

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

FACULDADE DE DIREITO

DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS PENAIS

Larissa Civardi Flech

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Porto Alegre

2012

LARISSA CIVARDI FLECH

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Danilo Knijnik

Coorientador: Prof. Dr. Sami Abder Rahim Jbara El Jundi

Porto Alegre

2012

LARISSA CIVARDI FLECH

FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em 19 de dezembro de 2012.

BANCA EXAMINADORA:

Prof. Dr. Danilo Knijnik

Orientador

Prof. Dr. Odone Sanguiné

Prof. Me. Marcus Vinícius Aguiar Macedo

Dedico este trabalho a meu pai (*in memoriam*), grande amor da minha vida e exemplo de coragem, honestidade e fortaleza.

Agradeço, primeiramente, aos meus pais, Romeu e Ana Rita, e ao meu irmão Henrique, por terem respeitado e apoiado as minhas escolhas com dedicação incondicional e por serem minhas referências fundamentais de humildade.

Agradeço ao meu companheiro André, que, incansavelmente, esteve do meu lado nos momentos mais difíceis. Pela paciência e compreensão, devo a ele a coragem que possuo hoje.

Agradeço, também, ao professor Danilo Knijnik, pela maestria de suas aulas e por despertar em mim o gosto pelas Ciências Penais, e ao meu coorientador, professor Sami El Jundi, por ter me recebido de maneira tão atenciosa e por ter confiado a mim parte de sua imensa sabedoria. Seu brilhantismo concernente à Criminalística e à Medicina Legal convive com sua singeleza. Seus ensinamentos serão lembrados com carinho para sempre.

Por fim, agradeço à professora Raquel Lima Scalcon, exemplo constante de dedicação e competência, pelo privilégio de conhecê-la e por ser a grande incentivadora do meu desenvolvimento pessoal e profissional, e aos colegas do Grupo de Pesquisa Ciência Penal Contemporânea, em especial ao Professor Tupinambá Pinto de Azevedo, com quem tive o prazer de conviver e aprender.

“Ainda que se narrem os acontecimentos verídicos já passados, a memória relata não os próprios acontecimentos que já decorreram, mas sim as palavras concebidas pelas imagens daqueles fatos, os quais, ao passarem pelos sentidos, gravaram no espírito uma espécie de vestígios. Por conseguinte, a minha infância que já não existe presentemente, existe no passado que já não é. Porém, a sua imagem, quando a evoco e se torna objeto de alguma descrição, vejo-a no tempo presente porque ainda está na minha memória.”

Santo Agostinho, *Confissões*

RESUMO

Neste estudo pretende-se analisar, sob a ótica interdisciplinar, a complexidade da memória e os seus reflexos na seara processual penal, em especial no tocante à prova testemunhal. Os fatos vividos não são registrados pela memória exatamente como ocorreram, pois a influência de elementos diversos, internos e externos ao indivíduo, permite a ocorrência de alterações não intencionais nas etapas de formação do processo cognitivo - codificação, armazenamento e recuperação -, ocasionando o fenômeno das Falsas Memórias. Em um primeiro momento, serão apresentados aspectos gerais no que concerne à questão probatória no processo penal brasileiro, dando especial destaque à prova testemunhal. Posteriormente, far-se-á uma revisão histórica e teórica acerca da memória para que, a partir da compreensão neurofuncional, se proceda à análise de alguns dos principais estudos já realizados sobre a produção de Falsas Memórias. Por fim, serão apontados os reflexos da falibilidade da memória nas testemunhas e vítimas de delitos e quais as possíveis técnicas aptas a reduzir tais efeitos. Diante do amplo uso da prova testemunhal no processo penal - muitas vezes como único elemento probatório a embasar a acusação e, quiçá, a condenação - e da suscetibilidade à falsificação da memória, faz-se imprescindível o aprofundamento dos estudos sobre as Falsas Memórias no processo penal, para que, a partir da aferição da credibilidade do testemunho, obtenha-se uma jurisdição de qualidade.

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

ABSTRACT

This study intended to analyze, under the interdisciplinary perspective, the complexity of memory and your reflexes on the likes of criminal procedural, especially in relation to witness evidence. The facts lived aren't recorded by memory exactly as they occurred, because the influence of many factors, internal and external to the person, allows the occurrence of unintended changes in the development stages of cognitive processing – coding, storage and recovery – leading to the phenomenon of False Memories. At first, will be presented general aspects regarding the brazilian criminal proceeding, with a particular attention to witness evidence. Later, it will review the history and theory about memory so that, from the understanding a neurofunctional, they proceed to the analysis of some main studies conducted on the development of False Memories. Finally, the consequences will be pointed to the fallibility of memory on witness and victims of crime and the possible techniques able to reduce such effects. Given the use of a witness evidence in criminal proceeding – often as a single probative element of evidence to base the prosecution and, perhaps, the condemnation – and susceptibility to forgery of memory, it's essential to deepening the studies on the False Memories at criminal proceeding, that, from the measurement of the credibility of the witness, to get a quality jurisdiction.

Key-words: Criminal Proceeding. Witness Evidence. False Memory. Cognitive Interview.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO.....	10
2	PROVA NO PROCESSO PENAL.....	12
2.1	ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROVA.....	14
2.2	CONCEITO, OBJETO E MEIO DE PROVA.....	18
2.3	PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA.....	22
2.3.1	Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa	24
2.3.2	Princípio da Presunção de Inocência.....	27
2.3.3	Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional.....	28
2.4	PROVA TESTEMUNHAL.....	30
2.4.1	Noções Gerais.....	31
2.4.2	Classificação das Testemunhas.....	34
2.4.3	Caracteres do Testemunho.....	36
2.4.4	Fases e Condições de Formação do Testemunho.....	39
2.4.4.1	Condições de Percepção.....	40
2.4.4.2	Condições de Memória.....	42
2.4.4.3	Condições de Depoimento.....	42
3	MEMÓRIA.....	44
3.1	IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR.....	44
3.2	BREVE HISTÓRICO DOS ESTUDOS SOBRE MEMÓRIA.....	47
3.3	TIPOS DE MEMÓRIA.....	50
3.3.1	Memória de curta duração.....	51
3.3.2	Memória de trabalho.....	51
3.3.3	Memória de longa duração.....	52
3.4	FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA.....	55
3.5	FALSAS MEMÓRIAS.....	57
3.5.1	Evolução teórico-científica.....	59
3.5.2	Formação das Falsas Memórias.....	62
3.5.3	Classificação das Falsas Memórias.....	66

4	FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL.....	70
4.1	IMPLICAÇÕES DA FALSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL.....	70
4.1.1	Sugestionabilidade e Depoimento Infantil.....	75
4.1.2	Falsas Memórias e o Ato de Reconhecimento.....	88
4.2	TÉCNICAS DE REDUÇÃO DE DANOS.....	95
4.2.1	Reconhecimento Pessoal Sequencial.....	96
4.2.2	Entrevista Cognitiva.....	99
4.2.2.1	Considerações Iniciais.....	99
4.2.2.2	Dinâmica da Entrevista Cognitiva.....	101
5	CONCLUSÃO.....	107
	REFERÊNCIAS.....	109

1 INTRODUÇÃO

A prova testemunhal tem sido a espécie probatória por excelência no processo penal brasileiro. Apesar da desconfiança com que sempre foi aceita, ela tem atravessado séculos impondo-se nos mais variados tipos de procedimento, em todos os povos.

Cumprindo uma função retrospectiva, as testemunhas, assim como as vítimas, valem-se das lembranças, essencialmente, para relatarem os acontecimentos. A memória assume um papel fundamental na reconstrução do crime e no reconhecimento do autor do delito. Nesse contexto, o processo depende da recordação, a qual vivifica o crime. No entanto, a fragilidade da prova testemunhal revela-se exatamente nessa dependência da memória dos fatos por parte da pessoa que os narra.

Estudos realizados pela Psicologia Cognitiva e do Testemunho têm demonstrado que o processo mnemônico - formado por uma rede de relações entre fato, contexto, estado de espírito e conhecimento do observador - não é fidedigno à realidade. Pesquisas recentes comprovam que o referido mecanismo é facilmente suscetível a falhas, as quais podem comprometer a correta aquisição, retenção e recuperação das informações, contaminando, por conseguinte, a lembrança.

Constatada, portanto, a falibilidade da memória humana, torna-se imprescindível a análise acerca da formação das Falsas Memórias, fenômeno consistente na recordação de eventos que jamais ocorreram e ocasionado, geralmente, pela combinação entre lembranças verdadeiras e conteúdos oriundos de sugestões externas. Em que pese o avanço das pesquisas sobre o tema no cenário internacional, em especial nos Estados Unidos, no Brasil poucos são os estudos sobre a falsificação da lembrança.

Além da influência de inúmeros fatores que comprometem o armazenamento da informação na memória, por ocasião do depoimento, a lembrança do fato a ser relatado poderá ser contaminada por questionamentos tendenciosos e sugestivos, capazes de gerar o fenômeno das Falsas

Memórias. Nesse sentido, sob uma perspectiva interdisciplinar, este trabalho tratará da falsificação da lembrança decorrente da sugestionabilidade, a qual, muitas vezes, é ocasionada pelos operadores do Direito durante a colheita da prova oral. Diante dos equívocos cometidos em função de depoimentos e reconhecimentos falsos, pretende-se analisar a falibilidade da memória com vistas a estimular a reflexão acerca da fragilidade da prova testemunhal e do juízo de certeza embasado exclusivamente nela.

Inicialmente, o presente estudo estabelecerá algumas noções gerais sobre o processo penal e a prova testemunhal. Após, far-se-ão considerações acerca da memória, com o intuito de melhor compreender esse intrincado mecanismo, e de premissas teóricas e conceituais relacionadas ao fenômeno das Falsas Memórias. Na sequência, analisar-se-ão as implicações da falsificação da lembrança durante a reconstrução dos fatos pelas testemunhas e vítimas, no contexto do processo penal, com ênfase à sugestionabilidade no depoimento infantil e ao ato de reconhecimento do autor do delito. Por fim, considerando não haver soluções simples para problemas complexos, apresentar-se-ão algumas técnicas de redução dos danos oriundos da falsificação da memória na produção da prova testemunhal, com vistas a torná-la mais qualificada e confiável.

O tema concernente às Falsas Memórias é recente, complexo e de fundamental importância para o processo penal, uma vez que seus operadores lidam constantemente com as recordações das pessoas a fim de obter provas de um determinado delito. É preciso ter ciência do fenômeno, poder identificá-lo e, por fim, estar preparado para lidar com ele através de mecanismos mitigadores da problemática.

2 PROVA NO PROCESSO PENAL

Partindo-se da premissa de que o ordenamento jurídico regula as situações fáticas de modo normativo e abstrato, percebe-se que, em verdade, o Direito inexistente sem o fato. Dessa forma, o processo surge legitimamente como uma máquina retrospectiva, como um instrumento de reconstrução aproximativa direcionado a proporcionar o conhecimento do juiz acerca da relação entre um dado fato e seu autor, sendo a instrução probatória o meio utilizado para atingir tal escopo.

O conjunto probatório, portanto, reveste-se de importância inexorável para o desenvolvimento da atividade de cognição e de convicção do juiz e, conseqüentemente, para o deslinde da demanda. Sendo assim, “a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas”.¹ Nesse sentido, “provar significa induzir o juiz ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo, com aproveitamento de chances, liberação de cargas ou assunção de risco de uma sentença desfavorável por não fazê-lo”.²

Cabe salientar, sucintamente, que compete às partes demonstrarem ao juiz a verdade dos fatos alegados, os quais não correspondem, necessariamente, à verdade real dos fatos. A verdade é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a certeza é a crença nessa conformidade, provocando um estado subjetivo do espírito ligado a um fato, ainda que essa crença não corresponda à verdade objetiva.³ Dessa forma, o intuito da parte, no processo, não é o de mostrar a verdade objetiva ou real dos fatos, mas sim o de construir, no espírito no magistrado, a certeza de que a verdade corresponde aos fatos por ela alegados, tendo em vista que “existem apenas verdades relativas, dentro e fora do processo, porque qualquer situação cognitiva é, de algum modo, caracterizada pelos limites que dizem respeito aos

¹ BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1959, V.I, p. 54.

² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 29.

³ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004, p. 24.

meios que possam ser empregados para estabelecer a verdade”.⁴ No entanto, Knijnik ressalva:

Essa relatividade não deve levar, porém, ao abandono da relação entre *prova e verdade*; apenas, tal relação deixa de ser ontológica, para ser teleológica. [...] o que não existe é um *vínculo conceitual* entre ambos, porque impraticável, permanecendo um *vínculo teleológico*: é altamente desejável que o sistema chegue a um juízo de fato o mais próximo da verdade, mas é preciso ter a clara consciência de que aquilo que está provado pode ser falso; e o que não foi provado pode ser verdadeiro. À luz dessa consciência, é preciso que o sistema e principalmente o aplicador estejam sempre voltados à prevenção do erro, não confiando, ingenuamente, na possibilidade de reconstruir os fatos tais quais eles ocorreram no passado.⁵

No mesmo sentido, Di Gesu sustenta:

O ideal seria poder trazer aos autos, através da reconstrução da pequena história do delito, aquilo que *realmente* ocorreu. Contudo, a atividade retrospectiva ou recognitiva não é tarefa fácil e simples, na medida em que envolve uma série de fatores complexos, dependendo, na grande maioria das vezes, da memória, da emoção, da formação de falsas lembranças, entre outros fatores, daqueles que depõem.⁶

Lopes Júnior, por fim, destaca:

Em suma, sob qualquer ângulo que se analise a questão, o que se vê é um labirinto de subjetividade e de contaminações que não permite atribuir ao processo a função de, através da sentença, revelar a “verdade” (nem real, nem processual, pois o problema está na “verdade”). [...] O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação. Depende, acima de tudo, da memória. Logo, existe um obstáculo temporal insuperável para a verdade: o fato de o crime ser sempre passado e depender da presentificação dos signos do passado, da memória, da fantasia e da imaginação. [...] Importa é considerar que a “verdade” é contingencial e não fundante. O juiz, na sentença, constrói – pela via do contraditório – a “sua” história do delito, elegendos os significados que lhe parecem válidos, dando uma

⁴ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 08.

⁵ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 14.

⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 68.

demonstração inequívoca de crença. O resultado final nem sempre é (e não precisa ser) a “verdade”, mas sim o resultado do seu convencimento [...]. O determinante é convencer o juiz. [...] A verdade, assim, é contingencial e a legitimação da decisão se dá através da estrita observância do contraditório e das regras do devido processo.⁷

Nessa senda, as provas admitidas no processo penal integram os modos de construção do convencimento do julgador, hábeis a formar sua convicção e a legitimar a sentença. Consistem, pois, em elementos legais e idôneos que visam a assegurar os direitos fundamentais, em especial, o direito ao devido processo legal.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DA PROVA

Sob uma perspectiva histórica, a evolução do instituto da prova compreende, cronologicamente, um amplo arco temporal que se inicia na Antiguidade e adentra o complexo mundo da Idade Média, atingindo, na transição para o período moderno, as Ordenações do Reino, oriundas do Direito Lusitano, até os seus subseqüentes desdobramentos no Brasil. Entretanto, ressalte-se que:

Embora a história do Direito Penal tenha surgido com o próprio homem, não se pode falar em um sistema orgânico de princípios penais nos tempos primitivos. Nos grupos sociais dessa era, envolvidos em ambiente mágico e religioso, a peste, a seca e todos os fenômenos naturais maléficos eram tidos como resultantes das forças divinas (“totem”) encolerizadas pela prática de fatos que exigiam reparação. Para aplacar a ira dos deuses, criaram-se uma série de proibições (religiosas, sociais e políticas) conhecidas por “tabus”, que, não obedecidas, acarretavam castigo. A infração totêmica ou a desobediência tabu levou a coletividade à punição do infrator para desagrar a entidade, gerando-se assim o que, modernamente, denominamos “crime” e “pena”. A pena, em sua origem remota, nada mais significava senão a vingança, revide à agressão sofrida,

⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 551-555.

desproporcionada com a ofensa e aplicada sem preocupação de justiça.⁸

No que toca à Antiguidade anterior aos romanos, malgrado a deficiência das fontes, pode-se destacar a inter-relação existente entre a vingança privada e a divina e a presença da prova mística, influenciada pelo sobrenatural. Nesse tempo, os homens “recorriam aos juízos dos deuses para a indicação do culpado. Para tanto, os suspeitos tinham que suportar toda sorte de sofrimentos, pois, se resistissem a eles, provariam sua inocência. Esse meio primitivo denominava-se *ordália*”.⁹

Acolhido pelo Código de Hamurabi e pela Lei das XII Tábuas, o *talião* (sangue por sangue, olho por olho, dente por dente) surgiu com o propósito de evitar a dizimação dos grupos, limitando a reação decorrente da ofensa a um mal idêntico ao praticado. Nesse sentido, “foi ele (o *talião*) um grande avanço na história do Direito Penal, por reduzir a abrangência da ação punitiva”.¹⁰

Com a evolução política da sociedade e com uma melhor organização comunitária, o Estado avocou o poder-dever de manter a ordem e de administrar a justiça, dirimindo os conflitos do homem na sociedade. Dessa forma:

Surge o sistema de composição, sucedâneo à vingança, e consistente no pagamento de um determinado valor à comunidade. [...] O Estado assume essa tarefa. A partir desse momento começa a interessar para o processo penal, pois ao assumir o Estado, sai fortalecido seu poder, desligando progressivamente a vítima do manejo da pena, para transferir essa atividade ao juiz imparcial. Assim surge a graduação das penas impostas pelo Estado, que, com a ideia eclesiástico-religiosa do Talião, dá ao instinto de vingança uma medida e um objeto. [...] A titularidade do direito de penar por parte do Estado surge no momento em que se suprime a vingança privada e se implantam os critérios de justiça.¹¹

⁸ MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 15.

⁹ AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 04.

¹⁰ MIRABETE; FABBRINI, *op. cit.*, p. 16.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 04-05.

Durante a República Romana, o povo era responsável pelas decisões, impossibilitando-se a apreciação jurídica das provas. No final desse período, os juristas romanos estabeleceram numerosos preceitos concernentes, principalmente, à prova testemunhal: as testemunhas tinham de preencher certas condições para serem aceitas como tal; mulheres, escravos, incapazes e crianças eram vistos como inferiores e não podiam prestar testemunho. Durante o Império, os antigos tribunais populares caíram em desuso e novas regras acerca do exame e da admissibilidade da prova testemunhal foram impostas.¹²

O procedimento inquisitorial perpetrado pela Igreja Católica através dos Tribunais da Santa Inquisição iniciava-se de ofício e utilizava-se da tortura e de penas cruéis para “curar” aquele que cometesse algum delito com conotação religiosa. Nesse contexto, a Igreja deu ensejo a um discurso arbitrário, no qual a denúncia era a prova da culpabilidade, a tortura era o método de obtenção da confissão dos suspeitos, o cárcere era o instrumento espiritual de castigo e a penitência era o meio para reaproximar o criminoso de Deus.

Sob o influxo do iluminismo, teve início um período mais humanitário da justiça penal. Nessa fase, Cesar Bonesana - conhecido como Marquês de Beccaria- tornou-se um símbolo reacionista ao desumano panorama penal então vigente por defender o livre-arbítrio, a livre admissão das provas, a legalidade e a proporcionalidade das penas. Ademais, Beccaria combateu o testemunho secreto e a tortura nos interrogatórios.

No tocante ao Brasil, as relações jurídico-penais do Período Colonial foram reguladas pelo Livro V das Ordenações do Reino. No entanto, durante a vigência do sistema de Capitânicas Hereditárias prevaleceu a vontade do donatário da capitania, responsável pela administração da justiça, em detrimento à legislação da metrópole.

O marco da evolução do ordenamento jurídico brasileiro foi a Constituição Imperial (1824), que previa a elaboração de um Código Criminal fundado no repúdio às leis desumanas, cruéis e opressoras e nos ideais

¹² MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 19.

iluministas de justiça e equidade. O Código Criminal de 1830 fixou um esboço de individualização da pena, prevendo atenuantes e agravantes, e estabeleceu um julgamento especial para os menores de 14 anos. Com a proclamação da República foi editado o Código Penal de 1890, modificado inúmeras vezes, até que todos os novos diplomas legais fossem reunidos na Consolidação das Leis Penais de 1932.

O atual Código de Processo Penal, em vigor desde 1942, sofreu paulatinas modificações no sentido de solucionar a criminalidade latente e progressiva sem deixar de observar o contraditório, a ampla defesa e todos os demais direitos fundamentais. Hoje, difunde-se uma concepção de justiça penal mais garantista, na esteira dos ensinamentos de Luigi Ferrajoli:

No momento do crime, a vítima é débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal, opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado que, frente ao poder de acusar do Estado, sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena. [...] O Direito Penal não pode prescindir do processo, pois a pena sem processo perde sua aplicabilidade. A instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, com uma especial característica: é instrumento de proteção dos direitos e garantias fundamentais.¹³

Consoante o exposto, percebe-se que, por meio do processo penal – lido à luz da Constituição Federal -, se concretiza o poder-dever punitivo estatal, e a prova, por sua vez, passa a ser o alicerce das decisões judiciais.¹⁴

¹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, pp. 13 e 27.

¹⁴ 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” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

2.2 CONCEITO, OBJETO E MEIO DE PROVA

A palavra *prova* comporta amplas conotações, podendo significar exame, verificação, inspeção, argumento, razão. No estrito campo jurídico, o termo possui três sentidos: a) como *ato*: é o processo pelo qual se verifica a exatidão do fato alegado pela parte; b) como *meio*: trata-se de instrumento hábil a demonstrar a verdade de algo; c) como *resultado*: é o produto extraído pelo juiz da análise dos instrumentos de prova oferecidos pelas partes. Para Nucci:

A prova é a demonstração lógica da realidade, no processo, por meio dos instrumentos legalmente previstos, buscando gerar, no espírito do julgador, a certeza em relação aos fatos alegados e, por consequência, gerando a convicção objetivada para o deslinde da demanda.¹⁵

Corroborando, Mittermaier destaca:

Todas as vezes que um indivíduo aparece como autor de um fato que é, por força da lei, de consequências aflitivas, e que se trata de lhe fazer a aplicação devida, a condenação repousa sobre a certeza dos fatos, sobre a convicção que se gera na consciência do juiz. A soma dos motivos geradores dessa certeza chama-se a “prova”. Quando medita sobre esses motivos, dá-se no espírito do juiz uma operação [...] sobre a certeza adquirida, ou ao menos sobre as probabilidades mais bem fundadas. Nesta indagação de verdade, o espírito humano se pode comparar a uma balança posta em movimento por circunstâncias e pelas impressões que do mundo exterior se recebem; no homem residem sempre as forças necessárias para pesar os fatos.¹⁶

Como já salientado, a tarefa da produção probatória incumbe às partes que, pelos meios admissíveis no ordenamento jurídico pátrio, procuram

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 15.

¹⁶ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 55.

alcançar a finalidade da prova, qual seja, a produção do convencimento do juiz no tocante à verdade possível de ser obtida por meio do processo. Assim, “tudo o que as partes poderão fazer é convencer (o juiz), com determinado grau de certeza, de que um fato é provavelmente verdadeiro”.¹⁷ Portanto:

Exigir-se uma certeza absoluta é ilógico, é destruir pela base toda a espécie de prova, pois, o problema da certeza insofismável até hoje resta insolúvel, devendo, por isto, o juiz se contentar com aquela certeza relativa que tranquiliza o seu espírito, seja qual for a espécie de prova que forneça.¹⁸

Para obter-se a almejada verdade processual, a compreensão do fato delitivo requer um amplo conhecimento de várias áreas afins, dentre as quais se destacam a Psicologia, a Criminologia, a Sociologia e a Medicina Legal. Dessa forma, “o tema da prova se presta, menos do que outros, a exaurir-se numa dimensão jurídica, tendendo, em vez disso, a projetar-se para fora dela, penetrando no campo da lógica, da epistemologia e da psicologia”,¹⁹ razão pela qual a plena compreensão do conjunto probatório requer, inevitavelmente, uma análise interdisciplinar.²⁰ Na lição de Knijnik:

A Constituição Federal, ao assegurar o direito de agir em juízo, o contraditório e a ampla defesa, consagra, também, o direito à prova. O denominado “direito de agir em juízo” não se exaure no direito subjetivo de obter um provimento judicial qualquer ou em movimentar a máquina judiciária, compreendendo uma “atividade judicial mínima, dirigida à tutela de uma posição substancial de vantagem [...], envolvendo conteúdos ativos e positivos”, dentre os quais um procedimento probatório adequado.²¹

¹⁷ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 35.

¹⁸ ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 353.

¹⁹ TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992, p. 02.

²⁰ No entanto, Salo de Carvalho adverte que “embora seja teoricamente natural na atualidade o entrelaçamento dos saberes e a superação dos projetos científicos, com a criação de novos campos de conhecimento, a dificuldade em iniciar processos de tal ordem, sobretudo em ramos mais conservadores como o jurídico, é sensível” (CARVALHO, Salo de. Criminologia e Transdisciplinariedade. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25-26).

²¹ KNIJNIK, *op. cit.*, p. 07.

O objeto da prova consiste, em termos gerais, no fato alegado pela parte e que deve ser demonstrado no processo. Entretanto, nem todos os acontecimentos consubstanciarão, necessariamente, objetos de prova no processo penal, mas somente aqueles pertinentes - que suscitam nos sujeitos processuais o interesse em comprová-los - e relevantes, capazes de influenciar na decisão da causa. Ademais, diferentemente do processo civil, na seara processual penal a ausência de controvérsia acerca do fato criminoso não dispensa a sua prova.²² À confissão do acusado devem-se acrescentar, inequivocamente, outras provas, no sentido de reforçá-la. Em síntese:

Aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio processual é o objeto da prova, que abrange não só o fato delituoso, mas também todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influenciar na responsabilidade penal e na fixação da pena ou imposição de medida de segurança.²³

Em regra, não se faz prova de preceitos legais, pois se presume o conhecimento do magistrado. Prescindem de prova, inclusive, as regras de experiência, por serem juízos obtidos mediante a observação dos eventos cotidianos e que podem ser formados, em abstrato, por qualquer pessoa. Excepcionalmente, porém, também o Direito pode ser objeto de prova: o Direito municipal e o estadual – caso se trate de unidade da Federação diversa daquela onde está o juiz -, o consuetudinário e o estrangeiro devem ser provados pela parte, se assim determinar o magistrado.

