória. A crítica que se faz a essa teoria é justamente a respeito dessa limitação a um erro quanto à fonte.

Já no que tange a Teoria do Traço Difuso, haveria dois sistemas independentes e não um sistema unitário como proposto nas teorias anteriores. Esses sistemas independentes seriam a memória literal, isto é, lembrança dos detalhes específicos, e a memória de essência, ou seja, o significado do fato ocorrido¹³⁰, é uma memória mais genérica.

Por exemplo, uma memória literal seria a lembrança do lugar que conheceu uma pessoa, enquanto, a memória de essência seria lembrar que já viu essa mesma pessoa, sem saber indicar de onde.

As memórias de semântica mostram-se mais estáveis, duradouras e robustas. Por outro lado, as memórias literais “são mais susceptível aos efeitos de interferência por processamento de informações, tornando-se inacessíveis mais rapidamente”¹³¹.

Dessa ideia de sistemas independentes (literais e de essência) presente na Teoria do traço difuso, decorrem cinco princípios, propostos por Brainerd e Reyna¹³², de onde se extrai toda noção que compreende a teoria.

¹²⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; NeuFeld, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR. Umuarama (Brasil), v. 2, n. 5, 2001. p. 182. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>>. Acesso em 20 maio 2017.

¹²⁹ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 65.

¹³⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; NeuFeld, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?**. Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR. Umuarama (Brasil), v. 2, n. 5, 2001. p. 182. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>>. Acesso em 20 maio 2017.

¹³¹ Ibidem.

¹³² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 140.

Segundo os citados autores, o primeiro princípio diz respeito à noção de armazenamento paralelo da informação. Em outras palavras, tanto a memória literal, como a memória de essência surgiria num mesmo evento, sendo armazenadas separadamente de forma dissociada. Desse princípio temos que, assim como o armazenamento, a recuperação de ambas as memórias também será feita de forma dissociada. Essa noção consagra o segundo princípio, onde a recuperação de uma memória não implicará na recuperação da outra, tendo em vista essa separação existente.

No que tange ao terceiro princípio, este estaria relacionado ao

Julgamento das informações quando expostos a tarefa de recordação ou de reconhecimento. Brainerd, Reyna, Wright e Mojardin (2003) preconizam que haveria um julgamento de veracidade do traço da memória recuperado de tal forma que traços literais são recuperados corretamente por um processo de julgamento da identidade de informação, induzindo a uma rejeição da informação de essência (p. ex., lembro que comi um hambúrguer com queijo e não um cachorro quente, ainda que ambos sejam essencialmente lanches)¹³³

A partir desse princípio a recuperação da memória literal e de essência estariam em lados opostos, esta última tendendo a aumentar as de Falsas Memórias, enquanto a literal tenderia a diminuí-las¹³⁴. Nesse sentido, havendo a preservação da memória literal, ela agiria de forma a neutralizar a familiaridade de sentido, decorrente da memória semântica, seja por níveis de elementos individuais, seja por estratégia cognitiva geral¹³⁵. Nessa senda

Há um ponto na teoria que alega que os testes de reconhecimento provocam duas experiências subjetivas de memória. A primeira é que a recuperação dos traços literais fornece uma lembrança viva, chamada de *recordação* ou sentimento de lembrança que produz um acesso para representações de estruturas literais bem definidas. A segunda é que a recuperação dos traços de essência produz um acesso à informação semântica e fornece uma forma mais geral de lembrança, chamada *familiaridade* ou sensação de conhecimento, em que os itens não vividos são semelhantes aos itens vividos, mas suas ocorrências não são explicitamente recordadas¹³⁶.

¹³³ NEUFELD, Carmem B.; BRUST, Priscila G.; STEIN, Lilian M. *Apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 140.

¹³⁴ ALVES, Cintia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia. São Paulo: v. 17, n. 36, 2007. p. 50. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017.

¹³⁵ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 69.

ALVES, Cintia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia. São Paulo: v. 17, n. 36, 2007. p. 50. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017. Grifado no original.

Em relação ao quarto princípio aborda-se a questão da durabilidade da memória, seja a literal, seja a semântica. Como dito anteriormente, a memória semântica é mais duradoura e estável, enquanto a literal é mais propensa a efeito de interferência.

Dessa forma, “o caráter instável das representações literais de uma experiência se caracteriza pela desintegração ou gradual fragmentarização dos traços, levando ao esquecimento”¹³⁷. De outra banda, temos a estabilidade das memórias semânticas responsável pela longa duração das falsas memórias, visto que são nas memórias de essência que encontramos um ambiente propício ao surgimento das falsas lembranças.

Por fim, quanto ao último princípio decorrente da Teoria do Traço Difuso, sustenta-se que a capacidade de recordação, aquisição, retenção e recuperação da memória literal e semântica seriam aperfeiçoadas ao longo do desenvolvimento humano¹³⁸. Essa noção estaria atrelada ao fato de um adulto ter um melhor processamento dos significados tanto dos itens individuais quanto da capacidade de relacionar os significados, do que uma criança.

