

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ
XXXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA
NÚCLEO CURITIBA**

CAROLINE MAYUMI TANAKA

**FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL:
A INCIDÊNCIA DE FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL**

**CURITIBA
2018**

CAROLINE MAYUMI TANAKA

**FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL:
A INCIDÊNCIA DE FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL**

Projeto de pesquisa apresentado como requisito avaliativo à disciplina de Metodologia da Pesquisa Jurídica do Curso de Pós Graduação em Direito Aplicado, ofertado pela Escola da Magistratura do Paraná.

Professor: Fábio André Guaragni

**CURITIBA
2018**

TERMO DE APROVAÇÃO

CAROLINE MAYUMI TANAKA

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL:
A INCIDÊNCIA DE FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: _____
Professor: Fábio André Guaragni

Avaliador: _____

Curitiba, de de 2018.

Dedico este trabalho ao meus pais e ao meu irmão, que são a essência da minha vida e estão sempre ao meu lado me apoiando.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 PROVA NO PROCESSO PENAL	10
2.1 NOÇÕES GERAIS DE PROVA	10
2.1.1 Conceito de prova	10
2.1.2 Finalidade e Objeto	11
2.1.3 Classificação	12
2.1.4 Fases do Procedimento Probatório	13
2.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS RELATIVOS À PROVA.....	14
2.2.1 Princípio da Verdade Material	15
2.2.2 Princípio da Livre Apreciação da Prova	16
2.2.3 Princípio do <i>In Dubio pro Reo</i>	17
3 PROVA TESTEMUNHAL	19
3.1 NOÇÕES GERAIS	19
3.1.1 Conceito	19
3.1.2 Características.....	20
3.2 FASES DE FORMAÇÃO DO TESTEMUNHO.....	21
4 MEMÓRIA E FALSAS MEMÓRIAS: ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR	24
4.1 CONCEITO DE MEMÓRIA	24
4.2 CLASSIFICAÇÃO DAS MEMÓRIAS	25
4.2.1 Memória tempo-dependente.....	25
4.2.2 Classificação das memórias pela natureza da informação	26
4.2.3 Classificação pela modalidade específica de sentidos	26
4.2.4 Classificação pelas etapas do processo de evocação	27
4.2.5 Classificação das memórias de evocação ou reconhecimento	27
4.3 AS FALHAS DA MEMÓRIA.....	28
4.3.1 Falsas Memórias.....	29
4.3.1.1 Taxonomia das falsas memórias	30
5 FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL DO PROCESSO PENAL	33
5.1 PRÁTICAS E MEDIDAS QUE INFLUENCIAM AS FALSAS MEMÓRIAS	34
5.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS FALSAS MEMÓRIAS.....	37
6 CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	44

RESUMO

O estudo tem como objetivo compreender a capacidade da mente humana de criar falsas memórias e sua influência e incidência na prova testemunhal do processo penal. Trata-se de uma pesquisa descritiva, bibliográfica e com método indutivo analítico. O estudo discorre sobre a importância que o tema falsas memórias tem para a justiça em geral e o processo penal em particular, pois, influencia diretamente na capacidade de as testemunhas relatarem o fato conforme a realidade vivenciada. Considerando que são inúmeros os processos penais em que a testemunha é o meio de prova mais importante, senão o único, especialmente pela ainda deficiência na coleta e análise dos elementos técnicos, faz-se fundamental abordar multidisciplinarmente esta questão. O estudo também apresentou alguns artigos do Código de Processo Penal que, ainda que parcialmente, tem a preocupação de cuidar para que a testemunha seja protegida de possíveis influências que possam levar ao falso testemunho, mas que na prática pouco ainda tem sido aplicado. De outra ponta, reconhece-se a relevância do trabalho multidisciplinar no estudos das falsas memórias, na capacitação dos profissionais de Direito sobre este aspecto e na participação efetiva nos processos penais de profissionais de outras áreas como a Psicologia do Testemunho, elementos que ainda pouco tem sido considerados na formação e na prática jurídica brasileira. Conclui-se que as falsas memórias são possíveis, não são raras, podem ser espontâneas ou induzidas, endógenas ou exógenas e afetam sobremaneira as narrativas de testemunhas no processo penal, expondo a necessidade de mais estudos e mais atenção na prática jurídica sobre este tema.

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

1 INTRODUÇÃO

O direito penal é um ramo do direito público que representa o conjunto de normas jurídicas que tem a função de dar limites ao poder punitivo do Estado. Dessa forma, a legislação, define as infrações penais, as sanções correspondentes a cada uma e as regras para sua aplicação.

Por ser o ramo do direito em que pesa a responsabilidade pelas punições mais severas e crimes mais graves e com maior impacto social e à vida, produz, na cultura popular, a percepção da inidoneidade da pessoa condenada. Ainda que englobe significativa diversidade de atos ilícitos e de graus de gravidade, a condenação penal implica, muitas vezes, em que condenados por crimes simples, réus primários, com bons antecedentes e muitas possibilidades de não reincidir, carreguem o estigma pelo resto de suas vidas.

Dessa forma, à justiça penal cabe a responsabilidade por impor as sanções adequadas a cada crime, cuidando para que cada réu e condenado tenha o direito de defesa justo. Este cenário aponta para a significância em se analisar dispositivos do direito e/ou da legislação que direcionam entendimentos e aplicações diferentes da pena de prisão em casos em que a conduta, a tipicidade do crime praticado e a vida pregressa do agente não caracterizam maior potencial ofensivo, ajudando também a proteger o réu do estigma social que a condição de condenado pela justiça penal, por si só, já impõem.

No processo penal, a prova é um elemento fundamental para que o julgamento seja efetivado segundo a norma, o crime seja adequadamente tipificado e que a sanção possa ser aplicada de forma justa.

Ao se vislumbrar um processo judicial é preciso compreender que há alguém que é autor da demanda, que afirma sobre fatos ocorridos sobre os quais exige algum tipo de responsabilização à outra parte, sob a alegação de que esse incorreu a atos ilegais ou ilícitos. De outro lado, o réu, que contradiz as alegações do autor. No meio disso o juiz, que deve seguir o devido processo legal para tomar uma decisão justa a respeito do pleito. Pois bem, são as provas que podem efetivamente colaborar para a decisão, tornando-se então instituto da maior relevância para formar a convicção do juiz acerca da demanda.

A prova é o meio mais hábil para as partes provarem a veracidade, a realidade do fato alegado, de modo a formar convencimento do juiz para que assim, este venha

a tomar uma decisão da forma mais justa e equânime. É uma condição da justiça, mas é também um direito.

Entre os diversos tipos de prova está a testemunhal, prova típica, ou seja, prevista em lei e pode ser definida como pessoa estranha ao feito e que participa do processo relatando sobre aquilo que presenciou a respeito do fato em julgamento.

Ocorre que a relevância da prova testemunhal no processo penal não elimina as potenciais confusões que o indivíduo pode trazer ao reviver um cenário de crime. As falsas memórias na prova testemunhal são ocorrências possíveis, justificadas por um diverso conjunto de fatores internos e externos, de vivências e percepções que influenciam diretamente naquilo que vemos, ouvimos e interpretamos e, em muitas situações, estimulam a desconfiança neste tipo de prova.

Considerando a complexidade humana, de sua mente e suas memórias e levando em conta que tudo isso é levado a um tribunal no momento de relatar uma situação vivenciada questionamos: qual a incidência das falsas memórias na prova testemunhal e como elas podem ser verificadas durante o testemunho no processo penal?

É um tema relevante à justiça e ao direito penal por afetar toda a condução de um processo ou julgamento e é complexa a sua análise em função de ser uma temática multidisciplinar, exigindo que profissionais e operadores do direito expandam seus conhecimentos para além da letra fria da lei e tenham melhor compreensão sobre a mente humana e sua complexidade, assim como atuem em conjunto com profissionais da psique e da mente.

O estudo tem como objetivo compreender a capacidade da mente humana de criar falsas memórias e sua influência e incidência na prova testemunhal do processo penal.

O estudo tem cunho bibliográfico que, conforme Gil (2008) objetiva explicar um tema ou abordar uma problemática através de referenciais teóricos e literários publicados, ou seja, recupera o conhecimento científico acumulado sobre um problema. Quanto ao método foi indutivo, pois, partindo das informações levantadas encaminhou-se para o delineamento de respostas ao problema e caminhos a sua execução (GIL, 2009).

Para abordagem do problema foi utilizada a característica qualitativa utilizando-se de informações descritivas para levantar teorias e elementos diversos que poderiam auxiliar no alcance dos objetivos (GIL, 2009). Quanto à descrição das

informações elas são relatadas através da elaboração de trabalho descritivo formulado a partir do processo analítico de todo o conteúdo avaliado e que corresponde ao tema proposto no estudo. A abordagem analítica envolve o estudo e avaliação profunda das informações selecionadas objetivando explicar o contexto de um tema (GIL, 2008).

O primeiro capítulo traz uma abordagem geral sobre a prova, seus conceitos, princípios, fases, finalidade, objeto e classificação no processo penal. Em seguida, trata-se exclusivamente da prova testemunhal, foco deste estudo, suas características e fases. O capítulo quatro traz o estudo para o contexto interdisciplinar com o fim de compreender a memória, os tipos de memória e as falsas memória também com sua tipificação. Encerra-se o estudo tratando das falsas memórias no processo penal, observando sua incidência e influência no processo.

2 PROVA NO PROCESSO PENAL

Este capítulo trata especificamente da prova, trazendo conceitos, classificações, fases, objeto e finalidade, além dos princípios processuais penais relativos à Prova.

2.1 NOÇÕES GERAIS DE PROVA

A prova se apresenta no processo como um instrumento para a busca da verdade que culminará com um julgamento justo, compondo, portanto a gama de elementos sob os quais as partes podem lançar mão e a justiça se valer para a tomada de decisão quanto ao caso específico.

2.1.1 Conceito de prova

De acordo com Greco Filho (2013, p.211), “prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém”. Greco (2013) ainda afirma que é o direito processual que regula os meios de prova, que são os instrumentos que levam os elementos de prova até aos autos.