No tocante aos fatos considerados notórios tem-se que, quando consubstanciarem elementares do tipo penal, deverão ser objeto de prova. Dessa forma, não é porque o óbito de um indivíduo seja fato notório que poderá ser dispensado o exame de corpo de delito.

Por fim, “os meios de prova são os instrumentos materiais ou processuais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou da

²² Artigo 156, inciso II, do Código de Processo Penal: “Pode o juiz determinar, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

²³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 453.

inexistência de um fato”.²⁴ O Código de Processo Penal brasileiro elenca, em seus artigos 158 a 250, os chamados meios legais de provas. A enumeração, entretanto, não é taxativa, admitindo-se outros meios – conhecidos como provas inominadas -, desde que compatíveis com os limites constitucionais e processuais.

A prova, em apertada síntese, é integrada pelos seguintes componentes: o objeto, o sujeito e o meio de prova. O objeto da prova é o fato sujeito à apreciação judicial e que exige comprovação; o sujeito da prova é aquele que efetivamente demonstra o objeto; o meio de prova é o instrumento pelo qual o objeto da prova – o fato - chega ao juízo. Sendo assim:

É preciso cuidado para evitar a confusão de meio com sujeito ou objeto de prova. Assim, por exemplo, a testemunha é sujeito, e não meio de prova. O depoimento dela, este sim, é meio de prova. O lugar inspecionado é objeto de prova; a inspeção do local é meio de prova. Meio é tudo aquilo que serve para alcançar um fim, seja o instrumento usado ou o caminho percorrido.²⁵

Com efeito:

Constata-se que as fontes de prova pertencem às partes, a elas cumpre o importante papel na realização da atividade jurisdicional de averiguarem, investigarem o mundo fático pra trazerem a representação destes fatos ao processo. Assim, por decorrência da existência de uma ordem imanente ao sistema jurídico, ao aspecto substantivo da prova deve corresponder também uma feição instrumental, que são os meios de prova. [...] Verifica-se, portanto, que é através dos meios de prova que as partes demonstram a existência dos fatos controvertidos que integram o litígio e de que o juiz tira dados e elementos para formar sua convicção.²⁶

²⁴ GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 197.

²⁵ TORNAGHI, Hélio Bastos. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, V. II, p. 210.

²⁶ BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: prova testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. *In*: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 53.

Embora esteja sempre sujeito à motivação de suas decisões, é através da análise global do conjunto probatório incorporado aos autos que o juiz formulará, livremente, o seu convencimento.²⁷

2.3 PRINCÍPIOS GERAIS DA PROVA

O artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, ao prever que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”,²⁸ assegura o direito de ação e a sua essencialidade. No entanto, se o *ius puniendi* não pode ser subtraído à análise do Poder Judiciário, também o *ius libertatis* do infrator, ameaçado pela pretensão punitiva do Estado, deve receber igual proteção. Tem-se, então, o panorama da bilateralidade da ação: conferido o direito de demandar ao Poder Judiciário, reconhece-se, igualmente, o correlato direito à defesa.²⁹

²⁷ Segundo Knijnik, “atualmente [...] tem-se procurado resgatar a ideia de que a liberdade do convencimento judicial, não submetido a regras jurídicas predeterminadas de valoração, está sujeito às regras da lógica e a certos postulados jurídicos, no sentido de afastar o subjetivismo. Se o direito tem de se haver com os fatos, porque indissociáveis das normas, há necessidade de evitar-se o arbítrio na reconstrução fática, criando mecanismos de vinculação e controle. Assim, a doutrina vem salientando que o livre convencimento não significa um convencimento propriamente ‘livre’. [...] Supõe-se, pois, uma valoração racional e lógica. [...] Com isso, quer-se sustentar que existem ‘modelos de constatação’, comumente denominados standards, que funcionam como critérios, pelos quais o juízo de fato é formalizado” (KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 16-18).

²⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁹ O artigo 156 do Código de Processo Penal, na primeira parte do *caput*, estabelece que “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer”. Assim, em breve análise, cabe à parte acusadora, em regra, provar o fato constitutivo da pretensão punitiva, restando à defesa a prova dos fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito de punir. Nesse sentido, ensina Greco Filho: “O ônus da prova para a defesa é um ônus imperfeito ou diminuído, em virtude do princípio do *in dubio pro reo*, que leva à absolvição no caso dúvida quanto à procedência da imputação. Assim, em princípio, à defesa incumbe a iniciativa da prova das excludentes, mas basta-lhe a prova que suscite uma *dúvida razoável*, porque a dúvida milita em seu favor” (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 205-206). Ademais, Knijnik ressalta: “Nesse contexto é que se impõe examinar os assim chamados *modelos de constatação*, vale dizer, ‘dispor de uma teoria que nos diga quando, ou sob que condições, os elementos de juízo disponíveis são suficientes para que se repute racional aceitar uma proposição como verdadeira no âmbito do raciocínio decisório’. [...] Assim, uma vez que o juiz tenha proferido a sua decisão de acordo com o grau de probabilidade requerido (*‘além da dúvida razoável’*, mediante ‘prova clara e convincente’ ou ‘preponderância de provas’), o (fato) é verdadeiro, para os fins de resolver o conflito”

Em decorrência dessa reciprocidade de direitos, Gomes Filho sustenta a existência do direito à prova, enquanto direito público subjetivo:

O reconhecimento de um verdadeiro direito subjetivo à prova, cujos titulares são as partes no processo, supõe considerar que as mesmas devem estar em condições de influir ativamente em todas as operações desenvolvidas para constituição do material probatório que irá servir de base à decisão; nessa visão, a prova, antes de tudo, deve ser atividade aberta à iniciativa, à participação e ao controle dos interessados no provimento jurisdicional.³⁰

Nessa perspectiva, segundo o autor:

[...] o direito subjetivo à prova tem como sujeito passivo o Estado. Este, por sua vez, está obrigado a tornar efetivas (direito à valoração), desde que legítimas, as postulações das partes em relação à atividade probatória, sem desconsiderar, todavia, a possibilidade de terceiros ou da parte contrária ser também sujeito passivo quando tenha em seu poder alguma prova, salvo o direito do acusado a não incriminação. [...] O núcleo desse direito encontra-se no pronunciamento judicial relativo à admissão, pertinência e relevância das provas. [...] Isso porque junto ao direito à prova há o correlato direito à exclusão das provas inadmissíveis, impertinentes ou irrelevantes, justamente por não se tratar de um direito absoluto.³¹

Partindo-se da concepção de direito à prova e sem a pretensão de esgotamento do tema, serão apresentados a seguir aspectos gerais acerca dos princípios atinentes ao instituto e imprescindíveis para a compreensão do papel da prova testemunhal no processo penal.

(KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 34-36).

³⁰ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 85.

³¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 33-34.

2.3.1 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa

O artigo 5º, inciso LV, da Magna Carta assegura aos litigantes em processos judiciais ou administrativos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.³² Embora ambas as garantias constitucionais estejam imbricadas, existem caracteres que as diferenciam.

O contraditório consiste no direito à informação e à efetiva participação no processo, uma vez que assegura às partes a ciência de todos os atos processuais e a consequente manifestação, proporcionando uma atuação igualitária entre acusação e defesa. Assim:

O contraditório deve ser visto basicamente como o direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter* procedimental. [...] O contraditório é, essencialmente, o direito de ser informado e de participar do processo. É o conhecimento completo da acusação, o direito de saber o que está ocorrendo no processo, de ser comunicado de todos os atos processuais.³³

Dessa forma, o contraditório emana do exercício de defesa e é, pela defesa, assegurado.³⁴ Ele consubstancia a essência do processo jurisdicional, enquanto elemento diferenciador perante os demais procedimentos. Destarte, o contraditório configura “tese e antítese, voz ativa e passiva, pedido e contra pedido, ataque e defesa, culpado ou inocente, igualdade de meios de acusar e de se defender. Isso é a essência do contraditório, cujo equilíbrio deve ser garantido pelo juiz”.³⁵ Na atual configuração do ordenamento jurídico busca-se uma atuação positiva do juiz, no sentido de assegurar o contraditório e também

³² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 532.

³⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 63.

³⁵ FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006, p. 120.

de fornecer respostas adequadas aos requerimentos das partes, mediante decisões fundamentadas.

No que concerne aos fins probatórios, merece destaque a lição de Lopes Júnior:

Especificamente em matéria probatória, o contraditório deve ser rigorosamente observado nos quatro momentos da prova: 1º *Postulação* (denúncia ou resposta escrita): contraditório está na possibilidade de também postular a prova, em igualdade de oportunidades e condições; 2º *Admissão* (pelo juiz): contraditório e direito de defesa concretizam-se na possibilidade de impugnar a decisão que admite a prova; 3º *Produção* (instrução): o contraditório manifesta-se na possibilidade de as partes participarem e assistirem a produção da prova; 4º *Valoração* (na sentença): o contraditório manifesta-se através do controle da racionalidade da decisão (externada pela fundamentação) que conduz à possibilidade de impugnação pela via recursal. Sublinhe-se a imprescindibilidade do contraditório, que deve permear todos os atos e momentos da prova.³⁶

Observa-se o contraditório, portanto, diante da existência de condições ideais de fala e de oitiva da outra parte, ainda que essa lance mão do seu direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), e quando o procedimento realizar-se de modo a respeitar as manifestações dos interessados e a paridade de participação.

No tocante à ampla defesa, é pacífico na doutrina e na jurisprudência pátria que a sua estrutura assenta-se no binômio *defesa técnica e defesa pessoal*: enquanto esta é disponível e renunciável, aquela configura-se indisponível, pois, conforme o disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal, “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.³⁷ Assim, caso o réu não constituir advogado, caberá ao juiz nomear-lhe um defensor dativo.³⁸ Dessa forma, “a presença do defensor no

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 533.

³⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

³⁸ Artigo 185 do Código de Processo Penal: “O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. Parágrafo 1º - O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato.

momento das declarações do suspeito frente à autoridade judiciária ou policial é imprescindível, não só pela exigência constitucional, mas pela expressa previsão no artigo 185 do Código de Processo Penal”.³⁹

Por sua vez, a *defesa pessoal* ou *autodefesa* caracteriza-se pelo fato de que o réu pode optar entre falar ou omitir-se acerca dos fatos a ele imputados, sem que o silêncio lhe acarrete prejuízo jurídico.⁴⁰ Além disso, ao sujeito passivo é dada a possibilidade de não participar de diligências que venham, eventualmente, a prejudicar a sua defesa ou a incriminá-lo. Nesse ínterim:

O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, esculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo a qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando interrogado. Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.⁴¹

Dessa forma, quando a defesa produzir uma antítese firme e consistente à tese acusatória, utilizando-se de todos os meios disponíveis para rechaçá-la, assegurada estará a ampla defesa. Portanto, não basta para o seu exercício a simples constituição ou nomeação de um defensor. Alegações abstratas e genéricas, sem exame do conteúdo do processo, não implicam o reconhecimento substancial da ampla defesa.⁴²

Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal. Parágrafo 2º - Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com o seu defensor” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 614.

⁴⁰ Artigo 186 do Código de Processo Penal: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (BRASIL, *op. cit.*).

⁴¹ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 618.

⁴² GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 48.

2.3.2 Princípio da Presunção de Inocência

Princípio reitor do processo penal, a presunção de inocência está prevista no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, o qual estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”,⁴³ embora não conste, expressamente, no Código de Processo Penal. De acordo com a jurisprudência pátria, as expressões “presunção de inocência” e “presunção de não culpabilidade” são semanticamente iguais.

A presunção de inocência consiste, essencialmente, em dever de tratamento e em regra de juízo. Dessa forma:

Processualmente falando, o princípio da presunção de inocência possui um duplice significado, tendo implicações diretas no âmbito da prisão e da prova. Em síntese, no que concerne à prisão, determina ser a utilização de medidas restritivas da liberdade pessoal reservada aos casos excepcionais, pois a liberdade é a regra e a prisão é a exceção. Quanto à matéria probatória, a presunção de inocência é tida como regra processual, no sentido de o acusado não ser obrigado a fornecer prova de sua inocência, pois esta é presumida e, em caso de dúvida, impera a absolvição. Trata-se do que a doutrina chama de “regra de tratamento do imputado” e “regra do juízo”.⁴⁴

Enquanto dever de tratamento, a presunção de inocência estabelece que ambos, acusador e juiz, devem dispensar ao réu o mesmo tratamento dado a um inocente, até que sobrevenha uma sentença penal condenatória irreversível. Ademais, na dimensão externa à relação jurídico-processual, impõe limites à publicidade e à estigmatização do acusado.

Sob a perspectiva de regra de juízo, a presunção de inocência é responsável por atribuir ao órgão acusador o ônus probatório. Assim, ao passo que “a acusação possui a carga de provar a alegação, a defesa tem o direito – e não dever – de contradizê-la, a fim de que se respeite à estrutura dialética do

⁴³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁴ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 43.

processo”.⁴⁵ O réu não possui o dever de colaboração e não necessita fazer prova alguma de sua inocência. A culpa, e não a inocência – presumida desde o início -, é que deve ser provada.⁴⁶

2.3.3 Princípio do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional

Previsto nos artigos 93, inciso IX, da Magna Carta⁴⁷ e 155, do Código de Processo Penal,⁴⁸ esse princípio integra o Sistema da Persuasão Racional de Valoração das Provas, o qual foi adotado – majoritariamente⁴⁹ - pelo processo penal brasileiro, sendo que cuidou de conferir ao juiz a função de sujeito responsável pela apreciação e valoração do conjunto probatório constante dos autos, podendo ele decidir, desde que motivadamente,⁵⁰ de acordo com a sua livre convicção. Nesse sentido, ao tratar da necessária separação entre os planos da admissibilidade, da valoração (ou do livre convencimento) e da fundamentação do material probatório, Knijnik destaca:

⁴⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 44.

⁴⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trotta, 1997, p. 549.

⁴⁷ Artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal: “Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas as decisões, sob pena de nulidade [...]” (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁴⁸ 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” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁴⁹ No Tribunal do Júri vigora o sistema de valoração da prova conhecido como *Sistema da Íntima Convicção*, uma vez que os jurados decidem de acordo com a sua convicção íntima, sendo dispensada a motivação de seus votos.

⁵⁰ Cabe salientar que, inobstante a sutileza, *motivação* e *fundamentação* não se confundem. A *fundamentação* explica a preferência, a escolha de uma dada versão e não de outra; assim, há *fundamentação* se existir uma justificação racional para a decisão. A *motivação*, por seu turno, explicita quais as bases fáticas e jurídicas que permitem a fundamentação; é o entendimento acerca da decisão. Portanto, é possível que, diante dos mesmos fatos e circunstâncias, as decisões de diferentes julgadores sejam opostas. Isso ocorre porque, embora os fatos e a lei sejam os mesmos, a compreensão de cada magistrado no que concerne às provas e à interpretação da lei pode ser diversa. Por isso, toda a decisão judicial deve ser, simultaneamente, motivada e fundamentada (GIACOMOLLI, Nereu José. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 6, n. 11, jan./ jun. 2005, p. 71).

[...] o princípio do livre convencimento nada tem a ver com a admissibilidade da prova. Tal princípio entra em operação somente após o processo de seleção do material que comporá o objeto de seu exercício; daí segue-se que, viciada a etapa preliminar, contamina-se seu resultado, sendo irrealizável a manutenção da valoração judicial exercida, livremente, sob bases equivocadas, do que resulta a necessidade de distinguir os planos em questão, para um funcionamento adequado do princípio.⁵¹

Segundo Nucci:

O magistrado pode formar a sua convicção (certeza de que a verdade encontra-se em determinados fatos) livremente, ponderando as provas que bem entender, atribuindo-lhes o valor subjetivamente merecido [...] e estruturando seu raciocínio do modo como achar conveniente. A livre apreciação da prova não significa a formação de uma livre convicção. A análise e a ponderação do conjunto probatório são desprendidas de freios e limites subjetivamente impostos, mas a convicção do julgador deve basear-se nas provas coletadas. Em suma, liberdade possui o juiz para examinar e atribuir valores às provas, mas está atrelado a elas no tocante à construção do seu convencimento em relação ao deslinde da causa. E, justamente por isso, espera-se do magistrado a indispensável fundamentação de sua decisão, expondo as razões pelas quais chegou ao veredicto absolutório ou condenatório, em regra.⁵²

Por fim, no que tange à liberdade que o julgador possui para formar a sua convicção:

Ela refere-se a não submissão do juiz a interesses públicos, econômicos ou mesmo à vontade da maioria. A legitimidade do juiz não decorre do consenso, tampouco da democracia formal, senão do aspecto substancial da democracia, que o legitima enquanto guardião da eficácia do sistema de garantias da Constituição na tutela do débil submetido ao processo. Também decorre da própria ausência de um sistema de prova tarifada, de modo que todas as provas são relativas, nenhuma delas tem maior prestígio ou valor que as outras [...]. Contudo, essa liberdade não é plena na dimensão jurídico-processual, pois [...] não pode significar liberdade do juiz para substituir a prova por meras conjeturas ou pela sua opinião. [...] A fundamentação das decisões, a partir de fatos provados, refutáveis e de argumentos jurídicos válidos, é um limitador (ainda que não imunizador) dos juízos morais. Esse é um espaço impróprio da

⁵¹ KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 23.

⁵² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 19.

subjetividade que sempre estará presente (não existe juiz neutro), mas que o sistema de garantias deve buscar, constantemente, desvelar e limitar. [...] A decisão de um juiz somente é legítima quando calcada na prova produzida no processo. Significa uma limitação ao que está nos autos e que lá tenha regularmente ingressado. Conduz, assim, ao rechaço total do substancialismo e também da admissão e valoração da prova ilícita. Mas não basta estar no processo, é necessário que se revista da qualidade de “ato de prova”, ou seja, aquela colhida na fase processual, com plena observância do princípio da jurisdicionalidade [...] e das garantias do contraditório judicial e da ampla defesa.⁵³

A motivação, por conseguinte, possibilita que as partes tenham conhecimento acerca das razões que embasaram a decisão judicial, permitindo o controle da racionalidade desta por meio da publicidade e da impugnação pela via recursal, além de servir como meio para a obtenção de uma tutela jurisdicional efetiva e legítima.

2.4 PROVA TESTEMUNHAL

A prova testemunhal - também chamada de prova histórica ou pessoal - é notadamente uma das mais utilizadas no âmbito processual, em que pese as controvérsias existentes em relação a sua credibilidade. Assim, “se no processo criminal é a mais comum, encontradiça e alicerçadora das provas, ao mesmo tempo representa a mais controvertida, a ponto de receber o epíteto pejorativo de a *prostituta das provas*”.⁵⁴ O estudo desse meio de prova encontra seu ápice no processo penal, no qual sua inadequada utilização pode resultar na supressão da liberdade, um dos bens jurídicos supremos da ordem democrático-constitucional.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 537-539.

⁵⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 157.

2.4.1 Noções Gerais

Testemunhar, etimologicamente, vem do latim *testari*, significando mostrar, asseverar, manifestar, testificar, confirmar. Dessa, origina-se o vocábulo “testemunha” (*testis*) que, juridicamente, consiste na pessoa física, diversa dos sujeitos processuais, que, em juízo, declara o que sabe acerca dos fatos investigados, a partir da percepção sensorial que sobre eles obteve no passado.⁵⁵ Segundo Manzini:

Testemunho é a declaração, positiva ou negativa, da verdade feita ante o magistrado penal por uma pessoa – testemunha – distinta dos sujeitos principais do processo penal sobre percepções sensoriais recebidas pelo declarante, fora do processo penal, a respeito de um fato passado e dirigida à comprovação da verdade.⁵⁶

Para Mittermaier, pela palavra *testemunha* “designa-se o indivíduo chamado a depor segundo sua experiência pessoal, sobre a natureza e a existência de um fato. Propriamente falando, testemunha é o personagem que se acha presente no momento em que o fato se dá”.⁵⁷ Goldschmidt, por sua vez, afirma que “testemunha é a pessoa, distinta das partes e de seus representantes legais, que depõe sobre percepções sensoriais concretas, relativas a fatos e circunstâncias pretéritas”.⁵⁸

⁵⁵ O depoimento é a tentativa de reconstrução do passado; é o relato de fatos já ocorridos. Em um processo judicial, pode haver dois tipos de depoimento: o *pessoal* e o *testemunhal*. A testemunha é um terceiro (estranho ao feito) capaz, chamado para falar o que ouviu ou viu acerca dos fatos. Ela tem o dever de comparecer em juízo e de dizer a verdade, uma vez que, conforme o disposto no artigo 342 do Código Penal, “fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial ou em juízo arbitral configura o crime de falso testemunho”, com pena cominada de um a três anos de reclusão e multa (BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012). À narração dos fatos pela testemunha diante da autoridade judicial dá-se o nome de *depoimento* ou *testemunho*. Nesse trabalho, dar-se-á enfoque aos depoimentos testemunhais.

⁵⁶ MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesal Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, V.III, p. 220.

⁵⁷ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 231.

⁵⁸ GOLDSCHMIDT, Werner. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935, p. 117.

O artigo 203 do Código de Processo Penal dispõe que “a testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, [...] explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se sua credibilidade”.⁵⁹ Em outros termos, a testemunha compromete-se a narrar, sinceramente, o que sabe sobre os fatos, sob pena de responder pelo crime de falso testemunho. Trata-se do compromisso de dizer a verdade ou do juramento, o qual, segundo Nucci:

É (o compromisso) exatamente a fórmula encontrada pela lei para estabelecer a diferença entre testemunha e outros declarantes, a exemplo da vítima, que podem prestar informações ao juiz, embora sem o dever de dizer a verdade. Ademais, a vítima é convidada pelo juiz a indicar provas e será ouvida para dizer quem presume ser o autor da infração penal, em posição peculiar [...].⁶⁰

Nesse sentido, o ordenamento jurídico pátrio prevê distinções entre o tratamento dispensado à vítima e as suas declarações e aquele concedido às testemunhas:

Na sistemática do Código de Processo Penal, vítima (ofendido) não é considerada testemunha, tanto que merece tratamento diferenciado. A vítima não presta compromisso de dizer a verdade e tampouco pode ser responsabilizada pelo delito de falso testemunho (mas sim pelo crime de denúncia caluniosa, artigo 339 do Código Penal, conforme o caso). Também não é computada no limite numérico de testemunhas, de modo que, se estivermos diante de um delito apenado com detenção, poderão ser arroladas (como regra) até cinco testemunhas pela acusação e igual quantidade pela defesa. A vítima não pode negar-se a comparecer para depor, sob pena de condução (inclusive na fase policial). [...] Tampouco pode invocar “direito de silêncio”, pois essa é uma garantia que apenas o imputado possui. [...] O ponto mais problemático é, sem dúvida, o valor probatório da palavra da vítima. Deve-se considerar, inicialmente, que a vítima está contaminada pelo “caso penal”, pois dele fez parte. [...] Logo, apenas a palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório [...]. No entanto, a jurisprudência brasileira tem feito duas ressalvas: crimes contra o patrimônio, cometidos com violência ou grave ameaça, e crimes sexuais. Nesses casos, considerando que tais

⁵⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 100.

crimes são praticados – majoritariamente – às escondidas, na mais absoluta clandestinidade, pouco resta em termos de prova do que a palavra da vítima [...]. Nesses casos, a palavra coerente e harmônica da vítima, bem como a ausência de motivos que indiquem a existência de falsa imputação, cotejada com o restante do conjunto probatório, tem sido aceita pelos tribunais brasileiros para legitimar uma sentença condenatória.⁶¹

Ao dispor que toda a pessoa pode ser testemunha, o artigo 202 do Código de Processo Penal referiu-se à pessoa natural, ao ser humano, não havendo possibilidade, por óbvio, de uma pessoa jurídica prestar testemunho. Ademais, o estatuto legal não estabeleceu nenhuma espécie de “preconceito” entre testemunhas, deixando a critério do julgador – de acordo com o Sistema do Livre Convencimento Motivado ou da Persuasão Racional -, ao analisar o conjunto probatório em sua totalidade, a tarefa de valoração de cada depoimento. Atualmente, admite-se que o juiz condene com base em um único testemunho, desde que corroborado com os demais meios probatórios colacionados aos autos. Por outro lado, muitas vezes vários depoimentos, por carecerem de credibilidade, não são suficientes para embasar um juízo condenatório.

Dentre os diversos aspectos concernentes à credibilidade do testemunho, insere-se, em especial – por ser objeto desse estudo -, o da falibilidade da cognição humana. Nas palavras de Altavila, “a falibilidade cerca todos os atos humanos, de tal maneira e resultante de tantas causas que a processualística pode ser exata na sua estrutura, mas nunca na certeza daquilo que dela resulta em matéria de prova”.⁶² Sendo assim:

Pertinente é a filtragem dos depoimentos. Entretanto, por mais prudentes, íntegras e equilibradas que sejam as testemunhas, indenes a fatores perturbadores, não há como afastar, *a priori*, qualquer contaminação em seus depoimentos.⁶³

⁶¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 633-636.

⁶² ALTAVILA, Jayme. **A Testemunha na História e no Direito**. São Paulo: Melhoramentos, 1967, p. 163.

⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Orgs.). **Processo Penal Contemporâneo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 14.

Nesse diapasão, a testemunha exerce uma função retrospectiva, resgatando da memória a lembrança de um fato passado a fim de dar conhecimento ao juiz sobre aquilo que viu ou ouviu. No entanto, por ser humana, mostra-se suscetível a falhas, dentre as quais se encontra a formação das Falsas Memórias.

Embora o artigo 213 do Código de Processo Penal ⁶⁴ estabeleça que a tomada do depoimento deva ser um ato essencialmente objetivo, na prática é humanamente impossível afastá-lo completamente da carga de subjetivismo inerente ao ser humano, decorrente da influência profunda de diversos fatores – como a idade, o sexo, as condições da memória, o grau de sugestionabilidade e as emoções – quando da percepção dos acontecimentos.