¹³⁷ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 141-142.

¹³⁸ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 72.

3 . AS FALSAS MEMÓRIAS E A PROVA PENAL

Conforme visto no capítulo anterior as falsas lembranças são fenômenos que ocorrem na memória humana, as quais se manifestam no ato de recuperação de determinado evento, podendo surgir tanto em virtude de autossugestão, como por fatores externos. Porém, qual seria a importância do estudo desse fenômeno no âmbito processual penal, em especial à prova testemunhal?

Esse questionamento pode ser respondido de forma muito simples, a memória é a base da prova testemunhal, é a partir dela que se torna possível o testemunho e o reconhecimento pessoal, por exemplo.

A memória tanto da testemunha, como da própria vítima se mostra de extrema relevância nos julgamentos penais. Isso pode ser visto, inclusive, em recente pesquisa publicada em novembro de 2015, cuja coordenação foi realizada por Lilian Stein¹³⁹, onde verificou-se que 90,3% dos entrevistados (magistrados, policiais, promotores e defensores) conferem “muita importância” em relação ao impacto do testemunho no desfecho dos casos tanto na fase investigativa, como na processual. Além do mais, quando restringiram a análise apenas aos juízes esse número foi ainda maior, cerca de 94,4%¹⁴⁰.

Isso mostra que é conferido um protagonismo imenso à prova testemunhal, reflexo da confiança conferida na qualidade da memória humana, como se a mesma fosse infalível e pudesse guardar os eventos vividos por cada indivíduo como uma espécie de câmera, quando na verdade não é.

Além do mais, muitas das vezes a prova testemunhal será o único meio de prova na persecução penal, não sendo possível um cotejo com outras provas. Contudo, como consequência disso, na seara criminal, temos a possibilidade real de condenações de pessoas inocentes, assim como absolvição de culpados.

¹³⁹ BRASIL; STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. p. 64. (Série Pensando o Direito, 59).

¹⁴⁰ Ibidem.

Como alerta Di Gesu¹⁴¹

Em se tratando de processo penal, embora se leve em consideração todos os princípios regentes da prova, em especial a presunção de inocência e *in dubio pro reo*, veem inúmeras decisões condenatórias fundamentadas exclusivamente na prova oral, principalmente na palavra da vítima, quando a infração não deixa resquícios materiais, como ocorre nos delitos de atentado violento ao pudor. Isso sem falar nas condenações motivadas no cotejo entre os *elementos informativos colhidos na investigação* – totalmente despidos de do contraditório e da ampla defesa – e da fase processual (...).

Nesse sentido corroborando o afirmado acima podemos citar o caso de André Luiz¹⁴². André Luiz Cardoso ficou preso durante seis meses e 26 dias, entre outubro de 2013 e maio de 2014, acusado de ter cometido sete estupros, na Baixada Fluminense, região Metropolitana do Rio de Janeiro.

Após uma das vítimas do abuso sexual ter anotado a placa do carro dele e entregue na Delegacia, afirmando ser o veículo do criminoso, começaram as investigações que ocasionaram sua prisão no dia 20 de outubro de 2013. Com isso André foi levado para o presídio Thiago Teles, em São Gonçalo e posteriormente para o presídio Patrícia Acioli (Bangu 8), no Complexo de Gericinó.

Conforme o ocorrido, as sete vítimas teriam apontado na delegacia André como autor dos crimes. Posteriormente à divulgação da prisão outras mulheres teriam procurado a Delegacia para declarar que o reconheceram, através de fotos de reportagem, como autor de um estupro e de uma tentativa, ambos em Belford Roxo.

Sua absolvição só foi possível após a autorização para realização de exame de DNA nos materiais biológicos recolhidos das vítimas, isso, cinco meses depois de sua prisão. Assim, após o resultado do exame de DNA indicando que André não era o autor dos crimes, foi concedida sua liberdade.

¹⁴¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 154.

¹⁴² BRITO, Guilherme. **‘aprendi a ter fé’, diz inocentado após 7 meses preso por estupros no Rio**. G1, Rio de Janeiro, 09 outubro 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-apos-7-meses-presos-por-estupros-no-rio.html>>. Acesso em: 31 maio 2017. Ver também em: <<http://istoe.com.br/confira-integra-dos-depoimentos-de-quem-teve-vida-destruida-pela-justica/>>.

A partir desse caso podemos ter uma noção do impacto da memória no processo penal e seu papel na incriminação, que no caso acima se deu através do erro das vítimas em indicar André Luiz como culpado pelos crimes de estupro a partir de seu reconhecimento errôneo. Decorre “daí a necessidade de uma análise cuidadosa da prova oral”¹⁴³.

