



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA - UNB
FACULDADE DE DIREITO - FD

VINÍCIUS DRUMMOND SILVA ARAÚJO

**A CONFIABILIDADE DA MEMÓRIA COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL: falsas memórias e seus desdobramentos.**

BRASÍLIA

2018

VINÍCIUS DRUMMOND SILVA ARAÚJO

**A CONFIABILIDADE DA MEMÓRIA COMO PROVA NO
PROCESSO PENAL: falsas memórias e seus desdobramentos.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Malthus Fonseca Galvão.

Brasília
2018

Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito - FD

VINÍCIUS DRUMMOND SILVA ARAÚJO

**A CONFIABILIDADE DA MEMÓRIA COMO PROVA NO PROCESSO PENAL:
falsas memórias e seus desdobramentos.**

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, como parte dos requisitos para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Malthus Fonseca Galvão

Banca Examinadora:

Malthus Fonseca Galvão - Orientador

Vallisney de Souza Oliveira - Examinador

Rafael de Deus Garcia - Examinador

Brasília
2018

RESUMO

Este trabalho propõe uma análise de como a memória pode ser frágil, corruptível e inconsistente, e como essas características atribuídas à memória podem influenciar em processos em que a lembrança é a principal prova do fato ocorrido. A presente pesquisa pode ser dividida em três partes: a primeira é uma introdução a memória propriamente dita, seus aspectos biológicos e as falhas que podem ocorrer a partir da tentativa de recordar os mais diversos eventos; a segunda parte do trabalho é formada por considerações sobre aspectos relevantes do processo penal, características importantes para contextualizar a problemática das falsas memórias dentro do processo e, por fim, busca-se demonstrar as variáveis que geram a falta de confiabilidade da prova fundada na memória.

Palavras-chave: Memória. Confiabilidade. Falsas Memórias. Processo Penal.

ABSTRACT

This work proposes an analysis of how memory can be fragile, corruptible and inconsistent, and how these characteristics attributed to memory can influence processes in which memory is the main proof of the fact. The present research can be divided into three parts: the first is an introduction to memory itself, its biological aspects and the failures that can occur from the attempt to remember the most diverse events; the second part of the work is formed by considerations about relevant aspects of the criminal process, important characteristics to contextualize the problematic of the false memories within the process and, finally, it is sought to demonstrate the variables that generate the lack of reliability of the evidence founded in the memory.

Key-words: Memory. Reliability. False Memories. Criminal Process.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 A MEMÓRIA	8
1.1 Considerações Preliminares	8
1.2 O conceito de memória	8
1.3 A Codificação	9
1.4 A consolidação da memória	10
1.5 A recordação	12
1.6 Falsas Memórias	13
<i>1.6.1 Conceito de falsas memórias</i>	13
<i>1.6.2 Abordagem teórica das falsas memórias</i>	15
2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA E O PROCESSO PENAL	19
2.1 Conceito e finalidade da prova	19
2.2 Meios de prova	19
2.3 O ônus da prova	20
2.4 Poder inquisitivo do juiz	21
2.5 Apreciação e valoração da prova	22
2.6 A prisão preventiva	24
<i>2.6.1 A presunção de inocência versus a garantia da ordem pública</i>	25
3 A CONFIABILIDADE DA MEMÓRIA COMO PROVA	29
3.1 A prova testemunhal	29
3.2 Das perguntas ao ofendido	31
3.3 Reconhecimento de pessoas e coisas	32
3.4 A contaminação da prova fundada na memória	34
<i>3.4.1 O poder do sugestionamento</i>	34
3.4.1.1 - O sugestionamento externo	35
3.4.1.2 - O sugestionamento interno	38
3.5 Os principais fatores de contaminação da prova oral	40
3.6 Medidas para redução de danos	43
<i>3.6.1 Entrevista Cognitiva</i>	43
CONCLUSÃO	47
REFERÊNCIAS	49

INTRODUÇÃO

As pessoas costumam acreditar que a memória funciona como uma câmera fotográfica, mas não é porque temos olhos por onde entram a luz, ouvidos que captam o som e uma espécie de disco rígido que trabalhamos da mesma maneira, as semelhanças com o equipamento acabam por aqui. Portanto, não é possível comparar a fidelidade dos arquivos de uma câmera de monitoramento com a lembrança do segurança da empresa sobre um assalto.

Não é incomum que na investigação e, posteriormente, no julgamento de certos crimes, os profissionais envolvidos encontrarem dificuldades em localizar vestígios que comprovem a autoria e a materialidade daquele delito, por exemplo, em situações de abuso sexual na infância, de roubos e homicídios em que não foi possível encontrar a arma do crime, impressões digitais, amostras de D.N.A e nenhuma outra prova materialmente substancial que possa atribuir a autoria do crime a alguém. É provável que a vítima ou testemunha possa tentar indicar o autor do crime baseado na sua lembrança do evento, mas até que ponto as declarações e os retratos falados podem servir como prova de que as coisas ocorreram da forma narrada ou que aquela pessoa descrita foi a responsável pelos atos a ela imputados?

São casos assim que despertaram a curiosidade de como a ciência explica os mais diversos fenômenos que podem influenciar a memória das pessoas, especialmente as falsas memórias, e como essa informação é valorada pelos operadores do Direito dentro do processo penal.

Busca-se com esse trabalho a inclusão de mais uma variável a ser considerada no trabalho dos juízes, delegados, promotores, advogados, psicólogos e todos os demais profissionais que lidam direta ou indiretamente com as situações propostas ao longo deste projeto.

Dessa forma, a análise da confiabilidade da memória no processo penal contará com duas partes que se complementam e formam uma terceira, uma mais voltada para a neurociência e psicologia cognitiva, em que os conceitos e as variantes sobre a memória são apresentados, e a segunda parte utiliza aspectos do processo penal de grande relevância para o tema, e combinado com as premissas desenvolvidas no início do trabalho, constrói um terceiro e último capítulo multidisciplinar.

1 A MEMÓRIA

1.1 Considerações Preliminares

Grande parte das pessoas já experimentaram algo do tipo: um mesmo evento é relembrado de maneira diferente por pessoas diversas que o presenciaram. Aliado a isso, uma palestra do TED¹ com a pesquisadora Elizabeth Loftus foi especialmente intrigante, nesta palestra ela apresentou um caso em que a identificação visual da vítima encarcerou por vários anos um homem inocente, ademais, a pesquisadora possui estudos que indicam a possibilidade de se implantar memórias falsas nas pessoas. Desse modo, é possível manipular, mesmo sem querer, a lembrança de alguém. Esse tipo de memória, quando se refere a um crime e relatada na frente de um juiz ou delegado, pode levar alguém inocente para a prisão. Esse alguém pode ser qualquer pessoa, inclusive você, caro leitor.

1.2 O conceito de memória

Quando falamos em memória, é comum pensar nas lembranças do passado, de eventos felizes ou tristes e inúmeras outras coisas que ficaram para trás, contudo, a memória é passado, presente e futuro. Além dos genes que nos diferenciam biologicamente dos demais animais e dos indivíduos da nossa própria espécie, as experiências que cada um de nós enfrentamos durante a vida nos moldam e nos constituem. E, a partir do que já somos, dos nossos conceitos, medos, habilidades e interesses, tomaremos todas as decisões que estão por vir. “*A memória é essencial não apenas para a continuidade da identidade individual, mas também para a transmissão da cultura e para a evolução e a continuidade das sociedades ao longo dos séculos*”.²

Nas palavras do professor Izquierdo, a “*memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações*”.³ Ainda seguindo o seu raciocínio, as pessoas somente têm a capacidade de lembrar daquilo que gravou, aquilo que foi aprendido, desse modo, podemos chamar a aquisição de aprendizado e a evocação, por sua vez, é chamada de recordação.⁴

¹ O TED é uma organização sem fins lucrativos dedicada a disseminar idéias, geralmente na forma de conversas curtas e poderosas (18 minutos ou menos). O TED começou em 1984 como uma conferência em que Tecnologia, Entretenimento e Design convergiam, e hoje abrange quase todos os tópicos - de ciência a negócios a questões globais - em mais de 100 idiomas. Enquanto isso, os eventos do TEDx, administrados independentemente, ajudam a compartilhar ideias em comunidades do mundo todo. Disponível em: <<https://www.ted.com/>>.

² KANDEL, 2006, p.20.

³ IZQUIERDO, 2014, p.13.

⁴ IZQUIERDO, 2014, p.13.

Em relação à memória, a psicologia cognitiva enfatizava a necessidade de distinção entre as etapas necessárias para a sua criação, são elas: “[...] a codificação ou a introdução na memória, armazenamento de informação e evocação da memória. Isso resultou na proposta de três amplos tipos de memória: memória sensorial, memória de curta e longa duração”.⁵

Todos esses processos só são possíveis graças aos neurônios e às sinapses. As mais diversas informações que são captadas pelo cérebro formam um circuito neural, que consiste na ativação de neurônios por esse estímulo, essas informações podem ser retidas por mais tempo caso sejam reforçadas.

1.3 A Codificação

A codificação, também chamada de aquisição, se refere ao primeiro estágio na formação de uma memória, ou seja, envolve o contato com a informação e a sua absorção pelo sujeito por meio dos sentidos. Os estímulos que o ambiente oferece podem ser de natureza visual, olfativa, gustativa, tátil, auditiva ou proprioceptiva. Esse tipo de anexação de informações é chamado de memória sensorial.

A memória sensorial é de curtíssima duração, da ordem de poucos segundos, e, dependendo do sentido por ela captado, pode durar mais ou menos tempo, como é o caso da memória icônica, visual, e a memória ecóica, auditiva,⁶ uma imagem permanece na memória sensorial por milissegundos, enquanto um odor pode ficar retido por alguns segundos.⁷ Ademais, a memória sensorial possui grande capacidade de retenção de informação, apesar da informação não durar mais que alguns poucos segundos, é um fenômeno pré-consciente, visto que não há raciocínio imediato sobre as informações trazidas pelos sentidos, e não geram alterações funcionais, tampouco morfológicas nas sinapses, visto que se trata de um fenômeno meramente elétrico.⁸

Podemos destacar, também, a chamada memória de trabalho, que segundo Baddeley é um “*sistema de memória que serve de base à nossa capacidade de “manter as coisas em mente” ao realizarmos tarefas complexas*”.⁹ Já Izquierdo conceitua a memória de trabalho como um mecanismo de gerenciamento da realidade, que contextualiza as informações recebidas e

⁵ BADDELEY, ANDERSON & EYSENCK, 2011, p. 29.

⁶ BADDELEY, ANDERSON & EYSENCK, 2011, p.19 a 21.

⁷ GRIIGGS, 2009, p. 174.

⁸ IZQUIERDO, 2014, p. 69.

⁹ BADDELEY, ANDERSON & EYSENCK, 2011, p.22.

determina se essa nova informação será retida em uma nova memória ou não, caso esse tipo de *data* já tenha sido constituída anteriormente.¹⁰

A memória de trabalho possui curta duração, poucos segundos, e capacidade limitada, é possível guardar aproximadamente sete itens. Um exemplo de como esse tipo de memória atua pode ser visto quando perguntamos o número da pizzaria, conseguimos reter aquela informação composta normalmente de oito dígitos por tempo suficiente para realizar a ligação, e logo depois é esquecida. Outra grande amostra da memória de trabalho em ação é durante a leitura de um texto, em que a contextualização e a retenção das palavras anteriores são primordiais para o entendimento do texto como um todo, mesmo que não se possa lembrar a palavra lida na linha anterior.¹¹ Vale ressaltar que, assim como a memória sensorial, a memória de trabalho não gera alterações bioquímicas relevantes, pois trabalha somente com a atividade elétrica dos neurônios.

1.4 A consolidação da memória

A consolidação diz respeito ao processo de armazenagem da informação captada pelos sentidos, ou seja, é responsável pela fixação da informação pelo tempo que julgar necessário. A principal parte do cérebro responsável pela consolidação é o hipocampo, pacientes com lesões no hipocampo podem ter dificuldades para aprender coisas novas, visto que o seu processo de consolidação foi prejudicado, esse foi o caso do “paciente H.M.”.

Henry Gustav Molaison, conhecido como paciente H.M., foi muito importante para o desenvolvimento dos conhecimentos atuais sobre a memória. Henry sofria com epilepsias e por isso foi submetido a uma cirurgia que retirou o seu hipocampo, contudo, na época pouco se sabia sobre a função do hipocampo. Após a cirurgia, observou-se que H.M. se lembrava de acontecimentos distantes, sabia quem era e preservou habilidades que já havia aprendido antes da cirurgia, porém, havia perdido a capacidade de aprender coisas novas. Apesar de conseguir ler um livro ou notícias em um jornal, esquecia de tudo poucos minutos depois. Esse fenômeno é chamado de amnésia anterógrada.¹²

Como foi demonstrado anteriormente, a memória sensorial pode ser considerada de curtíssimo prazo, enquanto a de trabalho perdura por um pouco mais de tempo, porém, também existem as memórias que são retidas por várias horas ou dias, enquanto determinadas

¹⁰ IZQUIERDO, 2014, p.28.

¹¹ IZQUIERDO, 2014, p.29.

¹² É possível saber um pouco mais sobre essa fascinante história no link: http://www2.uol.com.br/vivermente/reportagens/henry_gustav_molaison_-_o_homem_sem_lembrecas.html

lembranças podem perdurar por uma vida inteira. Há muito tempo a literatura usa a classificação de memória de curto prazo e memória de longo prazo para se referir às informações que são armazenadas por mais ou menos tempo no cérebro.

