

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

**NEURODIREITO E FALSAS MEMÓRIAS: COMO O DIREITO LIDA COM AS
FALHAS DA MEMÓRIA NAS PROVAS DELA DEPENDENTES**

NICOLE FERREIRA MARTINELLI CAMPISTA

RIO DE JANEIRO/RJ

2022

NICOLE FERREIRA MARTINELLI CAMPISTA
NEURODIREITO E FALSAS MEMÓRIAS: COMO O DIREITO LIDA COM AS
FALHAS DA MEMÓRIA NAS PROVAS DELA DEPENDENTES

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 Doutor Antonio Eduardo Ramires Santoro.**

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

C197n Campista, Nicole Ferreira Martinelli
NEURODIREITO E FALSAS MEMÓRIAS: COMO O DIREITO
LIDA COM AS FALHAS DA MEMÓRIA NAS PROVAS DELA
DEPENDENTES / Nicole Ferreira Martinelli Campista.
- Rio de Janeiro, 2022.
54 f.

Orientador: Antonio Eduardo Ramires Santoro.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. falsas memórias. 2. erro judiciário. 3.
neurodireito. 4. prova penal dependente da memória.
I. Santoro, Antonio Eduardo Ramires, orient. II.
Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

À minha mãe, por iluminar o caminho por onde percorri. Hoje, sigo orgulhosamente cada um de seus passos e carrego um pedaço de você comigo.

À minha avó, por ser a alegria que entrelaça nossas vidas e exemplo de amor, cuidado e altruísmo.

Ao meu pai, por todo ensinamento que carrego feliz.

Ao meu avô, pelo suporte à sua própria maneira.

Ao Bernardo, meu escudeiro, por ter sido a perfeita companhia dos meus dias, sem a qual não poderia ter finalizado este trabalho.

A vocês o meu amor.

“We know, not only for research in psychology but simply by empirical evidence in the history of science, that the lowest form of evidence that exists in this world is eyewitness testimony, which is scary because it is one of the highest form of evidence in the court of law. (...) We are poor data taking devices. That is why we have such a thing as science.”

(Neil deGrasse Tyson)

Resumo

O Direito Processual Penal entende a memória como um retrato do evento a ser narrado pela vítima ou testemunha. Entretanto, a mente humana passa por três grandes processos de tratamento da memória, incluindo codificação, armazenamento e recuperação, e em todas estas etapas a lembrança é suscetível a fatores externos e emocionais do sujeito que podem alterá-la. Além disso, a literatura científica atual aponta que o que entendemos por memória pode ser alterado pelo próprio indivíduo ou por terceiros em um processo natural do cérebro e sem que essa alteração seja notada - as chamadas falsas memórias -, o que a torna tão potencialmente nociva se utilizada como meio de prova. Assim, ao ignorar os já conhecidos fatores que levam a memória a distorção, a prática forense leva a um número preocupante de erros judiciais e condenação de inocentes ao passo que estão disponíveis técnicas simples e acessíveis para mitigar esses efeitos.

Palavras-chaves: falsas memórias, erro judiciário, neurodireito, prova penal dependente da memória.

Abstract

Criminal Procedural Law understands memory as a portrait of the event to be narrated by the victim or witness. However, the construction of memories is a complex process, which can be divided into three major stages, including codification, storage and retrieval, and in all of these stages the memory can be altered by external and emotional factors. In addition, the current scientific literature points out that what we understand by memory can be altered by the individual or by others, in a natural and unnoticeable neural process - the so-called false memories -, which makes it so potentially harmful if used as evidence. Thus, by ignoring the already known factors that lead to memory distortion, forensic practice leads to a worrying number of miscarriages of justice and the conviction of innocent people, while simple and accessible techniques are available to mitigate these effects.

Key-words: false memories; miscarriage of justice; neurolaw; criminal evidence dependent on memory.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO 1 - A PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA	13
1. Prova testemunhal	13
2 Reconhecimento de pessoas	16
CAPÍTULO 2 - AS FALSAS MEMÓRIAS PELA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO	22
1. As etapas cognitivas de tratamento da memória	23
a) Codificação	23
b) Armazenamento	28
c) Recuperação	31
2. Susceptibilidade das falsas memórias	32
CAPÍTULO 3 - INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PRÁTICA FORENSE: PROVA TESTEMUNHAL E RECONHECIMENTO PESSOAL	38
1. A não fiabilidade da prova penal dependente da memória	38
2. A relevância da prova penal dependente da memória	41
3. Caminhos para melhor utilização da memória no processo penal: reconhecimento pessoal sequencial e entrevista cognitiva	43
CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	51

INTRODUÇÃO

A mente humana não funciona como uma documentadora em tempo real e, por isso, não conseguimos nos lembrar com detalhes precisos informações sobre um cenário completo ou palavras exatas, por exemplo. O que é retido faz parte, no melhor dos cenários, informações gerais e o sentido destas, sendo o resto fruto de um bom trabalho de “pós processamento” do nosso cérebro, em grande parte para preencher lacunas. Entretanto, é desta forma que o processo penal parece esperar que o cérebro aja a partir das implicações e peso que o depoimento pessoal e reconhecimento fotográfico, como formas de prova dependente da memória, trazem a condenação.

Este trabalho busca refletir a respeito do papel da memória na atividade jurisdicional, especialmente no âmbito do processo penal. Primeiramente, é importante frisar que, independentemente de suas falhas e limitações, a memória continua sendo um aspecto fundamental da atividade probatória, sendo a prova testemunhal e o reconhecimento pessoal não apenas importantes recursos, como muitas vezes o único recurso disponível para se alcançar a justiça.

Não é este, portanto, um trabalho que busca argumentar pela inutilidade dos institutos probatórios que dependem da memória, ou mesmo defender seu abandono. É evidente que estes são meios legítimos de prova, especialmente no caso de crimes sexuais contra dignidade sexual, violência doméstica, crimes contra crianças ou mesmo patrimoniais, nos quais abandonar a prova testemunhal seria o equivalente a condenar a vítima ao completo desamparo.

O que se objetiva alcançar neste trabalho é uma análise criteriosa do real potencial que a memória tem de ajudar na atividade probatória, expondo suas limitações e especialmente tecendo considerações críticas a respeito da forma - muitas vezes contraproducente - como a memória é tratada tanto pela legislação penal existente como pela prática forense.

No primeiro capítulo, será traçado um panorama geral sobre os institutos probatórios que dependem exclusivamente da memória: o reconhecimento pessoal e a prova testemunhal.

Fica claro neste capítulo o quão central é o papel da memória na atividade probatória e, portanto, o quanto esta depende daquela. Em se tratando da prova testemunhal, cumpre destacar uma problemática específica: a oitiva de testemunhas em sede policial não tem força probatória, sendo mera atividade investigativa, e a prova testemunha, via de regra, é considerada uma prova repetível. Isso, logicamente, é uma regra importante para salvaguardar o direito ao contraditório e à ampla defesa. No entanto, como será visto mais a frente, essa regra garante que a memória será ignorada quanto está mais intacta e levada a sério quanto pode já ser inútil¹

No segundo Capítulo será explorado o fenômeno das Falsas Memórias, que são nada mais do que o ruído que ocorre no processo de constituição da memória. Ou seja, este fenômeno dá conta do processo pelo qual o cérebro humano interpreta mal a realidade, gerando registros imprecisos de eventos reais. É importante notar que este não é um fenômeno excepcional, que evidencia um erro no processo cerebral. Muito pelo contrário, como se verá, representa muito mais a regra do funcionamento neurológico do que a exceção, apenas evidenciando o caráter eminentemente econômico dos processos cerebrais, o que do ponto de vista biológico e evolutivo serviu a diversos propósitos, mas quando utilizada para fundamentar uma condenação criminal pode produzir efeitos desastrosos.² Vale destacar que este não é um processo consciente, não necessariamente se trata de uma deliberada manipulação da realidade com fins escusos. Nesse sentido, o oposto da verdade não é a mentira, mas sim falsidade.

Neste capítulo se irá explorar a natureza extremamente complexo do processo de formação da memória, dividido, em linhas gerais, em três etapas: a codificação, na qual o evento a ser recordado é registrado pelo cérebro; o armazenamento, que pode ser sintetizado como o fenômeno da manutenção do registro do evento em questão; e a recuperação, que consiste no processo de recuperação do registro de um evento já armazenado.

Cada uma dessas etapas tem problemas particulares, que influenciam no grau de correspondência entre o registro do evento e o evento em si. Como já aventado, a codificação

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 455. Brasília, 2010. ISBN 85-7256-002-5. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumstj/toc.jsp?livre=%27455%27.num.&O=JT>. Acesso em set/2022

²Os processos cerebrais atuam por uma lógica de recursos escassos, ou seja, utilizam o mínimo de energia possível para alcançar o objetivo desejado o mais eficientemente possível. Aqui vale um esclarecimento: o objetivo da memória não é de recordar a realidade como uma câmera faria, mas o de criar atalhos que orientem as ações do sujeito. A eficiência, não a atenção aos detalhes, é guia aqui.

não é de forma alguma análoga à gravação de um evento por uma câmera. O processo pelo qual o cérebro humano passa para registrar um evento é, no geral, extremamente falho, dada a natural propensão do cérebro de criar atalhos e simplificações, forma eficiente mas imperfeita de armazenar informações.

Além desta dificuldade estrutural do processo de codificação, cumpre ressaltar a influência devastadora que emoções extremas podem ter na capacidade de um indivíduo de gravar de forma fidedigna um determinado evento. Essa característica do processo toma um protagonismo ainda mais relevante quando tratamos da fiabilidade de uma prova testemunhal, ou de um reconhecimento pessoal, no qual a testemunha, muitas vezes a vítima, esteve sob tremendas quantidades de estresse no momento do ocorrido e, muito provavelmente, não conseguiu captar detalhes da aparência do criminoso. Desta forma, pode-se dizer que são justamente as memórias que interessam ao Direito Probatório as mais prejudicadas pelo fenômeno das falsas memórias

No caso do armazenamento, existem três teorias que buscam esclarecer a maneira como esta etapa contribuiu na mutação da memória original. A primeira é a teoria da deterioração³, que descreve um processo de degradação da memória com o tempo.

A segunda, a teoria da interferência⁴, aponta que memórias interferem umas nas outras, se alterando. A terceira é a da recuperação⁵, que nega a ideia de que uma memória se perde, ou se deteriora, defendendo que a questão é apenas como recuperá-la. Entretanto, essa teoria tem uma grave limitação científica: a dificuldade de provar a veracidade da informação supostamente recuperada. A última é a teoria dos esquemas⁶, que demonstra como o contexto sociocultural do sujeito condiciona a formação da memória, tornando esta mais familiar e palatável para o receptor.

³STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. *Psicologia USP*, v. 14, n. 1, 2003 p 7.

⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. *Psicologia USP*, v. 14, n. 1, 2003 p 8.

⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. *Psicologia USP*, v. 14, n. 1, 2003 p 16

⁶STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. *Psicologia USP*, v. 14, n. 1, 2003 p 22

Já na fase de Recuperação, é importante notar que, como já explicitado, a memória é um fenômeno dinâmico, em constante remodelamento. Neste sentido, cada vez que uma memória é resgatada, ela sofre alterações em decorrência do atual estado e das novas experiências que moldam a percepção do indivíduo. Essencialmente, a cada recordação a memória humana desenrola uma narrativa com base nos fragmentos que possui da realidade.