3.1 – A falsificação da memória no ato de reconhecimento

Como analisado no primeiro capítulo, o reconhecimento é o ato em que a pessoa é levada a recordar de algo (pessoa ou coisa) que já tenha visto anteriormente. Assim como o testemunho, o reconhecimento possui importante papel nos deslindes dos processos penais, segundo pesquisa do Ministério da Justiça¹⁴⁴, dos 87 entrevistados (todos atores judiciários) 69,2% conferem muita importância ao ato. Contudo, segundo os mesmos, não teria igual valor a prova testemunhal devido ao longo tempo, geralmente existente, entre o fato e o reconhecimento na fase judicial, acarretando alterações físicas do suspeito.

Como ensina Giacomolli¹⁴⁵, a memória de reconhecimento é a mais estável, se mantendo inalterada por até duas semanas. Todavia, diante da real possibilidade de reconhecimentos errôneos, esse meio de prova não pode ser usado como uma única prova para uma eventual condenação.

Podemos afirmar que o ato de reconhecimento é uma análise de percepção precedente¹⁴⁶. Isso quer dizer que no ato será realizado pelo reconhecedor um juízo de identidade com base em suas percepções anteriores. Assim, a vítima ou uma testemunha que tenha realizado contato direto com o imputado, terá mais facilidade em realizar o reconhecimento.

Nesse ponto vale destacar que existem diversos fatores que influenciam na qualidade da identificação, tais como

¹⁴³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 154.

¹⁴⁴ STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, n° 59. p. 65. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

¹⁴⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. *Apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 156.

¹⁴⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 156.

O tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos, etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo, etc), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados¹⁴⁷.

Além dos fatores acima podemos incluir o chamado *efeito do foco na arma*¹⁴⁸. Esse efeito seria decorrente da arma no evento criminoso que faria com que a vítima direcionasse sua atenção à arma, se distraíndo em relação as características do autor do delito, reduzindo, desta forma, sua capacidade de reconhecimento.

Diante disso, tendo a vítima, por algum desses motivos, não conseguido no momento do delito captar a imagem do sujeito, qualquer contato com o suspeito ou fotografias em momento posterior ao fato delituoso, mas antes do ato de reconhecimento, pode fazer com que a vítima fixe na memória um juízo de identidade suficiente para o reconhecimento que não foi obtido no momento do fato, mas em situação posterior.

Nesse interim, o próprio reconhecimento fotográfico, diligência utilizada frequentemente pelos policiais, pode proporcionar a criação de informações enganosas. Isso acontece pois, “quando confrontada com a linha de reconhecimento, pode a testemunha recordar-se da fotografia que lhe foi apresentada, e não infalivelmente do autor do crime, vindo a realizar o reconhecimento com respaldo em uma percepção precedente que não corresponde à desejada”¹⁴⁹, na investigação.

Corroborando o que foi dito no parágrafo anterior, temos os dados contidos na pesquisa do Ministério da Justiça, de coordenação de Lilian Stein¹⁵⁰. Conforme a pesquisa foi constatado que “ao localizarem um suspeito que se enquadrem nas características fornecidas pelas vítimas

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 693.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 87.

¹⁵⁰ STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, nº 59. p. 50. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

e/ou testemunhas, a polícia militar realiza um primeiro reconhecimento, não previsto ou sistematizado formalmente pela legislação”. Ainda,

Na fase pré-investigativa, identificamos cinco formas de reconhecimento. A primeira forma é o reconhecimento **na viatura**, em que vítimas e/ou testemunhas são colocadas dentro do carro da polícia e saem em busca de suspeitos pela região, apontado caso os identifiquem, ou com a viatura parada em que o reconhecimento é feito a partir do interior do carro. A segunda maneira é **via celular** ou **Whatsapp**, na qual o suspeito é fotografado pelo policial em seu telefone particular. O aparelho é levado até a vítima e/ou testemunha para que se reconheça o culpado, assim como na via *Whatsapp* no qual a foto do suspeito é repassada em grupo de policiais. A terceira é **na rua** e pessoalmente com o suspeito frente a frente com a vítima e/ou testemunha. Independentemente da forma adotada, em caso de reconhecimento positivo por parte da testemunha/vítima, a polícia militar encaminha os envolvidos para registro da ocorrência na Polícia Civil¹⁵¹.

Note-se que essa meio informal pré-processual de realizar o reconhecimento pode ter como consequência a implantação de falsa memória na testemunha em relação a identidade do autor do ilícito, mesmo que seja realizado posterior reconhecimento respeitado o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal, não terá como ser evitado o reconhecimento errôneo.

Podemos ilustrar a hipótese com o seguinte exemplo proposto por Stein, Neufeld e Brust¹⁵², oriundo de um caso real:

Chamado a fazer uma corrida, um taxista foi vítima de 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 realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos 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.