2.4.2 Classificação das Testemunhas

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

As testemunhas numerárias são aquelas arroladas pelas partes e que devem depor sob compromisso. As extranumerárias, por sua vez, são as testemunhas ouvidas, de ofício, pelo juiz, e que prestam compromisso de dizer a verdade.⁶⁵

As testemunhas diretas ou presenciais são aquelas que tiveram contato direto com o fato, presenciando os acontecimentos. De acordo com Paolo

⁶⁴ Artigo 213 do Código de Processo Penal: “O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁶⁵ Artigo 209, *caput*, do Código de Processo Penal: “O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes” (*Ibid.*).

Tonini, “o conhecimento direto ocorre quando a testemunha apreende, pessoalmente, o fato, por meio de um de seus cinco sentidos”.⁶⁶

Testemunhas indiretas são aquelas “que nada presenciaram, mas que ouviram falar do fato ou depõem sobre fatos acessórios [...], sendo ouvidas a critério do juiz”.⁶⁷ Sendo assim, “a prova testemunhal indireta existe quando o fato a ser provado não foi apreendido pessoalmente pelo sujeito que o está narrando, vale dizer, quando a testemunha conheceu a representação do fato por meio de terceiros”.⁶⁸

As testemunhas informantes ou não compromissadas, contempladas nos artigos 206⁶⁹ e 208⁷⁰ do Código de Processo Penal, são aquelas “dispensadas do compromisso em razão de presunção *jure et jure* no sentido de que são suspeitas suas declarações”,⁷¹ razão pela qual não respondem pelo delito de falso testemunho, “até porque, a rigor, não são testemunhas, mas meros informantes”.⁷² Ademais, não integram o limite numérico de testemunhas, não sendo computadas.

Por fim, considera-se testemunha referida a pessoa mencionada no depoimento de outra testemunha, chamada de referente, e que não integra o rol de testemunhas originariamente elencado. A testemunha referida poderá ser ouvida pelo juiz conforme critérios de necessidade e pertinência, de acordo com o previsto no artigo 209, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal.⁷³

⁶⁶ TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 116.

⁶⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 647.

⁶⁸ TONINI, *op. cit.*, p. 116.

⁶⁹ Artigo 206 do Código de Processo Penal: “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” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁷⁰ Artigo 208 do Código de Processo Penal: “Não se deferirá o compromisso [...] aos doentes e deficientes mentais e aos menores de quatorze anos, nem às pessoas a que se refere o artigo 206” (*Ibid.*).

⁷¹ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquemático**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011, p. 597.

⁷² LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 647.

⁷³ Artigo 209, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal: “Se ao juiz parecer conveniente, serão ouvidas as pessoas a que as testemunhas se referirem” (BRASIL, *op. cit.*).

2.4.3 Caracteres do Testemunho

A partir da sistemática processual penal, pode-se extrair que o testemunho possui os seguintes caracteres: oralidade, objetividade e retrospectividade.

A oralidade determina que o depoimento seja prestado, em regra, mediante narrativa verbal,⁷⁴ em contato direto com o juiz, com as partes e com os seus representantes (exceto nos casos expressamente previstos em lei⁷⁵) e reduzido a termo. Cabe salientar, porém, que há disposições legais que excetam ou mitigam a oralidade, a exemplo dos artigos 221, parágrafo 1º, e 223, parágrafo único, do Código de Processo Penal.⁷⁶⁻⁷⁷

Sobre a oralidade do depoimento, Malatesta assevera:

A oralidade do testemunho em debates públicos garante a sua legitimidade, afastando a suspeita de que ele possa derivar de sugestões violentas, fraudulentas ou culposas, e serve para formar justamente o convencimento social que, quando se harmoniza com o convencimento do magistrado que julga, constitui sua força, prestígio e eficácia moralizadora.⁷⁸

A retrospectividade ressalta que a testemunha seja chamada ao processo para reproduzir fatos passados conhecidos, e não para fazer

⁷⁴ Artigo 204 do Código de Processo Penal: “O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único: Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁷⁵ Artigo 217, *caput*, do Código de Processo Penal: “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição com a presença do seu defensor” (*Ibid.*).

⁷⁶ Artigo 221, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal: “O Presidente e o Vice-Presidente da República, os presidentes do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal poderão optar pela prestação de depoimento por escrito, caso em que as perguntas, formuladas pelas partes e deferidas pelo juiz, lhes serão transmitidas por ofício” (*Ibid.*).

⁷⁷ Artigo 223, parágrafo único, do Código de Processo Penal: “Tratando-se de surdo, mudo e surdo-mudo, proceder-se-á na conformidade do artigo 192” (forma escrita) (*Ibid.*).

⁷⁸ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004, p. 326.

previsões futurísticas. Portanto, partindo dos registros que ficaram gravados na sua memória, a testemunha realiza uma narrativa retrospectiva, cabendo ao juiz o exercício da atividade recognitiva.

Por sua vez, a objetividade pode ser traduzida na ideia de que a testemunha deve depor apenas sobre fatos percebidos por seus sentidos e pertinentes ao objeto da demanda, não lhe sendo permitida a emissão de opiniões ou juízos de valor. No entanto, em hipóteses excepcionais - quando necessária à descrição do fato -, o artigo 213 do Código de Processo Penal ⁷⁹ autoriza que a testemunha declare sua impressão pessoal.

Entretanto, em que pese o disposto no diploma processual penal, faz-se mister, novamente, alertar: a objetividade que se requer do testemunho consiste em uma pretensão meramente ilusória. De acordo com Altavilla:

A testemunha não se define pelo texto do seu depoimento, mas do que é em si mesma, na sua qualidade de ser humano, sujeita a inúmeros fatores que entram na sua formação físico-psíquica-social. As influências internas ou externas fazem de si um agente da verdade ou um elemento pernicioso e confuso na engrenagem processual.⁸⁰

Lopes Júnior corrobora:

A objetividade do testemunho, exigida pela norma processual (artigo 213 do CPP), é ilusória para quem considera a interioridade neuropsíquica, na medida em que o aparato sensorial elege os possíveis estímulos, que são codificados segundo os modelos relativos a cada indivíduo e as impressões integram uma experiência perceptiva, cujos fantasmas variam muito no processo mnemônico. E essa variação é ainda influenciada conforme a recordação seja espontânea ou solicitada, principalmente diante da complexidade fática que envolve o ato de testemunhar em juízo [...]. As palavras que saem desse manipuladíssimo processo mental, não raras vezes estão em absoluta dissonância com o fato histórico. [...] Se é necessário distinguir aquele que observa (testemunha) daquele ou

⁷⁹ Artigo 213 do Código de Processo Penal: “O juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

⁸⁰ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 2ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946, V.I, p. 54.

daquilo que é observado, é impensável dissociá-los, pois nunca somos testemunhas objetivas observando objetos, e sim sujeitos observando outros sujeitos. [...] E, se o discurso não flui, uma nova variável adquire grande relevância: quem faz a inquirição. [...] A “objetividade” do testemunho deve ser conceituada a partir da assunção de sua impossibilidade, reduzindo o conceito à necessidade de que o juiz procure filtrar os excessos de adjetivação e afirmativas de caráter manifestamente (des)valorativo. O que se pretende é um depoimento sem excessos valorativos, sentimentais e muito menos um julgamento por parte da testemunha sobre o fato presenciado. É o máximo que se pode tentar obter. Isso nos dá uma (pequena) ideia da imensa dificuldade que encerra a questão da valoração da prova testemunhal.⁸¹

Saliente-se que “isso tudo gera um alerta acerca da falibilidade do testemunho. Os riscos são multiplicados no processo, tendo em vista que nenhuma regra processual é capaz de determinar até onde as testemunhas merecem crédito”.⁸²

A necessidade de recordação dos fatos, intrinsecamente vinculada à memória de quem os narra, revela a fragilidade da prova testemunhal. A testemunha geralmente recorda, de modo relativamente preciso, alguns aspectos do que ocorreu. No entanto, um depoimento requer uma memória que resgate, além dos dados de base, detalhes minuciosos, mas essa memória pode ser mais facilmente manipulada que a lembrança cotidiana. Portanto, a aferição adequada da credibilidade do testemunho depende de conhecimentos oriundos da Psicologia Cognitiva e, dentre eles, especificamente, da análise da formação de Falsas Memórias.

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 649-651.

⁸² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 74.

2.4.4 Fases e Condições de Formação do Testemunho

O testemunho, segundo Aquino,⁸³ pode ser obtido através das seguintes fases: conhecimento do fato, conservação do conhecimento pela memória e declaração do conhecimento.

Durante a apreensão ou o conhecimento ocorre o primeiro contato, o recebimento, ou seja, a tomada do fato. Esta fase subdivide-se em sensação, percepção e avaliação: a sensação ocorre no instante em que o indivíduo recebe o estímulo; a percepção é o conhecimento imediato, obtido principalmente por meio da visão e da audição, embora ainda sem desejo, sem memória e sem compreensão; a avaliação, por fim, consiste na estimativa feita pelo cérebro tendo por base um elemento padrão (peso, volume, tempo, dimensão, quantidade).

Cabe salientar que a percepção nada mais é que uma imagem subjetiva do mundo exterior, sendo que sua forma depende das condições em que se encontrava o sujeito no momento em que percebeu o acontecimento. Assim:

A esfera da atividade sensorial é determinada pela potencialidade dos nossos sentidos para perceber estímulos: isso significa que o mundo exterior chega ao nosso eu, tal como os órgãos dos sentidos no-lo apresentam, variando, por isso, não só de indivíduo para indivíduo em cada momento da sua existência.⁸⁴

Colhidos os fatos no mundo exterior e transmitidos ao centro cerebral pelos órgãos sensoriais, cabe à memória a manutenção do conhecimento através da fixação, da conservação e da evocação. Durante a fase da declaração dos fatos forma-se o testemunho, isto é, a narrativa de um estímulo sensorial apreendido e conservado pela memória. Nesse momento, primeiramente a testemunha relata sobre o que sabe, indicando as razões do

⁸³ AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 102.

⁸⁴ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 2ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946, V.I, p. 20.

seu conhecimento e as circunstâncias que atestam a sua credibilidade; após, ela é questionada pelas partes. Em síntese:

O depoimento de uma pessoa sobre um acontecimento qualquer depende de alguns fatores: do modo como percebeu esse acontecimento; do modo como sua memória o conservou; do modo como é capaz de evocá-lo; do modo como *quer* expressá-lo e do modo como *pode* expressá-lo.⁸⁵

Dessa forma, considerando a complexidade do processo de formação do depoimento testemunhal acima descrito, mostra-se pertinente, por ora, analisar alguns dos fatores - de origem física, psíquica e social – dele condicionantes.

2.4.4.1 Condições de Percepção

As condições de percepção, objetivas ou subjetivas, influenciam no momento da apreensão ou do conhecimento dos fatos pela testemunha.

As condições objetivas não se referem à testemunha propriamente dita, mas ao ambiente que a cerca (tempo, lugar, iluminação, barulho, etc.). Nesse sentido, quanto maior o lapso temporal de contato da testemunha com o fato, mais fiel será sua percepção, já que possuirá mais detalhes acerca do ocorrido. Da mesma forma, quanto mais próxima ela estiver do ato, melhor o descreverá.

As condições subjetivas referem-se diretamente à testemunha e têm por escopo analisar a situação desta no momento do testemunho. Nesse contexto, a emoção⁸⁶ é um fator relevante, “tendo em vista que a pessoa emocionalmente perturbada pode ter reduzida a sua capacidade perceptiva. O

⁸⁵ MIRA Y LOPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. Trad.: Elso Arruda. São Paulo: Mestre Jou, 1967, p. 159.

⁸⁶ A emoção pode ser definida como “o conjunto de respostas cognitivas e fisiológicas acionadas pelo sistema nervoso que preparam o organismo para comportar-se frente a determinadas situações” (ROHENKOHL, Gustavo; *et.al.*. Emoção e Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p.88).

grau de intensidade emotiva produz distintos graus no comprometimento dessa capacidade de apreensão do real”.⁸⁷ Ao tratar da influência da emoção na percepção e na recordação dos fatos, Di Gesu salienta:

É ponto pacífico o fato de que os processos de recordação são facilitados pela emoção. Entretanto, [...] alerta-se para o estreitamento do foco da atenção através do aumento das lembranças vinculadas à emoção, o que de fato reduziria a percepção de detalhes periféricos, situação prejudicial ao testemunho.⁸⁸

Trazendo a questão da emoção para a seara criminal, cabe destacar:

O delito, sem dúvida, gera uma emoção para aquele que o testemunha ou que dele é vítima. Contudo, pelo que se pode observar, a tendência da mente humana é guardar a emoção do acontecimento, deixando no esquecimento justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo, ou seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e desprovida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor).⁸⁹

Por fim, Stein assevera:

As pesquisas investigando as relações entre emoção e memória ofereceram sustentação para o desenvolvimento de estratégias fundamentalmente práticas, tais como a [...] entrevista cognitiva, que visa a obtenção de relatos mais acurados e detalhados de testemunhas.⁹⁰

Além da emoção, a atenção e a integridade cerebral (alterações orgânicas temporárias que afetam o sistema nervoso central) também integram o rol de condições subjetivas inerentes à percepção.

⁸⁷ AQUINO, José Carlos G. Xavier; NALINI, José Renato. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 196.

⁸⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 88.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 89.

⁹⁰ STEIN, Lílian Milnitsky. Memória, humor e emoção. **Revista de Psiquiatria**, ano 1, n. 28, jan./abr. 2006, p. 67.

2.4.4.2 Condições de Memória

Sabe-se que o decurso do tempo afeta, sobremaneira, a reprodução das lembranças durante o depoimento, tendo em vista o seu poder de reduzi-las substancialmente. Durante o lapso temporal existente entre a data de conhecimento do fato e a do testemunho, a memória, inevitavelmente, sofre desgastes, os quais, embora lentos e graduais, resultam em um desaparecimento parcial das recordações. Por isso, quanto mais fortes e claras as imagens fixadas na memória, mais estabilidade elas possuem e mais resistentes são a possíveis deformações.

Muitas vezes a testemunha, por não recordar fielmente do fato, tende a preenchê-lo e interpretá-lo, modificando o seu real conteúdo com base na sugestibilidade. A autossugestão, sucintamente, compreende o conjunto das influências de ordem interna e de natureza imaginária, hábeis a alterar as recordações.

Importa ressaltar, ademais, que a maneira como a testemunha é inquirida exerce enorme poder sobre a sua memória e, conseqüentemente, sobre o que ela contará a respeito do fato. A pergunta deve estar livre dos vícios de inteligência - como a sugestão e a insinuação - ou dos vícios de vontade, a exemplo da coação. Por conseguinte, faz-se necessário empregar meios convenientes para impedir que os questionamentos, demasiadamente insistentes e talvez involuntariamente intimidativos, provoquem no depoente um estado emocional capaz de dificultar a correta descrição dos fatos.

2.4.4.3 Condições de Depoimento

As condições em que a testemunha irá depor são tão relevantes quanto as que ela enfrentou durante a percepção e a conservação do fato na memória. Portanto, pressões de ordem interna e externa podem atormentá-la, afetando o seu depoimento. Nesse diapasão, o Código de Processo Penal prevê a

possibilidade de o juiz proceder à retirada do réu da sala quando acreditar que a presença dele poderá influir no ânimo do depoente.

A observância do estado normal e livre da testemunha é fundamental. Situa-se dentro da normalidade a demonstração de certo nervosismo no transcorrer do relato. Porém, se em excesso, pode evidenciar que está faltando com a verdade ou alterando situações. Segundo Malatesta, há outros elementos importantes para a correta análise do testemunho:

A animosidade, a afetação, a premeditada identidade do depoimento são consideradas como três causas formais de diminuição da fé nos testemunhos, assim como a equanimidade, a naturalidade e a não-premeditação do depoimento são consideradas como três causas formais de aumento de fé. Mas, além dos depoimentos, há exterioridades indiretamente reveladoras do espírito mesmo na pessoa do depoente: é o complexo daqueles indícios que emanam do conteúdo pessoal da testemunha e aumentam ou diminuem sua credibilidade. A segurança ou excitação de quem depõe, a calma ou perturbação de seu semblante, sua desenvoltura como de quem quer dizer a verdade, seu embaraço como de quem quer mentir, um só gesto, um só olhar, por vezes, podem revelar a veracidade ou mentira de uma testemunha. Eis mil outras exterioridades que devem também ser consideradas nos testemunhos, para bem avaliá-los.⁹¹

Em síntese:

Para dar à prova testemunhal toda força de que é suscetível, importa habilitar o juiz a ajuizar perfeitamente sobre a pessoa da testemunha ouvida, pelo menos tanto quanto for necessário para apreciar a sua veracidade. Quando o magistrado dá crédito à testemunha, supõe que ela pôde ver e que quis dizer o que viu, pelo que faz conhecer todos os fatos sobre que esta suposição se apoia. As garantias desta natureza tiram-se das faculdades intelectuais, da atitude da testemunha e da forma externa do depoimento. Basta um lance d'olhos para se conhecer algumas vezes que a testemunha não podia achar-se em estado de observar convenientemente; a paixão que as palavras manifestam, certa hesitação a propósito de alguns detalhes, um embaraço mal dissimulado na presença do juiz, embaraço que atesta o desejo de não dizer tudo, certas tentativas para iludir uma pergunta, são sintomas que guiam os juízes na apreciação dos depoimentos.⁹²

⁹¹ MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004, p. 359-360.

⁹² MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997, p. 236.

3 MEMÓRIA

3.1 IMPORTÂNCIA DA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR

Milhares de processos são julgados com base exclusivamente na prova testemunhal. Esta, embora massivamente utilizada na seara processual penal, é, indubitavelmente, a mais frágil, pois depende da recordação dos fatos. Ao reter e conservar a memória, o cérebro transforma e, por vezes, modifica a realidade percebida, o que demonstra o risco ao qual é exposto o processo e, em especial, o suposto autor do delito, ao utilizar-se somente a prova testemunhal. Erros judiciais ocorrem, com frequência, em razão de muitos operadores do Direito desconhecerem as vulnerabilidades e limitações às quais se sujeita a cognição⁹³. Conforme Di Gesu:

No processo penal, através da atividade recognitiva, faz-se uma retrospectiva do passado. E esta retrospectiva é impulsionada pelas partes – em observância ao sistema acusatório -, através da prova, a qual busca reconstruir, no presente, o delito ocorrido no passado. Diante da ausência, na maioria dos casos, de provas técnicas, julga-se com fundamento naquilo que foi dito pelas vítimas e testemunhas, as quais se valem da memória. Daí a imprescindibilidade do estudo desta.⁹⁴

A abordagem pelo viés interdisciplinar é fundamental para a construção de uma nova perspectiva, capaz de abarcar a complexidade do tema proposto, dada a superação do monólogo jurídico. A verdadeira tarefa da pesquisa consiste em compreender e explicar a maneira como aspectos biológicos,

⁹³ A cognição consiste no conjunto de atividades mentais inerentes às relações humanas e a tudo o que as cerca, como a percepção de um estímulo, a resolução de um problema ou a tomada de decisão. Nesse contexto, a Psicologia Cognitiva atua enquanto ramo da Psicologia que estuda a cognição, ou seja, o modo pelo qual as pessoas percebem, aprendem, recordam e pensam a informação (STERNBERG, Robert J.. **Psicologia Cognitiva**. São Paulo: CENGAGE Learning, 2012, p. 46).

⁹⁴ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 81.

psicológicos e sociológicos, objetos de diferentes disciplinas, se entrelaçam no processo.⁹⁵ Nesse sentido, Gauer sustenta:

A necessidade de abertura dos saberes, de diálogo entre as disciplinas e a impossibilidade de se manterem eficazes os discursos disciplinares impõem uma nova postura aos investigadores, no sentido de proceder a uma abordagem multidisciplinar. Contudo, a interdisciplinaridade enfrenta ainda muita resistência na seara jurídica, pois põe à prova a sua base epistêmica calcada na razão moderna. A insuficiência do monólogo jurídico deve ser evidenciada à luz da complexidade das sociedades contemporâneas, inserindo-se o Direito na epistemologia da incerteza e na fluidez da aceleração.⁹⁶

Cardoso corrobora:

A prova jurídica, e em especial a testemunhal, traz consigo, inevitavelmente, o seu caráter lógico e axiológico, comportando uma análise psicológica e filosófica. Por isso, devem ser rompidos os departamentos estanques que isolam o Direito dessas ciências, a fim de que os operadores jurídicos possam, ao compreender noções básicas das mesmas, obter uma avaliação fenomenológica mais completa da prova testemunhal.⁹⁷

Pode-se afirmar que a memória está na origem de todo e qualquer ato cognitivo e que perdê-la leva à perda do próprio indivíduo, de sua identidade, uma vez que servimo-nos dela permanentemente; destarte, “somos o que somos em grande parte porque aprendemos e lembramos”.⁹⁸ Sabendo-se, *a priori*, que a memória encontra-se distante da confiabilidade, a tarefa crucial, nesse contexto, é a de perscrutar até que ponto é possível confiar naquilo que se diz lembrar.

⁹⁵ ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996, p. 153.

⁹⁶ GAUER, Ruth Maria Chittó. Prefácio: inovação e interdisciplinaridade. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). **Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 19.

⁹⁷ CARDOSO, Luciane. **Prova testemunhal**: Uma abordagem hermenêutica. São Paulo: LTR, 2001, p. 83.

⁹⁸ SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 14.

A memória refere-se ao conjunto de mecanismos psíquicos responsáveis pelo armazenamento de informações e experiências vividas, possibilitando sua fixação, retenção e posterior evocação. É, em síntese, a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos. Segundo Izquierdo, “a memória é a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações e [...] o acervo de nossas memórias faz com que cada um de nós seja o que é, [...] um ser para o qual não existe outro idêntico”.⁹⁹ Cabe destacar que a aquisição relaciona-se com a aprendizagem, ao passo que a formação vincula-se à noção de recordação e de lembrança.

O processo mnemônico envolve um complexo mecanismo de arquivo e recuperação de experiências. A princípio, ela pode parecer fixa e inamovível; no entanto, é maleável, podendo ser criada, modificada e até mesmo perdida ao longo da vida. No que tange a sua fisiologia, a neurociência explica:

A formação de memórias é acompanhada pela modificação das sinapses, os contatos entre neurônios; a ativação das sinapses modificadas entre neurônios interconectados faz ressurgir as lembranças aí impressas. As memórias são guardadas sob a forma de modificações nas relações específicas entre os neurônios, e não como alterações em moléculas ou neurônios específicos para a memória.¹⁰⁰

Diante do exposto, percebe-se que “a memória é o processo pelo qual aquilo que é aprendido persiste ao longo do tempo. Nesse sentido, o aprendizado e a memória estão conectados de forma inextricável”.¹⁰¹ Sendo assim, a ação e a comunicação estão relacionadas àquilo que é aprendido ao longo da vida e que se encontra armazenado na memória.

⁹⁹ IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 09.

¹⁰⁰ FUSTER, J. Arquitetura da rede. **Revista Viver Mente e Cérebro**: Edição Especial, São Paulo, n. 2, 2006, p. 27.

¹⁰¹ SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 14.

3.2 BREVE HISTÓRICO DOS ESTUDOS SOBRE MEMÓRIA

O interesse em compreender o fascinante processo de aprendizagem e de armazenamento das informações na memória instiga o homem a desvendá-la desde os primórdios da civilização grega. No entanto, as ciências da memória¹⁰² surgiram apenas na segunda metade do século XIX.

Os primeiros estudos científicos sobre a memória foram realizados pelo psicólogo alemão Ebbinghaus, em 1885, o qual deu início ao aprendizado em laboratório de forma bastante peculiar: ele era o sujeito dos seus próprios experimentos. Utilizando testes com elementos homogêneos e padronizados, Ebbinghaus desejava medir o espaço da memória, determinando a quantidade de informações que os sujeitos conseguiam recordar imediatamente após a aquisição dos dados. Ele comprovou que o transcurso do tempo influencia no declínio da lembrança, de modo que, inicialmente, o esquecimento é acentuado, mas, logo após, tende a estabilizar-se. Com base nisso, desenvolveu o primeiro registro gráfico-científico, chamado de Curva do Esquecimento de Ebbinghaus.

Ademais, os experimentos do pesquisador alemão demonstraram a existência de vários tipos de memórias, cada uma com distintos períodos de duração. Ele verificou, também, que o processo de repetição alonga a memória, ou seja, faz com que a informação permaneça armazenada por mais tempo. Nesta época, Sergei Korsakoff, psiquiatra russo, descreveu o primeiro relato de um transtorno de memória – amnésia -, atualmente muito estudado, conhecido cientificamente como Síndrome de Korsakoff.

Posteriormente, Muller e Pilzecker atestaram que a memória com duração de dias, semanas ou meses tende a consolidar-se com o tempo, tornando-se robusta e resistente às interferências. Com base na classificação

¹⁰² Por ciências da memória, referimo-nos: (a) aos estudos neurológicos sobre a localização no cérebro de sistemas de memória; (b) aos trabalhos da biologia celular sobre a transmissão em canais de potássio e similares; (c) aos relatos clínicos de patologias da memória; (d) aos estudos teórico-experimentais sobre a rememoração, em filosofia e psicologia e (e) às modelagens computacionais da memória em inteligência artificial (HACKING, Ian. **Múltipla personalidade e as ciências da memória**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995/2000, p. 218).

proposta por Willian James, em 1890, teve início a distinção entre memória de curta duração e memória de longa duração.

No limiar do século XX, os estudos dos psicólogos Edward Thorndike e Ivan Pavlov, inspirados em concepções darwinianas, resultaram em dois métodos experimentais de modificação do comportamento: o Condicionamento Clássico, de Pavlov e o Condicionamento Operante ou Instrumental (mais conhecido como Aprendizagem por Tentativa e Erro), de Thorndike. Tais análises constituíram a base para a compreensão da memória e do aprendizado:

No condicionamento clássico, o animal aprende a associar dois eventos, por exemplo, o som de uma campainha e a apresentação de alimento, de tal forma que passa a salivar toda a vez que a campainha soa, mesmo na ausência de alimento. O animal aprende que a campainha prediz a chegada do alimento. No condicionamento instrumental, o animal aprende a fazer a associação entre uma resposta correta e uma recompensa, ou uma resposta incorreta e uma punição que se segue à resposta, modificando, assim, seu comportamento de forma gradual.¹⁰³

A mais proeminente perspectiva teórica desenvolvida nos Estados Unidos durante os primórdios do século XX foi o Behaviorismo. Baseada em análises empíricas, a abordagem Behaviorista foi responsável por uma nova maneira de estudar a memória, caracterizada pela objetividade e por assentar-se em dados laboratoriais, servindo, dessa forma, de alicerce para a Psicologia do Aprendizado. Inobstante, o Behaviorismo mostrou-se restritivo em seus objetos e métodos, pois estudava apenas estímulos e respostas observáveis, esquecendo-se de importantes aspectos concernentes à memória, como, por exemplo, dos processos cognitivos de aprendizagem e esquecimento.