No terceiro capítulo será analisada a influência das falsas memórias na prática forense, com foco nas provas testemunhais e no reconhecimento pessoal. A centralidade deste problema se evidencia a partir do reconhecimento da importância incontornável das provas dependentes da memória no processo penal, especialmente nos crimes sexuais e patrimoniais. Como já foi dito, não se trata de desqualificar e negar a importância da prova dependente da memória, que inequivocamente é parte essencial da atividade probatória.

É importante, no entanto, reconhecer a inadequação dos métodos de produção de prova testemunhal no Brasil, para que seja possível construir um processo penal mais racional, que não encarcere pessoas com base em construções completa ou parcialmente fictícias.

Um caminho central para se mitigar a prevalência das falsas memórias é a chamada Entrevista Cognitiva⁷, um método desenvolvido a partir do que a literatura científica indica ser os meios mais perniciosos de manipulação e alteração da memória, buscando contornar e restringir a influência do entrevistador na construção do testemunho.

Este método é composto por cinco etapas. A primeira tem como objetivo central o estabelecimento de uma relação de confiança entre a testemunha e o entrevistador, para que aquela se sinta confortável em partilhar sua versão dos fatos. Nesta etapa o entrevistador deve tangenciar o assunto, de forma a retirar da situação a pressão e a sua posição de autoridade.

A segunda etapa envolve uma volta do entrevistado à cena do crime, sendo que neste ponto o principal papel do entrevistador é o de conduzir esse retorno, de forma lenta e gradual para não colocar pressão no entrevistado. Na terceira etapa o entrevistador deve perguntar à

⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de.. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p 139

testemunha o que ela se lembrou, sempre através de perguntas abertas para evitar induzir as respostas.

Na penúltima etapa o entrevistador deve questionar, através de uma dinâmica dialógica e não inquisitorial, o entrevistado, buscando aparar as arestas da história e encontrar inconsistências, mas sempre abrindo espaço para que a testemunha simplesmente não saiba responder, para evitar que a mesma invente informações. A última etapa é aquela na qual o entrevistador faz um resumo das informações colhidas, confirmando-as. É evidente, que este não é um método perfeito, que exclua totalmente a incidência de falsas memórias, mas é sim um importante recurso para diminuir a influência destas.

Assim sendo, é necessário proceder a análise da fiabilidade e da maneira como as falsas memórias interferem no processo penal, bem como as possíveis ferramentas para mitigá-la.

CAPÍTULO 1 - A PROVA PENAL DEPENDENTE DA MEMÓRIA

A prova penal dependente da memória se faz presente na seara criminal brasileira principalmente através dos importantes procedimentos do reconhecimento de pessoas e prova testemunhal sendo, por vezes, a única evidência que baseia a condenação.⁸ Assim, faz-se necessário uma breve análise sobre o tratamento legal dispensado a cada uma dessas ferramentas probatórias.

1. Prova testemunhal

A oitiva de testemunhas pode ocorrer tanto na fase do inquérito policial quanto em juízo e é, no contexto forense brasileiro, um dos principais meios de prova que motivam a decisão judicial⁹.

A fase de inquérito no sistema penal brasileiro possui natureza inquisitorial. Desta forma, em que pese parte da doutrina apontar para um suposto princípio processual de “presunção relativa de veracidade” dos atos praticados em inquérito, tal entendimento não é corroborado por qualquer base legal expressa. Ao contrário, afronta o princípio constitucional do contraditório e ampla defesa¹⁰ ao presumir a veracidade de atos praticados sem qualquer possibilidade real de oposição. Assim entende Aury Lopes Jr.

“Em síntese, o CPP não atribui nenhuma presunção de veracidade aos atos do IP. Todo o contrário, atendendo a sua natureza jurídica e estrutura, esses atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual servem para justificar o recebimento ou não da acusação. É patente a função endoprocedimental dos atos de investigação.

⁸ STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015, p. 42 Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em out/2022

⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. pg 745

¹⁰ CRFB/1988, Art. 5º, inciso LV - 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.

Na sentença, só podem ser valorados os atos praticados no curso do processo penal, com plena observância de todas as garantias”¹¹

Pelo exposto, a oitiva de testemunhas em sede policial não possui natureza probatória *per se*, constituindo meramente atos de investigação. Desta maneira, apontam para uma tese, uma mera possibilidade, e devem ser confirmadas em juízo para que se fale em “atos de prova” capazes de instruir de maneira ilimitada a condenação criminal.

Se não possui pleno valor probatório a “prova” constituída somente em sede policial, por ser considerada mero ato de investigação e portanto necessitar de sua confirmação em juízo para que se seja ato de prova, devemos esclarecer as provas em juízo consideradas repetíveis e irrepetíveis. O artigo 155 do Código de Processo Penal determina que a convicção do juiz deverá se basear nas provas produzidas em juízo, e não em sede policial, salvo as cautelares, não repetíveis e antecipadas¹².

Assim, provas irrepetíveis são aquelas que devem proceder à produção imediata sob pena de grave prejuízo de perecerem ou não poderem ser posteriormente realizadas e assim, não pode ser produzida ou submetida ao contraditório¹³. Já as provas repetíveis seriam todas as outras que não são prejudicadas ao realizar sua posterior análise¹⁴, sendo tratadas como regra geral no ordenamento. Desta maneira, as provas irrepetíveis, exceção, possuem três classificações¹⁵.

A primeira forma de prova irrepetível são as que se dão por sua natureza. Nestas, há a necessidade de coleta e documentação imediatamente, pois pela sua natureza não mais existirão a época da instrução judicial, desaparecendo seus vestígios. Como exemplo, se inclui

¹¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. pg 270

¹² CPP/1940, Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 13 mai. 2022

¹³CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. Rev. Bras. Polit. Públicas, Brasília, v.8, nº2, 2018, p. 1059

¹⁴ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. pg 745

¹⁵ CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. Rev. Bras. Polit. Públicas, Brasília, v.8, nº2, 2018, p. 1064

nesta categoria a perícia no local do crime pois o decurso do tempo mina os detalhes que poderiam ser coletados e decisivos na resolução do processo.

Já a segunda forma abarca as provas irrepetíveis por circunstâncias específicas. Isto é, normalmente referida prova poderia ser novamente coletada em juízo mas por peculiaridades o caso este será impossível. É o caso de eventual testemunha que esteja em estado de saúde delicado e com poucas perspectivas de convalescimento, devendo nesse caso ser ouvida de maneira antecipada para que a prova não se perca por circunstâncias específicas.

Por fim, a terceira forma trata das provas irrepetíveis por circunstâncias supervenientes. Nesta, a priori não há nem circunstâncias específicas tampouco natureza peculiar da prova que justifique sua produção antecipada. Entretanto, após a avaliação sobre a existência de provas das duas modalidades já mencionadas, surge uma circunstância que coloca em risco sua repetição posterior. Como exemplo desta última o jurista Aury Lopes Jr. (2019) menciona a hipótese de uma testemunha saudável ouvida em inquérito, formando um ato de investigação, que na época de sua oitiva em juízo descobre-se o seu falecimento. Neste caso, por óbvio, a prova não poderá ser novamente realizada, se tornando um ato de prova.

Assim, nas três hipóteses os atos que constituiriam atos de investigação, visto que produzidos fora da instrução judicial, se tornam atos de prova seja pela natureza, circunstâncias específicas ou circunstâncias supervenientes.

Ocorre que pela própria regra do ordenamento brasileiro as provas testemunhais, via de regra, quando não há comprovado risco à testemunha por razão de saúde ou idade avançada por exemplo, são consideradas provas repetíveis¹⁶. Ademais, conforme entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça no enunciado nº 455¹⁷, o mero decurso do tempo não é motivação idônea para requerer a oitiva antecipada.

¹⁶LOPES Jr., Aury. Direito processual penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 608. apud CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. Rev. Bras. Polit. Públicas, Brasília, v.8, nº2, 2018, 1065

¹⁷Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 455. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. DJ: 8/9/2010. COAD. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2374/Sumulas_e_enunciados . Acesso em ago. 2022.

Pelo entendimento popular pode-se dizer que quanto mais aquela oitiva for repetida, mais fidedigno será o relato. Entretanto, o campo de estudo da Psicologia do Testemunho tem demonstrado há alguns anos que o decurso do tempo cumpre papel fundamental na alteração das memórias originais, que desde sua formação original podem já não corresponder com a realidade. Assim, a memória - que já não representa uma captura fidedigna do que aconteceu visto que influenciada em seu processamento inicial por fatores emocionais e ambientais como será objeto de desenvolvimento nos capítulos 2 e 3 da presente obra - sofre com o risco de esquecimento e distorção superveniente da memória original.

Neste sentido aponta Gustavo Noronha de Ávila

“(…)é preciso considerar a concreta possibilidade de a informação contida na memória não estar mais disponível não apenas por ter sido esquecida, mas por ter sido modificada devido a interações com outras pessoas, realização de entrevistas repetidas, entre outros.”¹⁸

Por todo o exposto, se mostra urgente reavaliar na seara processual e forense se a prova penal dependente da memória pode ser qualificada como repetível, ou seja, se sua repetição não causa prejuízos tampouco possui risco de perecimento, com base no conceito científico disponível sobre o tema. Qual a fiabilidade desta forma de prova que por vezes fundamenta toda a condenação, visto que repetida em juízo como determina a lei?

2 Reconhecimento de pessoas

O reconhecimento de pessoas está disciplinado nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal¹⁹ com o objetivo de trazer balizadores mínimos e assim conferir maior segurança a este meio de prova.

¹⁸CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. Rev. Bras. Polit. Públicas, Brasília, v.8, nº2, 2018, p. 1065

¹⁹BRASIL. Código de Processo Penal Brasileiro. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: setembro 2022

Por disposição do referido²⁰, portanto, primeiro deverá ser narrada pela vítima ou testemunha a descrição da fisionomia do sujeito a ser reconhecido²¹. Após, idealmente, o sujeito a ser reconhecido será pareado ao lado de outros que possuam semelhantes características²² para que a testemunha ou vítima aponte para o suposto reconhecido²³. Por fim, é determinado também que na hipótese de haverem vários reconhecimentos a serem realizados, estes ocorrerão em separado e sem comunicação uns aos outros²⁴.

Ocorre que, diferentemente do que se procede com outras provas, a não observância desses escassos critérios estabelecidos, que por si só dificilmente abrangem a complexidade deste meio de prova, não necessariamente repercutiam na marcha processual.

A título de exemplo, por determinação expressa do artigo 158, caput do Código de Processo Penal, a realização do exame de corpo de delito é indispensável e nem mesmo a confissão do acusado sendo capaz de suprir sua falta. Da mesma maneira, o artigo 564, inciso III, alínea “b” do mesmo livro estabelece que a não realização do procedimento implica em ocorrência de nulidade.

Entretanto, o mesmo não pode ser dito acerca do reconhecimento de pessoas. Conforme jurisprudência dominante dos Tribunais Superiores até o ano de 2020 o entendimento era pela ausência de vícios quando a realização do reconhecimento é feito sem os parâmetros legalmente estabelecidos, especialmente, mas não somente, quando há outras provas juntadas aos autos. Assim, podia-se tomar o texto legal como mera recomendação a ser seguida ou não, conforme expressamente decidiu o Min. Luiz Fux em ARE nº1369178/SC, sem exercer qualquer avaliação de que, além do risco do próprio reconhecimento informalmente realizado chegar a um falso resultado, possa contaminar a memória dos envolvidos em si, como será posteriormente objeto de estudo.