Também não podemos deixar de mencionar a existência do *efeito compromisso*. Esse efeito é verificado na hipótese em que há a indicação incorreta de um suspeito a partir do reconhecimento fotográfico, e, posteriormente, é realizado um reconhecimento pessoal. Nessa situação os estudos apontam que existe uma tendência de que o agente reconhecedor persista na indicação errônea.

¹⁵¹ Ibidem.

¹⁵² NEUFELD, Carmem B.; BRUST, Priscila G.; STEIN, Lilian M. *Apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 156.

Por isso os autores costumam advertir que “não se deve proceder o reconhecimento pessoal depois do reconhecimento fotográfico, pois há um risco muito grande de que ele mantenha o compromisso anterior ainda que tenha dúvida”¹⁵³.

Diante desse cenário, a melhor opção (que deveria ser a regra) seria a observância das regras processuais penais, conferindo assim, maior credibilidade ao ato. Além do mais, a fim de afastar a ideia de que o reconhecedor deve necessariamente indicar um culpado, deve ser advertido a ele que dentre os suspeitos apresentados o autor de fato poderá não estar presente, legitimando, conseqüentemente eventual não reconhecimento¹⁵⁴.

Ademais, o recomendado pelos pesquisadores, inclusive, é que o condutor do ato de reconhecimento desconheça o suspeito, bem como que antes de realizar reconhecimento, a vítima e/ou testemunha informe o grau de certeza quanto à identificação e não no momento da elaboração da certidão, uma vez que o reconhecimento é considerado inválido quando o reconhecedor afirma que o sujeito é *parecido* ou *bem parecido* com o autor do delito ou quando a descrição não corresponde as características físicas do imputado¹⁵⁵.

3.2 – Fatores tendentes a contaminação da memória

Como afirmado anteriormente a prova oral (aquela dependente da memória de quem narra) possui papel importantíssimo no processo penal, sendo por muitas vezes única prova dos autos.

Um dos grandes problemas da prova penal está na sua contaminação, isto é, na contaminação da reconstrução dos fatos passados. Contudo, apesar das garantias existentes no nosso sistema penal, que se debruçam a regular a atividade probatória aos moldes de um modelo acusatório, estas não são, por si só, suficientes para evitar a problemática das falsas memórias.

Existe uma série de fatores tendentes a distorcer a memória favorecendo a falsificação desta. Pode-se incluir até mesmos as condições do ambiente que ocorreu o fato delituoso, como

¹⁵³ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 695.

¹⁵⁴ GIACOMOLLI, Nereu José. *Apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 161.

¹⁵⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 161.

as condições físicas e mentais da vítima nesse momento. Além dessas ressalta-se, o transcurso do tempo, este tratado no segundo capítulo do presente trabalho, o viés do entrevistador, a mídia e a influência dos estereótipos raciais.

O viés do entrevistador é uma das formas de contaminação que tem condições suficientes de influenciar negativamente sobre o que a vítima e/ou a testemunha sabem a respeito do evento criminoso, a fim de adequá-lo à sua hipótese, geralmente acusatória. Isso quer dizer, há uma certeza dos fatos por parte do entrevistador, o qual buscará elementos para confirmá-la. Nesse sentido sustenta Di Gesu¹⁵⁶:

Quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, a fim de obter respostas condizentes com suas convicções. São, portanto, desprezadas as respostas inconvenientes com a hipótese inicial ou, então, as respostas são reinterpretadas com o intuito de serem adaptadas a ela. Importante destacar a total ausência de exploração de demais teses, ou seja, não são formulados questionamentos alternativos às alegações acusatórias.

No processo penal, o viés do entrevistador encontrará limites nas regras inerentes a atividade probatória, em especial a garantia do contraditório. Essa hipótese justifica, ainda, as perguntas tendenciosas elaboradas pelas partes (somente a estas, pois ao julgador cabe a imparcialidade) com intuito de obtenção da prova para confirmação de sua tese, pois, além de estar regida pelo contraditório, será feito em exame cruzado. O grande problema se encontra na “investigação pré-processual, na qual as provas são realizadas mormente sem qualquer controle pela defesa”¹⁵⁷.

Cumprido mencionar, ainda, que o viés do entrevistador não se restringe apenas ao modo como realiza seus questionamentos, também abarca “comportamentos sutis, como um sorriso, um movimento de cabeça ou pelo tom de voz (acusatório, desculpador ou neutro)”¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Idem, p. 177.

¹⁵⁷ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 98-99.

¹⁵⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 178.

No que tange a mídia, é inegável que a divulgação de reportagens posteriores ao fato delituoso, carregadas de sensacionalismo, influenciam de forma demasiada possíveis testemunhos em um processo. Como aduz Ávila¹⁵⁹:

As reiteradas violações ao princípio da presunção de inocência acabam por criar contornos preocupantes, especialmente quando o depoente do inquérito policial se torna testemunha no processo. A exposição do fato pela “mídia da lei e da ordem” imprime na memória, a marca com o senso comum de conteúdo punitivista.