O processo de consolidação acontece simultaneamente com a codificação (aquisição), pois, por exemplo, enquanto estamos em uma conversa, escutamos as palavras proferidas pelo locutor e as armazenamos ao mesmo tempo. Mas uma coisa é certa, nós não armazenamos todas as informações captadas por nossos sentidos, existem barreiras quantitativas, como no caso da memória de trabalho, e outras como a falta de atenção e estado emocional, por exemplo.

De acordo com Izquierdo, memórias declarativas de natureza mais simples, causam pouca ou nenhuma alteração funcional ou morfológica nas sinapses e tem curta duração, como ocorre na memória sensorial e de trabalho. Contudo, as memórias complexas, por sua vez, geram alterações funcionais e morfológicas das sinapses, como é o caso das memórias de longa duração.¹³ Em suas próprias palavras, “[...] as memórias consistem na modificação de determinadas sinapses de distintas vias, que incluem o hipocampo e suas principais conexões.”¹⁴

O processo de consolidação não é instantâneo, as memórias de longa duração demoram várias horas para serem completamente consolidadas, e “*Nas primeiras horas após sua aquisição, são lábeis e suscetíveis à interferência por numerosos fatores, desde traumatismos cranianos ou eletrochoques convulsivos até uma variedade enorme de drogas ou mesmo, à ocorrência de outras memórias*”.¹⁵

É importante destacar que o sono também tem um papel fundamental no processo de consolidação de novas memórias, o que é uma má notícia para os estudantes que viram a noite antes de alguma prova. O período de sono tem se mostrado essencial para o bom funcionamento das funções cognitivas, a privação de sono impossibilita o cérebro de realizar uma espécie de *reboot*, uma reinicialização. Da mesma forma que dormir é importante para a armazenamento de informações, é igualmente importante para o esquecimento das informações que não serão consolidadas, ocorrendo uma espécie de limpeza noturna, o que abre caminho para novas memórias.¹⁶

Saber que o processo de armazenamento de informações leva um tempo considerável e que durante esse tempo a memória é suscetível à interferências, é de especial importância para

¹³ IZQUIERDO, 2014, p.69.

¹⁴ IZQUIERDO, 2014, p.69.

¹⁵ IZQUIERDO, 2014, p.40.

¹⁶ MOURÃO & ALBERTO, 2010, p.164.

realizar a análise que este trabalho propõe, e que ajudará a entender o fenômeno das falsas memórias.

1.5 A recordação

A recordação ou evocação, é o último processo para a criação de uma memória, e consiste na recuperação da informação previamente armazenada. Alguns autores como Mourão Júnior (2010) preferem dizer que a memória se refere mais especificamente ao processo de armazenagem da informação, enquanto todo o processo que foi demonstrado até aqui, aquisição, consolidação e evocação, seria melhor descrito como aprendizagem. Ademais, explica o autor que: *“Só podemos dizer que realmente aprendemos uma determinada informação se essa informação tiver sido adquirida, consolidada, armazenada e puder ser evocada”*.¹⁷

A evocação, assim como ocorre na consolidação, pode encontrar certos obstáculos para trazer à tona as informações armazenadas. Como explica o professor Izquierdo:

*No momento da evocação, o cérebro deve recriar, em instantes, memórias que levaram horas para ser formadas. Às vezes, a evocação está inibida por mecanismos variados (“tenho o nome na ponta da língua, mas não consigo lembrar”), mas quando eventualmente essa inibição é superada, a evocação ocorre rapidamente, às vezes em forma muito detalhada.*¹⁸

Especialmente durante a graduação, é muito comum que os estudantes ao apresentarem seminários ou ao serem submetidos a avaliações orais “esqueçam” do conteúdo que tinham estudado. Isso pode acontecer por diversos fatores, se o aluno não se preparou devidamente para a avaliação e acabou estudando na noite anterior, teve pouco ou nenhum período de sono, é possível que a consolidação das informações tenha sido prejudicada e ele simplesmente não consegue se recordar daquilo que não foi devidamente armazenado. Contudo, pode ocorrer que o discente tenha se preparado bem para o teste, estudado com antecedência, reforçado as informações durante vários dias antes da apresentação e mesmo assim ter o famoso “branco”. Isso normalmente ocorre com pessoas que tem medo de falar em público, por exemplo. As descargas de hormônios causada pelo medo e ansiedade é um dos mecanismos que inibe a evocação. Como pontua Izquierdo, *“os estados de ânimo, as emoções, o nível de alerta, a ansiedade e o estresse modulam fortemente as memórias”*.¹⁹

¹⁷ MOURÃO & ALBERTO, 2010, p.164.

¹⁸ IZQUIERDO, 2014, p. 86.

¹⁹ IZQUIERDO, 2014, p. 96.

Outrossim, um ponto de grande relevância sobre a evocação e para o desenvolvimento do tema proposto é o fato que ao recordarmos de uma lembrança, essa lembrança pode sofrer modificações ou como pontua o professor Izquierdo: “*A evocação também planta as sementes de sua própria reconsolidação [...] Se, por um lado, sua repetição na ausência do reforço tende a levar à extinção, por outro, a simples reativação da memória pode levar a sua reconsolidação*”.²⁰ Portanto, existe a possibilidade de modificação do teor da memória com a inclusão de detalhes que não estavam presentes anteriormente, essa deformação no conteúdo das memórias propicia o surgimento das falsas memórias. Nessa esteira, é possível afirmar que quando ocorre a evocação de uma memória, ele passa novamente por uma “tradução”, e, durante esse processo, é natural que se perca ou adicione alguma informação, causando certa distorção em relação à lembrança “original”.²¹

1.6 Falsas Memórias

1.6.1 Conceito de falsas memórias

Como foi demonstrado, a memória é um artifício evolutivo fascinante, a simplicidade de sua abordagem cotidiana não faz justiça à complexidade de seus processos cerebrais, muitos destes ainda desconhecidos pela ciência. É fato que quanto mais complexo é um processo, maiores são as chances de ocorrer algum problema, e este pode gerar um efeito cascata, ainda mais quando se trata de processos interdependentes baseados em redes neurais.

As falsas memórias têm atraído a atenção de pesquisadores desde o século passado, segundo Stein (2011), os pesquisadores europeus foram pioneiros no estudo das falsas memórias e, em 1881, Theodule Ribot utilizou pela primeira vez o termo “falsa memória”, isso para se referir ao caso de Louis em Paris, um homem que afirmava que lembrava de eventos que nunca aconteceram. O estudo das falsas memórias alcançou até mesmo Sigmund Freud, relacionando o fenômeno das falsas memórias com a sua teoria da repressão, que indicava que as pessoas evitavam pensamentos de eventos de situações desagradáveis vividas por elas, chegando ao ponto de alocar essas lembranças em um local profundo do inconsciente.

As falsas memórias são distorções inconscientes da lembrança que podem ser causadas por um meio externo ou interno, sendo assim, as falsas memórias podem ser espontâneas ou sugeridas.²² É importante destacar que as falsas memórias são fenômenos involuntários, a

²⁰ IZQUIERDO, 2014, p. 90.

²¹ MOURÃO & ALBERTO, 2010, p. 174.

²² STEIN, 2011, p. 25.

distorção voluntária da memória trata-se da mentira. A mentira não se confunde com as falsas memórias na medida em que a pessoa que sustenta aquela versão acredita realmente que sua recordação, apesar de falsa, aconteceu daquela maneira. O que, como veremos adiante, é um problema potencial para o Direito.

Os estudos pioneiros acerca das falsas memórias tratavam do poder da sugestibilidade sobre a memória, isto é, a inserção e a recordação de informações falsas, que podem ser de origem interna ou externa ao indivíduo, este que acredita serem verdadeiras as lembranças contaminadas. Alfred Binet (1900) foi um dos grandes estudiosos das falsas memórias, uma das contribuições de seu trabalho foi a distinção do sugestionamento na memória quanto a sua origem. O sugestionamento foi dividido em duas categorias: memórias autossugeridas, provenientes de uma fonte inerente ao próprio sujeito, e memórias deliberadamente sugeridas, a origem do sugestionamento é externo ao indivíduo. Posteriormente, se estabeleceu a categorização entre falsa memória espontânea e sugerida.²³

Binet na França e Stern na Alemanha conduziram experimentos acerca das falsas memórias com crianças, os testes consistiam em pedir para que as crianças memorizassem uma determinada quantidade de objetos, posteriormente, os participantes eram questionados sobre os objetos. O teste de memória era feito de duas formas, O primeiro era baseado na recordação livre, ou seja, com perguntas objetivas de sim ou não, e a segunda forma era constituída de perguntas sugestivas. Os resultados indicaram que as perguntas feitas em sede de recordação livre obtiveram um índice de acertos alto, em contrapartida, as perguntas sugestivas fizeram com que os participantes do estudo errassem mais respostas.

Entre os estudos feitos com adultos se destaca Bartlett (1932), ele demonstrou que as expectativas e crenças individuais influenciavam a compreensão e as lembranças das pessoas. O seu experimento clássico é conhecido como "*The War of the Ghosts*", consistiu na apresentação de uma lenda americana repleta de regionalismos e traços distintos para alunos ingleses. Os alunos tiveram que ler a lenda duas vezes, e após a leitura foram submetidos a testes de memória que pediam para que a estória fosse reproduzida por escrito, foram aplicados testes alguns minutos após a primeira leitura, horas, dias e, por fim, passados anos da leitura da lenda. De posse dos resultados, Bartlett chegou à conclusão de que a memória, mais especificamente a evocação, é nutrida com as experiências de vida de cada indivíduo, isso porque, durante a reprodução da estória pelos participantes do estudo, foram adicionados fatos que não pertenciam à lenda original, mas eram parte da cultura e das experiências dos próprios

²³ STEIN, 2011, p. 23.

alunos, lacunas na memória eram preenchidas a partir dos traços identitários de cada pessoa responsável por redigir a história. “*Por exemplo, ainda que na lenda original o texto relatasse que “dois jovens tinham ido caçar focas”, no teste de memória muitos alunos lembravam ter lido que dois jovens tinham ido pescar*”.²⁴

1.6.2 Abordagem teórica das falsas memórias

Dentre os estudos sobre falsas memórias, três modelos teóricos principais se destacam na tentativa de explicar esse fenômeno, são elas: a Teoria Construtivista, Monitoramento da Fonte e Teoria do Traço Difuso.

A Teoria Construtivista propõe que a memória é composta por um único sistema, visto que as memórias verdadeiras e as falsas pertencem a uma mesma estrutura e ambas passam pelos mesmos processos de codificação e consolidação. Aduz que a memória é constituída com base no significado, que é um quesito subjetivo e baseado nas experiências individuais de cada pessoa. Além disso pontua que há interpretação do evento ou informação na construção da memória. Nesse sentido, esclarece Stein que “*Na tentativa constante de entender o que é visto, ouvido e sentido, os indivíduos reconstroem o significado de suas vivências*”.²⁵ Ainda nessa esteira, de acordo com Huang:

*A interpretação faz o oposto da abstração, ela enriquece o item a ser lembrado acrescentando detalhes construídos de esquemas cognitivos prévios. O princípio da integração refere-se ao processo de assimilação de informação nova com o esquema já pré-existente. Ela indica que tanto a memória verídica quanto a falsa são armazenadas em uma mesma estrutura, sofrendo o mesmo processamento de codificação e armazenamento. Este princípio é o que representa melhor a idéia das teorias construtivistas, de que existem apenas um processo e uma estrutura responsável na produção de memórias tanto falsas, quanto verídicas.*²⁶

A Teoria Construtivista possui algumas limitações e foi bastante criticada, especialmente quanto à proposta de que somente uma memória é constituída sobre a experiência e em relação à perda de informações literais devido ao processo de interpretação das informações.

A Teoria do Monitoramento da Fonte começou a ser desenvolvida a partir dos anos 70, quando Marcia Johnson e parceiros promoveram pesquisas sobre a confiabilidade da memória proveniente das diversas fontes sensoriais como, por exemplo, a visão, audição e olfato, assim como foi exposto no tópico sobre a memória sensorial. A fonte, a qual se refere a teoria, é o lugar, pessoa ou situação que originou a informação. A teoria aponta que as falsas memórias

²⁴ STEIN, 2011, p. 24.

²⁵ STEIN, 2011, p. 24.