²⁰ CPP/1940, Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

²¹ CPP/1940, Art. 226. (...) I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

²² CPP/1940, Art. 226. (...) 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;

²³ CPP/1940, Art. 226. (...) 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;

²⁴ CPP/1940, Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Como se demonstra, assim vinha fundamentando o Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ROUBO MAJORADO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. TESE DE VIOLAÇÃO À DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INVIABILIDADE. INOVAÇÃO RECURSAL. ALEGADA INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. EVENTUAL PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O art. 557 do Código de Processo Civil possibilita ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o que aconteceu na presente hipótese.
2. Não pode ser analisada a suposta violação ao art. 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, pois da simples leitura do recurso especial, constata-se que a Defesa nada arguiu a respeito, constituindo esse pleito defensivo clara inovação recursal, inviável de ser apreciada na via do agravo regimental. Ademais, é vedada a análise de dispositivos constitucionais em sede de recurso especial, ainda que para fins de prequestionamento.
3. É firme o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a inobservância do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal não pode ser utilizada para tornar nulo o ato de identificação do Acusado, ainda mais se tal prova for corroborada pelas demais provas produzidas durante a instrução.
4. O reconhecimento de nulidade decorrente desse proceder exige a prévia demonstração do efetivo prejuízo, conforme disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, o que não foi realizado pela Defesa nas razões do recurso especial.
5. Agravo regimental desprovido.”²⁵

Corroborando do exato entendimento, reforçava o Supremo Tribunal Federal conforme julgamento de:

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Especial nº1.304.484/RJ. Relatora Min. Laurita Vaz. Brasília, 18/02/2014. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201200302247 Acesso em: agosto 2022

"APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU SOLTO). CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E EMPREGO DE ARMA DE FOGO (ART. 157, §2º, II E §2º-A, I, AMBOS DO CP). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. ALEGADA PRELIMINAR DE NULIDADE POR CERCEAMENTO DE DEFESA ANTE A DEFICIÊNCIA TÉCNICA DA DEFESA E DIANTE DO INDEFERIMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL E DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL. NO MÉRITO, PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. SUBSIDIARIAMENTE, PEDIDO DE AFASTAMENTO DAS MAJORANTES DO CONCURSO DE PESSOAS E DO USO DA ARMA DE FOGO. RECURSO CONHECIDO E, AFASTADAS AS PRELIMINARES, DESPROVIDO.

(...)

2. PRELIMINAR DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL. O **reconhecimento informal não eiva o ato de identificação do acusado**. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é **legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal**, servindo o paradigma legal como **mera recomendação** (RHC 67.675/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 28/03/2016). Preliminar afastada.

3. SUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA DELITIVA. Não há falar em insuficiência probatória quando os elementos informativos e as provas colhidas nos autos, analisados em conjunto, formam um arcabouço probatório suficiente para embasar a condenação. Na hipótese, os depoimentos da vítima, somados ao reconhecimento do réu pelo ofendido e demais documentos carreados aos autos, corroboram a versão apresentada em todos os pontos, não deixando dúvidas acerca da autoria delitiva por parte do apelante.

(...)²⁶

Conclui-se, portanto, que para o Superior Tribunal de Justiça este relevante meio de prova poderia, até 2020 ser realizado como determina a lei ou da maneira que o operador do direito entender mais conveniente apesar do alerta da doutrina para os perigos dessa ação. Assim, na prática forense o reconhecimento pessoal é feito por vezes de maneira fotográfica para que a vítima responda se o reconhece como sendo o acusado.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). Agravo no Recurso Extraordinário nº1369178/SC. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 24/02/2022. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1280342/false>> Acesso em set/2022

Entretanto, no ano de 2020 a 6ª turma do Superior Tribunal de Justiça revisitou o tema do reconhecimento informal iniciou uma virada jurisprudencial durante o julgamento do HC 598.886/SC²⁷. Na oportunidade, foi entendido que além da obrigatoriedade de observação dos parâmetros legais do artigo 226 e seguintes do Código de Processo Penal é indispensável a corroboração do reconhecimento por outras provas colhidas em fase judicial como formas de garantia mínima.

Tal entendimento foi corroborado pelo HC 652.284/SC²⁸ por relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, desta vez na 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça exatos 6 meses após a virada jurisprudencial supra mencionada. Assim, houve uma mudança no entendimento deste órgão, inaugurado pela 6ª turma e acompanhado pela 5ª, para não mais permitir a interpretação de que as normas legais para realização do reconhecimento pessoal constituiriam mera recomendação. Assim, em que pese a ausência de efeito vinculante do julgamento realizado em sede de Habeas Corpus, há evidente impacto jurisprudencial e doutrinário apto a influenciar decisões futuras pelos Tribunais e Juízes.

Inspirado pela mencionada mudança promovida, o Supremo Tribunal de Federal no Habeas Corpus de nº206846/SP²⁹, por relatoria do Ministro Gilmar Mendes, membro da 2ª turma, entendeu em fevereiro de 2022 pela nulidade do reconhecimento pessoal informal caso este fosse o único elemento de prova. Admite, contudo, que o reconhecimento realizado fora dos parâmetros legais seja plenamente válido para fundamentar eventual condenação caso haja qualquer outro elemento de prova não contaminado pelo reconhecimento que a corrobore.

Entretanto, referida distinção esbarra em outro problema. Até onde a realização do reconhecimento informal, executado fora dos parâmetros legais, é capaz de contaminar outras provas penais dependentes da memória que não tem qualquer ligação com o reconhecimento? Segundo aponta o campo do neurodireito e psicologia forense, os efeitos desta colheita de

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma) HC 598.886/SC. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 27/10/2020.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma) HC 652.284/SC. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 27/04/2021.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2ª Turma) Recurso Ordinário em Habeas Corpus RHC 206846/SP. Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22/02/2022

provas sem os devidos cuidados possui profundas repercussões na própria memória dos envolvidos que acabam por influenciar, assim, todo o processo, como veremos a seguir.

CAPÍTULO 2 - AS FALSAS MEMÓRIAS PELA PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO

As falsas memórias são definidas por Lilian Milnitsky Stein (2010) como a lembrança de eventos como se tivessem ocorrido em certas circunstâncias quando em verdade esses não ocorreram, ou ao menos não da maneira que se recorda³⁰. Sua ocorrência, no entanto, se aproxima mais da regra do que da exceção, o que do ponto de vista biológico e evolutivo serviu a diversos propósitos, mas quando utilizada para fundamentar uma condenação criminal pode produzir efeitos desastrosos.

Desta forma, é inviável em um sistema penal reservado somente a *ultima ratio* utilizar a memória sem considerar este fenômeno sendo, entretanto, exatamente o que se desenrola na realidade. O processo penal e o sistema judicial tratam a memória a partir de um binômio verdade x mentira³¹, considerando que ou a testemunha ou vítima está mentindo deliberadamente ou está narrando exatamente o que ocorreu.

Fundamental ponto reside no esclarecimento, para fins de compreensão do que são falsas memórias e sua repercussão jurídica, de que o oposto da verdade não é a mentira e sim falsidade³². Sua distinção encontra-se no campo da intenção pois enquanto na mentira o narrador narra conduta que sabe ser falsa, na falsidade há verdadeira crença na fidedignidade do que se apresenta, incorrendo no engano que é objeto de estudo. É perfeitamente possível, e frequentemente ocorre, que a testemunha não minta e nem diga a verdade, estando situada em uma posição cognitiva que não é abarcada pelo ordenamento jurídico que se preocupa somente em evitar mentiras.³³

No fenômeno da falsa memória, portanto, a questão crucial reside no fato do narrador possuir sensível convicção acerca da veracidade dos acontecimentos de forma a aglutinar os fragmentos de recordação verdadeiros e falsos, ao ponto de lhe ser impossível o

³⁰ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 23

³¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. - 17. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2020. pg 270

³² ROCHA, Michael Guedes da. As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021 p 32

³³ ROCHA, Michael Guedes da. As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021 p22

discernimento. Ressalte-se que não se trata de uma mentira pois no fenômeno das falsas memórias sua formação cognitiva é a mesma das memórias verdadeiras³⁴, não havendo o dolo de desorientar pois se trata, de fato, de uma memória, só que de um evento que não ocorreu. Assim, as testemunhas podem não mentir e ao mesmo tempo não dizer a verdade, se enquadrando em uma posição que para os efeitos do processo penal é muito mais nociva se passada despercebida.³⁵

Um exemplo da ocorrência desse fenômeno pode ser observado nos estudos de Elizabeth Loftus³⁶, onde a pesquisadora realiza um experimento em que um vídeo de um acidente de carro após o avanço de um dos motoristas ao sinal de “parada obrigatória”. Após, é mencionado aos participantes que no vídeo o motorista avançava um sinal de “dê preferência”. Por fim, quando exigido dos participantes que respondessem com base no vídeo apresentado, estes diziam que o motorista desrespeitou a indicação de preferência. Assim, conclui a pesquisa que informações posteriormente fornecidas são capazes de interferir na memória originalmente formada sem que seu portador percebesse.

Diante do papel central da memória no campo jurídico, servindo até mesmo para fundamentar condenações criminais, se mostra indispensável a análise dos momentos em que estas podem ocorrer, ou seja, a forma que a memória é constituída e mantida no cérebro. Assim, passamos a encarar os mecanismos que o utilizamos para manejar a memória humana.

1. As etapas cognitivas de tratamento da memória

a) Codificação

³⁴ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. pg 22.

³⁵ ROCHA, Michael Guedes da. As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021. p 36.

³⁶STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. pg 24

O trato com as memórias transita por três principais etapas³⁷, sendo a primeira delas a codificação. Durante muito tempo os estudos sobre a memória se voltaram somente para a etapa de recuperação da memória, não iluminando com tanta intensidade a codificação e o armazenamento. Contudo, a primeira etapa é de extrema importância pois influencia de maneira direta nas que a sucedem.³⁸ Quando um fato ocorre, a vítima ou testemunha do evento passa pela primeira etapa da codificação para que o cérebro compreenda as principais informações e as interprete. Assim, os sons, estímulos, a imagem e as emoções podem ser codificadas pelo cérebro para se tornarem memória.

Entretanto, já nesta etapa a codificação pode não ser fidedigna ao evento. O cérebro humano não é capaz de memorizar tal qual um vídeo com todas as informações emocionais, sociais e ambientais que é exposto, em especial quando se trata de uma situação limite como um roubo ou uma violência.

Nessas situações limite em específico, o uso de violência ou ameaça pode levar a vítima a uma situação de foco nessa relação de poder estabelecida de modo a não codificar detalhes importantes para a memória, como a aparência do agressor por exemplo, sendo tal fenômeno denominado “efeito do foco na arma”³⁹. Os estudos recentes demonstram que a presença do armamento em um contexto específico de violência pode moldar completamente a dinâmica da formação daquela memória pela opressão e medo ali gerados, situação que não se repete quando a presença da arma é, de certa forma, natural, como quando carregada por um policial ou utilizada em uma prática esportiva.⁴⁰ Assim, levando em conta o fator emocional e considerando a limitação humana do cérebro em captar todos os estímulos há a codificação do evento, que desde o princípio pode não ocorrer de forma fidedigna.

Durante muito tempo foi sustentado por pesquisas que memórias que envolvem fatores emocionais marcantes seriam mais fáceis de se recordar do que memórias mais “banais”.

³⁷ ROCHA, Michael Guedes da. As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021. p 37.

³⁸ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 71

³⁹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal. – 19. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2022. pg 568

⁴⁰ SAUNDERS, Jo. Memory impairment in the weapon focus effect. *Memory & Cognition*, p.326 apud ROCHA, Michael Guedes da. As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021. p 39.