O enfoque no crime, conferido pela mídia, nada mais é que uma forma de divertimento, uma necessidade social, visto que cada delito proporciona uma busca de conjunturas e informações¹⁶⁰. Assim, aduz Carnelutti¹⁶¹

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. As testemunhas são encurraladas como lebre de cão de caça; depois muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência que requeira o exercício de seu mister austero.

De acordo com alguns autores, a cobertura midiática talvez seja a maior fonte de falsas lembranças nas testemunhas¹⁶², daí a necessidade da coleta da prova em um tempo razoável, já que quanto maior for a demora maior será a incidência de sugestões externas da testemunha, situação esta que se aplica não só no caso de contaminação midiática, como para reduzir o efeito do transcurso do tempo, por exemplo.

Ademais, a exploração da imagem do investigado pela suposta prática do crime pode levar a testemunha a reconhecê-lo como autor. Nesse ponto podemos citar novamente o caso do André Luiz, onde acusado pelo crime de estupro, teve divulgada sua prisão como autor dos crimes e, na sequência, duas outras vítimas de abuso sexual compareceram à delegacia para informar tê-lo reconhecido através das reportagens como autor do crime, quando na verdade André não tinha relação nenhuma com os ilícitos ocorridos.

¹⁵⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 67. Grifado no original.

¹⁶⁰ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 184-185.

¹⁶¹ CARNELUTTI, Francesco *Apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 185.

¹⁶² IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 90-91.

Mesmo que de forma tímida é possível encontrar julgados reconhecendo a influência da mídia na formação de falsas memórias, como no caso do julgamento pela Primeira Câmara Criminal do Estado da Bahia, de relatoria da Ministra Soraya Moradillo Pinto¹⁶³, onde, nos termos do seu voto, pugnou pela absolvição do apelado pela prática de roubo majorado, sustentando que:

No caso vertente, além dos sentimentos inerentes à quase todas vítimas de um crime (medo, insegurança, raiva, tristeza, vingança) entendo que a forma como foi procedido o reconhecimento pode ter gerado falsas percepções nas vítimas, pois as mesmas foram colocadas diante de dois indivíduos presos em flagrante pela prática do mesmo crime, com o mesmo modus operandi, apenas uma semana após terem sido roubadas e após ter sido noticiado em programa jornalístico popular a prisão dos acusados como pessoas integrantes de quadrilha que praticava tal tipo de delito – saidinha bancária – com frequência nesta cidade.

Por fim, temos a questão da influência dos estereótipos raciais como fator de contaminação da memória. No que tange a esse ponto, observa-se que os estereótipos culturais, como a cor, na prática, influenciam demasiadamente na percepção de delitos, contribuindo para que as testemunhas tendam a reconhecer em função de estereótipos¹⁶⁴. Desta maneira, é possível a afirmação de que

os estereótipos atuam enquanto criadores de preconceitos, ou seja, conceito que se formulam a respeito de situações concretas antes de se ter uma experiência direta sobre elas, como julgar a um indivíduo, sem conhecê-lo pessoalmente com base no que se pressupõe saber sobre determinado grupo ao qual se supõe que ele pertence¹⁶⁵.

¹⁶³ APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, C/C ART. 70, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PENA FIXADA EM 09 (NOVE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E PAGAMENTO DE 60 (SESSENTA) DIAS MULTA NO VALOR MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR CARÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA. PROVIMENTO. RECONHECIMENTO DOS ACUSADOS FEITO EM DELEGACIA QUE, EMBORA VÁLIDO, NÃO SE MOSTRA APTO À, POR SI SÓ, ENSEJAR UMA CONDENAÇÃO. ACUSADOS QUE FORAM COLOCADOS SOZINHOS DIANTE DAS VÍTIMAS, ATRAVÉS DE ESPELHO MÁGICO, APÓS TEREM SIDO PRESOS EM FLAGRANTE PELA SUPOSTA PRÁTICA DE OUTRO CRIME DE ROUBO. APELANTE QUE TERIA, JUNTO COM OUTRO CORRÉU PRATICADO O DELITO VULGARMENTE CONHECIDO COMO "SAIDINHA BANCÁRIA". CORRÉU, CUJA PUNIBILIDADE FOI EXTINTA EM RAZÃO DO SEU ÓBITO, QUE DESCEU DA MOTOCICLETA E FICOU DIANTE DAS VÍTIMAS. RECORRENTE QUE PERMANECEU À BORDO DO VEÍCULO E FAZENDO USO DE CAPACETE. RELATIVIDADE DO VALOR PROBATÓRIO DO RECONHECIMENTO, MORMENTE PORQUE NÃO ESTÁ ALICERÇADO POR NENHUM OUTRO ELEMENTO DE PROVA. **TEORIA DAS FALSAS MEMÓRIAS**. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA, MAS NÃO DE CERTEZA. IMPERIOSA CONSIDERAÇÃO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. APELAÇÃO DEFENSIVA CONHECIDA E PROVIDA. (TJ-BA - APL: 00401168420108050001, Relator: Soraya Moradillo Pinto, Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 20/10/2015). *Grifo nosso*.