²⁶ HUANG, 2009, p. 7.

são resultado de um erro de julgamento de atribuição ao evento original na memória,²⁷ ou seja, as falhas no monitoramento da fonte de nossas memórias desencadeariam as falsas memórias.²⁸ De acordo com essa teoria, os erros de memória acontecem em dois momentos distintos e de grande importância, são eles: durante a codificação da informação e no período da tomada de decisão, momento em que se decidia as regras de recuperação.²⁹ Um exemplo bem simples de erro do monitoramento da fonte ocorre quando uma pessoa acredita que seu cônjuge lhe entregou a sua carteira enquanto estavam em casa, quando na realidade a sua carteira foi entregue dentro do carro. Nesse caso, o erro da fonte foi referente ao lugar, desse modo, pode-se dizer que a fonte da memória foi erroneamente atribuída. As situações que demandam uma rápida atribuição da fonte da informação estão mais sujeitas a ocorrências de falsas memórias, “[...] já que a atenção está focada em outros aspectos da tarefa que está sendo executada. Situações em que se realizam simultaneamente duas ou mais tarefas prejudicam o armazenamento e, conseqüentemente, a recuperação de uma informação específica”.³⁰

As críticas contra a Teoria do Monitoramento da Fonte são, especialmente, em relação ao fato de se tratar de um modelo de julgamento e tomada de decisões sobre a fonte da memória recuperada, e nem toda falsa memória é originada por erros de julgamento.³¹ Desse modo, esta teoria se limita às falsas memórias de informações sobre a fonte. Outra crítica sobre a teoria é que ela, assim como a Teoria Construtivista, possui um caráter de processamento único da memória. E como esclarece Huang, “[...] verifica-se a dificuldade em explicar como apenas uma operação de julgamento consegue distinguir as informações verdadeiras das falsas, levando a crer em uma possível sobrecarga na operação do julgamento.”³²

A Teoria do Traço Difuso³³ é um modelo recente que busca explicar a ocorrência de falsas memórias, se desvencilhando das teorias apresentadas anteriormente, ela busca trabalhar nas falhas da Teoria Construtivista e da Teoria do Monitoramento da Fonte. A Teoria do Traço Difuso propõe que a memória de um acontecimento consiste de, no mínimo, dois sistemas independentes, chamados de “memória literal” e “memória essência”. A “memória essência” armazenaria o significado do evento ocorrido em termos mais gerais, a “memória literal” armazenaria a recordação dos aspectos específicos inerente àquela informação.³⁴ Por exemplo,

²⁷ HUANG, 2009, p. 10.

²⁸ STEIN, 2011, p.31.

²⁹ HUANG, 2009, p. 10.

³⁰ STEIN, 2001, p.32.

³¹ BRAINERD e REYNA, 2005.

³² HUANG, 2009, p. 11.

³³ BRAINERD, STEIN & REYNA, 1998.

³⁴ HUANG, 2009, p. 11.

a memória literal seria a responsável por lembrar que um determinado livro está em uma estante, já a memória essência retém o exato local da estante. Nessa esteira, de acordo com esse modelo, as falsas memórias surgem devido à diferença entre a representação da “memória literal” e da “memória essência”, além disso, foi proposta a hipótese de que a memória literal é mais vulnerável aos efeitos de interferência, sugestionamento interno e externo e, por outro lado, a “memória essência” seria mais sólida e consistente. Diferente dos modelos teóricos anteriores, na Teoria do Traço Difuso a “memória literal” e “memória essência” se originam do mesmo evento e são processadas em paralelo e independentemente, ou seja, trata-se de um processo dual, diferente do modelo unitário das teorias anteriores.³⁵

Mesmo a Teoria do Traço Difuso não está livre de críticas, como pontua Stein, a presente teoria possui três críticas principais:

A primeira delas diz respeito à dificuldade de avaliar casos em que as FM são resultado de processos mais abstratos e reflexivos que seriam explicadas pelo caráter difuso do traço de essência. Nesse mesmo sentido, a segunda crítica refere que pouco se explora à respeito dos erros subjacentes à confusão de memória para detalhes superficiais de duas fontes de informação.

A terceira e mais importante crítica questiona a divisão da memória em traços, ressaltando estudos em que há recuperação de detalhes perceptuais duradouros, fato esse que vai de encontro ao princípio de durabilidade dos traços literais, e de falsas recordações baseadas em aspectos semânticos e perceptualmente vívidos, fato que vai de encontro com o caráter difuso da teoria (Lindsay e Johnson, 2000). A respeito da última crítica, cabe ressaltar que o caráter extraordinário dos exemplos, é, portanto, uma exceção à regra básica de durabilidade dos traços de memória. Como esse fato também não foi explicado pelo Paradigma Construtivista ou pela Teoria do Monitoramento da Fonte, uma explicação alternativa foi encontrada na literatura sobre FM e é utilizada para explicar esse fenômeno pelos três paradigmas teóricos, qual seja, a Heurística da Distintividade, que é a tendência de recordar mais facilmente informações extraordinárias e rejeitar FM (Schacter, Israel e Racine, 1999). Segundo essa visão, a memória é recuperada com mais precisão quando um detalhe inesperado é observado em uma situação comum. Por exemplo, se no caso do taxista um dos assaltantes tivesse um sotaque inglês muito acentuado, provavelmente esse detalhe seria lembrado pelo fato de ser muito distinto para tal situação.³⁶

Por fim, pudemos observar o quão complexa é a memória, e como é possível que durante o processo de aprendizagem (aquisição, consolidação e evocação) ocorram algumas falhas. Como foi demonstrado, a falibilidade da memória pode ser de origem interna ou de origem externa ao indivíduo, pouco pode ser feito em relação às variáveis internas que geram as falsas memórias, porém, ter conhecimento da sua existência e funcionamento deve aumentar o nível de atenção dos profissionais que eventualmente possam se deparar com elas. Por outro lado, a sugestionabilidade externa pode ser causada por esses próprios profissionais, é preciso entender que assim como a cena de um crime tem que ser isolada para que pessoas não possam

³⁵ STEIN, 2011, p.34.

³⁶ STEIN, 2011, p. 36.

contaminá-la e atrapalhar as investigações, a memória também demanda cuidado, o mesmo cuidado que um perito tem com a cena e os objetos de um crime, tem que ser aplicado quando se investiga o cérebro.

2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA E O PROCESSO PENAL

2.1 Conceito e finalidade da prova

O processo penal trabalha em sua essência com fatos pretéritos, nesse contexto, a prova é o instrumento de ligação do presente com o passado. Como esclarece Greco Filho: “*A prova é todo elemento que pode levar o conhecimento de um fato a alguém. O direito processual regula os meios de prova, que são os instrumentos que trazem os elementos de prova aos autos*”.³⁷

No escopo deste trabalho, é bem proveitoso o conceito de prova proposto por Di Gesu, que aduz que: “*Provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com o aproveitamento de chances, liberação de cargas a assunção de risco de uma sentença desfavorável*”.³⁸

Desse modo, podemos inferir que a finalidade da prova dentro do processo penal é de promover a convicção do magistrado sobre os fatos alegados pelas partes, para que assim seja possível alcançar uma sentença, ou seja, o juiz é o destinatário da prova. O juiz, por sua vez, baseado nas provas trazidas ao processo, exerce o seu livre convencimento motivado.

A prova pode surgir de várias fontes diferentes e envolve profissionais das mais diversas áreas, isto é, a produção da prova é marcada pela sua interdisciplinariedade. Dessa forma, não se pode dizer que conhecimentos básicos em psicologia, neurociência e medicina legal, dentre outras tantas disciplinas, não influenciam na qualidade e efetividade tanto da produção da prova, quanto da apreciação das provas pelo julgador.

2.2 Meios de Prova

De acordo com Greco Filho: “*Meios de prova são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato*”.³⁹

O Código de Processo Penal Brasileiro prevê os seguintes meios de prova:

- a) quando o crime deixa vestígios é obrigatório o exame de corpo de delito e outras perícias (arts. 158 a 184);
- b) o interrogatório do acusado na presença de seu defensor (arts. 185 a 196);
- c) a confissão (arts. 197 a 200);
- d) as perguntas ao ofendido (art. 201);

³⁷ GRECO FILHO, 2015, p. 220.

³⁸ DI GESU, 2014, p.29.

³⁹ GRECO FILHO, 2015, p. 222.

- e) as testemunhas (arts. 202 a 225);
- f) o reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228);
- g) a acareação (arts. 229 e 230);
- h) os documentos (arts. 231 a 238);
- i) os indícios (art. 239);
- j) a busca e apreensão (arts. 240 a 250).⁴⁰

Outrossim, vale ressaltar que os meios de prova enumerados acima, se observadas as disposições do Código de Processo Penal e da Constituição Federal, são tidos como meios de prova lícitos, portanto, também existem os meios de prova ilícitos como explicitado na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LVI, dita que: “[...] são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.⁴¹ A ilicitude da prova decorre da falta de previsão legal, que assim foi decidido pelo legislador devido à imoralidade ou impossibilidade da produção probatória. Apesar da vedação da prova ilícita, a doutrina e, em alguns poucos casos, a jurisprudência pode aceitar esse tipo de prova, um caso possível é na hipótese de que o bem jurídico tutelado ser de maior valor do que o bem jurídico afetado pela obtenção da prova ilícita.⁴² Sobre o tema pontua Mendroni:

Existem, conforme o nosso entendimento, duas situações em que as provas apresentadas, embora consideradas “nulas”, possam ser validadas, tomando parte nos autos e servindo de fundamento para a Sentença. São elas:

1)em caso de alta pré-valorização pró-réu, nos casos em que aquela prova demonstra, a princípio, que a acusação é injusta, pela inexistência do fato criminoso ou pela afastamento claro da autoria em relação ao acusado; e

2)pela aplicação do Princípio da Proporcionalidade Constitucional, esse normalmente contrário ao interesse do réu. Se por um lado é certo que o processo deve ter regras, não podendo se expandir muito além dos regramentos sob pena das regras perderem essa característica em face do exacerbado número de exceções, também parece justo imaginar que o processo é instrumento a ser utilizado para a realização da justiça, e não de injustiça. No momento em que se verifique que a rigidez das regras o leva ao sentido oposto, urge fazer valer o bom-senso, impedindo que a verdade processual se transforme em “falsa” verdade real e altere de forma irreparável a situação jurídica.⁴³

2.3 O ônus da prova

O Código de Processo Penal dispõe em seu artigo 156 que: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício”,⁴⁴ esta é a única regra referente ao ônus da prova em todo o código, a teoria do ônus da prova mais completa é

⁴⁰ BRASIL, Código de Processo Penal.

⁴¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁴² GRECO FILHO, 2015, p. 223.

⁴³ MENDRONI, 2015, p. 106.

⁴⁴ BRASIL, Código de Processo Penal.

emprestada do direito civil. Nas palavras de Marinoni, “[...] ao autor cumpre provar a alegação que concerne ao fato constitutivo do direito por ele afirmado; ao réu, a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito afirmado pelo autor. As partes têm o ônus de alegar e o ônus de provar [...]”⁴⁵. Entretanto, na seara penal, à luz dos princípios que regem o processo, em especial o princípio do *in dubio pro reo*, me afeiçoa mais a proposta de Betti apresentada por Greco Filho, em que: “O autor, para obter o resultado favorável, deve afirmar certos fatos e conseqüentemente prová-los, sob pena de perder a demanda; o réu tem interesse em contraprovar-los, mas não o ônus, que se limita aos fatos que precisa afirmar para impedir a consequência jurídica pretendida pelo autor”.⁴⁶ Em resumo, o descumprimento do ônus atribuído ao réu, “[...] não acarreta necessariamente a procedência da imputação, porque o ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito, ou diminuído, em virtude do princípio *in dubio pro reo*, que leva à absolvição, no caso de dúvida quanto à procedência da imputação”.⁴⁷

2.4 Poder inquisitivo do juiz

Como se observa da leitura do artigo 156 do Código de Processo Penal⁴⁸, o ônus da prova é de quem alega os fatos, contudo, também é facultado ao juiz a produção de provas de ofício. Essa atribuição dada ao juiz remonta ao sistema processual penal inquisitório, ou seja, o juiz extrapola as funções destinadas a ele se comparado com o sistema processual penal acusatório, uma característica incompatível entre os dois modelos⁴⁹, por isso é dito que o Brasil adota o sistema processual penal misto. Além disso, o poder de produzir provas atenta contra a parcialidade do juiz, e é muito criticado pela doutrina, como pontua Aury Lopes Jr.:

*É elementar que atribuir poderes investigatórios ao juiz é violar de morte a garantia da imparcialidade sobre a qual se estruturam o processo penal e o sistema acusatório, e ainda não existe qualquer possibilidade “de bom uso” de tais poderes, pois eles somente serão invocados pelos inquisidores de plantão, de quem da bondade sempre há que se duvidar.*⁵⁰

Na mesma esteira, Zilli explica que:

Indesejado, entretanto, é o poder inserto no inciso I do art. 156 o qual permite a determinação, de ofício, mesmo antes de iniciada a ação penal, da produção de provas antecipadas. A previsão, se mal conduzida, pode levar o juiz ao perigoso

⁴⁵ MARINONI, ARENBART & MITIDIERO, 2015, p. 394.

⁴⁶ GRECO FILHO, 2015, p. 228.

⁴⁷ GRECO FILHO, 2015, p. 22.

⁴⁸ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

⁴⁹ O sistema processual penal inquisitório é marcado pela concentração da função de acusar e julgar na pessoa do juiz, o que acaba por suprimir a imparcialidade. O sistema penal acusatório precedeu o sistema anterior, e é marcado pela separação das funções de julgar e acusar.

⁵⁰ LOPES JUNIOR, 2017, p. 350.

*terreno da atuação investigatória subvertendo-se, assim, o sentido de um processo penal de matriz acusatória.*⁵¹

No que concerne ao objetivo do presente trabalho, a atuação do juiz como investigador no processo penal pode suprimir um dos aspectos fundamentais do processo penal acusatório, a imparcialidade do julgador. A falta de parcialidade é extremamente danosa para as partes do processo, mas, especialmente, para o acusado em situações como as que serão analisadas mais adiante. Entretanto, já adiantando a discussão, imagine um cenário de suspeita de estupro de uma criança, o caso em si já gera um alto nível de comoção social, e por baixo da toga há um ser humano que, mesmo tentando resistir a parcialidade, pode sim tomar partido. No caso proposto, não há vestígios materiais, somente a lembrança da vítima do ocorrido, uma lembrança reprimida que emergiu durante um interrogatório conduzido por uma pessoa não especializada. Vários casos demonstram que, apesar da insuficiência de prova, pessoas inocentes são encarceradas.