Capez (2016) ensina que prova é o conjunto de atos praticados pelas partes, pelo juiz e por terceiros, com o intuito de levar ao magistrado a convicção acerca da existência ou não de um fato, da veracidade ou falsidade de uma afirmação. Capez (2016, p.398) ainda afirma que “trata-se, portanto, de todo e qualquer meio de percepção empregado pelo homem com a finalidade de comprovar a verdade de uma alegação.”

Em termos gerais, a prova pode ser definida como o conjunto de atividade de demonstração e valoração mediante as quais se procura demonstrar a veracidade para o julgamento da causa (PINHO, 2013).

Mas prova tem sentidos diferentes em cada área do direito. Enquanto no direito processual penal, tenta se buscar a verdade dos fatos, definindo-se a prova como material, ou real; no processo civil, a prova é acerca de uma verdade formal, mais instrumental.

Sobre esse assunto, Nucci (2016, p. 838) expõe:

É preciso destacar que a descoberta da verdade é sempre relativa, pois o verdadeiro para uns, pode ser falso para outros. A meta da parte, no processo, portanto, é convencer o magistrado, por meio do raciocínio, de que a sua noção da realidade é a correta, isto é, de que os fatos se deram no plano real exatamente como está descrito em sua petição. Convencendo-se disso, o magistrado, ainda que possa estar equivocado, alcança a certeza necessária para proferir a decisão.

A prova, portanto, é um instrumento eficaz que pode ser produzida por uma das partes, durante o processo, mostrando a veracidade dos fatos, ou ainda pode ter a condição de instrumento ou meio com que a prova se faz (SILVA, 2008). Da produção de provas depende o resultado do processo e a decisão justa.

2.1.2 Finalidade e Objeto

A finalidade da prova, pode-se dizer que é destinado a formação do convencimento do juiz perante os elementos contidos nos autos, acerca do caso concreto discutido em questão.

Nesse mesmo âmbito, Greco Filho (2013, p. 212) expõe:

A finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é o seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja, convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas a certeza relativa suficiente na convicção do magistrado.

Taruffo (2002) defende que em torno da especificidade da prova jurídica existe a problemática de que a prova pode persuadir ao invés de demonstrar. Nesse contexto pode se afirmar que a prova exerce função argumentativa e não cognoscitiva. Taruffo (2002, p.350) ainda afirma que “a prova não seria um instrumento para conhecer racionalmente algo, senão um argumento persuasivo dirigido a fazer crer algo acerca dos fatos relevantes para a decisão.”

É com clareza que o tema referente à prova é um dos mais importantes dentro do processo como um todo, pois as provas constituem o seu alicerce. Capez (2016) aduz que se não houver a presença de provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolver debates aprofundados acerca dos temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

O objeto da prova são os fatos em si, mas nem todos os fatos serão objeto da atividade probatória. Segundo Greco Filho (2013) apenas os fatos pertinentes ao processo é que merecem ser demonstrados pelas partes, já os fatos impertinentes devem ter sua prova recusada pelo juiz.

Nesse mesmo aspecto, Capez (2016. p. 398) ensina:

O objeto da prova é toda circunstância, fato ou alegação referente ao litígio sobre os quais pesa incerteza, e que precisam ser demonstrados perante o juiz para o deslinde da causa. São, portanto, fatos capazes de influir na decisão do processo, na responsabilidade penal e na fixação da pena ou medida de segurança, necessitando, por essa razão, de adequada comprovação em juiz. Somente os fatos que revelem dúvida na sua configuração e que tenham alguma relevância para o julgamento da causa merecem ser alcançados pela atividade probatória, como corolário do princípio da economia processual.

Com base nos ensinamentos de Di Gesu (2014), o determinante no sistema acusatório, sistema cujo Brasil adota, é a busca pelo convencimento do julgador, fato este que desencadeia a função eminentemente persuasiva da prova, entretanto, não exclui a função cognoscitiva da prova, já que esta leva conhecimento do fato ao julgador, mesmo que de maneira parcial.

Em continuidade a esse assunto, de maneira conclusiva, Di Gesu (2014, p.87) afirma que “para evitar qualquer tipo de arbitrariedade, a prova que ingressa no processo deve respeitar o *due process of law*, aportando ao feito de forma válida. A prova deve ser lícita, bem como o julgador deve motivar as razões de seu convencimento.”

2.1.3 Classificação

São diversas classificações existentes para prova. Entretanto, no presente trabalho, adotou-se a posição de Capez (2016), que expõe em sua doutrina que a prova pode ser classificada de diferentes formas, variando de acordo com o parâmetro a ser analisado.

Capez (2016) ensina que quanto ao objeto, a prova pode ser direta ou indireta. Será direta quando por si só demonstrar um fato, ou seja, quando se referir diretamente ao fato probando; e indireta será quando existir um meio de raciocínio lógico dedutivo que ligam outros fatos ao fato principal.

Também cita a classificação da prova quanto ao seu efeito ou valor, que poderá ser plena ou não plena/indiciária. A prova plena trata daquela prova convincente ou necessária para a formação de um juízo de certeza no julgador, caso a prova não demonstre certeza, deverá prevalecer o princípio do *in dubio pro reo*. Já a prova não plena ou indiciária, é aquela que traz consigo um juízo de mera probabilidade.

Quanto ao sujeito ou causa, a prova pode ser real ou pessoal. As provas são reais, segundo Capez (2016, p.433) quando são “consistentes em uma coisa externa e distinta da pessoa, e que atestam dada afirmação”. Em contrário disso, as provas pessoais são aquelas que possuem origem na pessoa humana, que tem afirmações pessoais e conscientes.

Ainda cita uma última classificação, que é quanto à forma ou aparência, podendo a prova ser testemunhal, documental ou material. A prova testemunhal é aquela resultante do depoimento prestado por um sujeito estranho ao processo, acerca dos fatos relacionados ao litígio. Já a prova documental é aquela que tem origem a partir de documentos. E a prova material é aquela obtida por meio químico, físico ou biológico.

2.1.4 Fases do Procedimento Probatório

De acordo com o pensamento de Avena (2017), são quatro as etapas que compõem o procedimento de produção de provas no processo penal. Ele menciona a importância de esclarecer que essa divisão, realizada em nível doutrinário, justifica-se pela necessidade de estabelecer critérios para o deferimento ou não das provas requeridas, bem como para a escolha da correta via de impugnação contra decisão judicial que acolhe ou não o pleito de produção de provas.

Portanto, são os quatro momentos procedimentais probatórios: proposição, admissão, produção e valoração. A fase da proposição é a fase na qual as provas são requeridas pelas partes ao julgador, ou ainda, as partes trazem as provas para aos autos para serem admitidas. Avena (2017, p.320) afirma que “existem dois momentos de proposição das provas: momentos ordinários, os quais correspondem, no polo acusatório, à denúncia e à queixa crime e, no polo defensivo, à fase da resposta à acusação ou defesa prévia”, e também os momentos extraordinários, que são as oportunidades de requerimento de provas depois de já iniciada ou encerrada a instrução criminal.

A segunda fase, a da admissão da prova, consiste em ser o momento no qual as provas requeridas ou produzidas pelas partes são deferidas ou não pelo magistrado. Avena (2017) ensina que as provas propostas nos momentos ordinários só podem ser indeferidas quando forem impertinentes ao caso em questão, e mais, precisam estar devidamente presentes na decisão judicial. Em oposição a isso, as

provas propostas nos momentos extraordinários podem ser indeferidas pelo simples fato do magistrado entender que são desnecessárias para a formação de sua convicção, desde que essa decisão seja fundamentada.

Quanto a terceira fase do procedimento probatório, que é a da produção, traduz-se nos atos processuais destinados a trazer ao processo as provas requeridas pelas partes e admitidas pelo magistrado.

E por fim, a quarta fase é a da valoração, que de acordo com Avena (2017, p.320) “normalmente é o momento da própria sentença, no qual o juiz, utilizando-se de seu livre convencimento e sempre motivando seu entendimento, apreciará cada uma das provas realizadas, conferindo-lhes o valor que julgar pertinente.”

2.2 PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS RELATIVOS À PROVA

De acordo com a visão de Lima (2016), princípios funcionam como mandamentos nucleares de um sistema. Nessa mesma esteira, Oliveira (2015) afirma que os princípios se apresentam como normas fundamentais do sistema processual, sem os quais não se cumpriria a tarefa de proteção aos direitos fundamentais, sendo, portanto, o Direito Processual Penal essencialmente um Direito de fundo constitucional.

Na clara exposição de Amaral (2003, p. 34):

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

Dentre os diversos princípios que constituem o modelo de garantias processuais constitucionais e processuais penais, é preciso fazer uma análise dos principais princípios basilares de um processo penal, no que tange mais especificadamente a produção de provas.

Dias (1974) ensina que são três os princípios processuais penais relativos à prova, quais são eles: o princípio da investigação, também chamado de verdade material; o princípio da livre apreciação da prova, também conhecido como sistema da prova livre; e por fim, o princípio *in dubio pro reo*.

2.2.1 Princípio da Verdade Material

O princípio da verdade material engloba um contexto em que são as partes responsáveis por produzir material de fato que servirá de base para a decisão do magistrado. Dias (1974, p.189) afirma que “o autor e o réu proporcionarão ao juiz, mediante as suas afirmações de facto e as provas que carream, a base factual da sua decisão, sem que àquele seja permitido indagar de modo autônomo sobre a veracidade do fato trazido a julgamento.”

O juiz só poderá manifestar a sua decisão, mediante os fatos alegados pelas partes e as provas por elas produzidas. Dias (1974) ainda cita, como consequência lógica disso, a responsabilidade que recai sobre as partes acerca do risco da condução do processo, através do ônus de afirmar, contradizer e impugnar, chamando esse instituto de princípio da auto responsabilidade probatória das partes. Estes fatos alegados pelas partes podem ser verdadeiros ou não, entretanto, serão considerados para efeitos da decisão, e é por isso que se diz que a sentença procura e declara a verdade formal (intraprocessual).