Na primeira metade do século XX, o psicólogo britânico Frederick Bartlett, após realizar pesquisas em ambientes naturais, observou que a memória é frágil, muito suscetível a distorções e que sua evocação raramente é exata. Segundo ele, a evocação é um processo criativo de reconstrução, e

¹⁰³ SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 17.

não simplesmente uma reprodução automática de informação armazenada à espera de estímulo. Utilizando-se de contos populares de diferentes culturas, sua abordagem enfatizava o estudo dos erros de memória e, “por meio dos chamados *esquemas*, procurou explicar como o nosso conhecimento do mundo é estruturado e como influencia a maneira pela qual a nova informação é armazenada e, posteriormente, lembrada”.¹⁰⁴ Para Bartlett, a memória humana consiste em um processo construtivo no qual interpretamos e transformamos o material original. Ademais:

Lembrar-se não é reestimar inúmeros traços fragmentários, fixos e sem vida. É uma reconstituição imaginativa ou construção elaborada a partir de nossa atitude frente a uma massa unitária e ativa de reações ou experiências passadas organizadas, e com relação a um pequeno detalhe mais destacado que aparece, comumente, na forma de imagem ou de linguagem.¹⁰⁵

A Psicologia Cognitiva, por volta dos anos 60, passou a entender que a memória e a percepção dependiam da estrutura mental do observador e de informações oriundas do ambiente. Paralelamente à evolução da Psicologia, a Biologia avançou no estudo de dois componentes relevantes para a compreensão da memória: o molecular e o de sistemas. Tais progressos permitiram entender o que acontece no encéfalo no momento em que as pessoas percebem estímulos sensoriais e quando iniciam uma atividade motora, ou seja, quando aprendem e quando lembram. A partir de então, a comunidade científica da época propôs o estudo da memória baseado no Processamento da Informação:

A Abordagem da Memória baseada no Processamento da Informação presumia que a informação entraria a partir do ambiente e seria processada primeiramente pela memória sensorial, o que poderia ser mais bem entendido como o fornecimento de uma interface entre a percepção e a memória. Presumia-se, então, que a informação seria transferida temporariamente para um sistema de memória de curta

¹⁰⁴ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 17.

¹⁰⁵ SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 18.

duração antes de ser registrada em uma memória de longa duração. Uma versão especialmente influente desse modelo foi proposta por Atkinson e Shiffrin (1968). Foi apelidada de *modelo modal*, tornando-se a “abordagem padrão” no campo da Psicologia Cognitiva.¹⁰⁶

O modelo de Atkinson-Shiffrin concebia a memória como uma sequência de etapas distintas, com as informações sendo transferidas de uma área de armazenamento para outra: da memória de curto prazo para a memória de longo prazo. Essa perspectiva dominou, por anos, os estudos acerca da memória.

As pesquisas modernas concernentes à memória enfatizam duas correntes: a Biologia Molecular da Sinalização e a Neurociência Cognitiva da Memória. A primeira afirma que a sinalização feita pelas células nervosas não é fixa, podendo ser modulada pela atividade e pela experiência. A segunda, por sua vez, defende que a memória não é unitária, apresentando-se de diferentes formas, as quais utilizam lógicas e circuitos do encéfalo distintos.

Portanto, com o progresso das investigações científicas, a memória, de um mero depósito de conhecimentos, passou a ser compreendida como um sistema dinâmico de armazenamento, codificação e recuperação de informações.¹⁰⁷

3.3 TIPOS DE MEMÓRIA

Dentre as várias classificações existentes, este estudo abordará os tipos de memória propostos por Baddeley, Anderson e Eysenck¹⁰⁸ e por Squire¹⁰⁹:

¹⁰⁶ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 18.

¹⁰⁷ NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreensão da Memória segundo diferentes perspectivas teóricas. **Revista de Estudos de Psicologia**, ano 2, n.18, 2001, p. 53.

¹⁰⁸ BADDELEY, *op. cit.* .

¹⁰⁹ SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003.

3.3.1 Memória de curta duração

A memória de curta duração é definida como sendo a “retenção temporária de pequenas quantidades de material por breves períodos de tempo”.¹¹⁰ Consiste, sucintamente, na apreensão de pouca informação ao longo de poucos segundos e vincula-se ao raciocínio, à compreensão e à aprendizagem.

Insta salientar que o mecanismo cognitivo responsável pela memória de curta duração faz parte de um sistema maior, qual seja, o sistema da memória de trabalho. Nesse contexto, o teste de extensão de dígitos de um telefone é utilizado para refletir a memória de curta duração e mensurar a capacidade mental, ao passo que tarefas mais complexas de raciocínio refletem a extensão da memória de trabalho, a qual exige, simultaneamente, armazenamento e processamento.

3.3.2 Memória de trabalho

Conhecida também como memória funcional, a memória de trabalho é aquela que serve de base à capacidade de manter as informações em mente durante a realização de tarefas complexas. De acordo com Baddeley, a memória de trabalho possui três componentes distintos, cada um com capacidades específicas: 1) o circuito fonológico, que conserva um número limitado de sons por um período curto; 2) o bloco de esboço visuoespacial, responsável pelo armazenamento de informações visuais e espaciais; e 3) o executivo central, que integra as informações oriundas dos outros dois componentes e da memória de longo prazo.¹¹¹ Sendo assim:

¹¹⁰ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 21.

¹¹¹ MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. 5ª ed. Trad.: Stella Machado. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2003, p. 56.

O conceito de memória de trabalho fundamenta-se na suposição de que existe um sistema para a manutenção e manipulação temporárias de informação e de que isso é útil na realização de muitas tarefas. A maioria supõe que a memória de trabalho funciona como forma de espaço operacional mental, oferecendo uma base para ponderações. Geralmente, supõe-se que ela esteja ligada à atenção [...].¹¹²

Outrossim, a memória de trabalho auxilia na recordação de informações visuais e espaciais, além de coordenar as atividades cognitivas permanentes e planejar estratégias. Trata, em síntese, da lembrança breve e fugaz, a qual gerencia a realidade e determina o contexto onde ocorrem os fatos.

3.3.3 Memória de longa duração

A memória de longa duração – ou memória consolidada - é aquela que permite o armazenamento de informações por longos períodos de tempo; consiste, pois, no conjunto de dados que o indivíduo sabe e lembra. O processo de fixação de registros na memória denomina-se *consolidação* e ocorre da seguinte maneira: a memória de curta duração persiste durante o intervalo de tempo necessário para que a memória de longa duração se consolide.

Partindo da análise acerca da consolidação das informações e dos agentes que afetam esse complexo mecanismo, Di Gesu demonstra a pertinência do estudo sobre a falsificação da memória no âmbito processual-penal:

A neurologia destaca a possibilidade de modificação da memória no interregno entre a aquisição e a consolidação, devido à influência de fatores internos e externos, o que nos leva a crer que no intervalo de tempo entre o acontecimento e o relato, seja ele extrajudicial ou

¹¹² BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 21.

judicial, pode também ocorrer alteração da lembrança da testemunha ou vítima. Isso vem a justificar o estudo das Falsas Memórias.¹¹³

A memória declarativa ou explícita integra, juntamente com a memória implícita ou não declarativa, o sistema formado pela memória de longa duração, e é a que interessa para o presente estudo, pois se refere à recordação de fatos, eventos, pessoas, faces, conceitos e ideias.¹¹⁴ É a memória que está aberta à evocação intencional e, segundo Squire,¹¹⁵ entre todos os sistemas mnemônicos, somente a memória declarativa é acessível à consciência, permitindo o seu estudo em humanos e em animais. Nesse viés, ensina Izquierdo:

Ao longo do tempo, nossa memória pessoal e coletiva descarta o trivial e, às vezes, incorpora fatos irreais e variações que geralmente as enriquecem. Portanto, uma testemunha que distorce lembranças sobre um fato, um sujeito que equivocadamente assume a culpa por um crime que não cometeu ou mesmo alguém que cria falsas memórias a partir de um inquérito está alocando ou alterando informações constantes na sua memória declarativa. Assim, as implicações jurídicas devem dirigir a ela maior atenção.¹¹⁶

A memória declarativa subdivide-se nas seguintes categorias: a) Memória Semântica, a qual armazena o conhecimento sobre o mundo, englobando, além do significado das palavras, os atributos sensoriais e os modos comportamentais entendidos como adequados em distintas situações; e b) Memória Episódica ou Autobiográfica, caracterizada pela capacidade de recordar acontecimentos pessoais e específicos, os quais possibilitam “uma viagem mental no tempo, que permite reviver o passado e usar esta informação para imaginar e planejar o futuro”.¹¹⁷

Estudos apontam que a correta distinção entre um determinado evento de outros similares requer:

¹¹³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 86.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 85.

¹¹⁵ SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003.

¹¹⁶ IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 15-16.

¹¹⁷ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 24.

Primeiramente, um sistema que lhe permita codificar aquela experiência específica de forma que se diferencie das outras. Em segundo lugar, exige um método de armazenamento daquele evento de forma duradoura e, finalmente, requer um método de busca no sistema e evocação daquela memória em particular. [...] Apesar de a característica que define a memória episódica ser a capacidade de relembrar eventos específicos, tais eventos podem, a partir disso, acumularem-se e consolidarem-se para formarem a base da memória semântica, nosso conhecimento sobre o mundo.¹¹⁸

Cabe, ainda, elencar as diferenças existentes entre a memória semântica e a memória episódica (ou autobiográfica):

A memória episódica depende de um tipo especial de consciência que todos os humanos adultos saudáveis podem identificar. É o tipo de consciência experimentada quando se pensa retrospectivamente sobre um momento específico do nosso passado, conscientemente relembrando algum episódio ou estado anterior como foi experienciado. [...] Em contrapartida, a evocação de informações a partir da memória semântica carece deste senso de evocação consciente do passado. A memória semântica também difere da episódica na medida em que é um tesouro mental, conhecimento organizado que uma pessoa possui sobre as palavras e outros símbolos verbais, seus significados e referentes, sobre as relações entre eles, regras, fórmulas e algoritmos para a manipulação desses símbolos, conceitos e relações. Nos termos de Wheeler, a memória semântica envolve a 'consciência do saber' em vez do 'autossaber' associado à memória episódica.¹¹⁹

Por sua vez, a memória implícita ou não declarativa consiste na evocação de uma informação da memória de longa duração por meio do desempenho, e não da lembrança ou do reconhecimento. É uma memória inconsciente e que permanece intacta, a exemplo do ato de andar de bicicleta.

Em síntese, a classificação da memória em tipos, permeáveis entre si, é uma forma de organizar e estruturar o conhecimento que se possui a respeito da cognição humana.¹²⁰ Com base nisso, pode-se adentrar no estudo do funcionamento e da falibilidade da memória.

¹¹⁸ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 107.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 129.

¹²⁰ No que tange à classificação – arquitetura - da memória e ao seu funcionamento – processo- faz-se oportuno destacar: “As teorias da memória em geral consideram tanto a

3.4 FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA

De um modo geral, o termo *memória* refere-se à imensa quantidade de processos associados à retenção e à recuperação de experiências passadas, o que reforça a ideia de que a memória não é unificada. Nesse sentido, na esteira dos ensinamentos da Psicologia Cognitiva, “não há *memória*, mas *memórias*”.¹²¹ No entanto, os processos mnemônicos de aquisição, retenção e recordação - também chamada de evocação ou recuperação - são comuns a todos os tipos de memória.

A aquisição corresponde à percepção do fato, “à imagem do todo”,¹²² à aprendizagem, uma vez que “só se grava aquilo que foi apreendido”.¹²³ Quecuty ensina que a apreensão do que é visto ou ouvido não ocorre por meio de filmes ou fotografias, mas por meio de códigos.¹²⁴ A codificação¹²⁵ - dependendo da natureza do fato (tempo de observação, luminosidade, atenção aos detalhes, existência de violência, caráter estressante) e das características e limitações da testemunha – pode ser mais ou menos precisa. Dessa forma:

As falhas da memória podem surgir logo a partir do primeiro momento do processo mnemônico, que é o da aquisição (ou codificação) da informação. Assim é porque as memórias não são guardadas de forma contínua, [...] mas como fragmentos de informações – que podem ser modificados por novas experiências.¹²⁶

arquitetura do sistema da memória quanto os processos que operam dentro dessa estrutura. A arquitetura refere-se ao modo como o sistema da memória é organizado, e o processo relaciona-se às atividades ocorridas dentro do sistema de memória. [...] No entanto, não há arquitetura sem processos ou recuperação sem codificação e armazenamento prévios. Somente quando os processos operam nas estruturas do sistema da memória, esta se torna ativa e utilizável”. (EYSENCK, Michael; KEANE, Mark. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 5ª ed. Trad.: Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 273-274).

¹²¹ GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. **Psicologia**. 6ª ed. Lisboa: FCG, 2003, p. 137.

¹²² BERGSON, Henri. **Matéria e Memória**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 38.

¹²³ IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006, p. 09.

¹²⁴ QUECUTY, Maria Luisa Alonso. *Psicología y Testimonio*. In: **Fundamentos de la psicología jurídica**. Madrid: Psicologia Piramide, 1998, p. 172.

¹²⁵ O processo de codificação consiste em traduzir as informações oriundas do meio externo para uma linguagem mais simples e que ocupa menos espaço na memória. Ademais, cabe destacar que a informação não codificada tende a ser esquecida.

¹²⁶ PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e a sugestionabilidade interrogativa. In: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 837.

No momento da retenção, a informação adquirida mostra-se menos completa e exata, tendo em vista o transcurso do tempo entre a observação e a recordação do fato e a influência posterior de agentes externos e internos. O processo de consolidação definitiva da informação na memória requer tempo, sujeitando-se, também, a inúmeros fatores capazes de alterar a percepção acerca dos fatos vivenciados. Sendo assim, “o tempo e as informações pós-evento abrem uma brecha à formação das Falsas Memórias, na medida em que acabam por confundir a testemunha, a qual não distingue mais o evento original daquilo que foi incorporado depois”.¹²⁷ Com efeito:

O transcurso do tempo é fundamental para o esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa, não permitindo que se busque em uma “gaveta” do cérebro a recordação tal e qual ela foi apreendida. E, a cada evocação da lembrança, esta acaba sendo modificada. [...] Destarte, [...] a coleta da prova em um prazo razoável aumenta sua confiabilidade ou, pelo menos, minimiza os danos em relação à falsificação da lembrança.¹²⁸

A recordação¹²⁹ - última fase do ato de lembrar – consiste, basicamente, em retirar a informação do local onde está armazenada na memória para utilizá-la. Esse resgate, assim como a aquisição e a retenção, mostra-se suscetível a falhas decorrentes da apreensão defeituosa ou do esquecimento natural.

No que tange à relação entre recordação e testemunho, Mazzoni leciona:

A informação codificada permitirá à pessoa recordar que presenciou um assalto, reconhecer a arma e, talvez, identificar outros elementos da cena. Mas jamais será possível extrair da memória a recordação completa da cena, como se fosse um filme. [...] A recuperação efetuada pela memória pode ser o resultado de processos de reconstrução, que reativam e criam informações de natureza episódica e semântica relevantes para o que se deseja lembrar. Essas informações são integradas entre si, e a “recordação” é o

¹²⁷ GIACOMOLLI, Nereu; DI GESU, Cristina. As Falsas Memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no Processo Penal. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília, 2008, p. 437.

¹²⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 141-142.

¹²⁹ O reconhecimento, diferentemente da recordação, consiste na capacidade de identificar qual a informação necessária e o local onde ela está registrada. O reconhecimento, portanto, além de recuperar, seleciona a informação mais adequada ao momento concreto, real.

resultado final dessa integração. [...] Dado que a memória é sempre reconstitutiva, ainda que em graus variáveis, uma testemunha nunca terá o relato exato do ocorrido.¹³⁰

A memória, como visto, não é reprodutiva. Ela está articulada a uma série de processos imbricados mediante os quais as informações são codificadas de modo fragmentário e distribuídas em várias áreas do cérebro. Além disso, o sistema mnemônico é suscetível a falhas, uma vez que fatores internos e externos, conscientes e inconscientes, podem comprometer a correta aquisição, retenção e recuperação das informações.

3.5 FALSAS MEMÓRIAS

Assunto recorrente entre psicólogos e neurocientistas da América do Norte e da Europa há aproximadamente três décadas, as pesquisas, no Brasil, sobre Falsas Memórias vêm ganhando espaço nos últimos anos, em especial por suas implicações no âmbito forense.¹³¹ Tais incursões em relação à temática e sua estreita ligação com o Direito iniciaram, no contexto brasileiro,

¹³⁰ MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005, p. 81.

¹³¹ Por oportuno, insta registrar a decisão proferida pela Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relatada pelo Desembargador Geraldo Prado, pioneira neste Estado no reconhecimento da influência das Falsas Memórias no processo penal: “Em se tratando de crime de roubo, delito transeunte, a versão apresentada pelas vítimas e o reconhecimento realizado em juízo podem constituir elemento de prova para a condenação, mormente quando corroborados por outras provas, igualmente produzidas em juízo. No entanto, da análise dos autos, verifica-se que o conjunto probatório produzido sob o crivo do contraditório revela-se incapaz de alicerçar decreto condenatório. Conjunto probatório constituído por declarações de uma das vítimas, que não reconheceu o apelante como sendo o autor do roubo, e pelo depoimento da outra vítima, que afirma o reconhecimento, porém realizado em condições pessoalmente desfavoráveis. Prova testemunhal que teve a sua credibilidade afetada. *Probabilidade de ocorrência de Falsas Memórias*. E isso ocorre quando falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com conteúdos das sugestões recebidas por outros. Nestas, diferentemente do que ocorre na mentira, o agente crê honestamente no que está relatando. Neste tocante, havendo fortes dúvidas a respeito da autoria, [...] o princípio do *in dubio pro reo* deve funcionar como critério de resolução da incerteza, impondo-se como expressão do princípio da presunção de inocência” (RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 200705004426. Apelante: A. M. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Geraldo Prado. Rio de Janeiro, 29 nov. 2007. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com.br/arq/acordao/roubo_majorado_falsasmem.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012).

na década de 1990, sendo que o primeiro livro em língua portuguesa lançado nacionalmente intitula-se “Falsas Memórias – Fundamentos Científicos e suas implicações jurídicas”, fruto da pesquisa realizada pela pesquisadora Lilian Milnitsky Stein.

Sobre o tema objeto de estudo, Brainerd afirma:

Nos países europeus, norte-americanos e na Oceania, os avanços científicos têm impactado áreas aplicadas, como a da Psicologia do Testemunho, por exemplo, nas práticas de entrevistas para obtenção de testemunhos e nas técnicas de reconhecimento de suspeitos. Tais impactos levaram a mudanças na legislação desses países, tanto em relação a essas práticas quanto a outras questões acerca da apreciação dos depoimentos de testemunhas. Além disso, várias técnicas psicoterapêuticas estão sendo revistas em função do que se sabe hoje sobre os mecanismos que podem reduzir ou aumentar as Falsas Memórias.¹³²

Sabe-se que o caminho a ser percorrido na seara concernente à memória é longo. Inobstante, por seus reflexos em várias outras áreas do conhecimento – a exemplo da Psicologia do Testemunho e da Psiquiatria -, merece aprimoramentos constantes. Nesse sentido:

As Falsas Memórias são hoje reconhecidas como um fenômeno que se materializa no dia a dia das pessoas e que têm sua base no funcionamento saudável da memória; não são a expressão de patologia ou distúrbio. Pensando nisso, os estudos têm avançado no sentido de explicar as bases cognitivas e neurofuncionais desse fenômeno. Não obstante, ainda há um longo caminho a ser percorrido, pois alguns mecanismos das Falsas Memórias permanecem como um campo a ser explorado. O fenômeno das Falsas Memórias tem provocado o interesse da comunidade científica desde o século passado. A trajetória dessas pesquisas foi sendo ampliada para dar conta da realidade de suas implicações nas mais diversas áreas da Psicologia, como a Jurídica e a Clínica, bem como em outras disciplinas das áreas humanas e da saúde.¹³³

¹³² BRAINERD, Charles J. Prefácio. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et.al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 13.

¹³³ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 37-38.

Diante dessa constatação e, em razão da perspectiva inovadora, da amplitude e da pertinência do estudo sobre a falsificação da memória na esfera jurídica, justificam-se a análise e compreensão do fenômeno das Falsas Memórias.

3.5.1 Evolução teórico-científica

O termo Falsas Memórias surgiu em 1881, quando foi utilizado por Theodule Ribot, em Paris, para analisar o caso de um homem de 34 anos que se lembrava de acontecimentos que nunca haviam ocorrido. Os primeiros estudos específicos acerca da incorporação e da recordação de informações falsas - de origem externa ou interna, mas lembradas pelo indivíduo como sendo verdadeiras - foram desenvolvidos por Alfred Binet, em 1900, na França, e por Stern, em 1910, na Alemanha, tendo por base a sugestionabilidade da memória infantil. Em 1932, Bartlett investigou, pioneiramente, o fenômeno das Falsas Memórias em adultos, vinculando a recordação a um processo reconstutivo baseado em esquemas decorrentes do meio cultural e do conhecimento geral prévio da pessoa.

Em 1959, Deese ofereceu uma importante contribuição ao estudo, ao propor um modelo técnico estruturado em várias listas contendo palavras semanticamente associadas a outras não incluídas no material em análise. O escopo do procedimento era o de possibilitar a recordação de informações novas que não constavam nas listas originais. Após resultados exitosos, Roediger e McDermott retomaram o trabalho de Deese e formularam o denominado Paradigma DRM, consistente na apresentação de lista de palavras associadas, seguida de uma prova de evocação e de uma prova de reconhecimento. Em ambos os momentos foi demonstrada a possibilidade de produção de Falsas Memórias, isto é, de recuperação e de reconhecimento do item que não constava das listas. O estudo de Roediger e McDermott comprovou que as ilusões de memória podem ocorrer facilmente, não sendo

suficiente a memória viva de um acontecimento (experiência de recordação) para comprovar que ele tenha ocorrido na realidade.

Nesse contexto, Elizabeth Loftus, em 1970, introduz um novo procedimento para a análise das Falsas Memórias denominado de Sugestão da Falsa Informação, o qual se dá em razão da inserção de uma informação falsa em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado efeito *misinformation* (efeito da falsa informação), isto é, uma diminuição nos índices de reconhecimento verdadeiros e um aumento significativo dos dados falsos. Loftus examinou a questão das falsas lembranças sob duas perspectivas:

No primeiro momento, a autora se debruça sobre a criação de novas memórias. Nesta abordagem, pensa-se na memória não como representação de um passado objetivo, e sim como uma reconstrução que constitui um novo passado (paradigma reconstrutivista da memória). Desta forma, a Psicologia seria forçada a se confrontar com a experiência subjetiva do lembrar, uma vez que se trata não tanto do erro quanto de uma certeza para o sujeito participante, de uma experiência subjetiva que não se limita ao fato objetivo. Nesse momento, chama a atenção de Loftus a quantidade de sujeitos que se dizem abusados por seus pais. [...] Ao lembrar-se de alguém que o abusa, simultaneamente o sujeito se constitui enquanto abusado. No segundo momento, privilegia-se o fenômeno da lembrança em suas relações com o fato passado (objetivo). Assim, a memória é pensada não tanto por sua capacidade de criação quanto por suas relações efetivas com o fato passado. O interesse de tal desvio está em salvaguardar sujeitos possivelmente inocentes que possam aparecer como responsáveis por algum crime na experiência mnêmica de alguém.¹³⁴

Baseada em experimentos realizados com cerca de 20 mil pessoas, Elizabeth Loftus constatou que a informação errônea pode imiscuir-se nas lembranças quando do contato com outras pessoas, quando alguém é interrogado de maneira evocativa ou quando uma reportagem mostra um

¹³⁴ SILVA, André do Eirado; *et.al.*. Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças. *In: Revista Mnemosine*, v. 2, n.2, jan. 2006, p. 77.

evento já vivido. Assim, uma informação enganosa é passível de criar uma memória falsa, afetando o fenômeno da recordação.¹³⁵

Posteriormente, Hugo Munsterberg,¹³⁶ ao estudar as confissões falsas, percebeu que, inicialmente, os suspeitos acreditavam na própria inocência; no entanto, ao serem submetidos a interrogatórios policiais sugestivos, recordavam de fatos delitivos que não praticaram. Com base nisso, o pesquisador demonstrou que a tensão emocional, combinada à pressão social e à indução, é capaz de distorcer a memória a ponto de fazer com que as pessoas acreditem erroneamente que cometeram um crime:

Saul Kassim, da Universidade Williams, estudou as reações de indivíduos falsamente acusados de terem danificado um computador apertando uma tecla errada. Os participantes, inocentes de início, negavam a afirmação, mas, depois de terem sido confrontados com um cúmplice do experimentador que afirmava tê-los visto fazer isso, vários deles assinaram confissões e terminaram por descrever de maneira detalhada o ato que não haviam cometido.¹³⁷

Saliente-se que, muito embora as primeiras pesquisas sobre Falsas Memórias datem do final do século XIX, os avanços científicos na área ocorreram somente entre os anos de 1970 e 1990.¹³⁸ Atualmente, Stein e

¹³⁵ Lembra Di Gesu que Gorphe, com base em casos judiciais ocorridos na Europa, também chegou a conclusões semelhantes, embora sem fazer alusão ao termo *Falsas Memórias*. Portanto, “já naquela época o autor alertava para a necessidade de um exame cuidadoso da prova testemunhal, principalmente em razão dos erros judiciais cometidos em função de depoimentos falsos ou equivocados” (DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 109).