2.5 Apreciação e valoração da prova

Como foi demonstrado anteriormente, cabe, tipicamente, às partes a produção probatória. O juiz, por sua vez, tem o dever de reger o processo e juntar as provas produzidas no intuito de, por meio do poder jurisdicional, formar a sua convicção aplicando o direito ao caso concreto e julgando procedente ou improcedente o pedido.

Historicamente, o sistema de valoração da prova possui três categorias de grande relevância: o sistema legal de provas, a íntima convicção e o livro convencimento motivado.

No sistema legal de prova, cada espécie de prova tinha seu próprio peso e valor, ou seja, há hierarquia entre as provas, a apreciação do juiz era vinculada à dosimetria das provas apresentadas. O sistema legal foi batizado desta forma justamente pelo valor da prova ser estabelecido por lei, desse modo, não se observava as especificidades de cada caso. Além disso, a confissão era considerada uma prova absoluta, hierarquicamente superior às demais provas. E esse sistema deu origem a expressão: *testis unus testis nullius* (uma só testemunha não tem valor).⁵²

O modelo da íntima convicção é o oposto do sistema apresentado anteriormente. Nesse modelo, o juiz tem liberdade decisória, uma vez que não está vinculado à dosimetria da prova, a convicção é de foro puramente individual, não está vinculado nem mesmo às conclusões

⁵¹ ZILLI, 2008, p. 2.

⁵² LOPES JUNIOR, 2016, p. 367.

estabelecidas pelas provas.⁵³ Atualmente, o princípio da íntima convicção ainda é utilizado no Brasil, no Tribunal do Júri. Os jurados são totalmente livres para decidir, inclusive decidindo de maneira contrária às provas dos autos. Porém, em caso de decisão do júri manifestamente contrária à prova dos autos, cabe apelação nos termos do artigo 593, inciso III, item d do Código de Processo Penal, o que irá ensejar a outro julgamento por outro Tribunal do Júri. Entretanto, caso condenado novamente, mesmo se a condenação for contrária às provas, não é mais cabível recurso contra essa decisão. A esse respeito opina Aury Lopes Jr.:

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des) valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar.⁵⁴

Na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, no que tange às provas, é possível encontrar a seguinte colocação:

Todas as provas são relativas; nenhuma delas terá ex vi legis, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.⁵⁵

Do mesmo modo disciplina o artigo 155 do Código de Processo Penal:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.⁵⁶

O livre convencimento motivado é uma evolução dos sistemas anteriores, ele concede a liberdade de convencimento ao juiz, contudo, vincula esse convencimento às provas contidas nos autos.⁵⁷ Esse sistema é adotado pelo direito brasileiro, salvo nos casos de competência do Tribunal do Júri. Outrossim, o magistrado deve fundamentar a sua decisão, ou seja, deve apresentar os motivos que o fizeram decidir naquele sentido. A fundamentação é um fator essencial ao processo, sua ausência é um vício insanável e gera nulidade, como prevê a Constituição Federal em seu art. 93, inciso IX: “*todos os julgamentos dos órgãos do Poder*

⁵³ GRECO FILHO, 2015, p. 236.

⁵⁴ LOPES JUNIOR, 2017, p. 368.

⁵⁵ EDITORA SARAIVA, *vade mecum* saraiva, Exposição de motivos do Código de Processo Penal, 2017, p.607.

⁵⁶ BRASIL, Código de Processo Penal.

⁵⁷ GRECO FILHO, 2015, p. 236.

*Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.*⁵⁸ Como pontua Aury Lopes Jr., “*Deve o julgador ter a dúvida (e a paciência de duvidar) como hábito, evitando ao máximo os juízos apriorísticos de inverossimilitude das circunstâncias ou fatos alegados*”.⁵⁹ Apesar do nome, o livre convencimento motivado não possui um nível de liberdade tão elevado, e isso é importante para que haja controle, pois, a falta de controle tende ao abuso de poder. Ainda de acordo com Aury Lopes: “[...] *o livre convencimento é, na verdade, muito mais limitado do que livre. E assim deve sê-lo, pois se trata de poder e, no jogo democrático do processo, todo poder tende a ser abusivo. Por isso, necessita de controle*”.⁶⁰

2.6 A prisão preventiva

A prisão preventiva é uma dentre as medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal. É uma medida cautelar extrema, aplicável ante a inefetividade das medidas cautelares menos rígidas e mediante o cumprimento dos requisitos ensejadores previstos nos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. Trata-se de uma medida que visa a garantia da ordem pública, da ordem econômica, por necessidade da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal, também pode ser imposta por conta do descumprimento de outras medidas cautelares anteriormente aplicadas. Como dispõe o artigo 311, a prisão preventiva pode ser decretada “*em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial*”.⁶¹

A prisão preventiva é uma excepcionalidade que, ocasionalmente, tem sido tratada como regra por alguns juízos. De acordo com minha experiência pessoal como estagiário e análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça, não é incomum se deparar com decisões teratológicas, decretos de prisão carente de fundamentação reformados pelo Tribunal.

Para que a prisão preventiva seja decretada e não configure constrangimento ilegal por parte do Estado perante o cidadão submetido à medida constritiva, a decisão deve aventar os motivos ensejadores desta medida cautelar extrema (garantia da ordem pública, da ordem econômica, por necessidade da instrução criminal e assegurar a aplicação da lei penal), baseando-se, portanto, no *periculum libertatis*, bem como é mandatória a existência de indícios

⁵⁸ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁵⁹ LOPES JUNIOR, 2017, p. 370.

⁶⁰ LOPES JUNIOR, 2017, p. 370.

⁶¹ BRASIL, Código de Processo Penal.

suficientes de autoria e materialidade do delito, *o fumus commissi delicti*, ainda, deve o magistrado se atentar aos requisitos objetivos autorizadores da prisão. Os requisitos objetivos estão descritos nos incisos do artigo 313 do Código de Processo Penal:

I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos;

II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal;

III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência;

IV - (revogado):

Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.⁶²

O enfrentamento de decisões carentes dos requisitos objetivos para a decretação da prisão preventiva é relativamente simples, contudo, quando se trata de motivação subjetiva para o encarceramento, a discricionariedade do julgador pode gerar o constrangimento ilegal. A prática jurídica diária aponta que a garantia da manutenção da ordem pública é o motivo mais levantado para justificar uma prisão preventiva, entretanto, não é simples identificar se um crime, ou melhor, um suspeito põe a ordem pública em risco.

A restrição da liberdade de um indivíduo ainda não condenado, ou seja, inocente, é o ato do Estado que intervém mais profundamente na vida de seus cidadãos, salvo o caso remoto da pena de morte. Desse modo, a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal exige que a decisão esteja pautada em motivação concreta, sendo vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime.

2.6.1 A presunção de inocência versus a garantia da ordem pública

A Constituição Federal é clara em seu artigo 5º, inciso LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ademais, em relação a jurisdiicionalidade, a Constituição prevê no mesmo artigo, inciso LXI que: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Sobre o assunto, de acordo com Aury Lopes:

A rigor, cotejando os princípios da jurisdiicionalidade com a presunção de inocência, a prisão cautelar seria completamente inadmissível. Contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar a prisão cautelar (e a violação de diversas garantias) a partir da “cruel necessidade”. Assim, quando ela cumpre sua função

⁶² BRASIL, Código de Processo Penal.

*instrumental-cautelar, seria tolerada, em nome da necessidade e da proporcionalidade; o problema está na banalização da medida.*⁶³

O princípio da presunção de inocência e a sua natureza de defesa do indivíduo contra a investida punitiva do Estado tem sido muito discutida na atualidade jurídica brasileira, principalmente em decorrência da possibilidade da prisão de condenados em segunda instância, ou seja, a antecipação da punição em casos sem o trânsito em julgado exigido pela norma de maior hierarquia do sistema jurídico brasileiro.⁶⁴ Desse modo, a princípio, é estranho imaginar a coexistência em um mesmo sistema normativo harmonioso de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia da presunção de inocência. A presunção de inocência é um princípio fundamental do mundo contemporâneo, que decorre de uma opção protecionista em relação ao indivíduo, mesmo que eventualmente algum culpado não seja punido, não se pode negar proteção a todos os potencialmente inocentes.⁶⁵

Como exposto anteriormente, a garantia da ordem pública é o fundamento mais utilizado nos decretos de prisão preventiva, porém, esse argumento acaba por ter ares de abstração, uma vez que não se pode medir ao certo o abalo de um crime à ordem pública, o que também dá margem a decisões desproporcionais e que configuram verdadeiras antecipações da pena. Como descreve Eugênio Pacelli: “*A expressão garantia da ordem pública, todavia, é de difícil definição. Pode prestar-se a justificar um perigoso controle da vida social, no ponto em se arrima na noção de ordem, e pública, sem qualquer referência ao que seja efetivamente a desordem*”.⁶⁶

Em virtude de elucidar um assunto, nada melhor do que um exemplo, desse modo, analisar-se-á a decisão do Recurso em *Habeas Corpus* Nº 103.078 - RS (2018/0242706-3), apreciada e reformada pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Em resumo, trata-se de preso provisório que alega ausência de fundamentação idônea, que baseada em fatos concretos, fosse capaz de demonstrar a necessidade da medida cautelar extrema. Essa decisão do Superior Tribunal de Justiça é especialmente didática, pois demonstra como a garantia da ordem pública pode ser usada de forma genérica para justificar uma prisão cautelar, bem como demonstra a necessidade de a decisão estar bem fundamentada com base nos fatos pertinentes a cada caso concreto. Vale ressaltar, ainda, que a decisão, antes de ser alvo de apreciação do Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*, também passou pelo Tribunal de Justiça do Estado, este, por sua vez, reforçou os argumentos apresentados em 1º

⁶³ LOPES JUNIOR, 2017, p. 586.

⁶⁴ KELSEN, 1934.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, 2017, p. 19.

⁶⁶ PACELLI, 2017, p. 264.

instância, sendo necessário um verdadeiro 3º grau de jurisdição para sanar a ilegalidade da medida cautelar.

Destaco os seguintes trechos do decreto prisional: “*Inegável, portanto, que a liberdade aos que praticam traficando implica necessariamente complacência com a cruel realidade que assola a comunidade*”; e “*Por fim, há que se considerar que se trata de crime comparado a hediondo, o que, por si só, evidencia a gravidade do fato e a necessidade de severa reprimenda*”.⁶⁷ Nessa hipótese, o julgador utilizou a gravidade abstrata do tipo penal para justificar a “severa reprimenda”, seguindo essa linha de raciocínio, todo o indivíduo acusado do crime de tráfico de entorpecentes deveria ser automaticamente preso preventivamente. Nenhum tipo penal é, por si só, grave o suficiente para ensejar uma prisão preventiva simplesmente pela sua violação, desse modo, a fundamentação lastreada no caso concreto é de extrema importância para a demonstração da necessidade e proporcionalidade da imposição de medidas cautelares, a fim de evitar o constrangimento ilegal.

O sistema judiciário brasileiro tem uma demanda muito grande, de acordo com o Conselho Nacional de Justiça, no relatório *Justiça em Números*⁶⁸ do ano de 2018, que tem como base o ano de 2017, tramitam no judiciário brasileiro cerca de 80 milhões de processos. A quantidade de processos, aliados a demais fatores, acabam gerando uma demora no julgamento das ações, isso inclui casos de pessoas presas preventivamente. É difícil imaginar como deve ser passar um dia sequer preso baseando-se na realidade das cadeias brasileiras, ainda pior é pensar que alguém inocente⁶⁹ preso cautelarmente pode esperar anos por uma sentença. A morosidade atribuída ao Poder Judiciário em se tratando de réu preso preventivamente dá ensejo ao constrangimento ilegal por excesso de prazo na formação da culpa. Ainda de acordo com o Conselho Nacional de Justiça⁷⁰, no estado de Pernambuco o tempo médio de duração da prisão preventiva é de 974 dias (2,6 anos), seguido por Rio Grande do Norte com uma média de 682 dias (1,8 anos) e Minas Gerais com 610 dias (1,6 dias), estado de Rondônia tem a menor média do país, 172 dias.

⁶⁷ RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 103.078 - RS (2018/0242706-3), Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 26/10/2018

⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Justiça em Números 2018*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/justica-numeros-2018-2408218compressed.pdf>>.

⁶⁹ Nesse contexto, inocente seria o indivíduo plenamente avulso ao cometimento do delito que lhe é imputado, não se restringindo ao sentido de inocência ou não culpabilidade do princípio da presunção de inocência. Casos desse tipo serão apresentados mais adiante.

⁷⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, *Levantamento dos presos Provisórios do País e Plano de Ação dos Tribunais*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>.

Por fim, apesar das críticas, é mister reconhecer a necessidade da prisão preventiva em determinados casos, desde que devidamente observados os ditames legais, para que esse “mal necessário” gere o menor efeito colateral possível. De acordo com os princípios que regem o sistema jurídico brasileiro, não é correto afirmar que alguém goza da liberdade provisória, uma vez que a liberdade é a regra.