¹⁶⁴ IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 104.

¹⁶⁵ Idem, p.105.

Isso quer dizer que os estereótipos atuaram separando as informações recebidas e enquadrando em grupos determinados grupos sociais. Assim, “ao se deparar com o conceito de determinado grupo – ‘negro’, ‘branco’, ‘brasileiro’, etc.-, o sujeito ativa em sua memória as características que entende ligadas a esse grupo”¹⁶⁶.

Quando estamos no âmbito do reconhecimento pessoal, os estudos apontam que sendo o reconhecedor de “raça” diversa do suspeito, a memória daquele tende a recordação dos rostos às características típicas do grupo observado. Da mesma forma, verificaram que há uma probabilidade maior de erro no reconhecimento quando o ato é realizado entre pessoas de raças diversas¹⁶⁷.

3.3 – Caso escola base

O caso da Escola base de São Paulo¹⁶⁸ é um exemplo paradigmático que pode ser citado não só no estudo das falsas memórias, como na análise do papel incriminador da mídia, por meio de seus excessos.

No referido caso pode-se constatar uma série de fatores de contaminação da prova, quais sejam, a indução por parentes, a mídia, o viés do entrevistador, tom sentimental das entrevistas e a pressão social. Ademais, a apresentação desse acontecimento tem por objetivo demonstrar que o estudo das falsas memórias não se restringe a análise de laboratório, mas representa um problema real existente no processo penal.

Na hipótese, a investigação se baseou apenas nos relatos das crianças, alunas da escola, com exceção de um laudo provisório do IML, atentando uma suposta violência sexual.

O caso ocorreu em março de 1994, quando duas mães de alunos da referida escola compareceram à 6ª Delegacia de Polícia, do 6º Distrito Policial da Capital de São Paulo, para noticiar à autoridade policial que seus filhos estavam sendo vítimas de abusos sexuais por parte dos donos da Escola. Relataram que os abusos consistiam em levar as crianças ao apartamento

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ Idem, p. 107.

¹⁶⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 208-220. Ver também: LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013. p. 681-682.

dos donos do estabelecimento, obrigando-as a assistir filmes pornográficos, presenciar a prática de relação sexual, bem como cometer com elas atos libidinosos, enquanto eram fotografados.

Dentro desse contexto, uma das mães informou que seu filho de 4 anos de idade lhe teria dito que havia tirado foto em uma cama redonda, que uma mulher adulta teria deitado nua sobre ele e lhe beijado.

Rapidamente a situação tomou contornos de uma rede de pedofilia, sendo expedido um mandado de busca e apreensão no apartamento dos suspeitos, após laudo não conclusivo do IML que um dos meninos teria sofrido violência sexual. Posteriormente, ficou demonstrado que tudo não passou de problemas intestinais.

Durante o cumprimento do mandado, que contou com a participação das vítimas e suas respectivas genitoras, não houve nenhuma apreensão, sendo curioso o fato de que as crianças, em tese vítimas de abusos, brincavam alegremente no local onde supostamente teria ocorrido o fato delituoso, e ao serem confrontadas com o suposto abusador não demonstraram qualquer reação de medo ou raiva.

A situação ficou mais desastrosa depois que o caso ganhou notoriedade nos meios de comunicação. A notícia correu o país e passou a ser explorada de forma inconsequente, encontrando na imaginação da população terreno propício para seu alastramento. Nesse estágio, estavam incluindo até o motorista da Kombi escolar, que segundo o relato de uma das crianças ele teria mostrado seu órgão genital a ela.

Mas as denúncias foram além, muitas delas sendo realizadas apenas na imprensa, como quando noticiaram a ocorrência de homossexualismo infantil, isto sem qualquer respaldo probatório. Vale destacar trechos da entrevista de uma das mães de aluno da escola à imprensa:

Imprensa: Por que a senhora denunciou a escola?

Sheila: O filho do meu marido disse que viu seus coleguinhas ficarem pelados na escola. O comportamento dele e do meu filho mudou. Na semana passada, ele disse para o pai que era “melhor namorar homem do que namorar mulher”.

Imprensa: Quando a senhora percebeu a mudança de comportamento do seu filho?

Sheila: Percebi isso quando surpreendi meu filho e do meu marido nus no quarto. Os dois estavam se acariciando como se fossem adultos.¹⁶⁹

¹⁶⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 214.