¹³⁶ MUNSTERBERG, Hugo. **On the witness stand: Essay on psychology and crime**. Nova York: Clark, Boardman, Doubleday, 1908.

¹³⁷ LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 2, n. 162, jul. 2006, p. 93.

¹³⁸ Acerca da vulnerabilidade da lembrança, Loftus destaca dois casos, o primeiro ocorrido em 1986 e o segundo em 1992: 1) “Nadean Cool, auxiliar de enfermagem de Wisconsin, consultou um psiquiatra porque não conseguia lidar com as consequências de um acidente sofrido pela filha. Durante o tratamento, o terapeuta utilizou hipnose e técnicas de sugestão. Depois de algumas sessões, Nadean convenceu-se de que tinha sido usada na infância por uma seita satânica que a violentara, a obrigara a manter relações sexuais com animais e forçara a assistir um assassinato de um amigo de 8 anos. O psiquiatra acabou por fazê-la acreditar que ela tinha mais de 120 personalidades em decorrência dos abusos sexuais e da violência sofridas quando criança. Quando, enfim, compreendeu que estavam lhe inculcando falsas lembranças. Nadean processou o psiquiatra. Em 1997, o caso foi resolvido mediante o pagamento de indenização; 2) No Missouri, em 1992, um confessor ajudou Beth Rutherford,

Pergher, ampliando a perspectiva defendida por Loftus, sustentam que “há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de forma dirigida, quanto espontaneamente, sem que haja sugestionabilidade externa”,¹³⁹ o que reforça a tese em torno da existência de Falsas Memórias Sugeridas e de Falsas Memórias Espontâneas.

3.5.2 Formação das Falsas Memórias

De acordo com os pressupostos teórico-científicos acima delineados, pode-se afirmar que a memória é construída a partir de informações armazenadas e, também, de elementos novos que a elas se agregam. Nesse viés, cabe novamente salientar que “a memória não é como ler um livro; é mais como escrever um livro a partir de anotações fragmentadas”.¹⁴⁰

Assim, “cada vez que recordamos, interpretamos e agregamos ou suprimimos dados, daí por que, na recuperação da memória de um evento, distorções endógenas ou exógenas se produzirão”.¹⁴¹ Dessa forma, nem todas as recordações de dada experiência são lembradas com a mesma facilidade. Isso ocorre em virtude da forte vinculação existente entre a memória e diversos outros fatores, dentre os quais merece destaque o nível de excitação emocional,¹⁴² os quais atuam no processo mnemônico, ocasionando, não raras vezes, a falsificação da lembrança.

então com 22 anos, a se lembrar que entre os 7 e os 14 anos ela havia sido violentada com regularidade pelo pai, um pastor, por vezes com ajuda da mãe. Encorajada pelo confessor, Beth lembrou-se que tinha ficado grávida duas vezes do pai, que a forçara a fazer um aborto sozinha, usando um cabide. O pai teve de abandonar o ministério, mas exames médicos revelaram que a jovem ainda era virgem e nunca havia engravidado” (LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 2, n. 162, jul. 2006, p. 90).

¹³⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 107.

¹⁴⁰ KIHLLSTROM, J.F. **Exhumed Memory**. New York: Guilford, 1998, p. 33.

¹⁴¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 665.

¹⁴² De acordo com a análise anteriormente realizada acerca das Condições de Percepção na Formação do Testemunho, existe uma estreita relação entre memória, comportamento e emoção. Nesse contexto, as pesquisas desenvolvidas apontam para o fato de que os eventos

Sucintamente, as Falsas Memórias surgem quando, por indução de terceiros ou recriação do próprio indivíduo, os mecanismos de aquisição, retenção ou recuperação da memória falham, levando o sujeito ao erro. Nessa senda insere-se a observação de que “aquilo que é armazenado na memória pode ser modificado, pela aquisição de informação nova, interferente, assim como episódios posteriores de recapitulação e evocação”.¹⁴³

Importa salientar, contudo, que nem todas as pessoas são sugestionáveis e que nem toda memória pode ser distorcida. Estudos revelam serem mais suscetíveis à falsificação da memória as crianças, tendo em vista a tendência infantil de corresponder às expectativas do adulto entrevistador, e as pessoas que viveram experiências traumáticas, o que atesta a existência de uma imbricada relação entre emoção e memória.

No tocante ao armazenamento de informações oriundas de eventos traumáticos, Izquierdo salienta que os detalhes são esquecidos com o passar do tempo e que, quando a lembrança de um dado fato é evocada, emergem apenas os detalhes emocionais, carregados de subjetivismo.¹⁴⁴ Com isso, tende-se ao enfraquecimento das memórias reais, as quais vão cedendo espaço às Falsas Memórias impregnadas de emoções e sentimentos. Dessa forma, “os estímulos emocionais são recuperados em maior quantidade, mas também podem ser mais falsamente reconhecidos”.¹⁴⁵

Segundo Loftus, os principais fatores que contribuem para o surgimento das Falsas Memórias são a percepção da autoridade e a confiança na fonte de informação. Assim:

emocionais são lembrados com maior facilidade do que os demais. Entretanto, estudos mais recentes também vêm indicando que, especialmente em se tratando de eventos emocionais, o aumento no índice de memória verdadeira pode vir acompanhado por um aumento no índice de Falsas Memórias.

¹⁴³ SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003, p. 98.

¹⁴⁴ IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

¹⁴⁵ ROHENKOHL, Gustavo; *et.al.*. Emoção e Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 95.

Um juiz, um policial, os pais, os professores, os especialistas e os meios de comunicação funcionam em geral como fontes de informação creditáveis e uma sugestão falsa destes, induzida intencional ou acidentalmente, pode levar à formação de uma memória falsa.¹⁴⁶

Em síntese:

No uso popular, a palavra *esquecer* é empregada sempre que ocorre falha de memória. Mas as falhas de memória têm muitas causas e, por isso, não podem ser rotuladas sob a mesma palavra. Algumas falhas estão relacionadas com a codificação; outras surgem quando há aquisição insuficiente; outras, ainda, aparecem no momento da recuperação. Gleitman, Fridlund e Reisberg afirmam que as falhas de memória devem ser analisadas levando-se em conta dois aspectos: a passagem do tempo, que faz com que as informações sejam mais probabilisticamente esquecidas, e os erros de memória propriamente ditos, aqueles em que as pessoas se lembram do passado de forma diferente do que realmente aconteceu.¹⁴⁷

Da mesma forma, Fernández e Díez ensinam:

Ao contrário do esquecimento, que normalmente é acompanhado por uma clara e frustrante experiência pessoal de falta de informação relativamente a uma experiência vivida, a distorção não provoca alarme, pois é frequentemente acompanhada da sensação forte e sincera de que o que recordamos de um acontecimento pode ser incompleto, mas não inexato ou completamente falso.¹⁴⁸

Cabe alertar, desde já, que as Falsas Memórias não se confundem com a mentira. Nas palavras de Stein:

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se

¹⁴⁶ LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. **Revista Scientific American**, ano 3, n. 277, set. 1997, p. 72.

¹⁴⁷ CANTARINO, João Marcos Ferreira; PEREIRA, Danilo Assis. Memória: da filosofia à neurociência. **Revista Universitas Ciências da Saúde**, ano 2, n. 2, dez. 2007, p. 181.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ, A.; DÍEZ, E. Memoria y Distorsión. In: CABALO, A. S.; BEATO, M. S. **Psicología de la Memoria: Ámbitos Aplicados**. Madrid: Alianza, 2001, p. 161.

das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. É fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.¹⁴⁹

Com precisão, Lopes Júnior esclarece:

As falsas memórias diferenciam-se (*sic*) da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo.¹⁵⁰

Depreende-se, então, que as Falsas Memórias constituem um fenômeno do funcionamento normal da memória humana, reportando-se a lembranças de eventos específicos como se tivessem realmente ocorrido, quando, de fato, não ocorreram. Sendo assim, “a Falsa Memória, sugerida ou espontânea, é um fenômeno de base mnemônica, ou seja, uma lembrança, e não de base social, como uma mentira ou simulação por pressão social”.¹⁵¹

Conforme Di Gesu, as Falsas Memórias referem-se a uma informação não verdadeira inserida em uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado “efeito da falsa informação”, segundo o qual o indivíduo acredita verdadeiramente ter vivido a experiência falsa.¹⁵² Enfim, trata-se de um fenômeno em que há um passado verdadeiro ao qual a lembrança não corresponde.

¹⁴⁹ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 36.

¹⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 658.

¹⁵¹ NEUFELD, *op. cit.*, p. 27.

¹⁵² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

3.5.3 Classificação das Falsas Memórias

A falsificação da memória ocorre em razão de uma distorção endógena ou de uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo. Assim, conforme a origem do processo de falsificação, as Falsas Memórias podem ser classificadas em Espontâneas e em Sugeridas:

As falsas memórias espontâneas ou autossugeridas são resultantes de distorções endógenas e ocorrem quando a lembrança é alterada internamente, fruto do próprio funcionamento da memória, sem interferência de uma fonte externa à pessoa. Neste caso, uma inferência ou interposição pode passar a ser lembrada como parte da informação original e comprometer a fidedignidade do que é recuperado. [...] No que tange às falsas memórias sugeridas, elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento e a subsequente incorporação na memória original. Esse fenômeno, denominado *efeito da sugestão da falsa informação*, pode ocorrer tanto de forma acidental quanto de forma deliberada. Nas falsas memórias sugeridas, após presenciar um evento, transcorre-se um período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz. Essa informação sugerida pode ou não ser apresentada deliberadamente com o intuito de falsificar a memória. O efeito da falsa informação tende a produzir uma redução das lembranças verdadeiras e um aumento das falsas memórias.¹⁵³

Há autossugestão quando o indivíduo recupera somente a memória da essência, ou seja, do significado do fato vivido. Com base nisso, as Falsas Memórias Espontâneas ou Autossugeridas consistem no erro de lembrar algo que é coerente com a essência do que foi vivido, mas que, na verdade, não ocorreu. Assim, “uma Falsa Memória Espontânea ocorre quando o participante lembra ter escutado uma palavra que não foi apresentada na fase de

¹⁵³ NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 25-26.

estudo”.¹⁵⁴ Ademais, nas pesquisas sobre Falsas Memórias Espontâneas são usados testes de recordação livre: os indivíduos primeiramente são expostos a algum material alvo a ser memorizado, como uma lista de figuras ou de palavras que formem narrativas ou eventos; após, é introduzida uma atividade de distração para desviar a atenção do sujeito do material alvo; por último, realiza-se uma atividade em que os indivíduos respondem a um teste de memória.

As Falsas Memórias Sugeridas, por sua vez, originam-se da implantação externa ao sujeito, através da sugestão deliberada ou acidental da informação falsa. Consistem, pois, em erros de memória decorrentes de uma falsa informação apresentada após o evento. A análise das Falsas Memórias Sugeridas baseia-se na utilização do Paradigma Clássico de Interferência DRM, que envolve listas de palavras associadas, chamadas de palavras-alvo, e de palavras distratoras: primeiramente é apresentado um evento alvo ao sujeito, seguido da atividade de distração; logo após, sugere-se uma falsa informação e, na sequência, testa-se sua memória. A lembrança de itens distratores relacionados à essência temática de cada uma das listas das palavras-alvo comprova a emergência do fenômeno das Falsas Memórias.

A introdução do Procedimento de Sugestão de Falsa Informação¹⁵⁵ para o estudo das Falsas Memórias em adultos foi realizada pela pesquisadora Elizabeth Loftus, a qual explica:

¹⁵⁴ BRUST, Priscila Goergen; *et.al.*. Procedimentos Experimentais na Investigação das Falsas Memórias. In: STEIN, Lillian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 45.

¹⁵⁵ A técnica da Sugestão da Falsa Informação introduz, sutilmente, uma informação falsa para encorajar uma posterior recordação errada. Primeiramente, um acontecimento é observado por um grupo de sujeitos. Terminada a observação do fato, inicia-se a fase de retenção do mesmo, quando aquilo que viram ou ouviram é gravado na memória. Durante esse período, uma informação falsa é introduzida de forma sutil, através de um questionário ou até mesmo oralmente. Posteriormente, a memória para o fato inicial é testada, visando ao reconhecimento de detalhes do acontecimento. Em 1978, Loftus, Miller e Burns fizeram experimentos nos quais estudantes universitários observaram slides que descreviam um acidente de automóvel envolvendo um pedestre. Quando a informação sugestiva foi introduzida, através de um questionário no qual a placa “pare” foi substituída pela placa “dê a preferência” do material original, o grupo experimental que foi sugestionado lembrou-se mais da informação falsa, ou seja, a maioria dos sujeitos relatou que havia uma placa “pare” no local do acidente, ao passo que o restante do grupo que não havia recebido a falsa informação foram mais precisos na lembrança do sinal do tráfego.

As falsas lembranças são elaboradas pela combinação de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas. Durante o processo, os participantes ficam suscetíveis a esquecer a fonte da informação. É um exemplo clássico de confusão de fonte, em que conteúdo e fonte estão dissociados.¹⁵⁶

A sugestionabilidade pode ser definida como a tendência de incorporar informações falsas oriundas de fontes externas às recordações pessoais, o que resulta na falsificação da memória. Experimentos realizados demonstram que perguntas tendenciosas produzem distorções mnemônicas, conforme ensina Lopes Júnior:

Em diversos experimentos, Loftus e seus pesquisadores demonstraram que é possível implantar uma falsa memória de um evento que nunca ocorreu. Mais do que mudar detalhes de uma memória – o que não representa grande complexidade –, a autora demonstrou que é possível criar inteiramente uma falsa memória (portanto, de um evento que nunca ocorreu). [...] O perigo está naquilo que Loftus chama de inflação da imaginação, em que, através de interrogatórios ou terapias, utiliza-se de exercícios imagéticos para encorajar os praticantes a imaginar eventos infantis como forma de recuperar memórias supostamente escondidas. As consequências de tais técnicas (costumeiramente empregadas) são trágicas. A implantação da falsa memória é potencializada quando alguém afirma que o remoto incidente aconteceu. [...] A confusão sobre a origem da informação é um poderoso indutor da criação de falsas memórias, e isso ocorre quando falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras como conteúdo das sugestões recebidas de outros.¹⁵⁷

Corroborando, Shacter aponta alguns dos perigos decorrentes da sugestionabilidade:

Perguntas tendenciosas podem levar testemunhas a fazerem identificações erradas; técnicas terapêuticas sugestivas podem ajudar a criar falsas lembranças e interrogatórios agressivos de crianças pequenas podem resultar em lembranças distorcidas de supostos abusos por professores e por adultos. As consequências para os

¹⁵⁶ LOFTUS, Elizabeth. Memórias Fictícias. Trad.: Aristides Isidoro Ferreira. **Lusíada** - Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, n. 3-4, 2006, p. 335.

¹⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 659-660.

indivíduos envolvidos em casos como esses são muito sérias e, portanto, a compreensão e o combate à sugestionabilidade são importantes tanto para evitar problemas sociais e jurídicos quanto para o avanço da teoria psicológica.¹⁵⁸

As pesquisas sobre Falsas Memórias demonstram que o ser humano é capaz de lembrar, de forma espontânea ou sugerida, eventos que nunca vivenciou. Durante a colheita dos depoimentos de vítimas e testemunhas, a sugestionabilidade apresenta-se como um risco nada incomum e que conduz, muitas vezes, a respostas dissonantes da realidade.

¹⁵⁸ SCHACTER, Daniel. **Os Sete Pecados da Memória**: Como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p. 143.

4 FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL

4.1 IMPLICAÇÕES DA FALSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL

Partindo-se das reflexões teóricas precedentes, especialmente acerca da prova testemunhal e das Falsas Memórias, faz-se mister destacar alguns aspectos imprescindíveis à análise a que se propõe este estudo, qual seja, a das implicações, na seara processual penal, da falsificação da memória.

As Falsas Memórias não são simulações, tampouco são intencionais. Elas representam a verdade como os indivíduos as recordam.¹⁵⁹ Diante da falsificação da lembrança, a testemunha não consegue separar o verdadeiro do falso ou é induzida à deformação dos fatos, sem ter consciência disso. Trata-se, destarte, de erros ou equívocos mnemônicos que não autorizam o enquadramento do indivíduo no tipo penal de falso testemunho ou falsa perícia, previsto no artigo 342 do Código Penal.¹⁶⁰⁻¹⁶¹

¹⁵⁹ BARBOSA, Cláudia. **Estudo Experimental sobre Emoção e Falsas Memórias**. 2002. 190f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002, p. 26.

¹⁶⁰ Artigo 342 do Código Penal: “Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: Pena - reclusão, de um a três anos, e multa” (BRASIL. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

¹⁶¹ Sobre o crime de falso testemunho ou falsa perícia, Ana Luiza Almeida Ferro esclarece que “a teoria reinante na doutrina e na jurisprudência brasileira sustenta que falso é o testemunho quando o que foi declarado encontra-se em discordância com o que o agente percebeu. Assim, o critério da falsidade do testemunho, segundo a lição de Carrara, não depende da relação entre o dito e a realidade das coisas, porém da relação entre o dito e o conhecimento da testemunha” (FERRO, Ana Luiza Almeida. **O crime de falso testemunho ou falsa perícia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 99-100). Por outro lado, “pode o fato não se haver verificado, mas a testemunha estar crente do contrário (falibilidade do testemunho) e não haver falsidade. Finalmente, o fato ocorreu e a testemunha presenciou-o, mas depõe de modo que supõe ser contrário à verdade, o que, entretanto, não acontece. Há crime simplesmente putativo, pois, não obstante a vontade do depoente, há correspondência entre o que disse e o que se realizou” (NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, V.4, p. 369). Cabe ressaltar que o crime de falso testemunho é conceitualmente doloso. Para sua existência é necessária a vontade e a consciência da falsidade ou da omissão da verdade, o que inexistente nos casos de falsificação da memória. O caráter intrinsecamente precário do testemunho pode gerar a deformação da verdade, sem que isso conduza à concretização do delito em análise. Segundo Hungria: “Se o agente é vítima de um erro, de uma falsa percepção da realidade, do próprio esquecimento ou de uma

Como visto, vários fatores - dentre os quais se destacam o lapso temporal, a emoção e a sugestibilidade - “simplificam” a lembrança, fazendo com que o sujeito, dando azo à imaginação, busque elementos estranhos no intuito de restabelecer os fatos. Com isso:

A informação original sofre alterações, sendo enriquecida com detalhes e informações adicionais, os quais a corrigem, reescrevem ou reconfiguram e, até mesmo, preenchem lacunas informativas com passagens que simplesmente não foram vivenciadas, momento no qual se formam as Falsas Memórias.¹⁶²

Trazendo a questão para o âmbito processual penal, Di Gesu, com maestria, assevera:

O enfoque especial, quando se trata de prova penal e das falsas memórias, é justamente a prova oral. [...] Em que pese a necessidade de a prova no processo criminal ser muito mais robusta do que a do cível, a prova testemunhal, muitas vezes, é a única a embasar não só a acusação, como também a condenação, diante da ausência de outros elementos.¹⁶³

Revelada a falibilidade da memória humana, é preciso lançar um novo olhar sobre o processo penal, o qual se mostra ainda muito dependente da prova oral produzida pela vítima ou pela testemunha. Cabe alertar que, nas infrações que não deixam vestígios, há inúmeras decisões condenatórias fundamentadas exclusivamente na palavra da vítima.¹⁶⁴ Segundo Lopes Júnior:

deformação inconsciente da lembrança, fica excluído o elemento subjetivo do crime. É lição banal da psicologia judiciária que a testemunha [...] pode ser vítima de ilusões ao fixar a realidade ou ao recompor suas impressões” (HUNGRIA, Nélsion. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, [1958-1959], V.9, p. 479-480).

¹⁶² EISENKRAEMER, Raquel Eloísa. O lado sombrio do conhecimento prévio: a construção de falsas memórias a partir da leitura. *In*: CONGRESSO DE LINGÜÍSTICA E COGNIÇÃO, 5., 2008. **Anais do V Congresso Linguística e Cognição**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 139.

¹⁶³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 127.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 128.

É nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal (e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para implantação de uma falsa memória. [...] Isso dá uma dimensão do que é possível criar em termos de falsas memórias e das graves consequências penais e processuais que elas podem gerar.¹⁶⁵

Percebe-se, pois, que o crime, enquanto reconstrução do passado, depende da memória de quem o narra, a qual, por sua vez, está sujeita a influência de fatores capazes de gerar as Falsas Memórias.¹⁶⁶ É possível que vítimas ou testemunhas, sejam crianças ou adultas, lembrem-se de fatos os quais, embora não vividos, provenham da sugestionabilidade - externa ou interna - e de outras variáveis relativas ao processo mnemônico.¹⁶⁷ Sendo assim, a realidade do delito é percebida de uma forma, mas pode ser transmitida de outra. Decorre daí a necessidade de um exame cuidadoso da prova oral, já que, quanto maior a fragilidade da espécie probatória, maior a sua exposição a erros e maior o dever da autoridade de controlá-la.¹⁶⁸

Diante desse panorama, mostra-se incontroversa a necessidade de integrar o conhecimento desenvolvido no âmbito da neurociência e da Psicologia Cognitiva e do Testemunho à dogmática e à *práxis* processual penal. Nessa senda:

O Direito, em especial o processo penal, não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber, pois depende, na

¹⁶⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p.659.

¹⁶⁶ Nesse sentido, Gaspar Marques Batista, Des. do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, salienta: “Ementa: Peculato. Desvio de Renda Pública. Óleo diesel adquirido pelo município e não entregue. Prova produzida em CPI e confirmada em inspeção do Tribunal de Contas. [...] Parte da prova oral colhida em juízo, cinco anos depois, certamente foi prejudicada pela ação do tempo, que opera o esquecimento dos fatos e até a inclusão de Falsas Memórias” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70020430146. Apelante: Ministério Público. Apelado: Nilson Dal Forno. Relator: Des. Gaspar Marques Batista. Porto Alegre, 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=1382594>. Acesso em: 25 set. 2012).

¹⁶⁷ Diante dessa confusão entre real e imaginário e da conseqüente impossibilidade de reproduzir, de maneira integral e exata, o fato passado, tem-se como ilusória a busca da “verdade real” no processo penal. A propósito, conforme Carnelutti, *o todo é demais para nós* (CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Trad.: José Antonio Cardinali. Brasil: Conan, 1995).

¹⁶⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 128.

grande maioria dos casos, das lembranças das testemunhas. Gorphe já afirmava que “desde que existem os homens e desde que têm a pretensão de fazer justiça, se tem valido do testemunho como mais fácil e mais comum dos meios de prova”. Por isso, se faz necessário conhecer um pouco mais a memória, o que nela está impregnado e de que forma influencia a vida das pessoas.¹⁶⁹

Ávila e Gauer acrescentam:

Assentado, ainda, sob uma base cartesiana, o Direito encontra dificuldades para lidar com a realidade contemporânea. As aporias que surgem do descompasso dos frangalhos do Direito positivo com as características de um fato social mais intrincado e complexo do que qualquer legislador jamais poderia prever, aponta para um imprescindível processo de redefinição. Neste sentido, a interdisciplinaridade deve ser uma característica intrínseca às práticas judiciais, para além das perspectivas teóricas, deve encontrar sua realização empírica, sem a qual se encontra esvaziada de sentido. Não é só o aparato judiciário que deve cuidar dos problemas. Uma junta de profissionais de outras áreas, como psicólogos, assistentes sociais, médicos e outros, quando necessário, seria bem-vinda. Desta forma, a participação efetiva destes profissionais nas fases de coleta de depoimentos e testemunhos, tanto durante o Inquérito Policial, quanto no Processo, seria de extrema valia.¹⁷⁰

Sublinhe-se que questões relacionadas à habilidade das pessoas de relatarem fidedignamente os acontecimentos têm incentivado os estudos científicos acerca das Falsas Memórias. A relevância da discussão centra-se em evitar que indivíduos sejam acusados, condenados e privados de sua liberdade com base em uma prova frágil, muitas vezes embasada em recordações distorcidas, discrepantes da realidade do fato delituoso. Por oportuno, cumpre observar:

Em uma pesquisa realizada com advogados e juízes, Fisher e Cutler constataram que a consistência de relatos em uma série de entrevistas com a mesma testemunha é um critério chave muito utilizado no âmbito forense, para determinar a credibilidade do testemunho. No entanto, alguns estudos recentes sobre a

¹⁶⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 110.

¹⁷⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. “Falsas” Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha. *In*: SEMANA DE EXTENSÃO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO, 2010, Porto Alegre. **Anais da V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 88.

persistência de ambas as memórias, verdadeiras e falsas, levantam dúvidas sobre a validade do critério da consistência. [...] A criação de falsas memórias ocorre devido a uma maior aceitação de distratores semanticamente relacionados ao evento original no teste posterior, quando os participantes receberam um teste anterior. Assim, o fato da memória das pessoas ter sido testada, ou seja, o fato das pessoas terem sido, por exemplo, entrevistadas ou indagadas a respeito de um determinado assunto, colabora para um aumento significativo das falsas memórias. [...] Em situações jurídicas, nas quais tanto os procedimentos usuais de perícia psicológica quanto os questionamentos de testemunhas versam sobre um tópico central (neste caso, um crime que está sendo investigado) [...] não é de se admirar que seja bastante comum a situação em que pessoas, submetidas a psicoterapia ou sob investigação forense, produzam falsos relatos, que não sejam baseados em simulação (i.e., mentira), mas sim em memórias que substanciam o foco central do fato em questão.¹⁷¹

Nesse sentido, Schacter refere:

Segundo estimativas do fim da década de 1980, a cada ano, nos Estados Unidos, mais de 75 mil julgamentos de crimes foram decididos com base em depoimentos de testemunhas. Um estudo recente, no qual a análise de DNA provou a inocência de indivíduos condenados injustamente, revelou que em 36 (90%) dos 40 casos levantados houve identificação errada pelas testemunhas.¹⁷²

Saliente-se que a sugestionabilidade é ocasionada, muitas vezes, pelos operadores do Direito, principalmente por aqueles responsáveis pela inquirição. Dessa forma:

Há relatos de que perguntas sugestivas podem acarretar até mesmo confissões falsas. E um dos fatores que contribuem para a formação das falsas lembranças é justamente a sugestão realizada por autoridade (neste caso, o juiz), considerada como fonte de informação confiável. [...] A sugestionabilidade interrogativa normalmente acontece porque há uma tendência natural por parte daquele que interroga, ou colhe declarações, de explorar unicamente a hipótese acusatória, sugerindo as respostas que favoreçam a versão (pré)escolhida. E, na maioria das vezes, diante da ausência

¹⁷¹ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas Memórias: Por que lembramos de coisas que não aconteceram? **Revista Arq. Ciênc. Saúde Unipar**, ano 5, n. 2, mai/ago. 2001, p. 184.