3 A CONFIABILIDADE DA MEMÓRIA COMO PROVA

O esforço demonstrativo precedente tem o objetivo de contextualizar informações relevantes para o enfrentamento da presente problemática, que diz respeito não só sobre o quão fidedigna pode ser a memória de uma pessoa em relação à lembrança de um crime, mas, também, relembrar como imputações equivocadas podem arruinar a vida de suspeitos, que em diversos casos são absolvidos das acusações.

Conforme foi elucidado, a prova é o coração do processo penal, constitui elemento indispensável para a elucidação do caso concreto e para a construção do convencimento do juiz. Nessa esteira, a psicologia e a neurociência cognitiva nos mostram que a memória, apesar de ser um ótimo instrumento que supre bem as necessidades ordinárias do ser humano, pode ter seu funcionamento comprometido por diversos fatores.

De acordo com Greco Filho, “[...] *pode se dizer que é na prova testemunhal que se assenta a decisão criminal na maioria dos casos*”.⁷¹ Desse modo, sabendo que a memória não é de um todo confiável, é preciso conhecer os fatores que podem prejudicar a recordação e, conseqüentemente, gerar incongruência e danos no decorrer do processo penal.

Ademais, a memória não é fonte exclusivamente da prova testemunhal, ela também está presente nas perguntas ao ofendido e no reconhecimento de pessoas e coisas. Portanto, é relevante fazer uma breve explanação sobre esses diferentes meios de prova. E, apesar do interrogatório do acusado poder se enquadrar no requisito da memória, ele não constitui objeto alvo de estudo do presente trabalho.

3.1 A prova testemunhal

A testemunha é pessoa que teve contato direto com o fato, na posição de observadora dos acontecimentos, essa é a chamada de testemunha presencial ou direta. A testemunha indireta é aquela que não presenciou o evento, porém, tomou conhecimento do ocorrido por relato de terceiros. Esse tipo de testemunha pode integrar o sistema probatório de acordo com o critério do juiz, entretanto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial Nº 1.444.372 - RS (2014/0070087-4)⁷², que não é admitida sentença de pronúncia fundamentada exclusivamente em “testemunha de ouvir dizer”, conhecido nos Estados Unidos como *hearsay testimony*. Os informantes assemelham-se às testemunhas, contudo, não são contabilizadas no

⁷¹ GRECO FILHO, 2015, p. 256.

⁷² RECURSO ESPECIAL Nº 1.444.372 - RS (2014/0070087-4), Relator MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/recurso-especial-1444372.pdf>>.

rol de testemunhas e não firmam o compromisso de dizer a verdade, desse modo, não podem ser sujeitos da conduta ilícita de falso testemunho.⁷³

Em termos gerais, o Código de Processo Penal disciplina em seu artigo de número 400, que no rito comum ordinário, a tomada de declarações segue a seguinte ordem: “[...] *proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nessa ordem [...]*”, seguidos pelos esclarecimentos dos peritos, das acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e, por fim, o interrogatório do acusado. Além disso, em regra, a pessoa não pode se eximir da obrigação de depor, salvo nos casos previstos nos artigos 206 e 207 do Código de Processo Penal:

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

*Art. 207. São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.*⁷⁴

Entre as características da prova testemunhal, é possível extrair do Código de Processo Penal três atributos desse tipo de prova⁷⁵, a saber: a oralidade está prevista no artigo 204 do código: “*O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.*”; a objetividade do testemunho, previsto no artigo 213: “*O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.*”; a retrospectividade, como já foi dito anteriormente, o processo penal trabalha com o fato pretérito, visto que o delito é um evento no passado. Nas palavras de Aury Lopes: “*A testemunha narra hoje um fato presenciado no passado, a partir da memória (com todo peso de contaminação e fantasia que isso acarreta), numa narrativa retrospectiva. A atividade do juiz é recognitiva (conhece através do conhecimento de outro) e o papel da testemunha é o de narrador da historicidade do crime.*”⁷⁶

Aury Lopes Jr. compartilha do mesmo pensamento de Greco Filho quando afirma que:

*Com as restrições técnicas que infelizmente a polícia judiciária brasileira – em regra – tem, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova do nosso processo criminal. Em que pese a imensa fragilidade e pouca credibilidade que tem (ou deveria ter), a prova testemunhal culmina por ser a base da imensa maioria das sentenças condenatórias ou absolutórias proferidas.*⁷⁷

⁷³ LOPES JUNIOR, 2017, P. 467.

⁷⁴ BRASIL, Código de Processo Penal.

⁷⁵ SCARANCA FERNANDES, Processo Penal Constitucional, 2012.

⁷⁶ LOPES JUNIOR, 2017, p. 469.

⁷⁷ LOPES JUNIOR, 2017, p. 458.

Desse modo, baseando-se na premissa de que dentre todos os meios de prova existentes, a prova testemunhal é a mais utilizada para fundamentar uma sentença, é justo imaginar que tal meio de prova receba uma atenção especial devido a sua importância.

3.2 Das perguntas ao ofendido

O ofendido é sujeito passivo da infração penal, ou seja, a própria vítima do crime, é a pessoa que sofreu o dano em virtude da violação do tipo penal pelo autor do delito.⁷⁸ De acordo com o artigo 201 do Código de Processo penal: “*Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações*”.⁷⁹ Como se nota, as perguntas ao ofendido assemelham-se ao papel de uma testemunha, contudo, existem diferenças entre esses dois meios de prova.

Nas palavras de Edilson Mougenot, a vítima se difere da testemunha, e a lei sabidamente prevê essa distinção. A principal diferença entre os dois, além da condição de sujeito passivo do crime, é de que a vítima tem como relevante interesse a condenação do autor do delito, a testemunha, por sua vez, não teria interesse imediato na condenação. Ainda de acordo com o autor: “*Por ser a prejudicada imediata pela infração penal, a vítima tem interesse na condenação do réu, motivo pelo qual suas declarações, conquanto sejam bastante relevantes, em face da natural proximidade dela com os fatos a apurar, devem ser interpretadas com reserva*”.⁸⁰ Nesse diapasão, diz-se que o ofendido não depõe como faz a testemunha, a este cabe fazer declarações sobre o ocorrido e, se porventura as declarações forem falsas, a vítima não incorre no crime de falso testemunho. Porém, a depender da veracidade da sua declaração, pode o ofendido responder por denúncia caluniosa ou falsa comunicação de crime, artigos 339 e 340⁸¹ respectivamente, do Código Penal Brasileiro.⁸²

Outrossim, um ponto que será mais explorado adiante, mas que vale ser mencionado, diz respeito ao valor probatório da palavra da vítima, em especial quando as declarações não são acompanhadas de outras fontes probatórias. A visão do evento criminoso pelo ofendido é, naturalmente, diferente da percepção de uma testemunha alheia ao fato e, por isso, além das

⁷⁸ AVENA, 2018, p. 651.

⁷⁹ BRASIL, Código de Processo Penal.

⁸⁰ BONFIM, *Curso de Processo Penal*, 2016, p. 470.

⁸¹ Art. 339. Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:

Art. 340 - Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

⁸² AVENA, 2018, p. 652.

críticas direcionadas à prova testemunhal, podemos somar com as condições emocionais da vítima, fatores que, como já demonstrado, têm influência sobre a memória. Nesse sentido, Aury Lopes declara que:

Logo, apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado. Contudo, a jurisprudência brasileira tem feito duas – perigosas – ressalvas: - crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça (roubo, extorsão etc.); - crimes sexuais; Nesses casos, considerando que tais crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima e, eventualmente, a apreensão dos objetos com o réu (no caso dos crimes patrimoniais), ou a identificação de material genético (nos crimes sexuais). Isso tem levado a uma valoração probatória distinta, atribuído um valor maior e, às vezes, decisivo.⁸³

3.3 Reconhecimento de pessoas e coisas

O reconhecimento de pessoas e coisas é um procedimento muito explorado pela dramaturgia, especialmente em filmes e séries policiais quando vários suspeitos ficam perfilhados atrás de um vidro-espelho a fim de serem reconhecidos como prováveis autores de um crime. O reconhecimento, na seara do Código de Processo Penal, é a identificação de uma pessoa ou objeto que tenha relação com um evento criminoso. Nessa linha, o conceito de memória se relaciona com a capacidade de reconhecer, demonstrado anteriormente no capítulo sobre a memória, em que se afirma que as pessoas somente têm a capacidade de lembrar daquilo que foi aprendido através dos sentidos.

O Código de Processo Penal prevê o reconhecimento de pessoas e coisas, bem como regulamenta o procedimento, nos artigos 226, 227 e 228.

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

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

⁸³ LOPES JUNIOR, 2017, p. 456.

*Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.*⁸⁴

O reconhecimento de pessoas e coisas é um procedimento mais objetivo se comparado às declarações do ofendido e do depoimento da testemunha, a pessoa que irá reconhecer tem que ser objetiva na descrição ou fazer a identificação entre pessoas e objetos postos diante de si. O reconhecimento é, por excelência, visual, como se depreende da leitura dos artigos enumerados, não há previsão no Código de um reconhecimento que dependa de outros sentidos, por exemplo, em caso de memória olfativa ou memória auditiva.⁸⁵

Um dos pontos criticados pela doutrina em relação ao reconhecimento está presente na inobservância das formalidades legais, desse modo, a negligência às formalidades causam prejuízo ao processo e ao próprio reconhecimento, visto que o ambiente e as circunstâncias têm influência sobre a memória. Nesse sentido, discorre Aury Lopes:

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática pode ensejar nulidade.

*É ato formal que visa a confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa. O problema é a forma como é feito o reconhecimento. Em audiência, o código afasta apenas o inciso III (que pode perfeitamente ser utilizado...). Logo, não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado...), pois descumpra a forma e é um ato induzido. Contudo, os juízes fazem a título de “livre convencimento”, com sério risco de nulidade processual (ilicitude da prova) na medida em que viola o sistema acusatório (gestão da prova nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.*⁸⁶

Por vezes, o reconhecimento é equivocado e um sujeito inocente tem a prisão preventiva decretada de maneira equivocada, assim como discutido no tópico da prisão preventiva. Em um caso recente, a vítima de roubo reconheceu o autor do delito em um álbum de fotografias na

⁸⁴ BRASIL, Código de Processo Penal.

⁸⁵ LOPES JUNIOR, 2017, 487.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, 2017. p. 488.

Delegacia de Polícia, contudo, após seis meses preso mesmo com álibi, o suposto autor do crime foi inocentado. O tempo na cadeia lhe custou o emprego e a presença no parto de seu filho.⁸⁷

3.4 A contaminação da prova fundada na memória

Quando falamos em falsas memórias, é comum fazer uma analogia com uma unidade completamente falsa, porém, as falsas memórias são melhor representadas como uma contaminação de uma memória verdadeira (fidedigna com a realidade) ou, em alguns casos mais raros, a sugestão é capaz de criar um evento completamente falso. Como vimos, a memória de um evento não fica armazenada em uma unidade no cérebro que espera a hora certa de ser evocada da forma como foi originalmente armazenada, cada um dos processos responsáveis pelo aprendizado de algo novo (codificação, consolidação e recuperação) é complexo e suscetível a falhas e interferências internas e externas.

Trabalhar com a memória, ainda mais em situações tão delicadas como as que envolvem crimes, é complicado. A fragilidade da prova faz o seu manuseio um verdadeiro exercício de “pisar em ovos”, visto que a lembrança pode sofrer influência de todos os lados. Contudo, esse tipo de prova, baseada na variável “memória”, não recebe a devida atenção. Se a prova fundada na memória fosse tutelada pelo direito processual penal da mesma maneira que o exame do corpo de delito ou das perícias em geral, ela ganharia maior credibilidade e incorreria menos em erro. Peritos criminais têm todo o cuidado em não contaminar a cena do crime, isolam a área, usam luvas e todas as precauções possíveis para não interferir na estória e dinâmica dos fatos que um local de crime ou um cadáver pode contar para olhos treinados. As palavras-chave para as provas, sejam materiais ou fundadas na memória, são preservar e analisar, é necessário um exame cuidadoso desse tipo de prova.