Quanto mais relevante for o fato em nossas vidas, em tese, mais dificilmente o esqueceríamos. Entretanto, a literatura recente aponta que essas memórias adquiridas não necessariamente são mais fidedignas à realidade do que as recordações levianas visto que a recordação com maior quantidade de lembranças e detalhes poderá ter também mais informações falsas a ela aglutinadas.⁴¹ Nesta etapa se mostra essencial, portanto, mencionar a influência que a emoção pode exercer na incidência de falsas memórias ao evento inicial.

No cotidiano forense é comum tratarmos de eventos que se desenrolaram de maneira traumática para a vítima e testemunhas, afinal, trata-se da investigação de crimes contra elas praticados e ou por elas testemunhados. Assim, podemos considerar que essas particulares memórias que interessam para o ramo do Direito Processual Penal, além de marcantes, estão permeadas de emoções predominantemente negativas. Nessas situações específicas de recordações envolvendo delitos, teriam as falsas memórias o mesmo desempenho que outras recordações rotineiras?

Em relevante estudo conduzido em 2008 pela Universidade de Cornell em conjunto com a PUCRS e UNISC, foi demonstrado através de experimentos que na etapa de recuperação dessas memórias, relembrar de eventos classificados como negativos estimula a produção de falsas memórias⁴². Da mesma forma, as lembranças classificadas como neutras tiveram um nível intermediário de alteração e memórias categorizadas como positivas tiveram os menores índices de mudanças. Mesmo com o grande avanço na área da psicologia do testemunho cabe ressaltar que ainda se mostram preliminares as descobertas em relação ao efeito das emoções na memória⁴³ tendo em vista a dificuldade em exercer o controle de variáveis e de acurácia entre os participantes das pesquisas.

Os eventos traumáticos, que normalmente são o caso de vítimas ou testemunhas de delitos em relação ao evento, poderiam ser alocados na primeira categoria, concluindo que as memórias relevantes para o âmbito do Direito Processual Penal são especialmente suscetíveis ao fenômeno das falsas memórias. Na mesma linha, podemos citar os inúmeros casos documentados de prisões equivocadas por estupro, tipo de crime especialmente dependente da

⁴¹ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010.

⁴² C.J. Brainerd, L.M. Stein, R.A. Silveira, G. Rohenkohl, and V.F. Reyna. How does Negative Emotion Cause False Memories. Association for Psychological Science 2008 p.4

⁴³ FERREIRA, Mariana Suzart Paschoal; Neurodireito da memória: a fragilidade da prova testemunhal e de reconhecimento de pessoas. Dissertação Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. p 32

palavra - e memória - da vítima. Apesar de aparentemente essas memórias geradas a partir de eventos traumáticos serem mais detalhadas e realistas do que as demais, nem sempre serão mais fidedignas visto a maior predisposição à incidência de falsas memórias.⁴⁴

Um dos mais famosos casos de falsas acusações ocorridos no Brasil se trata do caso da “Escola Base” onde foram feitas denúncias de formas de violência sexual cometidas contra os alunos. O caso se tornou rapidamente notícia em todo o país pelas graves acusações feitas, que supostamente ocorriam dentro da escola, havendo até mesmo laudo médico realizado nas crianças indicando que haveriam indícios compatíveis com abuso sexual. Os donos da escola e funcionários passaram por rigoroso julgamento da sociedade, alguns sendo até mesmo presos, e a escola imediatamente sofreu represálias, nunca mais vindo a funcionar mesmo após a constatação meses seguintes de que as denúncias não tinham qualquer fundamentação.

Entretanto, tal constatação pode levar a um destrutivo caminho de desqualificar a palavra da vítima pois sua memória pode ter estar contaminada sobre alguns aspectos. Não se pode de maneira alguma esquivar de reconhecer que a memória e as provas dela dependentes possuem um papel fundamental especialmente em se tratando dos casos de violência sexual visto que estes são praticados muitas vezes às escondidas⁴⁵. O mesmo pode ser dito acerca de provas constituídas por crianças, que tendencialmente possuem sua memória mais suscetível a alterações endo ou exo provocadas, em casos de violências domésticas ou sexuais contra ela ou terceiros.

Devido a vulnerabilidade da vítima e natureza do delito nem sempre estas procuram as autoridades imediatamente após o ocorrido, permitindo que os vestígios que poderiam gerar outros tipos de prova desapareçam. Assim, a resposta a esse tipo de fenômeno ocorrido com a memória em especial em situações que envolvam o emocional da vítima não deverá se voltar à exclusão da prova, mas sim a um melhor manejo e tratamento da lembrança de modo a tentar preservá-la. Nos casos dependentes da memória é coerente dizer que uma boa condução

⁴⁴ DEFFENBACHER, Kenneth A; BORNSTEIN, Brian H.; PENROD, Steven D., MCGORTY, E. Kiernan. Meta-Analytic Review of the Effects of HighStress on Eyewitness Memory. *Law and Human Behavior*, 28: 6, 2004), p. 687. apud FERREIRA, Mariana Suzart Paschoal; *Neurodireito da memória: a fragilidade da prova testemunhal e de reconhecimento de pessoas*. Dissertação Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. p 32

⁴⁵ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 251

e técnica na colheita do relato é capaz de fornecer uma prova⁴⁶ muito mais forte e robusta, favorecendo tanto a vítima quanto a sociedade ao mitigar erros.

Outro fator importante que permeia a etapa da codificação, para além do já mencionado efeito do foco na arma, diz respeito às meras condições ambientais que se desenrolam no caso concreto⁴⁷. Crimes que ocorrem à noite, por exemplo, em locais com iluminação precária, têm prejudicadas as memórias formadas a partir desse evento desde as características com a qual ocorreu. Nessas situações não é possível determinar com precisão se a arma que o sujeito portava era verdadeira ou uma mera falsificação grosseira, por exemplo, ou mesmo qual eram as características fenotípicas do agressor como cor de olhos, cabelo ou pele.

Para além dos mencionados critérios que acabam por moldar a memória da vítima para que a imagem do sujeito atenda a um padrão da violência ocorrida, características físicas consideradas anormais, como cicatrizes, são mais facilmente ligadas a prática de condutas também anormais ao passo que o esteticamente agradável nas mesmas condições exigir maior convencimento para que seja associada a prática delituosa.⁴⁸ Assim, os suspeitos são também relacionados de acordo com as predisposições culturais de determinada comunidade o que, via de regra, se mostra prejudicial à minoria sociais.

Além disso, é fundamental levar em conta para analisar esta etapa as condições do próprio sujeito envolvido no acontecimento. Vítimas ou testemunhas mais idosas ou muito novas, podem não ser capazes de desempenhar o processo de codificação tão bem quanto jovens visto que a memória está intimamente ligada aos processos cognitivos que, em ambos os extremos da vida, podem estar prejudicados seja pela sua não formação completa ou degradação.

⁴⁶ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 112

⁴⁷ ROCHA, Michael Guedes da. As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021. p 38.

⁴⁸ REAL MARTINEZ, Santiago; FARIÑA RIVERA, Francisca; ARCE FERNANDEZ, Ramón. Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación. cit., p.93 e s. apud Lopes Jr. Aury. Direito Processual Penal. 19. ed. - São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 568

b) Armazenamento

A segunda etapa do tratamento da memória pelo cérebro se refere ao armazenamento. Neste, toda interpretação feita da cena que foi codificada, tenha sido codificada de maneira mais ou menos fidedigna, formou a memória, que será guardada e ficará sujeita ao esquecimento ou corrupção pelo decurso do tempo⁴⁹. De todas as três etapas, portanto, os danos que podem decorrer desta são os que mais eficientemente podem ser evitados através do sistema processual penal. Inevitavelmente há um grande decurso de tempo entre a ocorrência da situação objeto do direito penal e sua instrução criminal, tema que será posteriormente aqui aprofundado. Entretanto, a antecipação da oitiva por exemplo, se realizada ainda nos primeiros momentos do processo com a observância dos parâmetros determinada pelo Código de Processo Penal, poderia mitigar a ação do tempo sobre esta importante fase.

Ressalte-se, ainda, que o armazenamento ocorre de maneira rápida, de modo que até mesmo poucos dias podem ser capazes de influir sobre a memória ali acomodada. Conforme já inicialmente sustentado na presente pesquisa, se mostra inteiramente incongruente com os que se conhece sobre o funcionamento da memória o enunciado da súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça. Esta, ao tratar o decurso do tempo como algo casual que não motiva a antecipação da oitiva das testemunhas e vítimas, ignora que este é justamente o principal fator de alteração das memórias originalmente codificadas⁵⁰.

Conforme apontam os estudos no campo, a memória é influenciada tanto pelo seu exercício como pelo seu não exercício, sendo quase inevitável e, assim, mera questão de

⁴⁹ EBBINGHAUS, Hermann. *Memory* (HA Ruger & CE Bussenius, Trans.). New York: Teachers College., 1913; FLIN, Rhona et al. The effect of a five-month delay on children's and adults' eyewitness memory. *British Journal of Psychology*, v. 83, n. 3, p. 323- 336, 1992. LOFTUS, Elizabeth F. Planting misinformation in the human mind: a 30-year investigation of the malleability of memory. *Learning & Memory*, v. 12, n. 4, p. 361-366, 2005. SCHACTER, Daniel L. Os sete pecados da memória: como a mente esquece e lembra. São Paulo: Rocco, 2003 apud CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. p.1060

⁵⁰ BADDELEY, Alan. *Essentials of human memory* (classic edition). [s.l.]: Psychology Press, 2013, p. 29. apud CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. p.1061

tempo. Entretanto, apesar dos dois tipos de influência serem possíveis no curso do processo, o esquecimento pelo não exercício é mais prevalente conforme já mencionado⁵¹.

Apesar do esquecimento carregar para o âmbito forense uma repercussão negativa, do ponto de vista adaptativo este sistema trouxe grandes vantagens de modo que somente guardamos as informações que acreditamos serem mais valiosas para nosso meio e nossa sobrevivência.⁵² Novamente em comparação com o fenômeno do “efeito do foco na arma”, para o instinto de sobrevivência pouco importam os detalhes da cena como roupas ou mesmo a aparência do sujeito que portava a arma diante da ameaça que a arma em si representa.

O ramo do estudo do esquecimento pode ser bem alocado dentro da segunda etapa do tratamento da memória, responsável pelo armazenamento. Esta se trata da fase menos latente da memória, onde a informação é ali reservada e aguarda posterior resgate, não significando que está livre de contaminações e influências. O fator esquecimento é estudado, principalmente, por três teorias.

A teoria da deterioração⁵³ é a primeira delas, afirmando que conforme o tempo passa, tal qual uma pintura, a memória passa por um processo de enfraquecimento até que suma completamente. Dessa forma, as memórias mais fortes seriam mais fáceis de serem lembradas e memórias mais deterioradas pelo tempo são mais trabalhosas. Entretanto, alguns estudos foram capazes de desbancar a lógica trazida por esta teoria ao demonstrar diversos casos em que memórias mais antigas podem subsistir enquanto outras obtidas na mesma situação que memórias mais recentes são esquecidas.

Como segunda teoria, temos a teoria da interferência.⁵⁴ A partir dos erros de construção da primeira teoria mencionada, foi proposto que as memórias podem intervir umas nas outras. Assim, da mesma forma que a primeira, as recordações mais antigas são lembradas com

⁵¹ BADDELEY, Alan. Essentials of human memory (classic edition). [s.l.]: Psychology Press, 2013, p. 29. apud CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. p.1061

⁵² PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003, Psicologia USP, 2003, Vol. 14, No.1, 129-155 p 3.