Dias (1981, p.197) expõem que

A legalidade dos meios de prova, bem como as regras gerais de produção da prova e as chamadas proibições de prova (narco-análises, polígrafos ou lie-detectores, etc.) são condições de validade processual da prova e, por isso mesmo, critérios da própria verdade material.

O art. 5º, LVI da Constituição Federal aduz que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (BRASIL, 1988). Segundo Avena (2017) as provas obtidas por meio ilícitos, aquelas que afrontam diretamente ou indiretamente garantias tuteladas pela Constituição Federal, não poderão, em regra, ser utilizadas no processo criminal como fator de convicção do juiz.

Cabe explicar a diferença entre prova ilícita e prova ilegítima. Capez (2016, p.116) ensina que as “provas ilícitas são aquelas produzidas com violação a regras de direito material, ou seja, mediante a prática de algum ilícito penal, civil ou administrativo”. Já as provas ilegítimas, afirma que são produzidas com violação a regras de natureza meramente processual.

Entretanto, apesar da diferença nominal, o art. 157 do Código de Processo Penal dispõe que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou

legais”. Concluindo-se desta forma que será considerada prova ilícita tanto a prova que viole disposições materiais quanto processuais.

2.2.2 Princípio da Livre Apreciação da Prova

Quanto ao princípio da livre apreciação da prova, também chamado de sistema da prova livre, Dias (1981) aduz que com a produção da prova em julgamento, o objetivo é oferecer ao tribunal condições necessárias para que este consiga formar sua convicção acerca da existência ou não dos fatos e situações que importam para a sentença. É nesse âmbito que surge a questão da livre apreciação da prova com a sua valoração segundo a livre convicção do juiz, isso significa, que o princípio não pode em hipótese alguma querer apontar para uma apreciação imotivável e incontrolável, portanto arbitrária, da prova produzida.

Em continuidade lógica acerca desse assunto, Dias (1981, p. 203):

Se a apreciação da prova é, na verdade, discricionária, tem evidentemente esta discricionariedade [...] os seus limites que não podem ser licitamente ultrapassados: a liberdade de apreciação da prova é, no fundo, uma liberdade de acordo com um dever – o dever de perseguir a chamada verdade material – , de tal sorte que a apreciação há de ser, em concreto, reconduzível a critérios objetivos e, portanto, em geral susceptível de motivação e de controlo (possa embora a lei renunciar à motivação e ao controlo efectivos).

Cintra, Grinover e Dinamarco (2015, p.92) sustenta que “a motivação das decisões judiciais era vista como uma garantia das partes, com vista à possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma”. Salienta ainda que mais modernamente a função política da motivação das decisões judiciais ficou mais evidente, cujos destinatários não eram apenas as partes e o juiz competente para julgar tal recurso, mas qualquer pessoa do povo, com a finalidade de averiguar a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões.

O dispositivo do art. 93, IX da Constituição Federal “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade (...)”, juntamente com os art. 155, caput e art. 381, III do Código de Processo Penal “o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova (...)” (BRASIL, 1941), “a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão”, dão embasamento legal a este princípio.

2.2.3 Princípio do *In Dubio pro Reo*

Outro princípio relativo a prova no processo penal é a presunção de inocência, mais especificadamente o princípio *in dubio pro reo*. Lima (2016) expõem em seu Manual de Direito Processual Penal, que em 1764, Cesare Beccaria, na obra *Dos Delitos e das Penas*, já advertia que um homem não poderia ser chamado de réu antes da sentença ser proferida pelo juiz, e a sociedade só poderia lhe tirar a proteção pública após ter decidido que ele havia violado os pactos que outorgaram lhe tal proteção.

Távora e Alencar (2017, p.70) citam que nesse contexto do princípio da presunção de inocência, “a regra é a liberdade e o encarceramento, antes de transitar em julgado a sentença condenatória, deve figurar como medida de estrita exceção”.

Távora e Alencar (2017) ainda mencionam o entendimento predominante do STF, que por sua composição plenária, firmou o entendimento de que o status de inocência deve prevalecer até o trânsito em julgado da sentença final, ainda que pendente algum recurso especial e/ou extraordinário, sendo necessária a demonstração do motivo do cárcere cautelar.

Nesse cenário, Távora e Alencar (2017, p. 72) esclarecem:

Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório ou de culpabilidade.

Lima (2016) reforça este pensamento de que do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: a regra probatória, também chamada de regra de juízo; e a regra de tratamento.

A regra probatória (*in dubio pro reo*) impõe à parte acusadora o ônus de provar que o acusado praticou o fato delituoso que lhe foi imputado na peça acusatória. Se houver dúvida acerca dos fatos em discussão em juízo, é preferível a absolvição de um culpado do que a condenação de um inocente, pois em um juízo de ponderação é menos grave o primeiro caso do que o segundo.

Dias (1981, p. 139) complementa o ensinamento afirmando:

Em direito processual penal não existe pelo menos, seguramente, o chamado ônus da prova forma, segundo o qual as partes teriam o dever de produzir as provas necessárias a escorar as suas afirmações de facto, sob pena de não verem os factos respectivos ser tidos como provados. Já alguns autores, porém, se não coíbem de aceitar um ônus da prova material em processo penal, querendo com ele significar que se o tribunal, mesmo através da sua atividade probatória, não lograr obter a certeza dos factos mas antes permanecer na dúvida, terá por princípio de decidir em desfavor da acusação, absolvendo o arguido por falta de prova.

Já em relação a regra de tratamento, a regra é responder o processo penal em liberdade, a exceção é estar preso no decurso do processo. Lima (2016) esclarece que com a regra de tratamento advinda do princípio constitucional da não culpabilidade, o Poder Público está proibido de agir e se comportar em relação ao suspeito/indiciado, como se ele já tivesse sido condenado, definitivamente, enquanto não houver sentença condenatória com trânsito em julgado.

A prova como referido neste capítulo é um elemento importante do processo, é um direito das partes e eficaz na busca da verdade. Entre os tantos tipos de prova, a testemunhal é um tipo clássico e típico e tema específico deste estudo e sobre o qual trata-se na sequência.

3 PROVA TESTEMUNHAL

Depois de ter realizado uma necessária exposição acerca da prova no processo penal, de modo mais genérico, é fundamental especificar a prova testemunhal, já que o presente trabalho tem como tema principal as falsas memórias, fenômeno que influencia as narrativas na prova testemunhal.

3.1 NOÇÕES GERAIS

3.1.1 Conceito

A prova testemunhal, como já dito anteriormente, faz parte da classificação quanto à forma de prova. Pode-se dizer que a prova testemunhal é produzida por uma figura processual denominada testemunha, e refere-se aos fatos do caso em questão.

De uma forma mais clara, Aranha (1999, p. 140) conceitua testemunha como:

Testemunha é todo o homem, estranho ao feito e equidistante às partes, capaz de depor, chamado ao processo para falar sobre fatos caídos sob seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa.

Observa-se, dessa forma, que apenas o homem, pessoa natural, pode servir como testemunha, ou seja, a prova testemunhal só pode ser produzida por pessoa física. A pessoa jurídica, explica Aranha (1999, p.141), “pode prestar informações, reproduzindo documentalmente fatos constantes de seus escritos, sendo mera prova documental.” Assim como os animais, que podem fornecer provas, mas também não serão testemunhas processuais, e sim, meros instrumentos indicatórios de uma prova indiciária.

Ainda, a testemunha precisa ser um terceiro estranho ao feito, capaz de depor. Isso significa que a testemunha não pode ser sujeito processual (autor e réu), nem auxiliar do juiz, e também não pode ter relação de parentesco, interesse ou amizade íntima com alguma das partes, pois a tornaria suspeita ou impedida de depor.

3.1.2 Características

A prova testemunhal, para a grande maioria dos doutrinadores brasileiros, possui três características fundamentais, quais sejam: oralidade, objetividade e retrospectividade.

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

Sobre a característica da oralidade, leciona Lopes Junior (2013, p. 668):

Determina o art.204 que os depoimentos deverão ser prestados oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Está permitida, entretanto, a breve consulta a apontamentos, principalmente quando a questão é mais complexa, com vários fatos e agentes [...].

Aranha (1999) ainda explica sobre a oralidade que a declaração escrita prestada por alguém, mesmo ocorrendo sob a forma de ato público e acostada aos autos, será válida como prova documental e nunca como testemunho.

Outra característica da prova testemunhal é a objetividade, que de modo geral, significa que a testemunha fala apenas sobre os fatos percebidos por sua pessoa, sem omitir opiniões pessoais.

Assevera Lopes Junior (2013, p. 669-671) também acerca da objetividade:

A objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (art.213 do CPP) é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elige os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo, e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico (memória). E essa variação é ainda mais influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo [...]. As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras vezes, estão em absoluta dissonância com o fato histórico. [...] A “objetividade” do testemunho deve ser conceituada a partir da assunção de sua impossibilidade, reduzindo o conceito à necessidade de que o juiz procure filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente (des)valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado. É o máximo que se pode tentar obter. Isso não dá uma (pequena) ideia de imensa dificuldade que encerra a questão da valoração da prova testemunhal. Não existe nenhuma fórmula codificada que possa estabelecer até onde os testemunhos merecem crédito, e isso contribui para a opção pelo princípio do livre convencimento motivado.

Baseado no pensamento exposto de Lopes Junior (2013), fica evidente que a prova testemunhal possui fragilidade, entretanto é um dos meios de prova mais

utilizados para legitimar decretos judiciais no âmbito do direito penal e processual penal.

A terceira e última característica da prova testemunhal é a retrospectividade, que significa que as testemunhas se referem a fatos ocorridos no passado. Segundo Lopes Junior (2013), o delito será sempre um fato passado, e a testemunha narra um fato presenciado no passado, a partir da memória.