3.4.1 O poder do suggestionamento

O início do estudo das falsas memórias remete ao começo do século XX, como anteriormente explicado, porém, durante os anos setenta uma pesquisadora ganhou grande destaque no meio acadêmico, devido à introdução de uma técnica nova no estudo das falsas memórias, chamado de Procedimento de “Sugestão de Falsa Informação”, esse procedimento de Loftus sugere que uma informação tem a capacidade de atrapalhar a codificação e, posteriormente, a recuperação de outra. Dessa forma, a introdução de uma informação falsa em meio a uma experiência verdadeira ou não, produz um efeito denominado de “falsa

⁸⁷ Marceneiro é inocentado após ser acusado de roubar R\$ 50 e ficar preso seis meses em SP. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2018/11/23/marceneiro-e-inocentado-apos-ser-acusado-de-roubar-r-50-e-ficar-presos-seis-meses-em-sp-tristeza.ghtml> acesso em: 27/11/2018.

informação”, em que o sujeito exposto às falsas informações acredita fielmente que passou pela experiência falsa.⁸⁸ A pesquisadora Elizabeth Loftus destaca: *“a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos”*.⁸⁹

As falsas memórias também podem ter origem endógena ao indivíduo. A imaginação, a criatividade, os preconceitos e as experiências anteriores possuem poder sugestivo sobre o seu próprio portador. Nessa esteira, advertem Stein e Pergher que as falsas memórias podem ter origem interna, através da autossugestão: *“as falsas memórias são geradas espontaneamente, como resultado do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas”*.⁹⁰

3.4.1.1 O sugestionamento externo

Quando se busca solucionar um problema é primordial entender as suas origens e particularidades. Desse modo, diferenciar a origem das falsas memórias e as particularidades de cada caso é imprescindível não só para elucidar a problemática do tema, mas, também, para formular um plano de enfrentamento à questão. Por isso, é importante destacar que existem as falsas memórias causadas por um sugestionamento externo e por autossugestão. De acordo com Stein, *“a sugestionabilidade consiste na tendência de um indivíduo em incorporar informações distorcidas, providas de fontes externas, de forma intencional ou acidental, às suas recordações pessoais”*.⁹¹ Ainda, segundo a autora:

*As falsas memórias espontâneas ocorrem de maneira interna à pessoa, por meio de autossugestão, e as sugeridas são produzidas quando uma informação falsa é acrescentada ao procedimento, levando o participante a acreditar que a falsa informação estava presente no material-alvo. Neste caso, a implantação de falsa informação ocorre de maneira externa à pessoa durante o intervalo de retenção.*⁹²

O estudo do sugestionamento externo é um dos mais importantes para os profissionais que lidam com a prova fundada na memória, pois determinadas condutas são favoráveis ao surgimento de falsa informação. Como pontua Stein, as perguntas de um terapeuta e questionamentos feitos a testemunhas e vítimas, por exemplo, podem ser responsáveis pela falsificação da memória.⁹³

⁸⁸ DI GESU, 2014,

⁸⁹ LOFTUS, 2005.

⁹⁰ STEIN & PERGHER, 2001.

⁹¹ STEIN, 2011, p. 167.

⁹² STEIN, 2011, p. 44.

⁹³ STEIN, 2011, p. 63.

Elizabeth Loftus possui diversos estudos de caso e experimentos em que comprova a eficácia da criação de memórias falsas a partir do sugestionamento externo, especialmente pela exposição de informações não verdadeiras, que podem surgir de várias fontes, como a mídia, em conversas com outras pessoas, em interrogatórios, entre outras.⁹⁴ A pesquisadora relata vários casos em que falsas memórias induzidas pelo despreparo de profissionais tiveram grande repercussão negativa na vida de pessoas. São vários os casos de terapeutas que, em tratamentos de traumas e memórias reprimidas, induzem o paciente a evocar memórias falsas. Um caso bem conhecido é o de Holy Ramona, uma garota de classe alta que vivia na Califórnia. O pai de Ramona era um alto executivo do ramo de vinhos, ganhava \$400 mil dólares por ano, tinha uma família bem estruturada, prestígio social e no trabalho, contudo, Holy, ao passar por uma terapia que visava tratar uma bulimia, recordou-se de supostas “memórias reprimidas”. Ramona alegava que seu pai tinha abusado sexualmente dela durante a infância e o início da adolescência. Quando as notícias dos abusos vieram à tona, Gary Ramona teve a sua vida arruinada, perdeu o emprego, o convívio com as filhas e se divorciou. Gary foi absolvido das acusações de estupro, e processou os terapeutas da filha por negligência, alegando que eles haviam destruído a sua vida devido o implante de falsas memórias em sua filha. A ação de Gary contra os terapeutas foi julgada procedente e ele foi indenizado, esse julgado se tornou um precedente importante sobre o assunto.⁹⁵

O tema possui tanta relevância que a TV Globo foi duramente criticada pelo Conselho Federal de Psicologia devido a um procedimento exibido em uma de suas novelas. No drama chamado “O Outro Lado do Paraíso”, uma personagem possui um trauma que a impede de ter uma vida sexual saudável com seu companheiro, desse modo, uma advogada e *coaching*⁹⁶ se ofereceu para realizar um processo de regressão por hipnose. Durante a sessão de hipnose, a personagem recuperou uma memória reprimida que indicava que seu padrasto abusava sexualmente dela na infância. Sobre o assunto, o Conselho divulgou a seguinte nota:

Mesmo compreendendo o caráter de uma obra de ficção, o Conselho Federal de Psicologia (CFP) entende que a telenovela “O outro lado do paraíso”, por se tratar de uma obra capaz de formar opinião, presta um desserviço à população brasileira ao tratar com simplismo e interesses mercadológicos um tema tão grave como o sofrimento psíquico de personagem cuja origem é o abuso sexual sofrido na infância. [...]

Saudamos como positiva a manifestação de diversos grupos e escolas de coaching, que, manifestando-se sobre o ocorrido, afirmaram compreender que os transtornos mentais devem ser cuidados por profissionais da saúde mental.

⁹⁴ LOFTUS, 2005.

⁹⁵ <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1994/12/14/sex-abuse-suit-dismissed-in-false-memory-case/cfbf4cd6-80a7-4eb8-8c8f-e42ef43778eb/?noredirect=on&utm_term=.ecc05ba2d94d>. Acessado em: 15/11/2018.

⁹⁶ *Coaching* é um termo utilizado para definir um tratamento motivacional e de orientação.

O CFP faz um alerta à sociedade para que não se deixe iludir. As pessoas devem buscar terapias adequadas conduzidas por profissionais habilitadas para os cuidados com a saúde, particularmente a saúde mental.⁹⁷

Ademais, Loftus também explica que o implante de memórias falsas também ocorre quando uma outra pessoa, geralmente um membro da família, alega que um falso incidente aconteceu. A corroboração de um evento por outra pessoa pode ser uma técnica poderosa para introduzir uma falsa memória, ou seja, a opinião de como um evento aconteceu por terceiros pode contaminar a memória, e essa contaminação é mais eficiente se o terceiro é um familiar ou possui uma imagem de prestígio ou autoridade.⁹⁸ Outro ponto que merece ser citado é em quando se implanta a falsa memória em alguém, essa falsa informação a faz acreditar que é o autor de algum delito, esclarece Di Gesu:

A assunção de culpa, inclusive com confissão por escrito, dá-nos bem a dimensão do problema, isto é, de quanto as pessoas podem ser induzidas a relatar acontecimentos não experimentados. Para o processo, a possibilidade de uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, a partir da falsificação da recordação, compromete integralmente a confiabilidade do testemunho, gerando um imenso prejuízo para o imputado.⁹⁹

Nesse diapasão, é comum identificar traços de sugestionabilidade externa na atividade forense. Os interrogatórios têm uma tendência em explorar somente a hipótese acusatória, o interrogador ao colher o testemunho e as declarações da vítima, pode acabar induzindo os questionamentos, para que as informações prestadas por vítimas e testemunhas possam confirmar a sua própria tese inicial. E, em muitos casos, sentenças condenatórias são proferidas tendo como única fonte de prova a palavra da vítima ou testemunhas. Como já foi referido antes, não se trata de desconsiderar a palavra do ofendido ou de testemunhas, mas demonstrar que, dependendo do caso concreto, a prova oral não é robusta o bastante para superar a presunção de inocência.¹⁰⁰ Di Gesu explica que:

O problema é desvelar o que realmente aconteceu, situação que na maioria das vezes não é tão simples, pois ou o fato não deixa vestígios ou estes foram apagados pelo tempo ou, na pior das hipóteses, a prova foi mal produzida. Restando tão somente a prova testemunhal como único meio de prova, nasce um novo e grave problema: o induzimento realizado pelos parentes, amigos, por policiais ou julgadores ao formularem seus questionamentos, bem como pela mídia, devido à notoriedade do caso. Constata-se, além da deficiência na colheita da prova material, o despreparo dos profissionais para identificar e lidar com o problema das falsas lembranças.¹⁰¹

⁹⁷ CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA, O outro lado do paraíso presta um desserviço à população brasileira. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/o-outro-lado-do-paraíso-presta-desserviço-populacao-brasileira/>>.

⁹⁸ LOFTUS, 1997.

⁹⁹ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

¹⁰⁰ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

¹⁰¹ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

3.4.1.2 O sugestionamento interno

Do outro lado temos o sugestionamento interno, isto é, a fonte da atividade sugestiva é endógena ao indivíduo. Fatores como a imaginação, a emoção, o humor e, até mesmo, a personalidade, podem propiciar o surgimento de falsas memórias. Quanto aos fatores relativos à autossugestão, os profissionais não têm controle capaz de evitar a contaminação da memória, contudo, ter o conhecimento sobre o assunto é relevante para que a hipótese de distorção da memória não seja descartada de pronto, desse modo, se faz necessário que o investigador ou o julgador tenha uma visão mais ampla do acontecimento, do ambiente e da condição da vítima no caso concreto, além de fomentar a dúvida.

Durante muito tempo acreditou-se que a emoção e a cognição pertenciam a processos distintos e que estavam dissociados um do outro, entretanto, a psicologia cognitiva atual já reconhece a importância da emoção nos processos cognitivos. Esclarece Stein: *“As emoções são definidas como coleções de respostas cognitivas e fisiológicas acionadas pelo sistema nervoso que preparam o organismo para comportar-se frente a determinadas situações”*.¹⁰²

Como demonstrado no início do trabalho, a emoção tem a capacidade de melhorar a nossa memória, eventos emocionais são mais lembrados do que eventos despidos de grandes emoções. Izquierdo pontua que: *“[...] o impacto inicial de hormônios periféricos (principalmente os corticoides) liberados no sangue pelo estresse ou pela emoção excessiva. É o núcleo através do qual essas substâncias modulam as memórias; sua ativação faz com que estas se gravem em geral melhor do que as outras”*.¹⁰³ Porém, apesar da emoção estar ligada ao aumento das memórias verdadeiras, isso não torna eventos emocionais imunes às falsas memórias. Stein esclarece que *“Estímulos emocionais são recuperados em maior quantidade, mas também podem ser mais falsamente reconhecidos”*.¹⁰⁴ Em um estudo promovido por Maratos e colaboradores¹⁰⁵, os pesquisadores apresentaram 224 palavras aos participantes do estudo, dentre essas palavras, metade possuía um significado emocional negativo e a outra metade, era composta de palavras neutras. Após a fase de estudo, os participantes faziam um teste de reconhecimento. A conclusão alcançada pelo estudo indicou que as palavras negativas tinham sido mais memorizadas do que as palavras neutras, contudo, a ocorrência de falsas memórias também tinha sido superior entre as palavras relacionadas a sentimentos negativos. Memórias baseadas em estímulos positivos são igualmente mais recuperáveis que as baseadas

¹⁰² STEIN, 2011, p. 88.

¹⁰³ IZQUIERDO, 2014, p. 36.

¹⁰⁴ STEIN, 2011, p. 91.

¹⁰⁵ MARATOS, E. J., ALLAN, K., & RUGG, M. D. R., 2000. *Recognition memory for emotionally negative and neutral words: An ERP study*.

em estímulos neutros, porém, “[...] *estímulos negativos parecem ser mais suscetíveis à produção de FM*”.¹⁰⁶

Em um estudo chamado de “*A influência do traço de personalidade neuroticismo na suscetibilidade às falsas memórias*” (Ávila & Stein, 2006), as pesquisadoras propõem que traços de personalidade poderiam influenciar na suscetibilidade de pessoas às falsas memórias. O neuroticismo é a tendência que certas pessoas têm de experimentar emoções negativas, que acabam por gerar indivíduos com problemas de vulnerabilidade, depressão, impulsividade, ansiedade, baixa auto-estima, entre outras características. De acordo com as pesquisadoras, “*Os dados sugerem que indivíduos com níveis de neuroticismo diferentes daquele do nível padrão, esperado para a população, apresentam mais falsas memórias, corroborando a principal hipótese de que o traço de personalidade neuroticismo parece estar relacionado a uma maior suscetibilidade às falsas memórias*”.¹⁰⁷ Em outra pesquisa, Gudjonsson¹⁰⁸ averiguou o nível de suscetibilidade dos interrogados à sugestão de informações falsas durante o interrogatório policial. A conclusão do estudo indicou que indivíduos com alto neuroticismo eram mais sugestionáveis e, por isso, apresentavam um número mais elevado de memórias falsas. “*Uma das explicações sugeridas estaria no fato de que pessoas com alto neuroticismo possuem, dentre outras características, uma baixa auto-estima, o que as impediria de confiarem em seus próprios julgamentos e respostas*”.¹⁰⁹

Nessa esteira, baseando-se nos estudos sobre a relação entre a emoção e as falsas memórias, podemos afirmar que um evento de cunho negativo, como, por exemplo, um assalto, um estupro ou qualquer outro crime que tenha interação direta entre vítima e autor, por um lado é mais memorizado e, por outro, produz mais falsas memórias. Ademais, em uma situação de violência a vítima entra em um estado instintivo de alerta máximo, neste sentido explica Damásio: “*[...] a fim de evitar condições ambientais adversas ou a destruição por parte de predadores, existem circuitos neurais para impulsos e instintos que induzem, por exemplo, comportamentos de luta ou de fuga*”.¹¹⁰ Estudos apontam que a condição de alerta tem um efeito semelhante à emoção, contudo, o maior nível de reconhecimento estaria associado ao foco

¹⁰⁶ STEIN, 2011, p.92.

¹⁰⁷ ÁVILA & STEIN, A influência do traço de personalidade neuroticismo na suscetibilidade às falsas memórias, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000300011&lng=pt&nrm=iso&tlng=pt>

¹⁰⁸ GUDJONSSON, 1983. *Suggestibility, intelligence, memory recall and personality: An experimental study*. *British Journal Psychiatric*, 142, 35-37. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/16368147_Suggestibility_intelligence_memory_recall_and_personality_An_experimental_study>.