¹⁷² SCHACTER, Daniel. **Os Sete Pecados da Memória**: Como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p.118.

de demais elementos probatórios, o juízo de censura é proferido com base exclusivamente na prova oral colhida de forma tendenciosa.¹⁷³

A falsificação da memória gera implicações relevantes no âmbito forense, em especial nos depoimentos infantis e no ato de reconhecimento pessoal. Assim, diante da constatação da problemática, pretende-se demonstrar que a adoção de novas técnicas de inquirição e de reconhecimento poderá mitigar o surgimento das falsas lembranças e, conseqüentemente, resguardar a confiabilidade do relato, preservando a prova e garantindo a validade do procedimento.

4.1.1 Sugestionabilidade e Depoimento Infantil

O Código de Processo Penal brasileiro permite que crianças deem seu testemunho, porém será defeso o compromisso de dizer a verdade ao menor de catorze anos.¹⁷⁴ Dessa forma, admite-se o depoimento infantil como meio de prova no processo penal, em que pese mereça ele ressalvas em razão de, em muitos casos, apresentar-se deficiente e lacunoso.¹⁷⁵ Nesse sentido:

¹⁷³ PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e a sugestionabilidade interrogativa. *In*: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 846.

¹⁷⁴ Artigo 208 do Código de Processo Penal: “Não se deferirá o compromisso a que alude o artigo 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 anos, nem às pessoas a que se refere o artigo 206” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

¹⁷⁵ Um dos casos pioneiros sobre a ocorrência de Falsas Memórias no Brasil envolveu as declarações de crianças acerca de supostos abusos sexuais cometidos pelos professores: “Caso Escola Base de São Paulo”. Nele, excessos praticados conjuntamente pela imprensa e pela polícia influenciaram e induziram milhares de pessoas a acreditarem na existência de tais abusos. A investigação foi calcada, quase que exclusivamente, na palavra dos pequenos ofendidos, com exceção de um laudo provisório do IML atestando lesão na região anal de um dos alunos (PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e a sugestionabilidade interrogativa. *In*: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 843).

A criança [...], pela percepção sensorial, pode tomar contato com o delito, dele despontando como testemunha, inexistindo qualquer óbice ou escolho para que, no processo, assuma e desempenhe essa posição, com o único senão de que não será compromissada. [...] Mas, por outro lado, reconhecem-se as dificuldades em se estabelecer, por meio dele, a verdade [...]. Deve-se, portanto, perscrutar do valor jurídico que se há de conferir ao depoimento testemunhal (ou mesmo vitimário) infantil, pois vários fatores o inviabilizam.¹⁷⁶

As crianças que depõem geralmente estão envolvidas em situações de violência e suas declarações dizem respeito a lembranças de experiências muitas vezes traumáticas. Nesse contexto, o exame acerca do depoimento infantil justifica-se “porque a palavra da pequena vítima, muitas das vezes, é o único elemento de prova nos delitos contra os costumes, quando não há violência real ou os demais vestígios foram apagados pelo tempo”.¹⁷⁷

A presença das crianças nos tribunais tem aumentado muito nos últimos anos, o que suscita importantes questionamentos tanto à Psicologia quanto ao Direito. Nesse sentido, por parte do Direito, há o crescente reconhecimento da criança como um indivíduo em formação e, portanto, com capacidades e necessidades distintas dos adultos. Além disso, grande parte das crianças que chega a depor em um tribunal está recordando e relatando experiências difíceis e constrangedoras, pois envolvem, muitas vezes, informações relativas às suas vidas íntimas.¹⁷⁸

Dentre os problemas encontrados quando da análise do depoimento de crianças, um deles merece destaque: a sugestionabilidade infantil. Cabe lembrar que a sugestionabilidade consiste na tendência de um indivíduo em incorporar informações distorcidas, provindas de fontes externas, de forma intencional ou acidental, às suas recordações pessoais. Isso ocorre de maneira mais frequente no âmbito forense, sendo que a forma como a oitiva de crianças

¹⁷⁶ FAYET JR., Ney. Prova Criminal: o Testemunho Infantil. **Revista FEMARGS**, n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista02_fayet.html#nota27>. Acesso em: 13 jul. 2012.

¹⁷⁷ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 124.

¹⁷⁸ WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 158.

é realizada torna-se decisiva para a correta avaliação da precisão e da confiabilidade do relato.¹⁷⁹ Segundo Pisa:

Diversos fatores externos podem levar uma criança a distorcer internamente fatos por ela vivenciados ou testemunhados. Dentre esses fatores estão os tipos de entrevistas utilizados para se obter as informações das crianças. A distorção da memória poderá ter sérias implicações legais quando o evento vivenciado ou testemunhado caracterizar uma infração penal, porque a credibilidade da criança não implica na confiabilidade (exatidão) do seu relato.¹⁸⁰

Através da observação casuística e de estudos de experimentação, constatou-se serem as crianças mais facilmente sugestionáveis.¹⁸¹ No entanto, a questão da exatidão da memória infantil requer a análise das características individuais da criança e, também, das vulnerabilidades físicas e psíquicas inerentes ao seu peculiar processo de recordação. Em função disso:

¹⁷⁹ Nesse sentido, destaque-se: “Ementa: Estupros Tentados. Memória e Prova. 1. A palavra da vítima é considerada como elemento de convicção. Entretanto, a valoração não é absoluta e há de ser confrontada com a realidade do processado. No caso concreto, os supostos abusos teriam iniciado quando as vítimas possuíam menos de três anos de idade (no que tange a uma das vítimas, a violência sexual teria iniciado no ano de seu nascimento), ocasião em que, segundo informação técnica, a formação da memória não está bem consolidada, e o hipocampo ainda não está suficientemente maduro. Afirmou-se que ‘recordações ligadas ao primeiro ano de vida estão perdidas para sempre, sobretudo porque o hipocampo, que desempenha um papel importante nos mecanismos da memória, não é suficientemente maduro nessa idade para guardar lembranças recuperáveis na idade adulta’. 2. Ademais, os estudos informam serem as crianças mais vulneráveis à sugestão, pois a tendência infantil é a de corresponder às expectativas daquele que está perguntando, em razão da grande intuição, podendo perturbar o que ele efetivamente sabe e o que realmente ocorreu. 3. A opção do julgador, no processo penal de um estado de direito, é pela presunção de inocência, como regra de tratamento, de encargo probatório à acusação e de restrição da liberdade. No caso dos autos, a prova não oferece um sentir convicto de um veredicto condenatório. Apelo provido” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70021226782. Apelante: L. G. S. . Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 29 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.giacomolli.com/acordaosDetalhe.asp?AID=99>> . Acesso em: 25 set. 2012).

¹⁸⁰ PISA, Osnila. **Psicologia do Testemunho**: Os riscos na Inquirição de Crianças. 2006. 673f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, p. 20.

¹⁸¹ No entanto, atualmente, a idade e o desenvolvimento dos sujeitos têm sido investigados de forma exaustiva, constatando-se que “em resumo, parece que o efeito da falsa informação está mais relacionado às condições da situação - tipo e formato das perguntas sugestivas, o intervalo temporal entre a apresentação do material original, a sugestão e a recuperação da memória, etc. - do que às características individuais das pessoas, sejam essas diferenças devidas ao momento de desenvolvimento em que se encontram ou diferenças mais consistentes e estáveis, como os estilos cognitivos ou as dimensões da personalidade” (DIGES, M. **Los falsos recuerdos, sugestion y memoria**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1997, p. 99).

As memórias das crianças testemunhas têm sido o foco de interesse científico desde os primórdios do século XX. Os trabalhos pioneiros realizados por pesquisadores como Binet, Small, Stern, Varendock e Whipple levaram à conclusão de que as memórias de crianças pequenas são tão frágeis e pouco confiáveis, mesmo para acontecimentos de grande significado pessoal, que o testemunho infantil é definitivamente prejudicial. Consequentemente, nos Estados Unidos o testemunho de crianças foi banido por lei. Essa situação mudou radicalmente nas décadas de 1970 e 1980, quando antigos obstáculos legais a testemunhos de crianças começaram a ser derrubados, e evidências obtidas através deles se tornaram frequentes em alguns tipos de casos: crimes domésticos, em que as crianças são normalmente as vítimas (p.ex., abuso e negligência) e crimes domésticos em que são testemunhas. O uso crescente de evidências fornecidas por crianças, nesses casos, levou a algumas consequências problemáticas [...]. Especificamente durante o final da década de 1980 e início da de 1990 houve uma série de crimes nos quais os réus foram julgados por várias acusações de abuso sexual de crianças, consistindo, às vezes, de atos bizarros e exóticos, levantando-se sérias questões sobre a fidedignidade das memórias em que foram baseados os testemunhos das vítimas.¹⁸²

Baseados no processo mnemônico, Welter e Feix explicam:

A fragilidade das memórias adquiridas na infância precoce é explicada, em parte, por elas serem codificadas e processadas, prioritariamente, de forma literal. Os traços literais correspondem a aspectos exatos e específicos da nossa experiência, mas, por outro lado, são aqueles que mais rapidamente esquecemos. Com o avanço da idade, a criança vai desenvolvendo a habilidade de extrair o significado geral das experiências e, conseqüentemente, aprimorando a memória da essência, sendo esta mais duradoura. Tomados em conjunto, os resultados dos estudos sobre as primeiras memórias indicam que, embora as crianças tenham capacidade de recordação episódica desde muito cedo, as recordações não permanecem acessíveis até o desenvolvimento mais organizado da linguagem.¹⁸³

O pesquisador Alfred Binet, ao analisar inúmeros erros involuntários de crianças submetidas a testes de recordação, constatou que a fragilidade da memória infantil deve-se, em grande parte, à influência da sugestão. Segundo ele:

¹⁸² BRAINERD, Charles J. Prefácio. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et.al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010, p.15-16.

¹⁸³ WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 177.

A sugestionabilidade da memória das crianças é um dos fatores de maior relevância em termos de limitação do testemunho infantil. Isso ocorre pelo indiscutível potencial destruidor que esse fenômeno pode ter sobre a memória de uma testemunha, podendo tornar seu relato completamente inválido, além dos danos subjetivos que pode causar para os indivíduos, sejam estas crianças ou adultos. Alguns estudos têm mostrado que as pessoas demonstram maior dificuldade em esquecer falsas memórias do que memórias verdadeiras. O problema, do ponto de vista subjetivo e ético, ocorre quando uma sugestão se transforma em uma falsa memória, o que pode trazer imenso sofrimento psíquico para a criança, crente de que algo lhe aconteceu – até mesmo um episódio de violência sexual -, quando, de fato, não aconteceu.¹⁸⁴

Nas crianças, a sugestionabilidade origina-se de mecanismos cognitivos e sociais. De acordo com Binet:

O grau de sugestionabilidade das crianças mais jovens (5-8 anos) é significativamente mais alto em razão de dois fatores diferentes: (a) *cognitio* ou *autosugestão*, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer; (b) e outro *social*, que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador.¹⁸⁵

Sendo assim:

As crianças mais novas produzem sistematicamente relatos distorcidos de eventos quando expostas a influências sugestivas em razão de dois fatores principais: a) submissão social; b) incompetência cognitiva. As crianças novas cedem à pressão social mesmo quando sua própria evocação é exata e isso ocorre principalmente quando são entrevistadas por alguém muito mais velho. [...] As crianças novas chegam a acreditar em seu próprio relato de memória distorcida devido a limitações no processamento, atenção ou limitação.¹⁸⁶

¹⁸⁴WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al.. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 178.

¹⁸⁵ BINET, Alfred. **La Suggestibilité**. Paris: Schleicher Frères, 1900, p. 34 *apud* PISA, Osnilda. **Psicologia do Testemunho: Os riscos na inquirição de crianças**. 2006. 673f. Dissertação. Programa de Pós-Graduação em Psicologia – Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade. Pontifícia Universidade Católica, Porto Alegre, 2006.

¹⁸⁶ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stoltzing. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 307.

Em síntese, os fatores que ocasionam a sugestionabilidade infantil podem ser classificados em duas categorias: a) cognitivos, relacionados às características das crianças; e b) sociais, relacionados ao contexto do depoimento ou da entrevista. Dentre os fatores cognitivos, têm-se os desenvolvimentais e os individuais. Aqueles se referem às características comuns encontradas em crianças de mesma faixa etária, ao passo que esses dizem respeito aos traços subjetivos de cada indivíduo, independentemente da idade.

Com relação ao desenvolvimento, estudos demonstram que crianças em idade pré-escolar (até 06 anos de idade) aceitam mais facilmente a sugestão de falsa informação - são mais sugestionáveis – e, conseqüentemente, seus relatos apresentam maiores chances de distorções. Depreende-se, então, que a sugestionabilidade é maior durante os primeiros anos da infância, ou seja, em crianças entre 04 e 05 anos, e tende a sofrer reduções, razão pela qual crianças de 10 a 12 anos são menos sugestionáveis.¹⁸⁷

Dessa forma, os efeitos de informações enganosas sobre a memória das crianças em diversas faixas etárias variam, sendo que “quando é usado teor não tendencioso, a recordação é igualmente elevada em todas as faixas etárias, mas, sob condições tendenciosas, as crianças mais novas absorvem a sugestão falsa com maior facilidade”.¹⁸⁸ Percebe-se, portanto, que crianças mais novas são mais suscetíveis à formação de Falsas Memórias Sugeridas. No entanto, ressalte-se:

O fato de as crianças pequenas serem mais vulneráveis aos efeitos da sugestão não significa que elas não possam recordar eventos corretamente ou que irão assentir a todas as sugestões falsas que receberem. Ao contrário, as crianças tendem a não aceitar falsa informação quando esta é muito diferente do contexto vivenciado ou testemunhado.¹⁸⁹

¹⁸⁷ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 306.

¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 305.

¹⁸⁹ WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 169.

No tocante aos fatores individuais, cabe mencionar que a criança com maior capacidade de inteligência verbal e melhores habilidades linguísticas mostra-se menos propensa à sugestão externa do que aquela com tais aspectos mais precários. Além disso, crianças menores de 06 anos possuem maior dificuldade para identificar a origem de suas lembranças, já que a capacidade de monitoramento da fonte¹⁹⁰ encontra-se em desenvolvimento nessa fase.

Ademais, a deferência aos adultos torna as crianças pequenas particularmente vulneráveis às sugestões por eles apresentadas, diferentemente das crianças mais velhas, as quais se mostram mais resistentes à sugestionabilidade.¹⁹¹ Comentários feitos pelos pais, por outras crianças ou por pessoas em geral são suficientes à geração da falsificação da memória infantil.

Ressalte-se, por ora, que é no contexto forense que, normalmente, se observa a sugestionabilidade infantil.¹⁹² Pisa alerta que “entre os diversos

¹⁹⁰ O monitoramento da fonte é a capacidade cognitiva que permite discriminar se as recordações acerca de um acontecimento qualquer são provenientes de experiências externas, ou seja, de acontecimentos vivenciados, ou de experiências internas, isto é, de acontecimentos imaginados.

¹⁹¹ WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al.. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 169.

¹⁹² Sobre sugestionabilidade infantil, merece destaque o seguinte julgado: “Ementa: Apelação Crime. Delitos Sexuais. Prova. Indução. Confiabilidade do Testemunho Infantil. Absolvição. [...] 2. Nesse contexto, é sempre importante lembrar que as crianças têm facilidade de descobrir a opinião do adulto, adaptando suas declarações para melhor agradá-lo, tal como constatou Altavilla. No caso dos autos, a menina sentiu-se fragilizada pelo sentimento da avó, a qual não gostava do réu. A situação vivenciada pela infante, em casa, também não a agradava, pois o pai estava constantemente embriagado. 3. O contexto probatório, diante da ausência de provas técnicas o exame de conjunção carnal não foi conclusivo e não seguiu os ditames legais resume-se à palavra da pequena ofendida, bem como às declarações de sua avó, a qual, pelo que se pode averiguar, não presenciou o suposto fato delituoso. 4. *A palavra da vítima, principalmente em se tratando de criança mais vulnerável à sugestão de outras pessoas, tais como parentes, investigadores, professores e até mesmo da mídia deve ser sopesada com cuidado.* Com isso não se quer retirar o valor do depoimento infantil, até mesmo porque, embora com algumas restrições, o Código de Processo Penal permite que menores deem seu testemunho, nos termos do artigo 208, mas sim alertar para sua confiabilidade, isto é, para o grau de fidelidade de uma informação em relação ao original. 5. Entendo que a prova produzida nestes autos é insuficiente à quebra da presunção de inocência” (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70023533979. Apelante: Ministério Público. Apelado: Rogenes Juliano de Oliveira. Relator: Des. Nereu José Giacomoli. Porto Alegre, 29 mai. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=7>

fatores que afetam a exatidão das recordações das crianças, as técnicas utilizadas na realização da entrevista forense é indubitavelmente um deles”.¹⁹³ Sendo assim, o tipo, a forma e as circunstâncias nas quais é feita a inquirição de uma criança são fatores determinantes para a qualidade do relato.

Estudos realizados comprovam que a repetição dos depoimentos tende a aumentar o risco da existência de erros, uma vez que, com o passar do tempo, aspectos da memória original enfraquecem, tornando-a mais suscetível a interferências.¹⁹⁴ Com a reiteração das entrevistas, as informações falsas são incorporadas nos relatos subsequentes das crianças, criando inexatidões. Destaque-se que “as entrevistas sugestivas múltiplas podem ter efeitos danosos não só por causa de sua quantidade, mas também porque a cada entrevista sugestiva adicional aumenta o decurso do tempo entre o evento original e o relato da criança”.¹⁹⁵ Em função disso, especialistas sustentam que a primeira declaração é mais condizente com a realidade, pois se apresenta menos vulnerável à sugestibilidade.

Nessa perspectiva:

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 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 das testemunhas elementos não ocorridos na realidade.¹⁹⁶

0023533979&num_processo=70023533979&codEmenta=2418017&temIntTeor=true>.Acesso em: 28 de set. 2012).

¹⁹³ PISA, Osnilda. **Psicologia do Testemunho**: Os riscos na Inquirição de Crianças. 2006. 673f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, p. 20.

¹⁹⁴ Nesse ponto, saliente-se: “Interessa-nos a delimitação do prazo à realização da instrução com o intuito de preservar a qualidade da produção da prova oral contra os malefícios do tempo” (DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 143).

¹⁹⁵ PISA, *op. cit.*, p. 62.

¹⁹⁶ DI GESU, *op. cit.*, p. 151.

Da mesma forma, as crianças estão mais propensas a alterar seu relato quando há reiteração do questionamento durante a entrevista, em razão de compreenderem a repetição como uma solicitação para novas informações, como se o entrevistador não tivesse gostado da resposta. Diante disso, juízes, delegados, peritos e psicólogos podem facilmente transmitir sua visão de um evento pela forma de questionar, pois “a criança tem grande intuição e descobre com facilidade a opinião de quem a interroga e isso perturba o que ela sabe”.¹⁹⁷

Tendo em vista que a criança é “instintivamente levada a adaptar seu testemunho àquilo que julga esperar dela”, há a tendência de atender às expectativas do entrevistador.¹⁹⁸ Nas palavras de Stefanello:

Deve-se considerar também a influência do *status* do entrevistador na declaração fornecida. Pesquisas têm demonstrado que crianças são sensíveis ao poder conferido socialmente de quem lhes questiona, podendo inclusive alterar seu relato para concordar com o adulto. Desta forma, as chances das respostas dos infantes serem inexatas quando prestam depoimento a um policial, delegado ou juiz, por exemplo, são bem maiores que quando o mesmo ato é realizado por um indivíduo neutro.¹⁹⁹

Com efeito, merece destaque o seguinte experimento:

Quão sugestionáveis são as crianças quando questionadas sobre eventos emocionalmente carregados relativos a abusos que tenham observado? Crianças de 5 e 6 anos testemunharam um evento, de um total de dois. No evento inocente, um zelador chamado Chester limpava algumas bonecas em uma sala. No evento do abuso, Chester tratou as bonecas de maneira rude e de forma levemente abusiva. Algumas crianças foram questionadas por outro entrevistador que sugeriu que o zelador havia sido abusivo; outras crianças foram questionadas por um entrevistador que sugeriu que o zelador era inocente. As crianças restantes foram questionadas por um entrevistador neutro, que evitou fazer sugestões. As crianças

¹⁹⁷ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 2ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, V.I, 1946, p. 56-58.

¹⁹⁸ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010, p. 122.

¹⁹⁹ STEFANELLO, Sarah Eidt. **Variáveis de Influência no Depoimento de Crianças Vítimas de Violência Sexual**. 2010. 97f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Ciências Jurídicas e Sociais) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2010, p. 54.

descreveram aos pais o que o zelador havia feito imediatamente após a entrevista e duas semanas depois. As memórias do testemunho ocular das crianças foram, em geral, precisas quando questionadas pelo entrevistador neutro. Entretanto, as descrições das crianças se conformaram às sugestões do entrevistador, quando este acusava ou defendia.²⁰⁰

Além disso, pesquisas atestam que grande parte das informações que as crianças armazenam na memória após presenciarem um crime possui forma não verbal e que o depoimento colhido por meio de perguntas fechadas (com respostas do tipo “sim ou não”) pode ter sua precisão comprometida, em razão da formação de Falsas Memórias. Conforme Pisa:

Em razão do ceticismo dos relatos das crianças, os investigadores de abuso sexual passaram a usar abordagens dirigidas e focadas, com perguntas fechadas e repetidas. Ceci e Friedman reconhecem que o interrogatório dirigido é mais efetivo que o relato livre. Todavia, alertam para os riscos de criar um falso positivo.²⁰¹

Comprova-se, com o exposto, que a técnica de inquirição baseada exclusivamente em questionamentos apresenta falhas as quais impossibilitam ou dificultam o acesso a todos os dados relevantes que as crianças possuem sobre os fatos experienciados. Por isso, psicólogos e terapeutas enfatizam que o estímulo à produção de desenhos, antes da solicitação do depoimento verbal, apresenta-se como uma maneira eficaz de obter descrições exatas e razoavelmente completas a respeito dos eventos investigados. Nesse sentido, Baddeley, Anderson e Eysenck sustentam:

A boa notícia sobre o uso de crianças como testemunhas é que há diversas formas de aumentar a quantidade do que elas conseguem recordar com precisão sobre os eventos que lhes ocorreram. É muito importante que os entrevistadores evitem exercer qualquer tipo de influência (inclusive o uso de perguntas orientadoras). [...] Duas outras abordagens úteis podem ser usadas de forma muito

²⁰⁰ BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 306.

²⁰¹ PISA, Osnilda. **Psicologia do Testemunho**: Os riscos na Inquirição de Crianças. 2006. 673f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, p. 21.

generalizada: o restabelecimento do contexto no qual o evento em questão ocorreu e o oferecimento às crianças da oportunidade de produzir desenhos do evento antes de se envolverem na recordação verbal deste.²⁰²

Importa observar, ainda, a existência de modos indiretos de sugestão:

Porquanto considerem o estilo de perguntar do entrevistador como uma forma mais direta e explícita de sugestão, Ceci, Bruck e Battin salientam que a sugestão, durante uma entrevista, pode ocorrer de forma mais sutil e indireta, por meio das características globais e do clima emocional gerado, que pode assumir um tom mais neutro ou mais acusatório. Situações de alta pressão emocional, com perguntas feitas de modo ameaçador, além de aumentarem o estresse da criança que está testemunhando, poderão comprometer a qualidade de seu relato.²⁰³

No âmbito forense:

Isso pode acontecer quando a criança entra em uma sala de audiências e senta em frente ao juiz, ao promotor de justiça, ao advogado de defesa ou a outras autoridades judiciais, geralmente numa cadeira posicionada de forma isolada e, por vezes, situada em um piso inferior em relação aos outros lugares. A partir do reconhecimento de que a organização do espaço físico pode ser, além de geradora de estresse para a criança, comprometedora da sua recordação e do seu relato, em muitos países, como EUA, Inglaterra, Escócia, Noruega e Espanha, as crianças usualmente são entrevistadas por um profissional treinado em técnicas de entrevista investigativa (cognitiva) cientificamente validadas para esse grupo etário. As entrevistas são gravadas e podem ser realizadas em sala de espelho unidirecional, ou através de circuito televisivo, evitando-se que a criança submeta-se à pressão natural de uma sala de audiências comum. Tais modificações na forma de conduzir o depoimento de uma criança são medidas que visam a diminuir o estresse da criança na entrevista e, também, melhorar sua capacidade de recordação, além de diminuir a sugestibilidade.²⁰⁴

²⁰² BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 309

²⁰³ WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p.173.

²⁰⁴ *Ibid.*, p. 175.

Como visto, no sistema criminal de Estados norte-americanos e de países da Europa, os peritos examinam as gravações das entrevistas – inquirições - realizadas com crianças com o escopo de detectar distorções nos relatos infantis em razão de técnicas empregadas pelo entrevistador. No Brasil, no entanto, tal gravação não é obrigatória, o que pode tornar bastante precária a realização da avaliação acerca da confiabilidade do depoimento infantil.²⁰⁵ Por isso, Pisa adverte:

Diante dessa realidade, a tarefa do juiz criminal é árdua. Como distinguir entre acusações verdadeiras e falsas? Ainda que se reconheça que histórias inventadas pelas crianças e adolescentes sobre abuso sexual são facilmente detectáveis, afirmação que não corresponde à prática forense, distinguir entre relatos fruto de falsas memórias e a confiabilidade das declarações das crianças é tarefa que ainda não encontrou resposta na pesquisa científica. A única solução é implementar medidas para prevenir possíveis máculas na confiabilidade dos relatos das vítimas.²⁰⁶⁻²⁰⁷

Nessa senda, segue julgado que, com maestria, elucida a questão:

APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TENTATIVA DE ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA PELA IDADE DA OFENDIDA. [...]. 1. Suficiência Probatória. *Palavra da ofendida que se mostra firme e coerente para embasar um juízo condenatório. Ausência de motivos para cogitar de falsa acusação ou falsa memória.* Prova suficiente para a manutenção do veredicto condenatório em relação a ambos os

²⁰⁵ A alteração trazida pela Lei 11.719/2008 estabeleceu, no parágrafo 1º do artigo 405 do Código de Processo Penal, que “*sempre que possível*, o registro dos depoimentos do investigado, indiciado, ofendido e testemunhas será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia, digital, ou técnica similar, inclusive audiovisual, destinada a obter maior fidelidade das informações”, em uma clara tentativa de busca de implementação de recursos tecnológicos, a fim de preservar a produção da prova oral (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

²⁰⁶ PISA, Osnilda. **Psicologia do Testemunho**: Os riscos na Inquirição de Crianças. 2006. 673f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006, p. 34.