⁵³STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. Psicologia USP, v. 14, n. 1, 2003 p 7.

⁵⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. Psicologia USP, v. 14, n. 1, 2003p 8.

maior dificuldade que as mais novas pois haveriam mais memórias nela interferindo. Importantes e recentes pesquisas foram realizadas nessa área já na fase moderna da teoria, inclusive convergindo com o estudo das falsas memórias por Elizabeth Loftus e John Palmer no ano de 1974, sendo esta relevante especialmente quando se trata de contaminação da memória.

Há também a teoria da falha na recuperação⁵⁵ que sugere que a memória não é perdida, somente se torna mais difícil de ser recuperada. A principal fundamentação desta teoria são os estudos que demonstram a recuperação de memórias que antes não se tinha lembrança e, apesar da sua inicial pouca repercussão a teoria mais tarde ganhou relevância. Entretanto, a principal dificuldade desta teoria é demonstrar com alguma fidedignidade que as informações que o paciente diz se recordar são verídicas, e não uma mera falsa memória espontânea ou auto sugerida, dado o tempo decorrido do evento original.

Por fim, cabe mencionar a teoria dos esquemas⁵⁶ que revolucionou a maneira com que se conduzia as pesquisas relacionadas à memória, até então principalmente baseada na apresentação de palavras. No ponto de partida da pesquisa foi apresentado aos participantes uma história sobre índios norte-americanos para que lessem. Após algum tempo, os participantes deveriam recontar a história da maneira com que se lembrassem, com a maior riqueza de detalhes possível. Assim, foi percebido que os participantes incorriam equívocos em dois tipos de informações quanto à história: informações que eram estranhas e elementos típicos da cultura indígena que não faziam parte da sociedade ocidental.

Esta última teoria foi de extrema relevância ao apontar como a expectativa e bagagem cultural do receptor da memória influenciava na mesma ao promover uma reconstrução da história para que ela se tornasse mais próxima e compreensível ao participante. Assim, é possível compreender a dimensão dos possíveis efeitos causados a partir dos preconceitos culturalmente carregados e vieses na memória.

⁵⁵ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. *Psicologia USP*, v. 14, n. 1, 2003 p 16

⁵⁶STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Compreendendo o Esquecimento: teorias clássicas e Seus fundamentos experimentais. *Psicologia USP*, v. 14, n. 1, 2003 p 22

c) Recuperação

Já a terceira etapa consiste na recuperação. Cada vez que é revisitada, a memória de um evento é novamente moldada, seja por influência própria do narrador ou seja por agentes externos, como se vários fragmentos a reconstituíssem, mas raramente de maneira idêntica. Assim demonstram os apontamentos de William Cecconello, Gustavo Ávila e Lilian Stein⁵⁷:

“A memória de um fato, assim como nossos músculos, enfraquece na medida em que os neurônios por ela responsáveis não são exercitados. Assim como um músculo, é preciso atenção para qual o procedimento utilizado na recuperação da memória, e não somente para quantas vezes foi repetido. Um exercício realizado repetidamente, de maneira correta, pode tornar os neurônios mais fortes, enquanto exercícios incorretos ou a repetição excessiva de procedimentos podem deteriorar tais neurônios. Importante notar uma limitação crucial que difere essa metáfora da realidade: ao contrário de um músculo, uma memória não possui formato específico, e os procedimentos utilizados para acessar essa memória podem alterá-la de maneira permanente.”

Desta forma, na recuperação a memória é exposta, como se novamente aberta a codificação onde armazenamentos antigos são reforçados e novas informações podem ser inseridas sem que haja a possibilidade de distinguir entre as originais e as pós adquiridas. Tal construção novamente remonta à inconveniência do binômio verdade x mentira quando a situação muito mais prevalente e danosa no resgate da memória é a falsidade, onde o narrador tem certeza da precisão do resgate.

Nesta etapa de tratamento de memória há maior susceptibilidade de alteração tanto pelo próprio processo de resgate de uma memória já formada, quanto pela interferência de terceiros, de toda forma a incorporar novas informações, não necessariamente verdadeiras, ao evento testemunhado.⁵⁸ Assim, ainda que até então toda a memória do fato tenha sido codificada e armazenada de maneira a preservar inteiramente o evento original, pode haver a alteração desta memória através da contaminação por eventos posteriores externos ou pelo

⁵⁷ CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. p.1061

⁵⁸ STERNBERG, Robert. J. Psicologia Cognitiva. 4ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2008 apud ROCHA, Michael Guedes da. As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova. Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021. p 41

próprio sujeito, de maneira inconsciente, criando em todo caso falsas memórias indistinguíveis da original.

Cabe ressaltar a diferença entre o modo como as falsas memórias podem ser classificadas a depender de sua origem.⁵⁹ O primeiro caso se trata das memórias espontaneamente alteradas, quando o próprio indivíduo acaba por distorcer a memória através de uma auto sugestão. O exemplo mais comum de ocorrência em crimes de falsas memórias espontâneas se dá quando a vítima pensa ter visto ou ouvido algo quando em verdade ela jamais viu, como a certeza de que o assaltante portava uma arma que era somente o volume por baixo da roupa.

As memórias podem também ser alteradas através do contato com terceiros, sendo estas denominadas falsas memórias sugeridas, quando o indivíduo tem sua memória distorcida a partir de influências externas. Tal tipo de contaminação pode ser percebido, por exemplo, quando as testemunhas ou vítimas após o evento criminoso são expostas no curso da investigação a informações que não necessariamente se confirmam, como apresentadas a foto de um suspeito, e passam a crer que essa nova informação sempre compôs sua memória do evento.

Enquanto a primeira forma, auto sugerida, faz parte do funcionamento natural da memória, onde durante o processo de recuperação a recordação original sofre interferência e é alterada sem qualquer ação de terceiros, a segunda ocorre a partir de uma sugestão externa que é incorporada pelo sujeito como sendo parte integral do evento que se busca recordar.

2. Susceptibilidade das falsas memórias

Nos Estados Unidos durante a década de 90 foi verificada uma incidência anormal de relatos por adultos de abusos sexuais ocorridos principalmente na infância e em especial entre pacientes que se submetiam a uma técnica chamada de “Terapia de Memórias Recuperadas”. Referidos pacientes afirmaram ter recuperado uma memória de abuso sexual sofrido que

⁵⁹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, Série pensando o Direito 59, 2015. p. 18

estaria adormecida há vários anos, tendo sido observado que dentre as denúncias realizadas foi constatado que na maioria dos casos nenhum abuso havia ocorrido de fato.⁶⁰

Apesar das falsas memórias serem passíveis de ocorrer em pessoas de todas as idades e circunstâncias, foi apontado em estudos que a técnica utilizada pela Terapia de Memórias Recuperadas era particularmente propensa a criar as chamadas Falsas Memórias⁶¹. Dentre as técnicas utilizadas estão a hipnose, regressão, imaginação ativa e uso de substâncias, todas especialmente propensas a causar falsas memórias tanto pela influência externa do terapeuta quanto pela modificação das lembranças pelo seu portador. Por vezes nas sessões de terapia os pacientes relatavam ocorrências recentes de sua vida, sonhos e anseios, a o terapeuta apontava se tais “sintomas” significavam ou não que a pessoa passou por algum abuso que não há qualquer recordação.

Todo o fenômeno foi denominado pela literatura de “Síndrome das Falsas Memórias”. O tema é alvo de constantes debates sobre sua legitimidade como evento científico, mas suas pesquisas possuem sensível valor quando utilizado para avaliar na prática forense eventuais influências que entrevistador e entrevistado possuem na memória, como passaremos a análise a seguir.

Durante as sessões de terapia os terapeutas de memórias recuperadas utilizavam de vários testes aparentemente simples para definir se o paciente possuía algum abuso cuja memória estaria latente. O “método” foi tão popularizado que compôs livros de autoajuda de sucesso contendo listas com experiências para que o leitor marcasse. O resultado era simples: caso determinadas características fossem selecionadas, haveria a necessidade de investigar através da terapia abusos sofridos e esquecidos.

Dentre os métodos utilizados na mencionada terapia, um deles consistia em rever fotos de álbuns de família antigos na tentativa de reavivar alguma memória que estaria bloqueada.

⁶⁰STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 240

⁶¹ Wilsnack, S. C., Wonderlich, S. A., Kristjanson, A. F., Vogeltanz-Holm N. D., & Wilsnack, R. W. (2002). Self-reports of forgetting and remembering childhood sexual abuse in a nationally representative sample of US women. *Child Abuse & Neglect*, 26(2), 139-147. apud STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 242

Entretanto, conforme importante estudo⁶² mencionado pela pesquisadora Lilian Milnitsky Stein et al desenvolvido por Lindsay D. Poole, sujeitos que são expostos a imagens e fotografias antigas como “gatilhos” para que relembrem de eventos são mais suscetíveis a promover falsas memórias. Na lembrança, a exposição a imagens de eventos que realmente ocorreram quando associados a sugestões de terceiros ou influências pessoais não só relembram fatos que realmente ocorreram como também induz a relatos de falsidade com assustadora convicção de sua veracidade.

Tal conclusão, se interligada com a prática forense, pode orientar que a mesma influência é passível de ocorrer em situações de reconhecimento de pessoas, quando a vítima ou testemunha é exposto à fotografia do suspeito como forma de reconhecimento. O receio ou impressão, quando confirmados através da oferta da imagem por uma figura de autoridade, pode provocar os mesmos efeitos a engatilhar as falsas memórias, assim como a própria conduta sugestiva do investigador ao questionar sobre eventual recordação.

Ainda sobre a suscetibilidade das falsas memórias, algumas características, segundo pesquisa de Lilian Milnitsky Stein et al⁶³ estão mais relacionadas à formação delas, seja no contexto da Terapia de Recuperação de Memória ou não. Esses fatores podem ser divididos em alguns campos, sendo relacionados a condições do próprio sujeito, condições do ambiente, psicopatologias e abordagem do terapeuta (no âmbito jurídico, o operador do direito). Dentre os fatores apontados, alguns têm especial relevância para a áreas para além desse ambiente conforme afirma Luciano Hausen Pinto et al.:

“ Apesar da literatura reforçar a ideia de que essa síndrome surge basicamente no contexto da terapia, muitos pesquisadores têm se mostrado atentos a outros possíveis fatores e situações de predisposição fora da terapia que possam estar relacionados ao desenvolvimento da SFM.”⁶⁴

⁶² Poole, D., Lindsay, D., Memon, A., & Bull, R. (1995). Psychotherapy and the recovery of memories of childhood sexual abuse: U.S. and British practitioners' opinions, practices, and experiences. *Journal of Consulting and Clinical Psychology*, 63(3), 426-437 apud STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 244

⁶³ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 248

⁶⁴ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 248

Cabe, portanto, investigar pontos convergentes entre as duas áreas que podem indicar propensão à ocorrência de falsas memórias até então ignoradas pelo próprio processo penal.

Pertencente ao primeiro grupo, relacionados a condições de interferência pertencentes ao próprio paciente, pode ser mencionada a propensão à fantasia, dinâmica familiar problemática e influência da mídia. Estes mesmos fenômenos observados no ramo terapêutico podem também exercer influência no contexto forense.