Aranha (1999) ensina acerca desse elemento da retrospectividade, explicando que a prova testemunhal diz respeito à fato passado e a testemunha relata sobre aquilo que seu pensamento registrou. Portanto, o testemunho difere do depoimento, pois o primeiro consiste em presenciar um determinado fato, enquanto a segundo resulta na declaração do assistido. Aquele que testemunha presencia uma situação já quem depõem reproduz aquilo que seus sentidos perceberam e gravaram.

Com base nessa exposição acerca das características da prova testemunhal, pode-se concluir que a mesma possui imensa fragilidade e pouca credibilidade diante dos demais tipos de prova, entretanto, no processo penal, acaba por ser o principal meio de prova.

3.2 FASES DE FORMAÇÃO DO TESTEMUNHO

Nas palavras de Aquino (1995), o testemunho possui três fases em sua formação, quais sejam: o conhecimento do fato, a conservação do conhecimento e a declaração do conhecimento.

A primeira fase, refere-se à apreensão ou conhecimento, que é o momento em que ocorre o primeiro contato, a tomada do fato. Esse momento de conhecimento pode ser ainda subdividido em três partes, denominadas de sensação, percepção e avaliação.

Os ensinamentos de Aranha (1999, p.151) afirmam que “todo e qualquer fato produz uma série de estímulos que atingem órgãos sensoriais da pessoa recebedora, sendo em seguida transmitidos pelos nervos até os centros cerebrais, produzindo sensações.” Portanto, a primeira parte da apreensão corresponde a sensação, que é o recebimento de estímulos e sua transmissão aos centros cerebrais.

A segunda parte da apreensão é a percepção, que é segundo Aranha (1999, p.151) “um conhecimento meramente experimental”. Assim que o estímulo é recebido,

os centros cerebrais formam um conhecimento imediato e intuitivo, não ocorrendo, nesse momento, interpretação e dedução.

A percepção só ocorre em virtude dos nossos sentidos: a audição, o olfato, o paladar, a visão e o tato. Nesse aspecto, Aquino (1995) expõe que a audição e a visão são os sentidos que possuem maior utilidade no processo penal, uma vez que o aproveitamento advindo dos demais sentidos são mínimos.

O autor ainda explica que as sensações advindas da visão e da audição são mais refinadas, porque são os sentidos chamados superiores, motivo pelo qual possuem um grau de segurança e precisão maior que as sensações produzidas pelos demais sentidos. Por fim, afirma que o testemunho que se baseia nas sensações do olfato e do paladar são os piores e menos concludentes, além de serem mais sugestionáveis.

Por derradeiro, temos a avaliação, que é a terceira etapa da apreensão. Aquino (1995) aduz que essa terceira etapa é composta pela atenção e pela compreensão. Afirma também que a atenção varia de pessoa para pessoa, de acordo com os interesses particulares de cada um, e que a compreensão significa a capacidade que um indivíduo tem de descrever algo sob diferentes aspectos, estabelecendo possíveis relações de causa e efeito.

A segunda fase do processo de formação de um testemunho é a conservação do conhecimento, que somente é possível em virtude de um processo de fixação, que se baseia na capacidade de gravação de um fato. A fixação depende muito da memória, lugar onde os fatos ficam registrados.

Aquino (1999) explica que a memória se divide em dois momentos: a conservação do conhecimento adquirido a partir da percepção; e a possibilidade de avocar a lembrança desse conhecimento, a qualquer instante, mas agora não identificando-o e sim reconhecendo-o. Também expõe Aquino (1999, p.41) que a memória “varia de indivíduo para indivíduo. Há pessoas que possuem maior ou menor capacidade de gravação de um fato, outras que são possuidoras de grande ou pequena capacidade de conservação de gravação na memória daquilo que foi registrado.”

Rosa (2014) afirma que recordar eventos passados exige que o sujeito, a testemunha, dê sentido aos fragmentos de momentos que teve conhecimento. Aduz ainda que a memória é filtrada e limitada, e que o lapso temporal entre o testemunho e a declaração judicial faz com que o sujeito tenha problemas de armazenamento, ou

seja, o sujeito não consegue manter consciente inúmeros acontecimentos na memória.

São diversos os fatores que podem influenciar o ato de transmissão do conhecimento de um fato.

E por último, como terceira fase da formação do testemunho, temos a declaração do conhecimento. Aduz Aquino (1999) que a prova testemunhal somente se tornará completa quando o sujeito transmitir o seu conhecimento para a autoridade competente, porque sem essa transmissão haverá pessoas que possuem o conhecimento dos fatos, mas não haverá prova.

Ainda sobre essa terceira fase, a declaração do conhecimento, Aranha (1995, p.153) expõe que é “a reprodução do fato, no que consiste o depoimento, que é a narrativa de um estímulo sensorial apreendido e conservado pela memória.”

A memória, portanto, tem papel fundamental na construção do testemunho e do depoimento e a mente é um elemento complexo do ser humano, estando a memória neste conjunto físico, neural, psíquico e emocional que não se pode compreender sem a construção de significados multidisciplinares. É sobre a memória, que influencia diretamente na prova testemunhal que trata-se na sequência.

4 MEMÓRIA E FALSAS MEMÓRIAS: ABORDAGEM MULTIDISCIPLINAR

Conforme já mencionado anteriormente, o presente trabalho visa realizar uma abordagem acerca da prova no processo penal, demonstrando suas características diante da possível presença do instituto de falsas memórias, no momento em que se tem a produção de uma prova testemunhal.

Entretanto, a palavra da testemunha, muitas vezes, não é o suficiente para reconstruir a dinâmica dos fatos como exatamente ocorreram, pois é possível que hajam distorções desta “realidade”. Isso ocorre porque o sujeito quando vai testemunhar utiliza a sua memória para lembrar dos fatos ocorridos, e não raras vezes acontecem falhas, onde o nosso cérebro produz uma realidade diferente daquela que realmente aconteceu.

Para entendermos melhor como todo esse processo funciona, é necessária uma explanação acerca da memória humana e como ela pode ser traiçoeira conosco, produzindo falhas sabotadoras.

4.1 CONCEITO DE MEMÓRIA

A memória é um dos componentes da mente humana e como tal, não é um simples elemento, não é apenas uma função e nem uma habilidade. Do contrário é um conjunto de subsistemas que se interligam e se propagam (WILSON, 2011).

A memória segundo Izquierdo (2011, p. 11).

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

A memória, portanto, é elemento essencial para a formação de cada indivíduo. É a partir daquilo que presenciamos, ouvimos, sentimos, gravamos e interpretamos que formamos nossa personalidade e nos comunicamos com o mundo.

Larner (2013) explica que a memória consiste em um conjunto de sistemas e subsistemas organizados para armazenar, de forma temporal ou permanente, dados, informações, saberes que a mente entende como necessários para serem utilizados posteriormente. Configura-se, portanto, como um depósito de elementos aprendidos e que podem ser utilizados no cotidiano ou em algum momento específico da vida.

Não há uma localização específica para o armazenamento das memórias no cérebro. Há sim, um conjunto de ligações e conexões de circuitos e estruturas neurais que envolvem lobos temporais mediais, córtex pré-frontal, cerebelo, septo medial, entre outros que trabalham em prol da memória (IZQUIERDO, 2011)

A memória, em sua complexidade tem tipos e classificações, tem potenciais e falhas e pode armazenar um evento de forma extremamente realista e, ao mesmo tempo criar uma história completamente imaginária, por isso, compreendê-la e trazê-la para o cotidiano das pessoas e da sociedade é fundamental para entender a formação da personalidade humana e suas ações.

4.2 CLASSIFICAÇÃO DAS MEMÓRIAS

A memória é formada por um conjunto de subsistemas mnemônicos (WILSON, 2011) que atua em diversas frentes podendo, receber, armazenar e dar significados aos eventos, por isso há diversas classificações e tipos de memória e ainda há divergências e diferentes teorias a esse respeito, justificadas pela complexidade da mente humana.

A memória pode ser armazenada por pouco ou muito tempo e por isso é classificada de acordo com o tempo de armazenamento em sensorial, de curto prazo ou imediata e de longo prazo. A memória também pode ser classificada pelo tipo de informação em semânticas (implícitas), episódicas (autobiográficas) e procedurais (vinculada às capacidades motoras e sensoriais). Ainda há a classificação pela modalidade específica dos sentidos, como tato, audição, olfato, paladar e visão; ou pelas etapas do processo de evocação em memória explícita (episódica) ou implícita (de procedimento) e ainda classificada conforme a evocação ou reconhecimento, que são a memória retrospectiva e memória prospectiva (WILSON, 2011).

4.2.1 Memória tempo-dependente

A memória tempo-dependente é classificada de acordo com o tempo em que o evento fica armazenado podendo ser de curtíssimo prazo ou até muito longo.

A chamada memória sensorial ou memória de trabalho refere-se ao armazenamento inicial e momentâneo da informação e pode ter origem visual ou auditiva. Essas memórias são classificadas e podem ser eliminadas quase que

imediatamente ou transformadas em memória de curto prazo que é quando se atribui um sentido a ela. Ou seja, a memória de curto prazo já tem um significado e por isso já pode ser armazenada por um tempo curto na memória, mas ainda não há um esclarecimento absoluto sobre o seu sentido e importância e, por isso, novamente há uma classificação na memória que, nesse curto prazo a elimina ou a transforma em memória de longo prazo que é aquela memória que permanece por tempo indefinido e colabora diretamente para a formação da história e desenvolvimento de cada pessoa (FELDMAN, 2001; WILSON, 2011).

São as chamadas estratégias mnemônicas que realizam este processo de classificação tempo-dependente na memória e neste processo a repetição colabora diretamente para a definição do significado do evento captado pela memória (FELDMAN, 2001).

4.2.2 Classificação das memórias pela natureza da informação

Nesta classificação as memórias são definidas como semânticas ou implícitas que, conforme Netto et al. (2011) resulta de um processo de codificação, armazenamento e recuperação dos conhecimentos gerais, sem basear-se no marcador tempo. A memória semântica está relacionada a aquisição de memória sem percepção, ou seja, sem consciência e tem relação direta com o tema deste estudo, já que pode gerar falsas memórias (WILSON, 2011).