²⁰⁷ No mesmo sentido, Lopes Júnior aduz: “Quanto às entrevistas realizadas com a vítima/testemunha por psicólogos, psiquiatras e outros profissionais da área da saúde, costumeiramente realizadas em processos que envolvam violência sexual, deve-se atentar para dois fatores: a) necessidade de acompanhamento por parte de ambas as partes (acusação e defesa), vedando-se completamente as entrevistas privadas por violação ao contraditório e impossibilidade de controle; e b) gravação de áudio e vídeo de todas as entrevistas e avaliações realizadas” (LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 665).

crimes. [...] Apesar de os delitos não terem deixado vestígios e a prova ser dependente dos dizeres de uma infante, não há motivos para suspeitar de falsa imputação ou falsa memória, e o que a menina relata em linguagem própria de sua idade, sempre de modo coerente, é consistente com a hipótese acusatória. Embora os crimes imputados não sejam daqueles que deixam necessariamente vestígios materiais, sabe-se que deixam vestígios imateriais, *na memória das vítimas*, e a existência material destas infrações pode ser comprovada através de seus depoimentos sobre o ocorrido, observando-se, obviamente a verossimilhança das narrativas e os demais elementos de prova disponíveis nos autos. [...] A defesa esmiúça a prova oral e busca comprovar a existência de contradições, mas não logra êxito em desacreditar a ofendida. Não é demais recordar que os fatos são percebidos e interpretados de modo diverso por cada pessoa, pois o processo psicológico do testemunho-depoimento envolve inúmeros processos internos (sensação, percepção, avaliação, fixação, conservação, evocação e reprodução), alguns deles conscientes e outros inconscientes, além de condições externas. Assim, a inconsistência no detalhe é mais do que esperada, desejada, pois a prova oral uníssona é sintoma de falsidade, e não o oposto. [...] *Admito que, em se tratando de abuso infantil, há uma dificuldade extra: a criança não possui maturidade moral e psicológica e, portanto, estar submetida ao fenômeno da paramnésia, ou falsa memória, podendo assumir relatos como se fossem vivências. Mas não se pode desacreditar o que uma criança declara apenas em razão disso, embora se deva reconhecer essas características e buscar superar as dúvidas.* [...] Nesse contexto, para verificar a autenticidade de relatos infantis, sobretudo, deve-se observar a presença de discursos adultos na verbalização e verificar a presença de sintomas compatíveis com o suposto abuso, além da ocorrência de motivos para industrializar depoimentos ou gerar uma falsa memória induzida. E não se pode esquecer que uma criança tampouco *fantasia* sem base no que ela experienciou. Todos esses critérios têm sido muito úteis na sempre indispensável avaliação do depoimento infantil, permitindo que se forme um juízo de confiabilidade – positivo ou negativo – razoável. Pois, no caso concreto, julgo que estão presentes essas qualidades no depoimento de J.M.L., não havendo motivos para suspeitar de erro nem de má-fé, tampouco de falsa memória induzida ou industrializar de depoimentos.²⁰⁸

Enfim:

Se, de um lado, é preciso reconhecer a inexistência de 100% de certeza na avaliação dos relatos testemunhais, por outro, é indiscutível o considerável avanço na pesquisa científica sobre a sugestionabilidade infantil que tem contribuído imensamente para o

²⁰⁸ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70047976261. Apelante: P. S. L. Apelado: M. P. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70047976261&num_processo=70047976261&codEmenta=4883860&temIntTeor=true>. Acesso em: 02 out. 2012.

conhecimento desse fenômeno. Os resultados das pesquisas têm permitido que se identifiquem procedimentos adequados para entrevistar crianças em situações judiciais, bem como as técnicas que devem ser evitadas.²⁰⁹

A obtenção de informações precisas por meio do testemunho infantil requer que os operadores do Direito, em especial, afastem eventuais influências que possam alterar a lembrança das crianças sobre os fatos e que adotem novas técnicas de proceder à colheita dos depoimentos. Busca-se, assim, evitar a sugestionabilidade e dificultar a falsificação da memória infantil, o que permitirá produzir uma prova idônea e de maior qualidade.

4.1.2 Falsas Memórias e o Ato de Reconhecimento

O reconhecimento de pessoas e coisas, disciplinado nos artigos 226²¹⁰ e seguintes do Código de Processo Penal, tem sido um dos meios de provas mais aceitos e utilizados nas fases pré-processual e processual penal. O reconhecimento consiste no ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, a comparar as duas experiências.²¹¹ Em outras palavras, o reconhecimento “é meio de prova utilizado com a finalidade de

²⁰⁹WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 181.

²¹⁰ Artigo 226 do Código de Processo Penal: “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 a 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 do 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 n. III deste artigo não terá aplicação na fase de instrução criminal ou em plenário de julgamento” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

²¹¹ CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, V.II, p. 106.

obter a identificação de pessoa ou coisa por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado”.²¹² Ao coincidir a recordação empírica com essa nova experiência, levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer, o qual é, por excelência, visual, conforme previsto no Código de Processo Penal.

Reportar-se à questão da memória e de sua falibilidade mostra-se inevitável quando se trata do reconhecimento pessoal realizado principalmente – por ser tema deste estudo - por testemunhas, mas também por vítimas de delitos. A vulnerabilidade do ato de reconhecimento a falhas e equívocos ocasionou, em 1982, nos Estados Unidos, a criação de uma Organização Não Governamental chamada “The Innocence Project”, especializada em pedir indenizações ao Estado americano por condenações de pessoas inocentes:

Durante a administração de Bill Clinton, alguns Estados modificaram a lei seguindo resultados de pesquisas realizadas no campo cognitivo-jurídico. Essas pesquisas apontaram problemas no modo pelo qual era realizado o *lineup*, o procedimento que tenta identificar culpados mediante a exibição de retratos ou pessoas. O típico *lineup* simultâneo (em que a testemunha vê todos os suspeitos ao mesmo tempo) leva à identificação de um dos indivíduos mostrados, ainda que o culpado não esteja entre eles. As falsas identificações chegaram a atingir níveis em torno de 70%.²¹³

O surgimento dos testes de DNA possibilitou determinar, em muitos casos, se o condenado por um crime foi, efetivamente, o responsável por ele. Conforme Loftus:

A investigação realizada sobre crenças e memórias falsas tem despoletado um enorme impacto nos vários domínios do cotidiano. Análises do crescente número de convicções erradas são depois reveladas através da análise do DNA e levam-nos a pensar que a

²¹² LOPES, Mariângela Tomé. O Reconhecimento de Pessoas e Coisas como um Meio de Prova Irrepetível e Urgente. Necessidade de Realização Antecipada. **Boletim IBCCRIM**, ano 19, n. 229, dez. 2011, p. 06.

²¹³ MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005, p. 80.

maior causa desses enganos se deve a desajustes na memória das testemunhas oculares.²¹⁴

Partindo dos estudos realizados por Martinez, Fariña e Fernandez²¹⁵ sobre reconhecimento pessoal, faz-se mister destacar que existem variáveis que modulam a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade dos fatos e a emoção experimentada; o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais; as características físicas do agressor, se mais ou menos marcantes; as condições psíquicas da testemunha ou da vítima (memória, estresse, nervosismo); a natureza do delito, dentre outros, os quais não podem ser desconsiderados.²¹⁶ Com isso, corrobora-se a tese de que a informação percebida e codificada na memória jamais será a cópia exata do que foi visto ou do que ocorreu, uma vez que “a experiência passada, que deixou suas impressões na nossa memória, completa continuamente a nossa experiência presente”.²¹⁷

A memória sofre influência, também, do chamado *Efeito do Foco na Arma*, segundo o qual a arma tem o poder de captar grande parte da atenção do observador, o que resulta, precipuamente, em uma menor capacidade para lembrar outros detalhes do ambiente e do agente e para reconhecê-lo algum tempo depois.²¹⁸ Em síntese, a presença de um instrumento potencialmente lesivo à vida ou à integridade física reduz a percepção da testemunha ou vítima acerca dos detalhes físicos do autor do delito, dificultando, por conseguinte, o seu reconhecimento.

²¹⁴ LOFTUS, Elizabeth. Memórias Fictícias. Trad.: Aristides Isidoro Ferreira. **Lusíada** - Universidade Lusíada de Lisboa, Lisboa, n.3-4, 2006, p. 336.

²¹⁵ MARTINEZ, Santiago Real; FARIÑA, Francisca Rivera; FERNANDEZ, Ramón Arce. Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación. *In: Psicología y Investigación Judicial*. Madrid: Fundación Universidad Empresa, jun. 1997, p. 93.

²¹⁶ Com base no estudo constante da primeira parte deste trabalho, a formação do testemunho depende de fatores associados às condições de percepção, de memória e de depoimento, os quais, indubitavelmente, interferem na precisão ou imprecisão do reconhecimento realizado por testemunhas oculares.

²¹⁷ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Trad.: Fernando de Miranda. 2ª ed. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1945, V.I, p. 23.

²¹⁸ LOFTUS, *op. cit.*, p. 347.

Nas palavras de Lopes Júnior, “o efeito do foco na arma [...] deve ser considerado altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor - vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo”.²¹⁹ Com propriedade, Mazzoni ensina:

No momento em que se testemunha um assalto, o fato não é codificado como se fosse uma cena coerente e completa em si mesma. Codifica-se, sim, o fato de que um assalto está ocorrendo, processo que ativa na memória semântica as informações relativas ao que ocorre normalmente durante um evento desse tipo. Além disso, são codificados elementos dispersos relativos ao lugar, aos objetos e às pessoas, mas nem tudo é registrado, muita coisa se perde. Se houver uma arma, por exemplo, a atenção será concentrada nela e suas características provavelmente serão lembradas de forma clara (no que se conhece como *weapon effect*), em detrimento de outros elementos, sobre os quais a atenção não se detém. Muitas vezes a testemunha sabe recordar perfeitamente a arma do delito, mas não consegue identificar quem a segurava, ainda que o *lineup* seja conduzido de forma correta.²²⁰

Outro fator que altera as informações armazenadas na memória episódica de uma testemunha ocular consiste na expectativa desta em relação ao fato, pois “as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir”.²²¹ Os estereótipos culturais – como cor, classe social e sexo – e preconceitos contidos na memória semântica interferem na percepção, sendo responsáveis por falsas recordações e, conseqüentemente, por reconhecimentos equivocados. Destarte:

Um estereótipo é uma forma de conhecimento, ou melhor, de convicção, estruturada de forma rígida e, portanto, dificilmente modificável, mesmo que sejam apresentadas informações contrárias a ela. [...] Quando há um delito costuma-se deduzir que o infrator seja negro. Suponhamos que uma pessoa branca presencie um assalto e vislumbre o culpado. Se ela compartilhar do preconceito, este será ativado de modo quase automático na memória: no momento em que assistir à cena ou quando tentar recordá-la. O conteúdo do

²¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 674.

²²⁰ MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005, p. 81.

²²¹ LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 674.

preconceito contaminará assim a lembrança que se tem do ladrão. [...] A recordação de um negro no papel de ladrão não é sinal de má-fé ou de confusão mental, mas produto da ativação inconsciente de informações prévias.²²²

Informações posteriores ao fato podem, também, dependendo da suscetibilidade do indivíduo à sugestibilidade, distorcer o conteúdo presente na memória a respeito do evento. Segundo Lopes Júnior, “elementar que a confiabilidade do reconhecimento também deve considerar a pressão policial ou judicial e a inconsciente necessidade das pessoas de corresponder à expectativa criada”.²²³ Citando Loftus, Eysenck e Keane apontam:

Como as informações posteriores ao evento distorcem o relato das testemunhas oculares? De acordo com Loftus, [...] existe a noção da aceitação da informação enganosa: os participantes aceitam a informação enganosa a eles apresentada após um evento e subsequentemente a encaram como se pertencesse a sua memória para esse evento. Há uma tendência maior para aceitar informações posteriores ao evento à medida que aumenta o tempo decorrido desde o momento do evento. Ademais, de acordo com Bartlett, a recuperação envolve um processo de reconstrução, em que todas as informações disponíveis sobre um evento são usadas para reconstruir os detalhes desse evento com base “no que deve ter sido verdade”. Por esta razão, novas informações relevantes a um evento previamente experimentado podem afetar a recordação desse evento. Esses processos de reconstrução podem estar envolvidos em estudos de testemunhas oculares nas informações posteriores ao evento.²²⁴

Oportuno ressaltar que o ato de reconhecimento pessoal conduzido sem a observância das formalidades legais previstas nos incisos I e II do artigo 226 do Código de Processo Penal²²⁵ aumenta a possibilidade de induções, as quais

²²² MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005, p. 81.

²²³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 675.

²²⁴ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. Trad.: Magda França Lopes. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 277.

²²⁵ Artigo 226, incisos I e II, do Código de Processo Penal: “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 a quem tiver de

favorecem a formação de Falsas Memórias e, também, de falsos reconhecimentos. Nesse tocante, Di Gesu sustenta:

Em que pese a legislação processual brasileira fazer menção à “possibilidade” de a pessoa a ser reconhecida ser colocada ao lado de outras que tenham as mesmas características físicas, defendemos a obrigatoriedade do procedimento, tendo em vista se tratar de ato formal. Neste caso, a interpretação da lei deve ser restrita, pois somente desta forma estar-se-á garantindo a observância das regras do jogo e, principalmente, evitando à formação de Falsas Memórias.²²⁶

Dessa forma:

Questão crucial é criar um cenário cujo nível de indução seja o menor possível, daí porque deverá o juiz atentar para a formação de uma roda de reconhecimento com pessoas de características físicas similares. A questão da vestimenta também deverá ser observada pelo juiz, para que não existam contrastes absurdos entre os participantes. Tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país.²²⁷

Outra variável que modula a qualidade da identificação do autor do delito é o *Efeito Compromisso*, que ocorre “quando a pessoa analisa fotografias e elege erroneamente o sujeito, persistindo no erro ao efetivar o reconhecimento pessoal devido à tendência de manter o compromisso anterior, mesmo que com dúvidas”.²²⁸ Nesse caso, Lopes Júnior adverte que “[...] não se deve proceder ao reconhecimento pessoal depois do reconhecimento por fotografias, pois há um risco muito grande de que o agente mantenha o

fazer o reconhecimento a apontá-la [...]” (BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012).

²²⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 132.

²²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 674.

²²⁸ DI GESU, *op. cit.*, p. 132.

compromisso anterior, ainda que tenha dúvidas”.²²⁹ Sobre o reconhecimento fotográfico, Di Gesu aduz:

O reconhecimento fotográfico constitui-se em uma diligência policial de uso frequente, diante da carência de suficientes dados identificadores, através da qual se procura orientar o início da investigação mediante a apresentação de arquivos ou álbuns de pessoas “fichadas”. O ideal seria que o reconhecedor descrevesse a pessoa a ser reconhecida, nos termos do inciso I do artigo 226 do Código de Processo Penal. Ocorre que na fase pré-processual, comumente são apresentadas fotografias dos supostos imputados às vítimas, como um ato preparatório do reconhecimento pessoal. Se, por algum motivo o ofendido ou a testemunha não conseguiu, no momento da prática delituosa, captar a imagem do suspeito – devido ao efeito “foco na arma”; porque ele estava com o rosto encoberto, por toca ou capacete; ou porque não obteve contato direto com aquele envolvido, dentre outras diversas moduladoras que concorrem para piorar a qualidade da identificação [...] – poderá fixar na memória a fotografia anteriormente vista, sendo induzido a posterior reconhecimento pessoal.²³⁰

Em suma:

Devemos asseverar que o reconhecimento pessoal muito mais que um “ato processual” é um “complexo ato psicobiológico”, chamado de processo mnemônico, o qual se dá na seguinte ordem: aquisição à retenção à recordação. Vários são os fatores responsáveis pela deterioração da lembrança, sendo que os dois principais são: 1) o intervalo até a retenção (a diminuição da precisão da lembrança se deve ao esquecimento normal, o qual é mais rápido após a aquisição e antes da retenção, tornando-se mais lento em seguida) e 2) as informações obtidas após o ocorrido (durante o intervalo entre a aquisição e a retenção, ou mesmo após a retenção, a testemunha está exposta a novas informações sobre o acontecimento presenciado, por exemplo, por comentários posteriores de outras testemunhas, os quais criarão problemas para distinguir entre a informação original e a incorporada posteriormente). Quanto ao primeiro fator de deterioração da lembrança não há muito a que discorrer, aplicando-se tão somente uma regra aritmética para a qual a relação entre o tempo e a lembrança são inversamente proporcionais, ou seja, quanto maior o tempo transcorrido entre o fato e o momento da recuperação desta informação na memória, menor e pior será a lembrança. No tocante à contaminação da memória por informações externas, devemos afirmar que frequentemente a informação posterior ao evento, recebida pela testemunha ou pela

²²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 675.

²³⁰ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130-131.

vítima, lhes é proporcionada durante a tomada da declaração pelo sujeito (policia) que está incumbido da investigação e, ainda que inconscientemente, ele conduz o depoimento na direção que melhor condizer com seu preconceito sobre o deslinde dos fatos. Assim, as perguntas que obedeçam a determinados interesses parciais, baseadas em premissas falsas e em expectativas do entrevistador, podem distorcer, seriamente, a lembrança dos fatos, por uma testemunha.²³¹

Por resultar da junção entre atos processuais e psicobiológicos, o reconhecimento pessoal consiste em um meio de prova irrepitível, pois não pode ser reproduzido em condição idêntica, tendo em vista a interferência de inúmeros fatores no processo mnemônico da pessoa chamada a reconhecer o imputado. Diante da falibilidade da memória humana, tais influências – principalmente as externas e indutivas – podem, indubitavelmente, conduzir a identificações equivocadas, “conferindo ao reconhecimento um valor probatório de escassa consistência”.²³²

4.2 TÉCNICAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Apesar de existirem diversos estudos a respeito do valor probatório e da fragilidade dos depoimentos, poucos ofereceram sugestões efetivas de como testemunhas e vítimas devem ser ouvidas. Não há, de fato, uma preocupação por parte dos profissionais encarregados da investigação preliminar e da instrução processual acerca da Psicologia do Testemunho. No entanto, “de nada adianta uma boa aquisição e retenção da memória se houver falha justamente no terceiro momento, isto é, na recuperação da lembrança”.²³³

De acordo com a abordagem realizada até então, sabe-se que recai sobre testemunha e vítima, durante o depoimento ou reconhecimento do autor

²³¹ DOMINGUES, Alexandre de Sá. REZENDE, Rodrigo de Souza. A fragilidade do reconhecimento pessoal como única prova para a condenação penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, mai. 2010, p. 11.

²³² LOPES, Mariângela Tomé. O Reconhecimento de Pessoas e Coisas como um Meio de Prova Irrepitível e Urgente. Necessidade de Realização Antecipada. **Boletim IBCCRIM**, ano 19, n. 229, dez. 2011, p. 06.

²³³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 168.

do delito, uma sobrecarga cognitiva e emocional, razão pela qual esse momento “pode ser entendido como um teste de memória para o evento em questão”.²³⁴ Sendo assim, o uso de técnicas inadequadas para a coleta das informações armazenadas na memória pode resultar em um depoimento ou reconhecimento baseado em falsas lembranças. Nesse sentido:

Levando-se em conta que o desenvolvimento de Falsas Memórias, na maioria das vezes, depende de um estímulo externo – indução por uma determinada pessoa [...] -, o estudo sobre o modo como deve ser realizada a oitiva de uma testemunha ou vítima é de fundamental importância, pois serve como medida de redução de danos, diante da impossibilidade de solução do problema. Através do uso de determinadas técnicas é que se identificará em que momento poderá haver uma “brecha” à formação de Falsas Memórias ou risco de contaminação da resposta por induzimento da pergunta.²³⁵

Em virtude disso, o papel do entrevistador investigativo - encarregado de obter o relato ou de conduzir o ato de reconhecimento do autor do delito - é crucial, pois ele precisará engajar a testemunha ou a vítima em um contexto de busca por informações precisas, lançando mão, para tanto, de estratégias e técnicas apropriadas.

4.2.1 Reconhecimento Pessoal Sequencial

Existem duas formas de reconhecimento pessoal: o simultâneo e o sequencial. O Código de Processo Penal, como visto, optou pelo sistema simultâneo, em que todos os indivíduos são mostrados ao mesmo tempo à testemunha ou vítima, a qual decide com base na comparação e na avaliação sobre qual deles mais se assemelha ao autor do fato. No entanto, segundo

²³⁴ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lillian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 209.

²³⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 167.

Eysenck e Keane, o reconhecimento pessoal simultâneo é demasiadamente sugestivo:

A identificação por testemunhas oculares a partir dos desfiles ou fileiras de identificação é, em geral, muito falível. Valentine e seus colaboradores estudaram as evidências de 640 testemunhas oculares que tentaram identificar suspeitos em 314 *line-ups* (enfileiramento de suspeitos para serem identificados) reais. Cerca de 20% das testemunhas identificaram um não suspeito, 40% identificaram o suspeito e 40% falharam em fazer a identificação. Uma das razões mais importantes para a identificação inaccurada da testemunha ocular é que somos, com frequência, surpreendentemente deficientes no reconhecimento de rostos não familiares.²³⁶

Para Lopes Júnior, o reconhecimento sequencial é aquele em que “os suspeitos são apresentados um de cada vez e, para cada um, é solicitado à testemunha ou vítima que, antes de ver o próximo suspeito, responda se foi esse o autor do fato ou não”.²³⁷ Assim, no reconhecimento sequencial “a testemunha faz um julgamento absoluto, comparando cada membro do reconhecimento com a sua própria memória do culpado”,²³⁸ o que reduz a sugestibilidade, aumenta a confiabilidade e qualifica o ato.

Estudos recentes comprovam também que avisar os depoentes de que o suspeito pode não estar presente no ato de reconhecimento reduz as chances de identificação equivocada. Com efeito:

Deve-se agregar, ainda, as variações de reconhecimento “com suspeito presente” e “sem suspeito presente”, ou seja, deve-se permitir que o reconhecimento seja feito (de forma simultânea ou sequencial) apenas com distratores (pessoas que sabidamente não são autoras do crime). O reconhecimento apenas com distratores (sem autor presente) evidencia como o sistema brasileiro atual é viciado, pois tanto vítimas como testemunhas sabem que somente se procede ao reconhecimento quando existe um suspeito. Essa pré-

²³⁶ EYSENCK, Michael W.; KEANE, Mark T. **Manual de Psicologia Cognitiva**. Trad.: Magda França Lopes. 5ª ed. Porto Alegre: Artmed, 2007, p. 279.

²³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 676.

²³⁸ WILLIAMS, Anna Virginia. **Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares**. 2003. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 37.

compreensão atua de forma indutiva, encerrando graves índices de erro.²³⁹

Cabe, portanto, incorporar ao ato de reconhecimento pessoal a simples advertência, no sentido de que não necessariamente o autor do delito estará presente no grupo de pessoas apresentado à vítima ou à testemunha. Com isso, “reduz-se a margem de erros de um reconhecimento feito a partir da pré-compreensão (e indução, ainda que endógena) de que o suspeito está presente”.²⁴⁰ Nesse contexto, Williams propõe a adoção de um teste de confiabilidade da testemunha ou da vítima, cuja metodologia pode ser expressa nos seguintes termos:

Apresentar, primeiramente, um reconhecimento somente com a presença de suspeitos distratores, contudo, não é dito a ela que será apresentado mais um grupo de suspeitos. Caso a testemunha faça alguma identificação nesse reconhecimento, então ela pode ser descartada, e, caso a testemunha não faça nenhuma identificação no primeiro reconhecimento, então pode ser dada continuidade ao procedimento, apresentando o segundo reconhecimento com a presença do suspeito alvo. Dados indicam que testemunhas que não fazem identificações no primeiro reconhecimento são muito mais confiáveis.²⁴¹

Ademais, a forma de conduzir o reconhecimento pode estimular a produção de Falsas Memórias, razão pela qual se sugere que, nas identificações feitas na fase policial, o agente responsável pelo ato do reconhecimento não integre o grupo de pessoas que realiza a investigação. Pretende-se, com isso, criar condições para que a vítima ou a testemunha sofra o menor nível de indução possível.²⁴²

Quanto ao reconhecimento pessoal feito por crianças, Williams afirma:

²³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 677.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 676.

²⁴¹ WILLIAMS, Anna Virginia. **Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares**. 2003. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 42.

²⁴² LOPES JÚNIOR, *op. cit.*, p. 678.

A performance do testemunho de crianças muito pequenas e longevos é pior do que o testemunho de adultos jovens. Quando o culpado está presente no reconhecimento, o testemunho de crianças é quase tão bom quanto o de adultos jovens. Contudo, quando o culpado está ausente no reconhecimento, crianças têm taxas de falsa identificação mais altas do que os adultos jovens.²⁴³

Por fim, é preciso lembrar que “ao mesmo tempo em que se busca reduzir os danos processuais das Falsas Memórias na prova testemunhal e no reconhecimento pessoal, há que se restringir a publicidade abusiva”,²⁴⁴ tendo em vista que a mídia, com a exposição prévia de fotografias e imagens do suspeito, pode contaminar o valor probatório do reconhecimento e induzir a uma identificação errônea.