Vítimas e testemunhas com maior propensão à fantasia ou pensamentos delirantes podem passar despercebidas pelo crivo do juiz ou outro operador do direito, que não possuem a técnica necessária para realizar esse tipo de análise. Semelhantemente, transtornos familiares experienciados como casos de violência doméstica, genitores ausentes ou problemáticos podem desencadear falsas memórias de outros abusos no ambiente terapêutico, não sendo o ambiente judicial imune a tal efeito. Muito embora tenha havido alguma violência, pela experiência da vítima ou testemunha há distorções na maneira ou frequência em que ocorria, por exemplo, ainda que a memória não seja inteiramente equivocada.⁶⁵ Assim, para que a própria vítima seja protegida e não tenha sua palavra e memória desacreditadas é urgente a necessidade de melhor manejo das técnicas de entrevista e tratamento da prova penal dela dependente.

Por fim, casos muito explorados pela mídia, em especial em uma abordagem mais sensacionalista, também geram um considerável grau de contaminação das memórias pelos envolvidos. Em busca de audiência, a mídia tradicionalmente se ocupa de cobrir casos criminais, seja por envolver figuras conhecidas, seja pela natureza distinta dos demais, como por exemplo crimes muito violentos. Entretanto, diferentemente do que se busca no processo penal, que procuram idealmente um embasamento técnico e probo, os veículos de comunicação buscam informações pessoais que apelam para o lado emocional do telespectador, promovendo o máximo juízo de valor sobre os agentes envolvidos no delito. Assim, quando expostas a esse tipo de notícia, testemunhas e vítimas que se ocupam do papel de participar da produção de provas dependentes da memória acabam por serem contaminadas pelas informações veiculadas que não necessariamente passam pelo mesmo crivo processual de fiabilidade. Da mesma forma, ao serem expostas a informações pessoais dos agentes, há a

⁶⁵ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 21

projeção dos próprios juízos morais completamente subjetivos das testemunhas e vítimas sobre a situação, mesmo que estas em nada contribuam para o conjunto probatório ou julgamento criminal.⁶⁶

Da mesma maneira, podemos mencionar os estereótipos culturais e estigmas que orientam toda a realidade do sistema jurídico-penal. Para determinados crimes, como os patrimoniais⁶⁷, é esperado um determinado padrão de agente que em se tratando de idade, sexo, cor e classe social. Desta forma, a vítima tenderá a encaixar as memórias sobre o ocorrido dentro do que a é esperado, estando fortemente exposta a criação de falsas memórias endógenas pelos mesmos processos evolutivos que orientam o cérebro humano a buscar padrões visando o menor gasto energético.

Compondo o segundo grupo, referente ao momento de vida do sujeito, é apontado que situações de conflito como separações entre casais possuem especial tendência a propiciar lembranças equivocadas. Assim, a hipótese mais emblemática de incidência das falsas memórias por influência externa se encontra no âmbito de divórcios conturbados em relação aos filhos.⁶⁸ Por se tratar de crianças, que como brevemente aqui mencionado são parte de um grupo mais sugestível, e de uma figura de autoridade - os pais - expondo a ela uma informação não necessariamente verdadeira, é necessário redobrada cautela e condução técnica especializada na colheita de seus depoimentos. Ainda que em um contexto de prova testemunhal, não é possível apenas tomar como base o depoimento de uma criança sem a necessária avaliação psicológica e ponderação com as demais evidências levantadas nos autos do processo.

Por último, outro grupo relevante de ser aqui abordado se refere a conduta e postura do interlocutor durante a entrevista. Enquanto no campo da Terapia de Recuperação de Memórias estaríamos nos referindo a “fatores do terapeuta”⁶⁹, no âmbito jurídico pode ser traçado um

⁶⁶ PAIVA, Mariana. Prova testemunhal e falsas memórias: a influência das distorções da mente nos julgamentos penais. Escola de direito e relações internacionais - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiania, 2020. p.20

⁶⁷ BACILA, Carlos Roberto. Estigmas - um estudo sobre os preconceitos, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015, p.26

⁶⁸ FIGUEIREDO, B. F. A implantação de falsas memórias de abuso sexual em crianças cujos pais estejam em conflito judicial: motivos, sintomas, consequências e repercussões criminais. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 6, n. 1, p. 241–271, 2018.

⁶⁹ STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p 250

paralelo para o operador do direito que irá conduzir o reconhecimento ou colher a prova testemunhal da vítima ou testemunha. Nesse ponto, é importante perceber que a conduta do interlocutor de quem está narrando a memória pode influenciar em seu resultado, seja por uma fala tendenciosa em técnica incorreta de ação ou uma crença pessoal sobre o que efetivamente ocorreu.

Assim, diante da ausência de normatividade restritiva quanto ao modo de condução da entrevista, muitos operadores do direito ou autoridades policiais optam por realizar uma abordagem prejudicial à memória sem que tenham dimensão dos danos que podem ser causados. Na oitiva das vítimas ou testemunhas é muito comum, por exemplo, a colheita de informações através de perguntas de sim e não⁷⁰, seja com base no que já foi relatado em etapas anteriores pela vítima ou seja pela experiência do entrevistador acerca do modus operandi desse tipo de delito.

Como alternativa, a literatura científica sobre o tema aponta que a melhor maneira de realizar a colheita de informações é através do método de Entrevista Cognitiva⁷¹, método onde os entrevistadores trabalham em cinco grandes etapas para obter o relato mais fidedigno possível ao mesmo tempo em que preservam a memória original.

⁷⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de.. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p 138

⁷¹ ÁVILA, Gustavo Noronha de.. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p 139

CAPÍTULO 3 - INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PRÁTICA FORENSE: PROVA TESTEMUNHAL E RECONHECIMENTO PESSOAL

1. A não fiabilidade da prova penal dependente da memória

Apesar de recordarmos dos eventos de maneira a aparentemente revivê-los em nossa mente, a cada recordação a memória humana desenrola uma narrativa com base nos fragmentos que possui da realidade⁷². Assim, com a finalidade de conferir algum sentido a esta narrativa incorremos em preencher eventuais lacunas com dados que não ocorreram como se fossem recordações fidedignas dos eventos.

O problema se demonstra uma vez que a cada oportunidade que memórias de um determinado evento são recuperadas, como terceira etapa cognitiva do tratamento da memória, expomos os fragmentos que foram retidos a alteração. Conforme leciona o professor Aury Lopes Jr, "a cada vez que recordamos, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados".⁷³ Tal processo resulta em comprovadas falhas e contaminação da memória que na maioria das vezes não são detectadas pelo seu preceptor. Da mesma forma aponta o estudo de Frederic Bartlett sobre a contaminação do relato através de memórias implantadas, concluindo que o processo de relembrar é permeado pela remodelação da memória original.⁷⁴

O cérebro humano gasta significativa quantidade de energia para manter até mesmo funções mais simples. Desta forma, resultante de um processo adaptativo, todas as escolhas inconscientes são biologicamente orientadas para poupar referida energia numa lógica de escassez e otimização de recursos recebendo esses atalhos o nome de heurísticas. Estas

⁷² SCHACTER, Daniel L.; LOFTUS, Elizabeth F. Memory and law: What can cognitive neuroscience contribute? *Nature Neuroscience*, [S.L.] v. 16 p. 119-123 apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). *Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, Série pensando o Direito 59, 2015. p. 18

⁷³ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 485.

⁷⁴ Bartlett, F. C. (1932). *Remembering: A study in experimental and social psychology*. London: Cambridge University Press. apud STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte Feix; ROHENKOHL, Gustavo. *Avanços Metodológicos no Estudo das Falsas Memórias: Construção e Normatização do Procedimento de Palavras Associadas*. Porto Alegre. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 19 (2), p. 166.

últimas buscam oferecer uma resposta simples, porém com altos índices de erros, a problemas e processos mentais complexos.

Muito embora seja um mecanismo que permitiu o processo evolutivo, em se tratando do contexto de prova testemunhal brasileiro tal fato se mostra alarmante. Segundo pesquisa envolvendo defensores públicos, advogados, promotores, delegados e um juiz desenvolvida pelo Ministério da Justiça, 77% do grupo respondeu que a prova testemunhal basta para a condenação. Já quanto ao peso e importância deste tipo de prova, 100% dos participantes entendem ser uma prova decisiva no processo.⁷⁵

De fato, a prova testemunhal e a prova penal dependente da memória de uma maneira geral se mostram ferramentas fundamentais no julgamento dos delitos pela jurisdição brasileira. No entanto, seu caráter fundamental não se dá por ser a preferida dos aplicadores do direito, mas sim porque em grande parte dos casos esta é a única forma probatória disponível quando se trata de crimes contra o patrimônio, por exemplo. Estes, por sua vez, representam expressiva parte dos casos julgados pelo Poder Judiciário⁷⁶.

Conforme indica Aury Lopes Jr.⁷⁷, a fragilidade da prova testemunhal, em especial o reconhecimento pessoal, se deve tanto pela sua dependência da memória, como também pelo carente método de tratamento dispensado pelo ordenamento pátrio. É, desta forma, flagrante a direta contaminação decorrente do trato a esta prova pelos operadores do direito em sede policial e judicial bem como a ausência dos mencionados protocolos de redução de danos que já são mandatórios em outros países.

Uma vez sendo impossível precisar com certeza ou mesmo entender a fundo a maneira como a memória funcionava a época da elaboração do Código Processual Penal Brasileiro de 1940, a regulamentação se limitou a determinar um número extremamente mínimo de regras sobre a condução deste complexo processo, fato que perdura até os dias de hoje. Entretanto,

⁷⁵ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, Série Pensando o Direito 59, 2015, p. 19. apud FERREIRA, Mariana Suzart Paschoal; *Neurodireito da memória: a fragilidade da prova testemunhal e de reconhecimento de pessoas*. Dissertação Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019.

⁷⁶ FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA. PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública: 2022.p. 103-123.

⁷⁷ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 485.

tais regras não se mostram suficientes para conter o potencial nocivo que hoje é conhecido desse meio de prova.

A partir dos avanços científicos no campo da tecnologia e progressivas descobertas já mencionadas sobre o funcionamento da memória foi possível revisitar, por exemplo, antigas condenações fundamentadas principalmente na prova dependente da memória. A descoberta não fugiu à lógica apresentada na presente obra. Ao cruzar tais condenações com uma posterior perícia com material genético, descobriu-se casos que apesar da certeza absoluta da vítima em apontar o condenado como autor do delito, o material genético encontrado era incompatível com o sujeito apontado. No entanto, na época do julgamento a produção de tal tipo de prova não era possível, condenados que já cumpriam pena a vários anos por crimes que nunca cometeram.⁷⁸

Com a repercussão da descoberta e preocupação quanto aos demais casos que eram somente lastreados na memória mas que não ofereciam a possibilidade de nova análise dos materiais encontrados, surgiu o importante movimento “Innocence Project” nos Estados Unidos, que depois foi levado também à cidade de São Paulo, Brasil. Somente nos Estados Unidos o projeto levou à absolvição de 375 pessoas equivocadamente condenadas, sendo 60% destas pessoas identificadas como “afro americanos”.