Já a memória episódica ou autobiográfica é relativo a capacidade de um indivíduo de codificar, armazenar e recuperar acontecimentos específicos em um determinado tempo e lugar (NETTO et al., 2011).

A memória classificada em procedural, tem natureza especificamente motora e sensorial e está relacionada a capacidade de memorizar a execução de tarefas essencialmente motoras que envolvem rotinas, como muitas das atividades profissionais que são repetidas pelo organismo físico e armazenadas na memória através desse processo (NETTO et al., 2011).

4.2.3 Classificação pela modalidade específica de sentidos

A classificação da memória pelos sentidos é aquela em que um ou mais sentidos são os condutores do processo. São os sentidos os responsáveis pela

captação das informações que serão conduzidas para o cérebro e para realização dos processos neurais. Embora poderia se compreender que os sentidos não deveriam ser utilizados como meio de classificação da memória, já que são instrumentos de captação, importa destacar que eles são partes do processo e influenciam diretamente na forma e na condução de análise, distribuição e armazenamento dessas informações (IZQUIERDO, 2011, p. 21).

Os códigos e processos utilizados pelos neurônios não são idênticos realidade da qual extraem ou qual revertem as informações. Uma experiência visual penetra pela retina, é transformada em sinais elétricos, chega através de várias conexões neuronais ao córtex occipital e lá causa uma série de processos bioquímicos hoje bastante conhecidos. Uma informação verbal, embora possa penetrar também pela retina (por exemplo, quando lemos), acaba em outras regiões do córtex cerebral.

Esta classificação, portanto, colabora para o entendimento da construção da memória, assim como, deve ser levado em conta quando se avalia a veracidade ou não de uma informação.

4.2.4 Classificação pelas etapas do processo de evocação

Essa classificação que é considerada por muitos como um subsistema da memória de longo prazo é constituída de dois conjuntos classificatórios.

O primeiro conjunto é relativo a memória declarativa ou explícita e está relacionada a fatos como nomes, rostos, datas, assuntos, como, por exemplo, observar que uma bicicleta tem duas rodas. As memórias declarativas podem ser semânticas ou episódicas. Já a memória implícita, de procedimento ou não-declarativa refere-se as aptidões e hábitos, como andar de bicicleta (STERNBERG, 2008).

Isso mostra que as informações sobre as coisas ou situações são armazenadas na memória declarativa e as informações sobre como fazer as coisas ou conduzir as situações são armazenadas na memória de procedimento (STERNBERG, 2008).

4.2.5 Classificação das memórias de evocação ou reconhecimento

Este tipo de memória é classificado em retrospectiva quando evocamos ou reconhecemos memória armazenada de eventos do passado, ou seja, é um processo

de reviver ou recordar uma memória de longo prazo (KHAN; SHARMA; DIXIT et al, 2008).

O segundo tipo de memória de evacuação ou reconhecimento é chamada de prospectiva e, conforme Dieckmann et al. (2006, p. 527), significa “a habilidade humana de lembrar a intenção de realizar ações após um período de tempo”, ou seja, é uma memória de longo prazo e que foca na percepção sobre a intenção daquele evento.

Há íntima relação entre memória prospectiva e retrospectiva, já que a primeira depende da memória retrospectiva, pois, o fato de lembrar, no futuro, o conteúdo da tarefa adiada, por si só, já constitui uma função da memória retrospectiva.

Todos esses tipos e classificações ao final se relacionam e compõem o conjunto de condições, formas ou sistemas de percepção, captação, filtragem e armazenamento das informações, transformando-as em memória e, ao se reconhecer a complexidade da mente humana, dos sistemas neurais e cerebrais e sua relação com a psique, vislumbra-se a real existência de falhas e falsas memórias.

4.3 AS FALHAS DA MEMÓRIA

Como vimos no decorrer do estudo, a memória é o meio pelo qual codificamos, armazenamos e recuperamos as informações e eventos passados para recuperá-las quando alguma situação do presente requerer àquelas informações ou aprendizados (STERNBERG, 2008).

Mlodinow (2014) para explicar a memória, menciona em sua obra o psicólogo alemão Hugo Münsterberg, que desenvolveu uma teoria da memória, a qual se baseia na ideia de que nenhum de nós pode reter na memória a vasta quantidade de detalhes com as quais nos deparamos nos diversos momentos de nossas vidas, e que nossos erros de memória possuem uma origem em comum: todos são artefatos que a nossa mente usa para preencher as inevitáveis lacunas. Ele menciona que esses artefatos incluem confiar em nossas expectativas, em nossos valores, de uma forma geral, em nossos conhecimentos prévios. “Como resultado, quando nossas expectativas, nossos valores e conhecimento prévio estão às turras com os acontecimentos reais, nosso cérebro pode ser enganado” (MLODINOW, 2014, p.55).

Münsterberg publicou suas ideias sobre memória, no ano de 1905, que fizeram muitos pesquisadores acreditarem em como realmente a memória

funciona: primeiramente, as pessoas têm uma boa lembrança dos aspectos principais dos eventos, porém, uma má lembrança dos detalhes; depois, quando pressionadas pelos detalhes não lembrados, mesmo as pessoas bem intencionadas, fazendo esforços para serem precisas, e sem querer, preenchem as lacunas desses detalhes inventando coisas; e por fim, as pessoas acreditam nas lembranças que inventaram (MLODINOW, 2014).

É portanto, um sistema organizado em diversos subsistemas e que pode, em algum momento, enfrentar problemas ocasionados por doenças, danos a algum dos elementos dos sistemas ou dificuldades mentais ou psíquicas que podem produzir erros ou distorções na memória ou na interpretação delas. Destaca-se que mesmo fatores ambientais, sociais, culturais e educacionais influenciam na retomada da memória verídica ou na criação de memórias fantasiosas ou distorcidas. Entre as falhas de memória, interessa aqui o estudo das falsas memórias.

4.3.1 Falsas Memórias

Stein e Neufeld (2001) explicam que este tema tem sido fruto de diversos estudos nos últimos anos e diversas áreas tem se preocupado em tentar compreender como e porque esse fenômeno ocorre, dado que tem influência direta tanto no campo da saúde física e mental, como no campo legal. O campo da Psicologia Experimental Cognitiva tem sido especialmente importante nas pesquisas em torno do tema, pois os conhecimentos dessa área de estudo, possibilitam compreender as capacidades cognitivas que permitem que um indivíduo tenha habilidades para relatar de forma fidedigna fatos testemunhados ou vivenciados como se tivessem acontecido, quando na realidade eles não são reais ou o são apenas em parte.

Foi em 1932 que Barlett divulgou estudo mostrando que expectativas pessoais influenciam na memória de um evento passado, apontando que a recordação é, na verdade, um processo de reconstrução que envolve esquemas mentais e o conhecimento prévio da pessoa, apontando então para a capacidade de compreender a cultura da pessoa como elementos que afetam a lembrança (SENE; LOPES; ROSSINI, 2014). Anterior a ele alguns estudos específicos em crianças já tinham sido realizados.

Por falsa memória compreende-se a lembrança de eventos que nunca aconteceram ou que ocorreram, mas de forma muito diversa daquela relatada. Trata-

se então, segundo Mazzoni e Scoboria (2007) de qualquer instância na qual a memória é reportada para um evento ou componente de um evento que não tenha sido experienciado.

Di Gesu (2010) explica que quando ocorre um fato de natureza intensa, especialmente no caso de uma tragédia, a pessoa que presenciou, no curto prazo, lembra com riqueza de detalhes, porém, o tempo colabora para que as pessoas esqueçam detalhes concretos e mantenham as lembranças dramáticas e, portanto, emocionais. Para Santos e Stein (2008, p. 415) falsas memórias “são um tipo de distorção mnemônica que consistem na recuperação de eventos que nunca ocorreram”.

As pesquisas em torno das falsas memórias são muitas e diversas, pois buscam contemplar os potenciais fatores que influenciam a memória ou o seu sistema de funcionamento e que provocam as memórias falsas. São aspectos que vão desde questões neurais até emocionais. Importa destacar que criar falsas memórias é também um processo natural do sistema que lança mão deste tipo de conduta para fins de proteção, defesa e equilíbrio mental. Então, é parte das funções da memória: lembrar, esquecer e produzir falsas memórias (STEIN et al., 2010).

4.3.1.1 Taxonomia das falsas memórias

As falsas memórias podem ser espontâneas ou ainda serem fruto de influências externas.

As falsas memórias espontâneas ou auto sugeridas se configuram como um processo interno do indivíduo, sendo parte do processo de funcionamento da memória. Portanto, neste caso a distorção da memória acontece de forma endógena. Neste caso, a pessoa recupera em sua memória o significado e a essência do fato vivido e não a memória literal, em geral, ocasionada, essa perda de memória literal pela inserção de novas informações. Ocorre que quando lhe for solicitado que lembre ou narre determinado evento armazenado em sua memória e a informação original é apenas de significado, o processo natural do sistema da memória é comparar com novas informações armazenadas, que complementam a memória original, e então é criada uma história (STEIN; NEUFELD, 2001).

É fácil perceber como isso acontece na sua vida. O seu cérebro, por exemplo, pode ter registrado em seus neurônios a sensação de constrangimento ao ser provocado por um garoto da 6ª série por você ter levado o ursinho de

pelúcia à escola. Provavelmente você não reteve a imagem do ursinho nem do garoto, nem a expressão no rosto dele quando lhe jogou na cara seu sanduíche de patê (ou era de queijo com presunto?). Mas vamos supor que, anos depois, você tenha alguma razão para reviver aquele momento. Esses detalhes poderão surgir na sua mente, preenchidos pelo seu inconsciente. Se por alguma razão você voltar ao incidente muitas vezes – talvez porque em retrospecto tenha se tornado uma história engraçada sobre sua infância, que as pessoas parecem gostar de ouvir –, é provável que já tenha criado uma imagem vívida, clara e indelével do incidente para si mesmo, passando a acreditar na exatidão de todos os detalhes (MLODINOW, 2014, p. 60).