¹⁰⁹ ÁVILA & STEIN, 2006.

¹¹⁰ DAMÁSIO, 2012, p. 132.

central gerado pela situação de atenção, ou seja, o impulso de fuga faria com que o cérebro se concentrasse mais nos meios de fuga do que no agressor.¹¹¹ Outra questão sobre o assunto é o chamado de “efeito do foco na arma”, de acordo com essa hipótese, a presença de uma arma distrai a atenção da vítima de outras características do evento, como, por exemplo, os detalhes físicos do agressor.¹¹² Esse desvio no foco é prejudicial para um futuro reconhecimento positivo do autor do crime. Porém, os estudos não são totalmente conclusivos e numerosos, principalmente, devido à dificuldade dos pesquisadores em manipular essa variável.

3.5 Os principais fatores de contaminação da prova oral

A lembrança é a reconstituição de um evento passado, contudo, a recuperação dessa informação se situa no presente, e os fatos do presente, como vimos, podem influenciar na interpretação do ocorrido. Desse modo, visando a redução de danos, é fundamental conhecer de que formas e sob quais condições a memória pode ser distorcida.

O tempo é um grande inimigo da memória. O transcurso do tempo afeta não só a nitidez da memória para detalhes, mas também a deixa ainda mais vulnerável à atuação de outras fontes de contaminação, por exemplo, a mídia, conversas com familiares e a própria imaginação. Por esse motivo, a prova oral deve ser colhida em um prazo razoável, sendo que o razoável se traduz como o mais breve possível. O esquecimento devido ao transcurso do tempo é chamado de “declínio”. Todos os dias armazenamos inúmeras memórias, e devido a nossa capacidade limitada de armazenamento, é necessário que haja um processo de remoção para gerar espaço para as informações que estão por vir, o processo de declínio ocorre em grande parte durante o sono.¹¹³

O hábito e a rotina podem influenciar uma testemunha na percepção dos fatos. Nas palavras de Izquierdo: “*A extinção é um fenômeno semelhante à habituação: perante a repetição de um estímulo condicionado, deixamos de emitir a resposta correspondente*”.¹¹⁴ Ou seja, a repetição de um estímulo sem uma contrapartida gera uma habituação no indivíduo, e a habituação se assemelha à extinção, na medida que um sujeito que passa pelo processo de habituação responde ao estímulo da mesma forma que alguém que esqueceu completamente da existência daquele mesmo estímulo. De acordo com Di Gesu: “*Isso vem a demonstrar a*

¹¹¹ STEIN, 2011, p. 97.

¹¹² LOPES JUNIOR, 2017, p. 493.

¹¹³ EYSENCK, W., M., KEANE, T., M. 2017, p. 245.

¹¹⁴ IZQUIERDO, 2014, P. 43.

*dificuldade de percepção de uma testemunha sobre um acontecimento que fuja de sua rotina ou de sua habitação, pois nessas situações a percepção encontra-se enfraquecida”.*¹¹⁵

O viés do entrevistador é uma das fontes de sugestionabilidade externa mais comum e uma das mais graves, devido à sua capacidade de contaminar a prova, isso porque “[...] o entrevistador tem grande potencial de influenciar (negativamente) aquilo que a vítima e a testemunha efetivamente sabem sobre o delito, ao manipular os questionamentos, a fim de adequá-los à sua hipótese, comumente acusatória”.¹¹⁶ Uma crítica relevante ao trabalho do entrevistador se resume na ausência da dúvida, uma vez que o interrogatório é utilizado para corroborar com a tese investigativa previamente definida pela autoridade, demonstrando resquícios do sistema inquisitorial.¹¹⁷ Esse aspecto é criticado por Popper por se tratar de um método indutivo, o autor formulou o Método Hipotético Dedutivo que leva bastante em consideração a falseabilidade, que consiste em duvidar de pressupostos que determinam uma hipótese.¹¹⁸ Stein explica: “O momento de tomada do depoimento de uma testemunha ou vítima pode ser entendido como um teste de memória para o evento em questão. Sendo assim, o uso de técnicas inadequadas para a coleta das informações contidas na memória da testemunha pode resultar em problemas à qualidade do depoimento”.¹¹⁹ Vale ressaltar que na atividade acusatória praticada pelo Ministério Público em juízo, é compreensível o viés do agente, contudo, na atividade investigativa promovida seja pela polícia ou pelo próprio Ministério Público, não é aceitável. Além das perguntas de cunho sugestivo, por ser figura de autoridade e possuir um poder simbólico, outras posturas também podem ser fontes de sugestão externa. Sobre o assunto, esclarece Di Gesu: “Com efeito, o viés do entrevistador pode ser observado não somente através do modo como os questionamentos são formulados, mas também em comportamentos sutis, como um sorriso, um movimento de cabeça ou pelo tom de voz (acusatório, desculpar ou neutro)”.¹²⁰

Apesar do reforço ser bom para fixar informações por um longo prazo, a repetição de entrevista pode ser prejudicial. Como foi demonstrado anteriormente, o transcurso do tempo afeta negativamente a qualidade da memória, os detalhes da informação que são esquecidos com o tempo podem ser preenchidos pela incorporação de informações falsas.

A situação posta em questão gera para o processo uma enorme problemática. Geralmente, a vítima é ouvida pela primeira vez na polícia. Teoricamente, suas declarações seriam mais fidedignas, pois realizada em data próxima à ocorrência do

¹¹⁵ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

¹¹⁶ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

¹¹⁷ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

¹¹⁸ POPPER, 1963.

¹¹⁹ STEIN, 2011, p. 204.

¹²⁰ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

delito. Por outro lado, os elementos produzidos no inquérito não podem ser considerados prova propriamente dita, considerando não obedecerem as garantias processuais, servindo de base tão somente para o oferecimento ou não da denúncia. Como lidar com tal problemática? O ideal é que todos os profissionais, mas, principalmente, policiais e delegados – considerando serem os primeiros a ter contato com os ofendidos e com as eventuais testemunhas – estivessem treinados para lidar com esta situação, a fim de obter as declarações da forma mais neutra possível, despidas de induções e sugestionamentos, até mesmo para que a investigação preliminar cumpra com sua função de filtro de acusações infundadas. Isso evitaria que a cada nova declaração, diante de outros profissionais, se já houve uma indução inicial, se imiscua na memória da vítima e testemunhas elementos não ocorridos na realidade.¹²¹

A mídia, dentre outras funções, tem o papel de formadora de opinião, e por se tratar de uma atividade comercial em um ambiente de concorrência, a rapidez da informação e o impacto que ela causa gera mais audiência para a empresa, pouco se importando com a qualidade ou veracidade da notícia, o famoso furo jornalístico. Outrossim, parece haver um interesse de parte da população pelas “páginas policiais”, que vai desde a mera informação sobre a criminalidade local, até o *gore*¹²² publicado por sites e por antigos jornais de banca. Outrossim, a mídia representa uma enorme fonte de sugestionabilidade externa, não só referente à introdução de informações falsas na memória de vítimas e testemunhas, mas também induzindo a opinião pública contra os suspeitos, estes, por vezes, têm a vida destruída por culpa do sensacionalismo barato.

Um dos exemplos que mais elucidada essa questão é referente ao caso “Escola Base”.¹²³ No ano de 1994, duas mães alegavam que seus filhos de quatro anos, após serem confrontadas por elas em virtude de um comentário obsceno da criança, haviam feito parte de uma orgia sexual, as crianças relataram que foram fotografadas nuas e que teriam sido beijadas e acariciadas por adultos. As crianças indicavam como autores do fato seis pessoas, os donos e funcionários da escola em que estudavam, a Escola de Educação Infantil Base. O despreparo policial, somado com o sensacionalismo midiático, destruiu a carreira e reputação dos acusados. No início da investigação, exames periciais de corpo de delito constataram a violência sexual em uma das crianças, porém, posteriormente em uma análise mais aprofundada, foi constatado que se tratava de um pequeno ferimento causado por possíveis problemas intestinais. Entretanto, durante esse meio tempo, ainda na ausência de prova conclusiva contra os suspeitos,

¹²¹ DI GESU, 2014, não paginado (versão kindle).

¹²² O *gore* é um subgênero dos filmes de terror, marcado pela extrema violência e pela presença de muito sangue, vísceras e mortes explícitas. Atualmente o *gore* é sinônimo de algo nojento, podre e que causa ânsia. É bem representado por sites e vídeos que compartilham imagens de acidentes assassinos, mutilações etc. Lembro-me que na infância existia um jornal chamado polícia nas ruas, esse jornal trazia fotos explícitas dos assassinatos cometidos no Distrito Federal.

¹²³ Saiba mais em: <http://www.justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/>

a mídia publicava manchetes como: “*Kombi era motel na escolinha do sexo*”, “*Perua escolar levava crianças para orgia no maternal do sexo*” e “*Exame procura a Aids nos alunos da escolinha do sexo*” e “*Uma escola de horrores*”. O delegado responsável pela investigação tinha uma hipótese já formada de um caso de pedofilia, e não se sabe bem o porquê, mas há especulações sobre vaidade pessoal e aspirações de heroísmo, visto que por diversas vezes convocava a mídia. Certa vez questionado sobre as provas do caso, respondeu que: “*o inquérito policial é a prova*”.¹²⁴ O caso foi arquivado, porém as consequências do julgamento popular permanecem até hoje.

Como se observa, a mãe da criança, sem preparo algum para conduzir uma entrevista cognitiva, introduziu falsas memórias na mente de seu filho. Essas falsas memórias geraram graves consequências. Isso demonstra a importância do estudo e da pesquisa sobre esse fenômeno.

3.6 Medidas para a redução de danos

As falsas memórias estão presentes na atividade forense diária desde o início de sua existência e irá continuar presente até o fim. Como vimos, o estudo das falsas memórias é relativamente recente, desse modo, é impossível mensurar quantos casos foram afetados por essa falibilidade da memória. Na medida em que grande parte das sentenças são proferidas com base na prova testemunhal, é importante que os agentes envolvidos no processo tenham conhecimento das falsas memórias, bem como busquem por técnicas que visem reduzir os potenciais danos. Como pontua Stein:

*Em virtude disso, o papel do entrevistador investigativo, o profissional que irá obter o relato da testemunha, é crucial, pois ele precisará engajá-la no processo de busca de informações precisas contidas na sua memória. Em outras palavras, ele necessita lançar mão de estratégias para motivar e auxiliar o indivíduo a descrever o evento de interesse em detalhes e com a maior precisão possível [...].*¹²⁵

Em uma pesquisa de Gustavo Noronha Ávila e colaboradores, os pesquisadores acompanharam a atividade policial a fim de reunir informações sobre as oitivas policiais na região de Porto Alegre. O estudo chegou à seguinte conclusão:

Raramente conseguimos perceber um padrão de inquirição realizado pelos policiais. Também, inexistente um protocolo pré-definido de como agir. Talvez, o desenvolvimento de uma rotina de trabalho poderia reduzir principalmente a quantidade de questionamentos fechados, confirmatórios e mais sensíveis à subversão da ordem dos questionamentos gerais para específicos. Notamos, ainda, substancial diferença entre os depoimentos tomados com curta distância de tempo em relação ao fato e os em que haviam decorrido, surpreendentemente, mais de cinco anos entre o fato e a entrevista. Porém, percebemos que processos, potencialmente sugestionáveis, podem

¹²⁴ Reportagem disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=vGRluXESqco>>, fala do delegado no minuto 13:11.

¹²⁵ STEIN, 2011, p. 204.

*ser encontrados tanto em situações onde há um intervalo longo como também, nos últimos casos trabalhados (especialmente o reconhecimento).*¹²⁶

3.6.1 Entrevista Cognitiva

Em busca de uma técnica de interrogatório eficiente que pudesse extrair, com qualidade, a maior quantidade de informações de testemunhas ou vítimas de crimes foi desenvolvida em 1984, por Ronald Fisher e Edward Geiselman, por desejo de policiais e juristas norte-americanos, a técnica conhecida por Entrevista Cognitiva.¹²⁷ A Entrevista Cognitiva tem como objetivo favorecer a obtenção de relatos com uma maior quantidade e precisão de informações. Desse modo, para alcançar os fins propostos, a Entrevista Cognitiva encontra suporte na Psicologia Social e na Psicologia Cognitiva. Esclarece Stein: “*No que concerne a Psicologia Social, integram os conhecimentos das relações humanas, particularmente o modo de se comunicar efetivamente com uma testemunha e, no campo da Psicologia Cognitiva, somam-se os saberes que os psicólogos adquiriram sobre a maneira como nos lembramos das coisas, ou seja, como a nossa memória funciona*”.¹²⁸

Dentre as falhas dos entrevistadores, Memon (2007), como citado por Stein (2011) identificou dez atitudes equivocadas mais cometidas por eles:

- a) *Não explicar o propósito da entrevista.*
- b) *Não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista.*
- c) *Não estabelecer rapport.*
- d) *Não solicitar o relato livre.*
- e) *Basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas.*
- f) *Fazer perguntas sugestivas/confirmatórias.*
- g) *Não acompanhar o que a testemunha recém disse.*
- h) *Não permitir pausas.*
- i) *Interromper a testemunha quando ela está falando.*
- j) *Não fazer o fechamento da entrevista.*¹²⁹

A entrevista cognitiva envolve um procedimento composto por cinco etapas, cada etapa possui seus próprios fundamentos e finalidades. Em resumo, as duas primeiras etapas dizem respeito ao estabelecimento de uma condição propícia para que a pessoa a ser entrevistada possa fazer a recuperação das informações armazenadas na memória. A terceira etapa refere-se ao relato livre do evento testemunhado. Na quarta fase, o entrevistador faz o uso de técnicas de

¹²⁶ ÁVILA, LAZARETTI & DO AMARAL, 2017.