Após a publicação dessa denúncia aos jornais o ex-marido de Sheila levou seu filho ao pediatra e ao psicólogo e nada foi constatado. E ela mesma quando chamada a delegacia informou não ter nenhuma reclamação sobre o estabelecimento e que em relação ao informado à imprensa, não se lembrava do que havia dito e que se viu assediada por muitos repórteres.

O caso estava fora de controle, os jornais noticiavam manchetes extremamente indutivas, como: “*perua escolar carregava crianças para orgia*”, “*Kombi motel na escolinha do sexo*”, “*Escola dos horrores*”, entre tantas outras.

O auge dos absurdos se deu em março de 1994 quando um telejornal noticiou o consumo de drogas e a possibilidade de contágio com o vírus da Aids.

Cumprido destacar trechos de uma entrevista realizada em um telejornal do meio dia, em que se percebe a nítida indução das respostas da criança:

Repórter: Esta mulher, ela deitava em cima de você?

Criança: Deitava.

Repórter: O que ela fazia, o que ela queria?

Diante da relutância do garoto, o jornal sugeriu a resposta:

Repórter: e beijar a boca?

O garoto respondeu com um aceno de cabeça e o repórter voltou à carga:

Repórter: Tinha fotógrafo? Eles tiravam fotos?¹⁷⁰

O caso só foi encerrado junho de 1994, após o afastamento do delegado, com posterior arquivamento do inquérito policial, tendo em vista que nada ficou demonstrado.

No caso foi evidenciado a ocorrência de falsas memórias das duas primeiras crianças que começaram os relatos, bem como a manipulação de depoimentos, através de perguntas fechadas (que possuem como resposta “sim ou não”), altamente sugestivas, e respostas que consistiam na repetição da própria pergunta.

3.4 – Medidas para redução de danos

Nesse ponto podemos nos questionar: existe uma solução para o problema das falsas memórias? A resposta é simples: não, não temos. Isto porque não vivemos numa bolha, isolados

¹⁷⁰ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 216.

das possíveis influências externas que podemos sofrer, e mesmo que tal hipótese fosse viável, não poderíamos impedir que as distorções da memória (autossugestão), enquanto fenômeno natural de seu funcionamento, acontecesse.

Contudo diante da real importância da prova testemunhal para o processo penal os autores costumam propor medidas, não para sanar o problema diante de sua complexidade, mas para evitar o seu surgimento e assim reduzir eventuais danos, uma vez que não podemos ignorar a real possibilidade da falsificação da lembrança tanto na fase pré-processual, como na fase processual.

A primeira medida, conforme Di Gesu¹⁷¹, seria a *colheita da prova em um tempo razoável*. Essa medida teria como finalidade reduzir a influência do tempo, vista como o esquecimento, na memória. De igual maneira, evitar maior exposição da testemunha e/ou vítima a sugestão da mídia e das pessoas do seu convívio social.

Importante destacar que a duração razoável do processo é garantia constitucional prevista no artigo 5º, LXXVIII, assegurando “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

Essa garantia pode ser entendida sob dois vieses, de um lado evitar uma demora excessiva na tramitação, concedendo dilações indevidas, e de outro, impedir uma rapidez demasiada no julgamento¹⁷². Destarte,

o processo não pode demorar demais – para não se configurar em 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 outras¹⁷³.

Outra medida seria a *adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva*. Através dela seria possível reduzir as chances de formação de falsas memórias, pois seria possível reduzir “as chances de **sugestionabilidade** por parte dos entrevistadores, uma vez que

¹⁷¹ Idem, p. 204.

¹⁷² Idem, p. 168.

¹⁷³ Idem, p. 169.

eles são treinados para monitorar as suas condutas durante a oitiva da testemunha, evitando o uso de perguntas fechadas e outras intervenções potencialmente tendenciosas”¹⁷⁴.

A adoção dessas técnicas se mostra pertinente a partir do momento em que se constatou que as falhas mais comuns dos entrevistadores na colheita do testemunho giram em torno de:

- 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 abertas; 6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) não permitir pausas; 9) interromper a testemunha, quando ela está falando; e 10) não fazer o fechamento da entrevista¹⁷⁵.

Por outro lado, é inegável que para sua efetiva utilização é necessário o treinamento dos entrevistadores e que seja proporcionado a eles condições para colocar em prática o treinamento recebido.

Além do mais, Di Gesu¹⁷⁶ ainda propõe a *gravação das entrevistas* realizadas na fase pré-processual, permitindo que tenha acesso completo a registro eletrônico da entrevista e verificar como se procedeu a colheita do testemunho, constatando ou não possíveis contaminações.

Por fim, sugere que não haja uma exploração da versão acusatória da história, como forma de confirmação da autoria e materialidade do delito, além disso, afirma ser “interessante que se faça também uma abordagem de outros aspectos ofertados pela própria vítima quando de seu depoimento”¹⁷⁷.