Já as falsas memórias sugeridas ou exógenas, são aquelas que sofrem influência externa e consistem em falsas informações que são incorporadas na memória original por outra pessoa ou por alguma situação do ambiente externo. “Nossa memória é suscetível à distorção mediante sugestões de informações posteriores aos eventos. Além disso, outras pessoas, suas percepções e interpretações podem influenciar a forma como recordamos dos fatos” (STEIN et al, 2010, p. 26) e, portanto, nem sempre as falsas memórias sugeridas são intencionais, podem apenas ser fruto de uma percepção diversa acerca da mesma situação que, quando relatada, àquele que tem armazenado em sua memória um contexto da mesma situação, acaba por ser influenciado mudando seu pensamento acerca daquele acontecimento.

Mlodinow (2014) explica que os seres humanos são muito suscetíveis as falsas memórias. Qualquer pessoa com ou sem intenção através de um simples comentário casual podem acionar o sistema neural da outra pessoa que irá receber, armazenar e associar há alguma outra situação já presente em sua memória. Assim, mais tarde quando for lembrar de um evento verdadeiro, já terá esta informação falsa agregada como verdadeira em sua história original.

Entretanto, Mlodinow aduz que mesmo quando as memórias são totalmente fabricadas, elas, de um modo geral, se baseiam em uma verdade. Os detalhes que foram inventados advêm do inconsciente, de todo um sistema de experiências sensoriais e psicológicas do corpo humano, e das expectativas e convicções criadas a partir destas experiências. Ainda explica que “o desafio enfrentado pela mente, e que corresponde ao inconsciente, é ser capaz de filtrar esse inventário de dados a fim de reter as partes que realmente nos interessam” (MLODINOW, 2014, p. 57).

Santos e Stein (2008) destacam as emoções como fonte de falsa informação e as áreas da saúde mental e a jurídica tem especial atenção a este aspecto. Estudos realizados nas duas últimas décadas tem revelado que algumas técnicas psicoterapêuticas, utilizadas para recuperar memórias emocionadas da infância,

trouxeram resultados que comprovam que as emoções podem produzir lembranças de eventos que na realidade não aconteceram, como é o caso de violência sexual sofrida na infância. Estas falsas memórias, induzidas pelas emoções podem ser fruto de alguma sugestão ou de autossugestão; podem criar uma história completa ou apenas parte dela.

Os estudos neurocientíficos, além de avançarem no entendimento de como funciona a mente humana, suas interligações e influência de cada campo neural nas atividades mentais, desenhando os elementos condutores das falsas memórias, tem também avançado em estudos que “duvidam” da capacidade humana de conscientemente lembrar daquilo que viu, ouviu ou testemunhou, sem a influência dos processos neurais. Crespo (2013) explica que estudos alemães defendem que as ações humanas não são causadas por uma vontade consciente, mas sim por processos inconscientes, não havendo qualquer espaço para o livre arbítrio e, portanto, nossas ações estão determinadas por estados imediatamente anteriores de nosso cérebro, sendo que como explica Kahneman (2012, p. 186), “o indivíduo tende a orientar as suas tomadas de decisão pelo grau de probabilidade e de similaridade, com as grandezas comparadas e evocadas da memória.”

O sistema da memória humana, portanto, é construído de maneira a garantir a proteção do indivíduo e como tal processa, muitas vezes sem consciência ou intenção, seja pelo próprio indivíduo, seja por terceiros, uma nova, diferente ou distorcida história quando é instigado a recordar ou narrar um evento. Assim, a falsa memória pode interferir diretamente no cotidiano do sujeito ou em outras situações sociais, como no campo do Direito, onde o relato de fatos passados é, em muitos casos, fundamental para o andamento das atividades jurídicas.

5 FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL DO PROCESSO PENAL

Como estudado nos capítulos anteriores a prova testemunhal é um meio de prova importante para o processo penal e, em muitos casos, a única prova possível. Porém, o ser humano tem condições de funcionamento da sua memória que podem afetar a legitimidade de uma narrativa testemunhal, como é o caso da falsa memória. Este é um tema recente, em que os estudos ainda buscam delinear compreensão e perspectivas sobre como e porque ocorrem, mas já se reconhece sua importância para o Direito Penal e a justiça processual penal.

O Direito brasileiro tem nas testemunhas, prova fundamental na maioria dos casos penais e muitos processos são exclusivamente embasados neste meio probatório.

A prova testemunhal constitui-se em elemento de convicção fundamental na formação do convencimento do julgador. Independente do delito cometido e da forma como foram tomadas as declarações das testemunhas e, também, das vítimas, a situação com a qual se depara o magistrado, na maioria dos casos, é a de que o processo penal está instruído basicamente com a prova oral. O juízo final, assim, fica submetido essencialmente à palavra de pessoas que tenham presenciado ou vivenciado o fato delituoso, que se substancia, geralmente, em um evento traumático (BALDASSO; ÁVILA, 2018, p. 404).

A prova testemunhal vem sendo há séculos posta em dúvida. Baldasso e Ávila (2018) citam texto de Farinacci de 1617 em que este interpelava a condição da memória da testemunha acerca do evento em voga. E esta percepção que duvida da veracidade da prova testemunhal continuou e, no campo forense há estudos que indicam que a percepção de falsas memórias já vem sendo identificada empiricamente há vários anos não necessariamente duvidando da confiabilidade da testemunha em si, mas da sua memória (BALDASSO; ÁVILA, 2018).

A temática tornou-se de tal forma relevante ao Direito que o Ministério da Justiça desenvolveu e financiou o Diagnóstico Nacional de Práticas de Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal com o fim de desenvolver pesquisa científica multidisciplinar buscando apurar os elementos que afetam a confiabilidade da prova testemunhal, envolvendo desde a compreensão do funcionamento da memória, até a forma como as testemunhas são questionadas sobre suas memórias (BRASIL, 2015).

Em estudo realizado por Baldasso e Ávila (2018) em acórdãos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, levantaram entre 2004 e 2017, 437 acórdãos em que há indicativos de falsas memórias, sendo que 93,83% deles são do período

compreendido entre 2011 e 2017, indicando que o recurso falsas memórias tem sido progressivamente utilizado na justiça brasileira.

O estudo revelou que desses 437 acórdãos 90,16% são de Apelação Crime. Os demais estão divididos em: Embargos de Declaração (2,52%); Embargos Infringentes e de Nulidade (2,29%); Habeas Corpus (1,60%); Recurso em Sentido Estrito (1,14%); Revisão Criminal (1,14%); e Recurso Especial e/ou Extraordinário (1,14%). Já com relação aos tipos penais ficou assim especificado o levantamento realizado pelo estudo: estupro de vulnerável (47,14%); roubo majorado (17,39%); atentado violento ao pudor (15,10%); estupro (5,95%); crimes contra a dignidade sexual (68,88%); os crimes contra o patrimônio (23,11%); os crimes contra a vida (1,14%); os crimes previstos em leis especiais (1,60%); e os acórdãos sem classificação do tipo penal (5,26%) (BALDASSO; ÁVILA, 2018).

A preocupação do Ministério da Justiça (BRASIL, 2015) em buscar estudar cientificamente e avaliar a influência das falsas memórias nos processos penais e os resultados do estudo de Baldasso e Ávila (2018), apontam para alguns elementos importantes: a preocupação e interesse da justiça brasileira em identificar a relevância desta temática na realidade jurídica brasileira e na qualidade dos julgamentos; o aumento no número de invocações a falsa memória nos processos penais brasileiros; a importância multidisciplinar especialmente da psicologia do testemunho na condução dos processos judiciais e a significância deste aspecto no julgamento justo e equânime.

5.1 PRÁTICAS E MEDIDAS QUE INFLUENCIAM AS FALSAS MEMÓRIAS

Stein e Neufeld (2001) explicam que os estudos até agora realizados apontam que o elemento temporal tem grande influência nas narrativas com falsa memória. Em adultos, em geral, as falsas memórias em situações forenses foram detectadas quando o testemunho é realizado semanas, meses ou anos após a ocorrência do evento (STEIN; NEUFELD, 2001).

Estudos recentes têm indicado que a falsa memória pode durar tanto quanto a memória original, ou seja, pode não se desgastar com a repetição da lembrança e ainda pode se intensificar dado que a recordação solidifica mais o armazenamento pela memória (STEIN; NEUFELD, 2001).

Com relação a influência do tempo nas falsas memórias e buscando contornar este problema uma das alternativas utilizadas é a realização de diversas entrevistas com a mesma testemunha buscando que ela traga alguma contradição, em algum momento, ou recorde a história original a partir da evocação dessa memória repetidamente. (STEIN; NEUFELD, 2001).

Leonard Mlodinow (2014, p.53) explica citando um exemplo, mencionando um acordo comercial, no qual as partes avançam e recuam na negociação no período de alguns dias, e afirma que “na construção da memória, há o que você disse, mas também há o que comunicou, o que os outros participantes do processo interpretaram como sua mensagem, e finalmente, o que eles lembram dessas interpretações”. Por este motivo que as pessoas costumam discordar radicalmente a respeito de suas lembranças de tal evento.

Mlodinow (2014) ainda afirma que é pela mesma razão citada anteriormente que os advogados tomam nota quando estão envolvidos em conversas importantes. Expõe que (2014, p.53) “embora isso não elimine o potencial de lapsos de memória, sem dúvida o reduz”.

Baldasso e Ávila (2018) explicam que no processo penal podem ocorrer falsas memórias endógenas, ou seja, resultado do tempo transcorrido entre os depoimentos da fase policial e judicial e, resultante de processos internos que modificaram a percepção do evento narrado ou exógenas, quando influenciadas por fatores externos como informações divulgadas pelos meios de comunicação ou pelo uso da linguagem e a forma com que o depoimento é tomado da testemunha.

Observa-se, portanto, que a condução do processo e da indagação às testemunhas pode induzir a falsas memórias e a justiça deve estar preparada para atuar neste contexto.