O trabalho do grupo hoje se volta para combater condenações errôneas através de várias frentes. Dentre estas, podem ser citadas a luta pelo reexame das provas do processo com as novas tecnologias hoje disponíveis e a reforma política e legislativa estadunidenses, ressocialização dos que foram indevidamente encarcerados além do desenvolvimento de pesquisas e estatísticas sobre o tema. Assim, em levantamento por eles realizado, foi verificado que de todas as condenações errôneas, 69% delas se encontravam no reconhecimento pessoal, 54% advieram do reconhecimento realizado através de fotografias e

⁷⁸ DNA Exonerations in the United States. Informações obtidas pelo endereço eletrônico <<https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>

84% envolviam o reconhecimento realizado pela própria vítima.⁷⁹ No Brasil, no entanto, há pouca pesquisa e levantamento estatístico disponível nesse sentido.⁸⁰

Ainda se observa um vasto distanciamento entre as práticas recomendadas pela literatura disponível e a condução do processo⁸¹. Conforme orienta o levantamento realizado pelo Ministério da Justiça, há, de maneira geral, pouca percepção das consequências das ações praticadas pelos operadores do direito na memória. Tal percepção indica também um déficit no treinamento destes atores na interpretação de evidências possivelmente atribuída a parca instrução científica nas faculdades de direito.

Assim, diante das evidências práticas e científicas, é evidente a necessidade de um melhor manejo desse tipo de prova, principalmente através da reforma legislativa que forneça melhores balizadores de atuação policial e judicial, além da revisão acerca do peso que a prova dependente da memória deve exercer para fundamentar uma condenação.

2. A relevância da prova penal dependente da memória

Apesar de todo o exposto sobre os riscos e condenações errôneas envolvendo as provas dependentes da memória, é equivocado dizer que referido meio de prova deva ser inteiramente desconsiderado pelas suas falhas. Afinal, é impraticável vislumbrar um processo penal inteiramente independente da prova testemunhal.

A mais diversa variedade de crimes patrimoniais, por exemplo, podem ser praticados sem que haja qualquer vestígio da ocorrência do delito senão a palavra da vítima, no caso de não ser encontrado o bem subtraído na posse do acusado. Já quanto aos crimes sexuais, muito embora alguns destes deixem evidências materiais verificáveis, pela própria natureza de violência a intimidade do delito, muitas vítimas deixam de proceder com as condutas necessárias imediatamente após o delito, perdendo as evidências.

⁷⁹ DNA Exonerations in the United States. Informações obtidas pelo endereço eletrônico <<https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>

⁸⁰ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, Série pensando o Direito 59, 2015. p.71

⁸¹ MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, Série pensando o Direito 59, 2015. p.70

Toda situação ganha uma complexidade extra ao se tratar de vítimas crianças, que como já mencionado no capítulo 1, possuem maior suscetibilidade serem influenciadas e incorrerem em falsas memórias. Estas, entretanto, ao mesmo tempo, no caso dos crimes sexuais por vezes cometidos no próprio ambiente familiar, possuem a memória e a palavra como instrumento de prova. Desconsiderar por completo este meio de prova significaria em muitos casos, portanto, a completa impunidade.

Assim tem sido o entendimento jurisprudencial, estabelecendo que no caso de crimes cometidos no contexto de violência doméstica ou crimes contra dignidade sexual, a palavra da vítima é de maior relevância. Em recente julgamento proferido pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi entendido que basta a palavra da vítima, ainda que as demais provas dos autos sejam os depoimentos prestados e avaliações de psicólogos.⁸²

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA. HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. SUBSTITUIÇÃO A REVISÃO CRIMINAL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INCOMPETÊNCIA. RECURSO. PRAZO PEREMPTÓRIO. EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME SEXUAL. PALAVRA DA VÍTIMA. IMPORTÂNCIA EXTREMA. DOSIMETRIA. CRITÉRIO ARITMÉTICO. INEXISTÊNCIA. AÇÕES DIVERSAS AO LONGO DE ANOS. DELITO ÚNICO. DESCABIMENTO. CONTINUIDADE. AGRAVO NÃO CONHECIDO.(...) 5. A palavra da vítima, nos crimes contra a dignidade sexual, é de extrema importância, diante das peculiaridades das respectivas condutas, o que se confirma ainda mais quando tal elemento de prova se coaduna com outros depoimentos prestados nos autos, inclusive com a menção de psicólogo, com base em seu conhecimento técnico, ao fato de ela ter falado a verdade. (...) 8. Agravo regimental não conhecido. (AgRg no HC 529.514/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 13/10/2021) (*grifo nosso*)

Diante do exposto, a atual jurisprudência acerta ao conferir valor à palavra da vítima em casos onde não é possível esperar qualquer tipo de produção material de provas para além de

⁸² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus nº1.304.484/RJ. Relator Min.Ribeiro Dantas. Brasília, 05/10/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/Acesso em nov/2022>

uma perícia psicológica. Na ausência de qualquer outra prova mais robusta, a utilização da prova penal dependente da memória se mostra como única alternativa.

No entanto, é imperativo que haja sobre essa prova o tratamento adequado por parte do operador do direito através de uma colheita de depoimento adequada, oitiva das testemunhas ou vítima o quanto antes e repetibilidade dessa oitiva somente quando extremamente necessário. Os avanços no campo da memória, portanto, só têm a acrescentar e proteger a própria vítima e toda a sociedade, trazendo ainda mais validade a essa narrativa.

3. Caminhos para melhor utilização da memória no processo penal: reconhecimento pessoal sequencial e entrevista cognitiva

O entrevistador do fato ocorrido, seja autoridade judicial ou policial, poderá realizar uma abordagem mais estruturada ou mais informal, não havendo suficiente previsão legal de modo a limitar tal atuação. Entretanto, há determinadas condutas que comprovadamente estimulam uma percepção equivocada do ocorrido e a consequente criação de falsas memórias, como é ressaltado pelo Professor Gustavo Noronha de Ávila⁸³.

“As dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses foram listadas a seguir: 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 abertas⁸⁴; 6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) não permitir pausas; 9) interromper a testemunha, quando ela está falando; e 10) não fazer o fechamento da entrevista.⁸⁵”

⁸³ ÁVILA, Gustavo Noronha de.. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p 138

⁸⁴ (FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). Falsas memórias. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 220). apud ÁVILA, Gustavo Noronha de.. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p 138

⁸⁵ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). Falsas memórias. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 211. apud ÁVILA, Gustavo Noronha de.. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p 138

Assim, de modo a possibilitar a conquista de informações precisas e verdadeiras, foram desenvolvidas técnicas para condução dos questionamentos mitigando contaminações, tal como o método de Entrevista Cognitiva, que tem se apresentado como uma das melhores alternativas para manusear a prova penal dependente da memória.

Como metodologia, esta se divide em cinco passos.⁸⁶ O passo inicial se funda em estabelecer uma conexão, um ambiente favorável à partilha da forma mais confortável possível. Assim, a orientação é que a entrevista se inicie de modo a tangenciar o assunto, abordando temas leves e amenos para que a já mencionada posição de autoridade exerça menos influência sobre o entrevistado e leve o controle a este último.

Em seguida é orientado ao entrevistado que se transporte novamente a cena do ocorrido, na tentativa de se recordar do maior número de elementos possível, auxiliado pelo entrevistador que deverá guiá-lo. Ressaltam as pesquisas, ainda, que tal etapa deverá acontecer de maneira bem lenta e pausada para que o entrevistado não se sinta pressionado a recobrar as informações, reduzindo assim a incidência de erros.

Em terceiro lugar, o entrevistado é solicitado a narrar o ocorrido, à sua maneira, sem qualquer tipo de interrupção. Tal método de entrevista é chamado de “narrativa livre”, onde o próprio entrevistado surge com as informações em vez do habitual método de perguntas fechadas a serem respondidas com “sim” e “não”. Tal maneira além de permitir menor contaminação da memória estimulada por influências externas ainda promove uma melhor interpretação do ocorrido através da escolha de palavras pela própria vítima ou testemunha.

Somente após toda a escuta do entrevistador em um ambiente acolhedor e em posição de igualdade com o entrevistado, passa-se para a fase de questionamento para que sejam sanadas eventuais dúvidas, sempre reforçando a possibilidade do entrevistado não saber responder suficientemente. Assim, estimula-se a fidedignidade do relato já fornecido e realiza algum controle na prestação de informações fantasiosas, a todo momento reforçando a condição de diálogo da entrevista, e não de inquirição.

⁸⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de.. Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013. p 139

Por fim, a entrevista é encerrada informando ao entrevistado um compilado do que foi trabalhado e informado, mantendo a possibilidade de informar sobre eventuais detalhes que até então não haviam ditos até mesmo após encerrada a entrevista. Assim, ao seguir uma orientação de entrevista que transite por todas as cinco etapas maiores são as chances de se obter um relato fidedigno e ao mesmo tempo preservar da melhor maneira a memória original, mitigando a ocorrência das falsas memórias por influências externas.

Em outra análise, o atual modelo de reconhecimento pessoal adotado no Código de Processo Penal no art. 226 é o modelo simultâneo. Nele, diversos sujeitos são enfileirados e mostrados de uma só vez. Ademais, não se determina a realização de qualquer teste de controle de qualidade como é recomendado apresentando seleções onde o suspeito não está presente. Desta forma, a vítima ou testemunhas são induzidos a escolher dentre os presentes o que mais se parece com o culpado, incidindo também todas influências dos estereótipos culturais e expectativas da testemunha, além de ser compelida a escolher dentre um dos que foram apresentados pois o suspeito seria necessariamente um deles. Somente a menção de que o suspeito pode não estar presente dentre os acusados implica em um maior controle sobre a qualidade da prova, reduzindo a necessidade de resposta de acordo com expectativas culturais e de autoridades.

Conforme leciona Aury Lopes Jr.⁸⁷ em seus estudos das implicações psicológicas na memória, o método que se mostra de maior valia é o modelo sequencial. Neste, os suspeitos são apresentados um a um individualmente, sem que o identificador saiba quantos suspeitos terão ao todo e permitindo, assim, que a comparação seja feita em relação à própria memória do evento, e não entre os apresentados. Ademais, neste modelo, a pressão para que uma escolha sem que haja certeza sobre a identidade do acusador seja feita é evitada.

Dessa forma, utilizando somente alterações nos métodos de desenvolver o reconhecimento, sem a necessidade de excluir a prova testemunhal das ferramentas de convencimento e sem qualquer alteração legislativa é possível dirimir sensivelmente o índice de erros no sistema brasileiro.

⁸⁷ WILLIAMS, Anna Virginia. Implicações Psicológicas no Reconhecimento de Suspeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares, Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Orientador: Celito Francisco Mengarda, 2003. apud LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal. 14a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 780.

CONCLUSÃO

A prova penal dependente da memória, qual seja, a prova testemunhal e o reconhecimento pessoal, são amplamente utilizados pela sua facilidade de colheita e aparente simplicidade do método: bastam algumas perguntas para que uma prova seja constituída. No entanto, ao longo desta pesquisa foi demonstrado a complexidade e diversidade de fatores que influenciam na memória, afetando, com isso, a prova e o resultado de todo processo, seja na etapa da codificação, armazenamento, recuperação ou, em especial, no fenômeno das falsas memórias.

Enquanto a codificação, armazenamento e recuperação fazem parte das etapas de tratamento da memória no cérebro humano para que uma informação seja observada, traduzida em estímulos neurais, armazenadas e posteriormente resgatada como memória, as falsas memórias são um fenômeno à parte. Todos, entretanto, fazem parte do funcionamento natural da mente que está sujeita a falhas. Nesse sentido, falsas memórias seriam fruto de uma recordação obtida a partir de um evento que sofre uma alteração involuntária de natureza endógena ou exógena, residindo o ponto crucial no fato do detentor desta memória não ter consciência de que a alteração ocorreu. Não considerar que a memória é passível de influências e distorções a partir da sugestibilidade, é abrir ampla margem para a distorção também do processo penal especialmente referente à prova dela dependente.