Portanto, observamos que as medidas aqui apresentadas visam melhorar a qualidade da prova testemunhal, uma prova frágil, mas que diante da realidade dos processos penais não é possível vislumbrar seu abandono.

¹⁷⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 152-153. Grifado no original.

¹⁷⁵ Idem, p. 138.

¹⁷⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e falsas memórias**. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 204.

¹⁷⁷ Idem, p. 205.

CONCLUSÃO

Após todo o recorrido ao longo do presente trabalho verificamos que apesar das garantias existentes quanto à atividade probatória, essas são insuficientes quando estamos diante das falsas memórias. Tendo em vista que, como demonstrado, é praticamente impossível impedir que incida sobre a vítima e/ou testemunho qualquer dos fatores de contaminação da prova, seja o transcurso do tempo, seja o viés do entrevistador, seja qualquer das formas vistas ao longo do trabalho.

Poderia se propor uma forma de total isolamento do indivíduo evitando qualquer tipo de sugestão externa, mas mesmo isso não adiantaria, devido à hipótese de falsas memórias espontâneas, própria do processo natural funcionamento da mente. É certo que não há uma solução que garanta que não haverá qualquer falsificação da memória, tanto é assim, que os próprios autores que se prestam a estudar o tema apresentam “medidas de redução de danos”.

Por outro lado, não podemos conferir total descrédito à prova testemunhal em virtude da sua importância nos deslindes processuais penais e da própria impossibilidade de produção de outras provas em alguns casos, seja por inviabilidade de produção, seja por falta de condições técnicas para isso.

Diante disso, as medidas de colheita de prova em um prazo razoável, a adoção de técnicas cognitivas de interrogatório e a entrevista cognitiva, bem como a gravação das entrevistas, se mostram um passo inicial para evitar as hipóteses de falsas memórias, melhorando a qualidade da prova testemunhal.

Cumprido, mais uma vez, ressaltar a importância da discussão do tema para que os operadores do direito fiquem, ao menos, cientes dessa possibilidade e tenham mais atenção na análise da prova testemunhal, diante da impossibilidade de se cogitar seu total abandono.

Além do mais, por ser uma situação complexa, existe certo grau de dificuldade na comprovação da ocorrência de falsas memórias, isso só será possível se tiverem outras provas confirmando que a versão obtida através da prova testemunhal não condiz com a realidade, não por uma questão que se enquadraria na hipótese de falso testemunho, mas pela distorção da lembrança do evento vivenciado pela vítima e/ou testemunha.

Assim, das falsas memórias a única certeza que podemos ter é que ela sempre pairará como uma sombra sobre a prova testemunhal, cabendo ao magistrado reconhecê-la quando possível.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ALVES, Cintia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia. São Paulo: v. 17, n. 36, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2017.

BRASIL. **Habeas Corpus nº 126292/SP**, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Data de Julgamento: 17/02/2016.

BRASIL. **Habeas Corpus nº 26.356/RJ**, Relator o Ministro Jorge Scartezzini, Data de Julgamento: 28/6/2004.

BRASIL. **Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 304970/RS (2013/0078587-0)**, T5 – Quinta Turma, Superior Tribunal de Justiça. Relatora: Ministra REGINA HELENA COSTA, Data de Julgamento: 06/05/2014, Data de Publicação: DJe 12/05/2014.

BRASIL. **Apelação nº 00401168420108050001**, Primeira Câmara – Primeira Turma, Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relatora: Soraya Moradillo Pinto, Data de Publicação: 20/10/2015.

BRASIL. **Código 3 em 1: Penal; Processo Penal e Constituição Federal**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRITO, Guilherme. **‘Aprendi a ter fé’, diz inocentado após 7 meses preso por estupros no Rio**. G1, Rio de Janeiro, 09 outubro 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rio-de-janeiro/noticia/2014/10/aprendi-ter-fe-diz-inocentado-apos-7-meses-presos-por-estupros-no-rio.html>>. Acesso em: 31 maio 2017.

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

IRIGONHÊ, Marcia de Moura. **Reconhecimento pessoal e falsas memórias: repensando a prova penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; MAZZUOLI, Valério de Oliveira (Org.). **Coletânea de Direito Internacional; Constituição Federal**. 11 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2017.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. 27. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2006.

_____; STEIN, Lilian M. (Org.). **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, nº 59. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. II. Color. Disponível em: <http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf>. Acesso em 10 maio 2017.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. *Psicologia: reflexão e crítica*. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/prc/v14n2/7861.pdf> P353 353-366>. Acesso em: 26 maio 2017.

STEIN, Lilian Milnitsky; NeuFeld, Carmem Beatriz. **Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?** *Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR*. Umuarama (Brasil), v. 2, n. 5, 2001. Disponível em: <<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124>>. Acesso em 20 maio 2017.