Fonseca (2017) explica que outro fator influenciador nas falsas memórias é o reconhecimento, que em função das fases do processo pode ser influenciado pela percepção precedente, que é caso, por exemplo de uma testemunha de um crime que vai até uma delegacia e é apresentada a um conjunto de imagens de suspeitos que já são reconhecidos pela polícia e justiça como criminosos e naquele momento, em que suas emoções estão abaladas, reconhece, em uma foto, o agente do roubo que testemunhou, mesmo não estando certa. Quando for testemunhar no julgamento repete o reconhecimento, mas propulsionada pelo reconhecimento anterior e não pelo que viu na realidade. Este processo da falsa memória acontece, em geral pela

influência exógena, ou seja, pelo fato de a polícia apresentar imagens de suspeitos que, na concepção da testemunha, só os indicou porque já sabe quem seria o criminoso e por isso sua mente é direcionada a foto apresentada que lhe parece semelhante ao agente do crime.

O Diagnóstico Nacional de Práticas de Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal (BRASIL, 2015) revelou que há um maior cuidado, por parte dos atores jurídicos quanto ao instituto do reconhecimento, atentando para o cumprimento da legislação. No entanto, na fase policial ainda há situações em que apenas uma foto é mostrada para que se confirme ou não a identidade, sendo considerada pela Psicologia do Testemunho a mais sujeita a erros. Raramente existe estrutura do chamado vidro técnico e há também dificuldades no cumprimento do inciso II, que recomenda sejam colocadas pessoas com características físicas semelhantes, lado a lado. Não há previsão legal para o reconhecimento fotográfico, mas mesmo assim, ele é realizado (BRASIL, 2015). Sobre o reconhecimento por fotografia a Psicologia do Testemunho indica que é um instituto eficiente somente quando utilizados critérios rigorosos.

Em relação as condições da justiça e atendimento a legislação o Diagnóstico Nacional de Práticas de Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal (BRASIL, 2015, p. 69), conclui.

São necessárias alterações legislativas para exigir o cumprimento de formalidades que possam diminuir a ocorrência de erros de identificação. Mesmo que não tenhamos estatística do número de condenações penais, é possível formular hipótese de vinculação entre uma e outra categoria em função da experiência do “Innocence Project”. Tais medidas seriam fundamentais para realizar identificações com maior grau de acuidade, prevenindo condenações injustas. Identificamos, portanto, em nosso levantamento de campo a dificuldade dos atores jurídicos em observar até mesmo as regras mínimas previstas no CPP. São mencionadas uma série de variáveis externas para explicar esse afastamento: ausência de estrutura adequada, impossibilidade de atender aos requisitos estabelecidos no artigo 226 e a menção da não obrigatoriedade de seguir as regras (o dispositivo legal fala em “se possível serão colocadas”). Por outro lado, percebemos que muitas dificuldades podem ser causadas pela falta de treinamento/formação dos atores para realizarem tais atividades. Dessa forma, não raro, internalizam práticas historicamente aceitas no seu ambiente de trabalho. Não percebem, por vezes, que também fazem parte de um processo e, com conhecimentos específicos, podem minorar os problemas advindos de uma legislação defasada.

Neste sentido, a prática policial e forense e a própria legislação tem colaborado para o desenvolvimento de falsas memórias, como também, não tem capacitação, estrutura e legislação adequadas a identificação de testemunhos com falsas memórias

e, de outro lado, ainda que tenham aumentado as invocações de falso testemunhos no processo penal, isto pouco tem sensibilizado os julgadores, não tendo influenciado em mudanças nas decisões judiciais e menos ainda se tem lançado mão de estudos multidisciplinares, especialmente da Psicologia do Testemunho para embasar as investigações e análises de potenciais testemunhos com falsas memórias (BALDASSO; ÁVILA, 2018).

Lopes Jr. E Di Gesu (2007) trazem algumas sugestões de melhorias nos procedimentos do processo para fins de evitar ou perceber falsas memórias, reconhecendo que não há soluções simples para problemas complexos: sugerem que a colheita de provas seja realizada em um prazo razoável, objetivando diminuir a influência do tempo que participa diretamente na produção de muitas falsas memórias; destacam a necessidade de adoção de técnicas de interrogatório e a entrevista cognitiva, que permitem a obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores às das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas e ainda apontam para a eficiência da gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual, principalmente as realizadas por assistentes sociais e psicólogos, pois, permite ao juiz o acesso a um completo registro eletrônico da entrevista.

Cabe portanto, aos doutrinadores, universidades, operadores de direito, associados a outras disciplinas e ciências importantes como as neurociências, a psicologia e especificamente a psicologia do testemunho, buscar medidas e soluções que possam efetivamente diminuir o efeito das falsas memórias no processo penal, colaborando diretamente para decisões mais justas e equânimes.

5.2 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E AS FALSAS MEMÓRIAS

Alguns dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) têm elementos que visam construir proteção contra falsas memórias como o art. 204: “O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos (BRASIL, 1941).

Como se observa, o parágrafo único delibera acerca da possibilidade de a testemunha lançar mão brevemente de apontamentos escritos ao narrar os fatos de interesse no processo o que, em tese, permitiria facilitar a lembrança fidedigna do

evento, sem que haja garantias, já que a memória, quando do registro dos apontamentos pela testemunha, já pode estar contaminada (BRASIL, 2015).

No entanto, a pesquisa, Diagnóstico Nacional de Práticas de Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal, realizada pelo Ministério da Justiça, a partir de 2007, observou que “nenhum ator jurídico mencionou alguma situação onde a testemunha tenha trazido apontamentos” (BRASIL, 2015, p. 66).

O Art. 209, parágrafos 1 e 2, também trata de elemento que pode facilitar o levantamento de falsa memória por parte da testemunha indicada pela parte:

Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes. § 1º Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem. § 2º Não será computada como testemunha a pessoa que nada souber que interesse à decisão da causa (BRASIL, 1941).

Neste ponto o fato de o juiz produzir provas pode ser bastante discutido, já que ele é o destinatário da prova e, portanto, não poderia atuar arrolando novas testemunhas. De qualquer forma, seria uma possibilidade em casos extremos de falsa memória, o que também não é elemento garantido de veracidade, já que há chances de o interrogatório basear-se apenas em perguntas confirmatórias, induzindo as novas testemunhas a confirmarem aquilo que o representante da parte deseja que ela confirme e não necessariamente o que a testemunha tem para fornecer sobre o caso em julgamento (BRASIL, 2015). Também neste caso a pesquisa realizada pelo Ministério da justiça não levantou nenhum caso em que o juiz tenha arrolado testemunhas além daquelas trazida pelas partes (BRASIL, 2015).

O Art. 210 do CPP trata das condições em que o depoimento das testemunhas é realizado:

Art. 210. As testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da incomunicabilidade das testemunhas (BRASIL, 1941).

Este cuidado é justificado pelo fato de buscar se diminuir a ocorrência de pressões internas ou externas no momento do testemunho, sem violar as garantias constitucionais. Malatesta (2004, p. 360) explica:

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

Sobre este cuidado a pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça aponta que as formas previstas no artigo 210 do CPP não são efetivadas na prática jurídica. Embora não houve registro de testemunhas ouvidas ao mesmo tempo, há indicações de constrangimento à testemunha quando da advertência de falso testemunho; assim como não há cuidado com a incomunicabilidade das testemunhas antes de serem chamadas a audiência. Na maioria dos casos elas ficam juntas em corredores com passantes constantes e sem qualquer fiscalização. O pouco de cautela que se tem em alguns casos é o distanciamento das testemunhas e do réu ou, das testemunhas de acusação daquelas de defesa (BRASIL, 2015).

No caso do afastamento das testemunhas e do réu este preceito vem regulamentado no Art. 17 do CPP:

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor. Parágrafo único. A adoção de qualquer das medidas previstas no caput deste artigo deverá constar do termo, assim como os motivos que a determinaram (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

Com relação a presença do réu próximo as testemunhas antes do seu depoimento este é um cuidado observado pelo judiciário brasileiro que raramente permite esta situação. Um dos recursos possíveis é a vídeo conferência, ainda pouco utilizada. O que se observa é que o temor em aproximar a testemunha do réu pelo poder judiciário, ao invés de instigar a busca de meios eficientes para que a testemunha faça seu depoimento tanto no momento da investigação, quanto em juízo; pelo contrário, limita o testemunho apenas à investigação, realizada pela polícia militar (na maioria dos casos) que, quando somada à ainda deficiente capacidade de gerar provas técnicas, reduz em muito o potencial de eficiência dos meios de prova no

processo penal. A testemunha acaba sendo o único meio de prova e não é tratada de forma a garantir que sua narrativa seja verídica e confiável (BRASIL, 2015).

A exposição da testemunha com outras testemunhas ou com o réu aumenta substancialmente a possibilidade de sugestão e, portanto, de falsa memória, devendo-se, no entanto, aproximar entrevistado de entrevistador para criar um vínculo de confiança (BRASIL, 2015). A tranquilidade do depoente é um elemento fundamental para fomentar um depoimento verídico (MALATESTA, 2004).

O CPP em seu artigo 212 traz a normal relativa a forma como o questionamento é aplicado as testemunhas:

Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (BRASIL, 1941).

O momento da inquirição das testemunhas é fundamental e tem relação direta com as possíveis falsas memórias. Fonseca (2017, p. 34) explica que a redação anterior do Art. 2012 o magistrado quem fazia as perguntas diretamente às testemunhas, “assumindo protagonismo típico dos sistemas processuais inquisitoriais”, sendo muito bem vinda a mudança para fomentar o concurso processual democrático e menos incômodo e constrangedor a testemunha que assim terá menores possibilidades de produzir falsas memórias.