¹²⁷ MEMON, 1999.

¹²⁸ STEIN, 2011, p. 205.

¹²⁹ STEIN, 2011. p. 211.

questionamento, com o intuito de reunir mais detalhes e esclarecimentos. A última etapa refere-se à conclusão da entrevista, em que o entrevistador faz uma síntese das informações reunidas nas etapas anteriores, dessa forma, o entrevistado pode conferir as informações repassadas por ele.¹³⁰

No princípio do depoimento, de acordo com as orientações da Entrevista Cognitiva, é importante que a pessoa que vai conduzir a entrevista demonstre empatia com o entrevistado, a fim de criar um ambiente acolhedor, visto que uma vítima ou testemunha de um crime pode estar psicologicamente abalada. O entrevistador deve iniciar a conversa com assuntos neutros, explicar os objetivos da entrevista e, por fim, transferir o controle da dinâmica para o entrevistado. Essa etapa é a Construção do *Rapport*.¹³¹

A segunda etapa é a recriação do contexto original. De acordo com Stein, “*A recriação do contexto tem sido indicada como a estratégia mais poderosa para maximizar a quantidade de informações relatadas pela testemunha*”.¹³² Essa posição é sustentada porque, como vimos, a memória não é composta um registro unitário, as lembranças são fruto de uma rede de associações. Em regra, as recordações armazenadas estão associadas ao contexto em que foram inicialmente codificadas, ou seja, o entrevistador, ao retomar àquele contexto, favorece uma recuperação da informação com mais fidedignidade.

A terceira etapa diz respeito à narrativa livre. Retomando ao primeiro capítulo, vimos que Binet e Stern conduziram estudos que demonstravam que a recordação livre, isto é, a recuperação da memória não é guiada, ela é promovida no ritmo e nos limites da capacidade do entrevistado, possuía índices de acerto nos testes de memória mais elevados do que a recordação acompanhada de sugestibilidade. A liberdade do relato também implica na não interrupção do entrevistado, concedendo-lhe liberdade para fazer pausas sem que o entrevistador faça qualquer pergunta naquele momento, conforme descrito por Stein: “*Ao escutar a testemunha, certamente o entrevistador ficará com dúvidas sobre vários aspectos do relato. Contudo, quaisquer perguntas ou esclarecimentos devem ser reservados para um momento posterior da entrevista*”.¹³³

Posterior à oitiva do entrevistado, chega a hora do entrevistador fazer as perguntas, entretanto, ainda utilizando técnicas a fim de minimizar a sugestão. Na etapa do questionamento, o entrevistador irá fazer perguntas baseadas no relato do entrevistado, com o

¹³⁰ STEIN, 2011, p. 212.

¹³¹ *Rapport* é uma técnica utilizada para criar empatia entre duas pessoas.

¹³² STEIN 2011, p. 216.

¹³³ STEIN 2011, p. 216.

intuito de reunir informações adicionais. O agente responsável por conduzir a entrevista deve obrigatoriamente: fazer com que o questionamento seja compatível com o nível de compreensão da testemunha; dar prioridade a perguntas abertas, perguntas sem delimitações de tempo, lugar ou pessoa, por exemplo; obter esclarecimentos e detalhamento do relato e possibilitar múltiplas recuperações. Vale ressaltar que o entrevistador deve se atentar à dúvida e ao protagonismo do entrevistado, *“Em particular, reforça que a testemunha pode dizer “não sei” ou “não entendi” diante de quaisquer questões. Também enfatiza que ela deve corrigi-lo caso fale algo que esteja em desacordo com seu relato”*.¹³⁴ Desse modo, não se pressiona o entrevistado e faz com que ele tenha a sensação de estar no controle da situação.

A quinta e última etapa é o fechamento da entrevista. O entrevistador deve fazer uma síntese das informações reunidas e dar mais uma oportunidade de, naquele momento, tentar lembrar de mais alguma coisa. Cabe ao investigador indicar para o entrevistado que antes de começar a sua síntese dos fatos, se o entrevistado identificar algum erro no resumo ou se recorda de mais detalhes, ele deve interromper o entrevistador. Ao final da entrevista, como pontua Stein, *“O entrevistador deverá deixar aberto um canal de comunicação com o entrevistado, no caso de ele lembrar-se de detalhes não relatados durante a entrevista”*.¹³⁵ Outrossim, a autora faz um comentário pertinente e humanizador: *“É bastante possível que o entrevistado, ao falar sobre o evento (principalmente se tiver sido a vítima), fique emocionalmente mobilizado, e não convém que a entrevista acabe com a testemunha nesse estado emocional. Assim, antes de despedir-se, o entrevistador demonstra interesse pelo bem-estar do entrevistado e retoma assuntos neutros”*.¹³⁶

A técnica de Entrevista Cognitiva é, sem dúvida, um avanço no procedimento de obtenção da prova oral. A tendência é de que as técnicas de entrevista forense avancem junto com as pesquisas na área da psicologia e neurologia.

¹³⁴ STEIN 2011, p. 222.

¹³⁵ STEIN, 2011, p. 222.

¹³⁶ STEIN, 2011, p. 223.

CONCLUSÃO

A gênese deste trabalho é atribuída à curiosidade. A descoberta da existência das falsas memórias foi simplesmente fascinante e a construção desse projeto foi recompensador. A busca por respostas move o conhecimento humano, e ao longo do presente trabalho buscou-se entender o funcionamento da memória e do fenômeno das falsas memórias, contudo, a aplicação desse conhecimento ao direito processual penal representa a esperança que carrega o bacharel em direito, ora autor dessa obra. Casos como o da Escola Base são absolutamente inaceitáveis.

Dessa forma, foi demonstrado que a memória é criada a partir de um procedimento complexo e, por isso, muito suscetível a falhas. Outrossim, podemos dizer que o aprendizado é um exercício de interpretação, ou seja, um mesmo evento ou experiência não é necessariamente igual para duas pessoas distintas.

Para além das falhas procedimentais, exploramos as falsas memórias, distorções inconscientes da percepção do passado, e atribuímos responsabilidade à sugestionabilidade interna e externa pela ocorrência desse fenômeno.

No Brasil, a maioria das sentenças usam como base a prova testemunhal, por isso, era de se esperar que esse meio de prova fosse manuseado com a cautela que a fragilidade da memória demanda. As falsas memórias representam um perigo real à credibilidade do processo penal e à dignidade do acusado, uma vez que uma mera suspeita pode comprometer uma vida por inteiro. “[...] *O Direito não pode pairar no escaninho da incerteza e da insegurança*”.¹³⁷

As falsas memórias são reais, e o despreparo para lidar com elas também. Além da autossugestão, que é passível de pouca intervenção, a sugestionabilidade externa pode ser em grande parte mitigada. Entretanto, para que isso ocorra, é necessário entender o problema e usar das técnicas existentes na tentativa de afastar as falsas recordações. Por esse motivo, é preciso que os profissionais que lidam com a memória tenham a *expertise* necessária para lidar com essas distorções da lembrança, desse modo irão integrar parte da solução, e não do problema.

Mister ressaltar que não se questiona a importância do relato da testemunha ou do ofendido, tampouco busca-se a desvalorização deste tipo de prova, pois este trabalho se propôs a fazer justamente o contrário. Através da Entrevista Cognitiva é possível conceder robustez à prova fundada na memória. Essa abordagem profissional e eficiente da produção probatória é capaz de reduzir muito os danos que podem ser causados pelas falsas memórias.

¹³⁷ SOUZA OLIVEIRA, Vallisney, Prescrição e tortura, 2013. Disponível em: <<http://vallisneyoliveira.com/artigos/prescricao-e-tortura-2/>>.

As pessoas costumam associar seu nível de comoção ao tamanho do desastre. Milhares de acidentes de carro com vítimas fatais geram menos comoção popular do que a queda de um único avião comercial de passageiros. Previsões de fim do mundo alarmam um grande número de pessoas, porém, elas ignoram o fato de que o mundo acaba todos os dias para muita gente. Acaba não só pela ação da morte, mas vidas podem ser completamente destruídas sem que haja a aniquilação do indivíduo. Apesar de impossível, o Direito deve, acima de tudo, se esforçar para proteger todos os inocentes.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 10ª edição, Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018

ÁVILA, Gustavo Noronha; LAZARETTI, Buna Furini; DO AMARAL, Marina Moreno. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na Região Metropolitana de Porto Alegre**. Disponível em:

<<http://www.enadir2017.sinteseeventos.com.br/arquivo/downloadpublic2?q=YToyOntzOjY6InBhcmFtcyI7czozNDoiYToxOntzOjEwOiJJRF9BUiFVSVZPIjtzOjM6IjEzNSI7fSI7czoxOiJoIjtzOjMyOiI2Y2UxODFjYTIiN2I4Y2FiNDQ5ZmQwNTFIMjIzMTViNiI7fQ%3D%3D>>

AVILA, Luciana Moreira de; STEIN, Lilian Milnitsky. **A influência do traço de personalidade neuroticismo na suscetibilidade às falsas memórias**. *Psic: Teor. e Pesq.*, Brasília, v. 22, n. 3, p. 339-346, dez. 2006. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722006000300011&lng=pt&nrm=iso> acessos em 26 nov. 2018. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-37722006000300011>.

BADDELEY, Alan; MICHAEL W, Eysenck; MICHAEL C. Anderon. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. 11ª edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

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

BRASIL. **Código Penal, DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

Caso da Escola Base. Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/12/10/da-serie-julgamentos-historicos-escola-base-a-condenacao-que-nao-veio-pelo-judiciario/>

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA. **O outro lado do paraíso presta um desserviço à população brasileira**. Disponível em: <<https://site.cfp.org.br/o-outro-lado-do-paraíso-presta-desservico-populacao-brasileira/>>.

DAMÁSIO, António. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução Dora Vicente, Georgina Segurado. — 3a ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

GOULART e Rodrigues, F., **Tribunal do júri: aspectos críticos relacionados à prova**. São Paulo: Atlas, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 11. São Paulo: Saraiva, 2015.

GRIGGS, Richard A. **Psicologia: uma abordagem concisa**. Porto Alegre: Artmed, 2009

GUDJONSSON, 1983. **Suggestibility, intelligence, memory recall and personality: An experimental study**. British Journal Psychiatric, 142, 35-37. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/16368147_Suggestibility_intelligence_memory_recall_and_personality_An_experimental_study>

HUANG, Tin Po. **A produção de falsas memórias e sua relação com fatores emocionais e processamentos consciente e automático**. 2009. vii, 124, [6] f. Tese (Doutorado) - Universidade de Brasília, Instituto de Psicologia, Departamento de Processos Psicológicos Básicos, 2009.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. 2º ed. Porto Alegre: Artmet, 2014.

JESUS, Damásio de. **Código de processo penal anotado**. 27ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

KANDEL, Eric R. **Em busca da memória: o nascimento de uma nova ciência da mente** São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8° ed., São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LOFTUS, Elizabeth. **As falsas lembranças**. In: Revista Viver Mente & Cérebro, 2005, p. 90-93.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 14. São Paulo: Saraiva 2016.

_____. **Prisões cautelares**. 5. São Paulo Saraiva 2017.

_____; DI GESU, Cristina Carla. **Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 15, n. 175, p. 14-16, jun. 2007.

MARATOS, E. J., Allan, K.; RUGG, M. D. R. (2000). **Recognition memory for emotionally negative and neutral words: An ERP study**. *Neuropsychologia*, 38(11), 1452-1465.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo Código de Processo Civil Comentado**. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MEMON, A.; HIGHAM, P. A. (1999). **A review of the cognitive interview**. *Psychology, Crime and Law*, 5(1-2), 177-196. Disponível em: <<http://psychyogi.org/memon-higham-1999-cognitive-interview/>>.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no Processo Penal: Estudo sobre a Valoração das Provas Penais, 2ª edição**. São Paulo: Atlas, 2015.

MOURÃO JUNIOR, Carlos Alberto. **Fisiologia essencial**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2011.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

POPPER, karl. **Conjecturas e Refutações (o Progresso do Conhecimento Científico)**, 1963. Disponível em: <<https://docs.ufpr.br/~borges/publicacoes/notaveis/Popper.pdf>>.

Sex Abuse Suit Dismissed In False-Memory Case. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/archive/politics/1994/12/14/sex-abuse-suit-dismissed-in-false-memory-case/cfbf4cd6-80a7-4eb8-8c8f-e42ef43778eb/?noredirect=on&utm_term=.ecc05ba2d94d>

SOUZA OLIVEIRA, Vallisney. **Prescrição e tortura**. 2013. Disponível em: <<http://vallisneyoliveira.com/artigos/prescricao-e-tortura-2/>>.

STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas memórias fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: ArtMed 2011.

STEIN, Lílian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **“Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas”**. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722001000200010&lng=en&nrm=iso&tlng=pt>

YSENCK, W.; KEANE, M. 2017. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 7th edição. Porto Alegre: ArtMed, 2017.

ZILLI, Marcos. **O Pomar e as Pragas**. Boletim do IBCCrim, n. 188, julho/2008. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigos/224-188-Julho-2008>.