A prova testemunhal, como exemplo, utiliza a oitiva de quem tenha a colaborar com informações sobre o evento criminoso que se analisa, podendo ser realizada na fase policial e nesse caso devendo posteriormente ser repetida perante o juízo para sua validade. Do contrário, a oitiva não poderia constituir “ato de prova”. Essa repetição, entretanto, pode influenciar de maneira permanente na memória ao expor a recordação já codificada, armazenada e recuperada a novas modificações conforme aponta a literatura científica sobre o tema.

O ponto controverso aqui reside no fato da jurisprudência e do próprio ordenamento estabelecerem obrigatoriedade da repetição e, além disso, proibirem a alegação do decurso do tempo para justificar a antecipação da repetição, entendendo que o “mero” decurso de anos

não seria capaz de causar prejuízo à lembrança e a prova em si. Ambas as premissas vão de encontro à preservação da memória e seu adequado manejo, negligenciando sua preservação.

Outro fator capaz de macular a memória de um evento em específico consiste na indevida condução da oitiva de maneira a permitir que a ação do entrevistador, seja policial ou operador do direito, interfira na informação que se pretende colher e na própria memória em si. Ao realizar a inquirição de maneira a intimidar o sujeito ou a projetar as próprias impressões na fala ainda que de maneira inconsciente observa-se uma contaminação irreversível e a criação das falsas memórias.

Esse mesmo mecanismo pode ser observado no reconhecimento pessoal, outra forma de prova penal dependente da memória. Conforme ordena a lei, a pessoa que proceder ao reconhecimento deverá narrar as características do suspeito, sendo então pareadas várias pessoas com as características descritas para que seja apontado o reconhecimento. Entretanto, a não observância desse procedimento até 2020 não gerava qualquer consequência para o processo, em especial se houvesse outras provas.

Referido entendimento, até a tímida virada jurisprudencial que começa a ocorrer quase 20 anos após a ciência apontar para os danos que podem ser ocasionados, desconsiderava além do próprio alto risco de um reconhecimento errôneo, a contaminação da memória e até mesmo a memória de terceiros.

A título de exemplo, em sede policial, pode se proceder ao reconhecimento seguindo o modelo simultâneo. Neste, diversos sujeitos com características preferencialmente semelhantes ao narrado pela vítima ou testemunhas são pareados para que apontem o suspeito. Ocorre que este método possui alto índice de erros pois os sujeitos apresentados são comparados entre si, havendo uma pressão no reconhecedor para que algum deles seja escolhido - o que mais se parece, ainda que não haja certeza.

A situação é ainda mais grave com a utilização do conhecido “álbum de fotos” que se mantinha nas delegacias, mostrando apenas fotos, por vezes muito antigas, de indivíduos. Conforme aponta pesquisa do “The Innocence Project”, 54% dos casos de condenações

equivocadas envolveram o reconhecimento por foto, enquanto 84% o reconhecimento errôneo pelas próprias vítimas, números que não podem ser ignorados.⁸⁸

A partir do método do reconhecimento por foto ou pelo modelo simultâneo, uma pessoa pode realizar o reconhecimento apontando para pessoa diversa do autor do delito e assim alguém que não possui qualquer envolvimento com o delito ser indiciada. Em seguida, em juízo, apesar da prerrogativa legal de não comunicação entre as testemunhas, na prática a separação é difícil pelo volume de processos e pessoas nos fóruns e estas acabam por não ser impedidas de trocarem informações. Ainda que estas informações trocadas sejam casuais e não importem em um dolo de que uma instrua a outra, de maneira inconsciente a memória pode vir a ser alterada pelo fator de influência externo.

Após, as testemunhas e vítimas são apresentadas a um suspeito por vezes algemado e já com roupas do cárcere e escolta policial, sendo pedido a elas que confirmem se aquele é mesmo o autor do crime. Assim, com todos os fatores de contaminação ali existentes, é impossível estabelecer se a memória permanece suficientemente fidedigna ao evento original, ainda que a testemunha ou vítima digam com plena convicção que se recordam.

Conclui-se, portanto, que as provas penais dependentes da memória devem ser consideradas irrepetíveis por sua própria natureza visto que a cada revisita ao evento há a sujeição às falsas memórias seja pelo contato com terceiros ou a própria influência do indivíduo. Além disso, devem ser colhidas o quanto antes para que haja sua maior preservação, evitando o efeito do tempo e alterações a partir do contato de terceiros.

Como tentativa de diminuir a incidência das falsas memórias, há métodos de manejo deste importante meio de prova que também são apresentados no presente trabalho. Podemos mencionar a aplicação do método sequencial no reconhecimento pessoal em substituição ao método simultâneo de identificação adotado pelo ordenamento brasileiro. Neste, o reconhecimento se dá apresentando os suspeitos um de cada vez, sem que a vítima ou testemunha que realiza o reconhecimento saiba a quantidade de suspeitos que serão apresentados ao total. Assim, em vez da comparação ser realizada entre os sujeitos presentes, a comparação é feita entre cada sujeito apresentado e a memória do evento, evitando que o

⁸⁸ DNA Exonerations in the United States. Informações obtidas pelo endereço eletrônico <<https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>

reconhecimento seja feito para o mais semelhante dentre os presentes e não para o agente que pode não estar presente. A mera informação ao sujeito que realiza o reconhecimento de que o suspeito pode não estar dentre os apresentados é capaz de reduzir a chance de indicações equivocadas, fazendo com que este se atente de fato à memória - ainda que esta possa estar viciada pelas falsas memórias.

Tal modelo incentiva, por fim, que a vítima ou testemunha realize seu apontamento quando possui maior segurança, visto que não sabe quantos sujeitos têm a ser apresentados, mitigando mais uma vez a identificação precipitada que é causa de 84% das condenações injustas nos Estados Unidos.⁸⁹

Cabe ainda mencionar que atualmente não há orientação rígida acerca do método aplicado na oitiva das testemunhas, deixando sua condução à discricionariedade do operador do direito. Entretanto, a psicologia do testemunho aponta que apesar de não ser livre de falhas, o Método de Entrevista Cognitiva dentre os hoje disponíveis acarretaria no menor índice de interferência conhecido, seja nas respostas fornecidas pelo entrevistado, seja na contaminação da memória deste. Este método buscaria limitar as influências que o entrevistador exerce normalmente sobre o entrevistado, seja pela sua situação de poder, seja por projetar na condução e interpretação das respostas suas próprias crenças. A ferramenta consiste em cinco grandes etapas que buscam deixar o entrevistado confortável para recriar em sua mente o cenário vivido, remetendo ao máximo de detalhes possível. O ponto diferencial reside no contato com o entrevistado pois este responderá em narrativa livre em um primeiro momento, utilizando suas próprias palavras para descrever o ocorrido. Somente após encerrada a fala o entrevistador fará perguntas para compreender melhor o que foi dito, de modo a complementar eventuais lacunas sempre frisando o desconhecimento como uma possibilidade de resposta. Permite-se, portanto, um canal aberto de comunicação entre entrevistador e entrevistado sem a pressão para que responda o que imagina-se que seria esperado.

Assim, resulta dizer que é urgente a reforma dos métodos de tratamento da memória no Código de Processo Penal, em específico referente ao reconhecimento de pessoas e prova testemunhal, diante da vasta literatura científica aqui citada. Os inúmeros avanços na área são

⁸⁹ DNA Exonerations in the United States. Informações obtidas pelo endereço eletrônico <<https://innocenceproject.org/dna-exonerations-in-the-united-states/>>

incorporados ao Direito de maneira extremamente lenta, resultando em condenações injustas contaminadas pelas falsas memórias. Portanto, o controle de algumas variáveis da memória tem a somar à toda sociedade visto que garante maior credibilidade a prova penal dela dependente e à palavra da vítima, caminhando também para um menor risco de injustiças cometidas no judiciário.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de.. **Falsas memórias e sistema penal: A prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

BACILA, Carlos Roberto. **Estigmas - um estudo sobre os preconceitos**, 4ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2015.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 5 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em agosto/2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 455**. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. DJ: 8/9/2010. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: agosto 2022

CECCONELLO, W. W., ÁVILA, G. N., STEIN, L. M., **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho**. Rev. Bras. Polít. Públicas, v. 8, nº 2, 1058-1069.

C.J. Brainerd, L.M. Stein, R.A. Silveira, G. Rohenkohl, and V.F. Reyna. **How does Negative Emotion Cause False Memories**. Association for Psychological Science 2008 p.4

FERREIRA, Mariana Suzart Paschoal; **Neurodireito da memória: a fragilidade da prova testemunhal e de reconhecimento de pessoas**. Dissertação Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2019. p 32

FIGUEIREDO, B. F. **A implantação de falsas memórias de abuso sexual em crianças cujos pais estejam em conflito judicial: motivos, sintomas, consequências e repercussões criminais**. Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, Florianópolis (SC), v. 6, n. 1, p. 241–271, 2018.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA. PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública**: 2022.p. 103-123.

LOPES JR., Aury. **Direito processual Penal**. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS (SAL). **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses.** Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL), Ipea, Série pensando o Direito 59, 2015.

PAIVA, Mariana. **Prova testemunhal e falsas memórias: a influência das distorções da mente nos julgamentos penais.** Escola de direito e relações internacionais - Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2020.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. **Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais.** Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003, Psicologia USP, 2003, Vol. 14, No.1, 129-155.

ROCHA, Michael Guedes da. **As provas dependentes da memória: da concepção persuasiva à concepção racionalista da prova.** Trabalho de conclusão de curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro. Orientadora: Rachel Herdy de Barros Francisco. 2021.

STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses.** Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso: em novembro/2022

STEIN, Milnitsky Lilian ... [et al.]. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** - Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; FEIX, Leandro da Fonte Feix; ROHENKOHL, Gustavo. **Avanços Metodológicos no Estudo das Falsas Memórias: Construção e Normatização do Procedimento de Palavras Associadas.** Porto Alegre. Psicologia: Reflexão e Crítica, 19 (2).

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva.** 4.ed. Porto Alegre. Arte Médica. 2008.

Supremo Tribunal Federal (Decisão Monocrática). **Agravo no Recurso Extraordinário nº1369178/SC.** Relator Min. Luiz Fux. Brasília, 24/02/2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho1280342/false> Acesso em set/2022

Supremo Tribunal Federal (2ª Turma) **Recurso Ordinário em Habeas Corpus RHC 206846/SP.** Relator Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22/02/2022 Disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/reconhecimento-fotografico-nao-segue.pdf> Acesso em set/2022

Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 455**. A decisão que determina a produção antecipada de provas com base no art. 366 do CPP deve ser concretamente fundamentada, não a justificando unicamente o mero decurso do tempo. DJ: 8/9/2010. COAD. Disponível em: https://www.coad.com.br/busca/detalhe_16/2374/Sumulas_e_enunciados. Acesso em set./2022.

Superior Tribunal de Justiça (6ª Turma) **Habeas Corpus HC 598.886/SC**. Relator Min. Rogério Schietti Cruz. Brasília, 27/10/2020. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/27102020%20HC598886-SC.pdf>. Acesso em set/2022

Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma) **Habeas Corpus HC 652.284/SC**. Relator Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 27/04/2021. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1205807919/inteiro-teor-1205808137> Acesso em set/2022

Superior Tribunal de Justiça (5ª Turma). **Agravo Regimental no Habeas Corpus nº1.304.484/RJ**. Relator Min.Ribeiro Dantas. Brasília, 05/10/2021. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/> Acesso em nov/2022