Na prática, o estudo realizado pelo Ministério da Justiça aponta que ainda encontra-se falhas na capacidade dos profissionais em organizar adequadamente as perguntas que muitas vezes são repetitivas ou indutivas, assim como, ainda há interferência do juiz para além dos pontos não esclarecidos, muitos juízes ainda realizam as questões iniciais, ainda antes de os representantes das partes realizarem essa tarefa destinada somente a eles. Observou o estudo que as perguntas do juiz se mantêm e para além disso, são indutivas e fechadas, diminuindo as possibilidades de recuperação de informações, pela memória da testemunha, que sejam confiáveis e com qualidade (BRASIL, 2015).

O Art. 226 trata do reconhecimento, um dos meios de prova mais utilizados tanto na fase pré-processual como processual.

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança,

convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Parágrafo único. O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento (BRASIL, 1941).

Este momento por que passa a testemunha tem relação direta com a memória, pois como explicam Cordero e Guerrero (2000, p. 106) “[...] uma pessoa é levada a perceber alguma coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências” e é instigado a relatar se a pessoa, ou objeto se coadunam. A recuperação da memória é então invocada podendo sofrer influências endógena ou exógena reportando uma falsa memória.

Como já descrito e estudado por Santos e Stein (2008) as emoções afetam a memória e este é um momento em que este fator pode ter influência no processo psicológico de recuperação da memória.

Observa-se que a legislação tem caminhado para o aprimoramento, porém ainda há um descompasso entre a lei e as práticas jurídicas que apontam para a necessidade de se continuar a buscar mudanças que sejam efetivas.

6 CONCLUSÃO

O estudo realizado com o fim de refletir acerca da falsa memória e sua influência no processo penal trouxe à baila a importância do estudo multidisciplinar e da reconstrução da ressignificação da ciência do Direito, no sentido de integrar-se com outras disciplinas com o fim de aumentar e melhorar sua capacidade de compreensão do ser humano, em sua integralidade e a utilização desse conhecimento para fins de atuar com maior eficiência nas condutas processuais e da justiça em geral.

Importa destacar que falsas memórias são diferentes de mentiras ou formas ludibrias de tentar enganar alguém. São sim, fruto de fatos armazenados na memória e que quando lembrados associam fatos diferentes ou partes de uma situação vivenciada com outras criadas pela mente de forma inconsciente. A agente, portanto, das falsas memórias acredita fielmente que aquilo que está narrando é a verdade vivenciada.

A abordagem realizada neste estudo, especificamente sobre as falsas memórias nos testemunhos em processos penais, demonstrou que entre as características do sistema que alimenta e recompõem a memória do indivíduo, está a habilidade para produzir falsas memórias de forma endógena ou exógena, espontânea ou intencionalmente.

Reconhecendo a importância do testemunho no processo penal, é também fundamental abordar este tema com mais cuidado e profundidade, buscando meios legais para fornecer a testemunha todas as possibilidades para que não seja, sua memória contaminada e possa, em seu depoimento, chegar o mais próximo possível da veracidade dos fatos de interesse do processo.

O Código de processo penal traz algumas normas que visam proteger a testemunha de possíveis influências que potencializam a possibilidade de falsas memórias, porém, pouco do que está determinado vem sendo cumprido na prática forense. Além disso, a justiça forense e a legislação estão ainda muito aquém do necessário para conduzir ações efetivas no sentido de prevenir, identificar e trabalhar com os casos de falsas memórias.

Também pouco tem se lançado mão da prática interdisciplinar. Ainda que estudos dessa natureza tenham sido intensificados, a prática ainda está muito distante

disso, sendo a grande maioria dos casos, fechada ao contexto jurídico, sem que se utilize das possibilidades, por exemplo, do uso da Psicologia do Testemunho.

Outra ideia a fim de reduzir a incidência de falsas memórias no decorrer do processo penal, em relação à confiabilidade de uma prova, é realizar investimentos mais severos em tecnologia, como por exemplo, a instalação de câmeras no exercício de tarefas policiais, com o intuito da filmagem servir como base para as testemunhas, diminuindo assim o risco de produção de falsas memórias, em especial, por razão da influência do lapso temporal entre o fato e o testemunho.

O testemunho, muito utilizado na prática forense brasileira, tem sido bastante contestado, especialmente quando utilizado exclusivamente e se reduz ainda mais sua confiabilidade quando se reconhece a incapacidade de estruturar o desenvolvimento dos processos de forma a proteger a testemunha e identificar possíveis falsas memórias que podem, influenciar diretamente no resultado processual. A neurociência tem apontado para a incapacidade de o ser humano controlar e conduzir suas memórias, apontando que essa construção é um processo inconsciente e espontâneo, não tendo a pessoa capacidade para o livre arbítrio.

De positivo temos os estudos, o início de um desenvolvimento de ações multi e interdisciplinares, o interesse de doutrinadores e profissionais do direito e algumas ações estatais em prol de trazer informações e possibilidades de atuação forense para dar qualidade ao processo penal e fomentar as decisões justas e equânimes.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Claudio do Prado. **Princípios Penais: da Legalidade à Culpabilidade**. São Paulo: IBCCRIM, 2003.
- AQUINO, Jose Carlos G. Xavier. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 1995.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Carmargo. **Da Prova no Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
- BALDASSO, F.; ÁVILA, G. N. A Repercussão do Fenômeno das Falsas Memórias na Prova Testemunhal: uma análise a partir dos Julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal (RBDPP)**, v. 4, p. 317-409, 2018. Disponível em: <http://index.pkp.sfu.ca/index.php/record/view/691295>. Acesso em: 06 out. 2018.
- BRASIL. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Assuntos Legislativos (SAL); Ipea, 2015. 104p. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 05 out. 2018.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 44. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BRASIL. Presidência da República. **Código de Processo Penal**, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 08 out. 2018.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CINTRA, Antônio; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido. **Teoria Geral do Processo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- CORDERO, Franco; GUERRERO, Jorge (Trad.). **Procedimiento Penal**. v. II. Bogotá: Temis, 2000.
- CRESPO, Eduardo Demetrio. Compatibilismo Humanista: Uma Propuesta de Conciliación Entre Neurociencias Y Derecho Penal. IN CRESPO, Eduardo Demetrio; CALATAYUD, Manuel Maroto; **Neurociencias y Derecho Penal Nuevas perspectivas em el âmbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad**. Montevidéo - Buenos Aires, 2013.

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

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

DIAS, Jorge De Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Primeiro volume, Coimbra Editora, Coimbra, 1981.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra Editora, 1974.

DIECKMANN, P.et al. Prospective memory failures as an unexplored threat to patient safety: results from a pilot study using patient simulators to investigate the missed execution of intentions. **Ergonomics**, v. 49, n. 5-6, p. 536-543, abr. 2006.

FELDMAN, R. S. **Compreender a psicologia**, Portugal: McGraw Hill, 7, 2001.

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

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e técnicas da pesquisa social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2009. 175p.

GREGO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Trad. Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2012.

KHAN, Azizuddin; SHARMA, Narendra. K.; DIXIT, Shikha. Cognitive Load and Task Condition in Event- and Time-Based Prospective Memory: An Experimental Invesetigation. **The Journal of Psychology**, v. 142, n. 5, p. 517-531, set. 2008.

LARNER, A. J. **Neuropsychological neurology: the neurocognitive impairments of neurological disorders**. Cambridge: University Press, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. Volume Único. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva. 2013.

LOPES JR, Aury; DI GESU, Cristina Carla. Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em Busca da Redução de Danos. **Revista de Estudos Criminais**. Abr./Jun. de 2007. Disponível em:

<https://bdjur.tjdft.jus.br/xmlui/handle/123456789/10798?show=full>. Acesso em: 07 out. 2018.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A lógica das provas em Matéria Criminal**. Campinas: Bookseller, 2004 (Paolo Capitanio - Tradutor).

MAZZONI, Giuliana; SCOBORIA, Alan. False memories. In: DURSO, F. T. et al. (edit.), **Handbook of Applied Cognition** 2. ed, 2007, pp. 787-813.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar: como o inconsciente influencia nossas vidas**. Trad. Cláudio Carina. 1 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

NETTO, Maria T. et al. Sistemas de memória: relação entre memória de trabalho e linguagem sob uma abordagem neuropsicolinguística. **Revista Neuropsicologia Latinoamericana** v. 3, n. 3, p. 34-39, 2011. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/pdf/rnl/v3n3/v3n3a05.pdf>. Acesso em: 02 out. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed., São Paulo: Atlas, 2015.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **Direito Processual Civil Contemporâneo**. v. 2, São Paulo: Saraiva, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da. **Variáveis ocultas e efeito borboleta na decisão penal**. Disponível em “<http://www.conjur.com.br/2014-mar-22/diario-classe-variaveis-ocultas-efeito-borboleta-decisao-penal>”. Acesso em: 05 out. 2018.

SANTOS, R.; STEIN, L. A influência das emoções nas falsas memórias: uma revisão crítica. **Psicologia USP**, v. 19, n. 3, p. 415-434, 2008. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/41971>. Acesso em: 06 out. 2018.

SENE, Arthur. S.; LOPES, Ederaldo. J.; ROSSINI, Joaquin. C. Falsas memórias e tempo de reação: estudo com o procedimento de palavras associadas. **Psychologica**, v. 57, p. 25-40, 2014. Disponível em: <http://impactum-journals.uc.pt/psychologica/article/view/2068>. Acesso em: 04 out. 2018.

SILVA, Ovídio Baptista da. **Curso de Processo Civil**. v. 1, Tomo I: processo de conhecimento. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

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

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram?. **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**, Umuarama, PR, v. 5, n.2, p. 179-185, 2001. Disponível em:

<http://revistas.unipar.br/index.php/saude/article/view/1124/987>. Acesso em: 02 out. 2018.

STERNBERG, Robert J. **Psicologia Cognitiva**. Editora Artmed - Porto Alegre: 4. ed. 2008. Psicologia Cognitiva. Porto Alegre: Editora Artmed, 2008.

TARUFFO, Michele. **La prueba de los hechos**. Trad. de Jordi Ferrer Beltrán. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**, 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

WILSON, Barbara A. **Reabilitação da Memória**. Integrando Teoria e Prática. Porto Alegre: Artmed, 2011.