4.2.2 Entrevista Cognitiva

4.2.2.1 Considerações Iniciais

Partindo dos conhecimentos assentados pela Psicologia Cognitiva e Social, Fisher e Geiselman estruturaram uma nova técnica de inquirição denominada Entrevista Cognitiva, a qual pode ser utilizada por qualquer entrevistador (médico, psiquiatra, advogado, juiz, etc.). Originalmente desenvolvida em 1984, a Entrevista Cognitiva consiste em uma técnica de inquirição com vistas a maximizar a quantidade e a precisão das informações colhidas de testemunhas ou vítimas de crimes. Assim:

A entrevista cognitiva surgiu como resposta à necessidade de melhorar a recordação (evocação) das testemunhas, centrada,

²⁴³ WILLIAMS, Anna Virginia. **Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos:** avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares. 2003. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 44.

²⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional.** 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I, p. 678.

naturalmente, em aspectos que possam promover a recuperação mnésica. [...] Trata-se de uma entrevista não diretiva a qual está subjacente uma estratégia geral de maximização dos resultados possibilitados por técnicas individuais. Tal estratégia consiste em guiar a testemunha ocular de modo que a recuperação se baseie em códigos mnésicos mais ricos em informação relevante e também tornar mais fácil a comunicação, uma vez ativados esses códigos.²⁴⁵

Segundo Feix e Pergher, “a Entrevista Cognitiva enfoca fortemente técnicas de comunicação e dinâmica social, além de outras [...], e é um procedimento em que os componentes cognitivos e de comunicação operam conjuntamente”.²⁴⁶ No que tange à relação interpessoal ou dinâmica entre entrevistador e entrevistado (testemunha ou vítima), a Entrevista em análise parte da premissa de que os recursos necessários ao processamento da informação são limitados e de que um evento pode ser codificado de acordo com múltiplos códigos mentais, sendo tal codificação idiossincrática. Ainda quanto à relação interpessoal entre os referidos sujeitos, valoriza-se o fato de que a testemunha possui um conhecimento a respeito do evento que o entrevistador não tem e, por esse motivo, ele deve inteirar-se da informação que, sob o ponto de vista forense, se mostra relevante, usando para tanto diversas competências relacionais. Relativamente à comunicação, a técnica ressalta a importância de oferecer condições favoráveis ao entrevistado para que se obtenham dados exatos e completos.²⁴⁷

Em que pese a Entrevista Cognitiva ter como escopo lidar com as falhas de memória da testemunha, as possíveis distorções mnemônicas do entrevistador também devem ser consideradas. Por essa razão, todo o procedimento deve ser registrado em áudio e vídeo, permitindo o acesso de profissionais envolvidos na investigação à literalidade do depoimento.

Estudos realizados por especialistas forenses atestam que a Entrevista Cognitiva é mais eficaz na produção de informações juridicamente relevantes

²⁴⁵ PINHO, Maria Salomé. A entrevista cognitiva em análise. *In*: FONSECA, António Castro; SIMÕES, Maria da Conceição Taborda; PINHO, Maria Salomé. **Psicologia Forense**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 259-261.

²⁴⁶ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lillian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 211.

²⁴⁷ PINHO, *op. cit.*, p. 260.

com alto grau de precisão, em comparação com outras formas de inquirição.²⁴⁸ No entanto, cabe ressaltar “que a Entrevista Cognitiva não é a única técnica de coleta de testemunho disponível [...], porém, estudos experimentais [...] vêm demonstrando sua considerável vantagem, principalmente com adultos”.²⁴⁹ Adverte-se, porém, que a inquirição através da técnica em análise deve ser realizada no momento subsequente - o mais próximo possível - à ocorrência do fato, a fim de evitar o esquecimento e as distorções mnemônicas.

4.2.2.2 Dinâmica da Entrevista Cognitiva

De acordo com a dinâmica apresentada por Feix e Pergher,²⁵⁰ a Entrevista Cognitiva envolve uma abordagem estruturada em torno de cinco etapas: construção do *rapport*, recriação do contexto original, narrativa livre, questionamento e fechamento. Sendo assim:

A dinâmica da Entrevista Cognitiva partiu do pressuposto de que as testemunhas geralmente prestam depoimentos sucintos. Sabendo da importância dos detalhes em um relato com implicações jurídicas, os pesquisadores desenvolveram a técnica que iniciou com a observação dos problemas típicos que ocorre quando os policiais realizam interrogatórios. Muitas vezes os interrogadores impedem as testemunhas de falar, mesmo sabendo que são elas que detêm as informações mais importantes. Para obter informações mais relevantes, a entrevista cognitiva segue uma estrutura onde o efetivo treinamento do entrevistador é, sem dúvidas, fundamental. É importante a utilização de diferentes técnicas que façam a testemunha recordar. Sugestões feitas por centenas de experimentos mostram a importância que os nossos sentidos, como a visão, o olfato, a audição, o tato têm como chaves para as portas que

²⁴⁸ Nesse ponto, cabe ressaltar: “Apesar das amplas possibilidades de aplicação da Entrevista Cognitiva ela é contraindicada em entrevistas investigativas com suspeitos. Essa contraindicação está relacionada às distintas naturezas entre as entrevistas com vítimas e testemunhas e as entrevistas com suspeitos. Via de regra, ao se entrevistar um suspeito, este tende a ser pouco colaborativo, o que prejudica o uso das técnicas da Entrevista Cognitiva. Logo, a entrevista com suspeitos requer o uso de técnicas especificamente voltadas para essa população” (FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al.. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 212).

²⁴⁹ *Ibid.*, p. 209.

²⁵⁰ *Ibid.*, p. 212.

permitem a recuperação de lembranças que estão de alguma forma armazenadas na memória.²⁵¹

A primeira etapa da Entrevista Cognitiva consiste na construção do *rapport*. Inicialmente, o entrevistador deve fazer uso de suas habilidades de comunicação e de interação social com o objetivo de criar uma atmosfera psicológica favorável e um ambiente acolhedor, favorável, portanto, ao relato minucioso da testemunha ou vítima.²⁵² Na lição de Feix e Pergher:

Para que se estabeleça um ambiente emocional adequado, o entrevistador utiliza-se do princípio da sincronia, [...] segundo o qual, em uma relação interpessoal, as pessoas tendem a agir de maneira semelhante ao seu interlocutor. Portanto, quando uma testemunha que está ansiosa interage com um entrevistador que ofereça postura de suporte, tranquilizadora e segura, esta tenderá a comportar-se de forma semelhante. [...] É recomendado iniciar o *rapport* com um agradecimento pela participação da testemunha, o que transmite a mensagem de que sua presença é importante. Além do agradecimento, o entrevistador deve iniciar com perguntas sobre assuntos neutros, sem relação com o evento em questão.²⁵³

O *rapport*, além de facilitar a construção de um ambiente psicologicamente agradável, permite que o entrevistador conheça o nível cognitivo e de desenvolvimento da linguagem do depoente, possibilitando, conseqüentemente, o ajuste da sua fala àquela utilizada pelo entrevistado. A maneira como é conduzido o diálogo inicial determina o ritmo do restante da Entrevista, razão pela qual o entrevistador não deve interromper o relato do entrevistado, pois isso prejudica o acesso às informações armazenadas na memória e interrompe a fluidez do depoimento. Ademais, faz-se mister explicar sobre o funcionamento da Entrevista Cognitiva e fornecer ao entrevistado

²⁵¹ NYGAARD, Maria Lúcia Campani. **Depoimentos Testemunhais: A Memória em Julgamento**. 2003. 130 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 59.

²⁵² Para que se crie um ambiente acolhedor, Nygaard sustenta que o ideal é fazer perguntas triviais que exijam respostas mais longas do que um “sim” ou um “não”. Por isso, recomenda-se o uso de perguntas abertas (por exemplo, fazer a pessoa falar sobre seus filhos, seu trabalho, seu automóvel, etc.) (*Ibid.*, p. 60).

²⁵³ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 213-214.

instruções básicas, a fim de que este conte tudo o que conseguir lembrar.

Deste modo:

A primeira dessas instruções refere-se a uma abordagem das possíveis crenças distorcidas da testemunha [...]. Os estudos da Psicologia Social indicam que o entrevistador exerce papel de autoridade e a testemunha, principalmente se for criança, pode confundir essa autoridade com onisciência. [...] Esse fenômeno é conhecido como efeito do *status* do entrevistador. Tendo em vista esse efeito, faz parte do protocolo da Entrevista Cognitiva que o entrevistador esclareça que ele não presenciou o evento em questão, portanto, não pode saber o que aconteceu. [...] Em outras palavras, a testemunha é estimulada a exercer um papel ativo na entrevista, e esse processo é chamado de *transferência do controle*. [...] A *transferência do controle* envolve a explicitação de que o entrevistador não tem a expectativa de que o entrevistado tenha as respostas para todas as suas perguntas. O entrevistador, portanto, comunica que a testemunha não precisa tentar fazer qualquer tipo de adivinhação, pois não haverá problema nenhum em dizer que não sabe responder ou não se lembra. [...] Outra instrução fornecida ao entrevistado é a de que ele tem o direito (e o dever) de dizer “não entendi” diante de questões de difícil compreensão. Nessa mesma linha, é requerido à testemunha que corrija o entrevistador, caso este fale algo que esteja em desacordo com seu relato. [...] Da mesma forma, é solicitado que (o entrevistado) relate quaisquer fragmentos de memória que possuir. Esse relato de detalhes parciais tem um duplo benefício: além de fornecer informações parciais que podem ser relevantes para investigação quando cruzadas com outras, o simples fato da testemunha acessar um fragmento da memória pode funcionar como uma pista para o acesso a outras lembranças.²⁵⁴

A segunda etapa da Entrevista Cognitiva consiste na recriação do contexto original, a qual tem sido indicada como a “estratégia mais poderosa para maximizar a quantidade de informações relatadas pela testemunha”.²⁵⁵⁻²⁵⁶

O entrevistador, nesse momento, concede ao entrevistado instruções referentes à recriação do contexto de forma lenta e pausada, utilizando todos os sentidos possíveis (visuais, auditivos, táteis, olfativos e gustativos), o que auxilia na recordação do maior número de informações acerca do fato

²⁵⁴ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 215.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 217.

²⁵⁶ Contudo, a implementação da recriação do contexto original mostra-se mais difícil quando o entrevistado – testemunha ou vítima – é criança, já que os procedimentos atinentes à técnica demandam grande empenho cognitivo.

investigado. Trata-se de fazer com que a testemunha forme uma imagem mental do acontecido.

Na terceira etapa da Entrevista Cognitiva o entrevistado contará o que sabe sobre o evento, construindo uma narrativa livre, por meio da qual “a testemunha tem a liberdade para contar, da sua maneira, todas as informações que puder acessar na memória, sem interrupções do entrevistador”. Quaisquer perguntas ou esclarecimentos devem ser reservados para um momento posterior da entrevista. Além disso, é fundamental que o entrevistador permaneça em silêncio quando o entrevistado fizer pausas durante o relato.

Na fase de questionamento, quarta etapa da Entrevista Cognitiva, o entrevistador fará perguntas baseadas nas informações trazidas no relato livre com vistas a aumentar a coleta de dados:

O entrevistador inicia o questionamento agradecendo pela quantidade de informações relatadas, bem como pelo esforço até o momento [...]. Antes de fazer qualquer pergunta, antecipa que haverá uma nova etapa, na qual ele fará perguntas sobre alguns pontos, de modo a compreender melhor o que ocorreu na situação em questão. [...] Além disso, reforça que a testemunha pode dizer “não sei” ou “não entendi” [...]. Ao fazer as perguntas, o entrevistador deve estar especialmente atento ao chamado “questionamento compatível com a testemunha”, [...] baseado no princípio de que cada testemunha possui uma representação mental única do evento. Logo, as perguntas devem ser formuladas a partir do relato que o entrevistado deu sobre o fato, e não com base em protocolos pré-estabelecidos.²⁵⁷

De acordo com Nygaard:

As perguntas devem ser compatíveis com o relato livre anterior e objetivam fazer com que a testemunha foque e descreva uma imagem detalhada, como, por exemplo, o rosto do suspeito. [...] O ideal é fazer perguntas abertas cujas respostas se alicercem na narrativa do entrevistado. Por limitar a quantidade de informações que o entrevistado traz, as perguntas fechadas, que propiciam respostas curtas e definidas, devem ser evitadas, porém, podem ser

²⁵⁷ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lillian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 219.

úteis desde que venham a verificar uma informação específica trazida por uma descrição. [...] A sequência de perguntas deve sempre estar de acordo com o processo de recuperação da lembrança. [...] Uma receita para interrogar com sucesso é apresentar as perguntas em uma ordem que diminua o número de vezes que a testemunha precise ativar a representação mental. As perguntas devem ser compatíveis com a mesma figura mental e, somente após ter sido explorado todo o conteúdo dessa figura, é que perguntas sobre uma figura diferente podem começar a ser feitas.²⁵⁸

O questionamento por meio de perguntas abertas e compatíveis com o entrevistado suscita a cautela que o entrevistador deve ter no que concerne à sugestionabilidade. Nesse sentido, deve evitar introduzir em suas indagações elementos não reportados pelo entrevistado, pois tal atitude aumenta as chances de produção de distorções nas lembranças do depoente sobre o fato e, conseqüentemente, facilita a formação de Falsas Memórias.

A última etapa da Entrevista Cognitiva inclui a síntese dos dados levantados e o fechamento do procedimento. Antes de iniciar o resumo das informações, recomenda-se que o entrevistado seja instruído a interromper o entrevistador caso identifique quaisquer distorções no resumo ou recorde de detalhes não relatados anteriormente. Ao final, mostra-se imprescindível que o entrevistador estenda a vida funcional da entrevista, ou seja, que “deixe aberto um canal de comunicação com o entrevistado (por exemplo, números de contato) no caso de ele lembrar-se de detalhes não relatados durante a entrevista”.²⁵⁹ Enfim:

Como todo procedimento, (a Entrevista Cognitiva) apresenta vantagens e inconvenientes. Entre as vantagens estão a aquisição de informações muito mais ricas, havendo minimização dos riscos de uma possível indução das respostas pelo entrevistador e, conseqüentemente, a produção de uma prova oral com maior qualidade. Dentre os inconvenientes destacam-se o custo temporal e a complexidade, pois a aplicação da técnica, além de requerer um lapso temporal maior do que o comum, necessita o treinamento dos

²⁵⁸ NYGAARD, Maria Lúcia Campani. **Depoimentos Testemunhais: A Memória em Julgamento**. 2003. 130 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003, p. 64.

²⁵⁹ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 222.

entrevistadores. [...] Entretanto, nessa relação de custo/benefício, acreditamos serem os benefícios muito maiores, considerando ser a prova oral um dos principais meios utilizados no processo penal brasileiro. Se a prova técnica (perícia) não tem muita qualidade, pelo menos que se tente obtê-la na prova testemunhal, através da entrevista cognitiva.²⁶⁰

A Entrevista Cognitiva proporciona informações mais fidedignas a respeito do fato investigado, diminuindo os riscos de formação das Falsas Memórias. Outrossim, “é uma poderosa ferramenta para minimizar um problema muito comum em situações de investigação e julgamento de casos contra a lei: a revitimização daqueles que prestam depoimentos”.²⁶¹

Sendo assim, a técnica reduz as chances de sugestibilidade por parte dos entrevistadores, uma vez que eles são treinados no sentido de evitarem o uso de perguntas fechadas e de intervirem de maneira potencialmente tendenciosa durante a colheita do depoimento de testemunhas ou vítimas. Ademais, evita a exposição reiterada da pessoa às lembranças que lhe causam sofrimento, respeitando as condições cognitivas e psicológicas do depoente. Portanto, reduzindo-se a quantidade de entrevistas repetidas, minimiza-se a influência da sugestibilidade, o que, por sua vez, diminui significativamente o nível de falsificação da memória, permitindo a produção de uma prova testemunhal de qualidade.

²⁶⁰ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 171.

²⁶¹ FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 223.

5 CONCLUSÃO

A prova testemunhal destina-se a trazer ao processo dados de conhecimento que resultam da capacidade de percepção, de armazenamento e de recordação daquele que é chamado a depor. No entanto, a experiência forense tem demonstrado sua suscetibilidade a inúmeras falhas, o que confirma os resultados de estudos desenvolvidos no âmbito da Psicologia Cognitiva e do Testemunho acerca da falibilidade da memória humana, atestando que qualquer pessoa pode cometer equívocos ao recordar um fato presenciado.

A lembrança de um evento traumático, as lacunas da memória e a indução são requisitos imprescindíveis para a constatação das Falsas Memórias, suscetibilidade mnemônica que permite afirmar ser possível lembrar-nos de fatos que nunca aconteceram, devido a um processo interno de distorção ou, mais comumente, a uma informação falsamente sugerida. Sendo assim, a falsificação da memória pode macular totalmente a confiabilidade da prova testemunhal, razão pela qual não há como o processo penal ignorar a realidade posta em questão.

Diante da impossibilidade de solucionar a problemática da falsificação da lembrança, diversas pesquisas têm demonstrado ser possível prevenir inexatidões nos depoimentos através da utilização de determinados procedimentos de identificação e de inquirição, os quais têm por escopo reduzir a formação de Falsas Memórias, minimizar os danos dela decorrentes e, conseqüentemente, conferir maior exatidão à prova colhida. Fez-se o destaque, neste trabalho, das técnicas do Reconhecimento Pessoal Sequencial e, principalmente, da Entrevista Cognitiva.

Sendo o depoimento testemunhal o principal meio de prova do processo penal e tendo ele o escopo de reconstruir, de forma aproximada, no presente, um fato ocorrido no passado, havendo sua contaminação por Falsas Memórias, o próprio processo penal estará comprometido. A preocupação foi, pois, a de

introduzir uma reflexão crítica sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro diante da possibilidade de falsificação da memória. Com isso, não se pretende desacreditá-la, mas sim demonstrar que, dependendo do contexto, ela não é suficiente, por si só, para afastar a presunção de inocência.

REFERÊNCIAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier. **A Prova Testemunhal no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1987.

ALTAVILA, Jayme. **A Testemunha na História e no Direito**. São Paulo: Melhoramentos, 1967.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 2ª ed. Trad.: Fernando de Miranda. São Paulo: Livraria Acadêmica Saraiva Editores, 1946, V.I.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo Penal Esquematizado**. 3ª ed. São Paulo: Método, 2011.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. “Falsas” Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha. *In*: SEMANA DE EXTENSÃO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO, 2010, Porto Alegre. **Anais da V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 84-93.

BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.

BARBOSA, Cláudia. **Estudo Experimental sobre Emoção e Falsas Memórias**. 2002. 190f. Dissertação (Mestrado em Psicologia) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2002.

BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, 1959, V.I.

BERGSON, Henri. **Matéria e Memória**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

BUCHILI, Beatriz da Consolação Mateus. Meios e fontes de prova no processo de conhecimento: prova testemunhal, documental, pericial, atípica ou inominada. *In*: KNIJNIK, Danilo (Coord.). **Prova Judiciária: estudos sobre o novo direito probatório**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 51-68.

BRAINERD, Charles J. Prefácio. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et.al.* **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 13 -18.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Código Penal Brasileiro**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRUST, Priscila Goergen; *et.al.* Procedimentos Experimentais na Investigação das Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.* **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 42-68.

CANTARINO, João Marcos Ferreira; PEREIRA, Danilo Assis. Memória: da filosofia à neurociência. **Revista Universitas Ciências da Saúde**, ano 2, n. 2, dez. 2007, p. 180-193.

CARDOSO, Luciane. **Prova testemunhal**: Uma abordagem hermenêutica. São Paulo: LTR, 2001.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do processo penal**. Trad.: José Antonio Cardinalli. Brasil: Conan, 1995.

CARVALHO, Salo de. Criminologia e Transdisciplinariedade. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema Penal e Violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CORDERO, Franco. **Procedimiento Penal**. Trad.: Jorge Guerrero. Bogotá: Temis, 2000, V.II.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.

DIGES, M. **Los falsos recuerdos, sugestion y memoria**. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1997.

DOMINGUES, Alexandre de Sá. REZENDE, Rodrigo de Souza. A fragilidade do reconhecimento pessoal como única prova para a condenação penal. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 17, n. 210, mai./2010, p.11-12.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.

EISENKRAEMER, Raquel Eloísa. O lado sombrio do conhecimento prévio: a construção de falsas memórias a partir da leitura. *In: CONGRESSO DE LINGUÍSTICA E COGNIÇÃO, 5.*, 2008. **Anais do V Congresso Linguística e Cognição**. Porto Alegre: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009, p. 120-142.

EYSENCK, Michael; KEANE, Mark. **Manual de Psicologia Cognitiva**. 5ª ed. Trad.: Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 2007.

FAYET JR., Ney. Prova Criminal: O Testemunho Infantil. **Revista FEMARGS**, n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista02_fayet.html#nota27> . Acesso em: 13 jul. 2012.

FAZZALARI, Elio. **Instituições de Direito Processual**. Campinas: Bookseller, 2006.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em Julgamento: Técnicas de Entrevista para Minimizar as Falsas Memórias. *In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al.. Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 209-227.

FERNÁNDEZ, A.; DÍEZ, E. Memoria y Distorsión. *In: CABALO, A. S.; BEATO, M. S. Psicología de la Memoria: Ámbitos Aplicados*. Madrid: Alianza, 2001.
LOFTUS, Elizabeth. Memórias Fictícias. Trad.: Aristides Isidoro Ferreira. **Lusíada - Universidade Lusíada de Lisboa**, Lisboa, n. 3-4, 2006, p. 330-345.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón: Teoría del Garantismo Penal**. Madrid: Trota, 1997.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **O crime de falso testemunho ou falsa perícia**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FUSTER, J. Arquitetura da rede. **Revista Viver Mente e Cérebro: Edição Especial**, São Paulo, n. 2, 2006, p. 20-28.

GAUER, Ruth Maria Chittó. Prefácio: inovação e interdisciplinaridade. *In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Org.). Criminologia e sistemas jurídico-penais contemporâneos*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008, p. 10-22.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais: Lei 9.099/95**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

_____. Aproximação à garantia da motivação das decisões criminais: aspectos jurisprudenciais. **Revista Ibero-Americana de Ciências Penais**, ano 6, n.11, jan./jun. 2005, p. 69-96.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal. *In*: GIACOMOLLI, Nereu José; MAYA, André Machado (Orgs.). **Processo Penal Contemporâneo**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010, p. 13-20.

_____. As Falsas Memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no Processo Penal. *In*: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 17., 2008, Brasília. **Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI**. Brasília, 2008.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Problemas Jurídicos y Políticos del Proceso Penal**. Barcelona: Bosch, 1935.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **O Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GONÇALVES PLÍNIO, Aroldo. **Técnica Processual e Teoria do Processo**. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

GLEITMAN, Henry; FRIDLUND, Alan J.; REISBERG, Daniel. **Psicologia**. 6ª ed. Lisboa: FCG, 2003.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As Nulidades do Processo Penal**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

HACKING, Ian. **Múltipla personalidade e as ciências da memória**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1995/2000.

HUNGRIA, Néelson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, [1958-1959], V.9.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

KIHLSTROM, J.F. **Exhumed Memory**. New York: Guilford, 1998.

KNIJNIK, Danilo. **A prova nos juízos cível, penal e tributário**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 2, n. 162, jul. 2006, p. 90-95.

LOFTUS, Elizabeth. Criando Falsas Memórias. **Revista Scientific American**, ano 3, n. 277, set. 1997, p. 70-74.

LOPES, Mariângela Tomé. O Reconhecimento de Pessoas e Coisas como um Meio de Prova Irrepetível e Urgente. Necessidade de Realização Antecipada. **Boletim IBCCRIM**, ano 19, n. 229, dez. 2011, p. 06-07.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. 8ª ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, V.I.

MALATESTA, Nicola Framarino Dei. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Trad.: Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 2004.

MANZINI, Vincenzo. **Tratado de Derecho Procesual Penal**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, V.III.

MARTINEZ, Santiago Real; FARIÑA, Francisca Rivera; FERNANDEZ, Ramón Arce. Reconocimiento de personas mediante ruedas de identificación. *In: Psicología y Investigación Judicial*. Madrid: Fundación Universidad Empresa, jun. 1997, p. 93-107.

MATLIN, Margaret W. **Psicologia Cognitiva**. 5ª ed. Trad.: Stella Machado. Rio de Janeiro: LTC Editora, 2003.

MAZZONI, Giuliana. Crimes, testemunhos e falsas recordações. **Revista Viver Mente & Cérebro**, São Paulo, ano 1, n.149, jun. 2005, p. 78-84.

MIRABETE, Júlio Fabbrini; FABBRINI, Renato. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 26ª ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Código de Processo Penal Interpretado**. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MIRA Y LOPEZ, Emílio. **Manual de Psicologia Jurídica**. Trad.: Elso Arruda. São Paulo: Mestre Jou, 1967.

MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. **Tratado da Prova em Matéria Criminal**. São Paulo: Bookseller, 1997.

MUNSTERBERG, Hugo. **On the witness stand: Essay on psychology and crime**. Nova York: Clark, Boardman, Doubleday, 1908.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o Fenômeno das Falsas Memórias. *In: STEIN, Lilian Milnitsky; et. al.. Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 21-41.

NEUFELD, Carmem Beatriz; STEIN, Lílian Milnitsky. Compreensão da Memória segundo diferentes perspectivas teóricas. **Revista de Estudos de Psicologia**, ano 2, n.18, 2001, p. 50-63.

_____. Falsas Memórias: Por que lembramos de coisas que não aconteceram? **Revista Arq. Ciênc. Saúde Unipar**, ano 5, n. 2, mai./ago. 2001, p. 180-190.

NORONHA, Magalhães. **Direito Penal**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995, V.4.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

NYGAARD, Maria Lúcia Campani. **Depoimentos Testemunhais: A Memória em Julgamento**. 2003. 130 f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.

PINHO, Maria Salomé. A entrevista cognitiva em análise. *In*: FONSECA, António Castro; SIMÕES, Maria da Conceição Taborda; PINHO, Maria Salomé. **Psicologia Forense**. Coimbra: Almedina, 2006, p. 259-278.

PISA, Osnilda. **Psicologia do Testemunho: Os riscos na Inquirição de Crianças**. 2006. 673f. Dissertação (Mestrado em Psicologia Social e da Personalidade). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2006.

PONTE, Priscila Fernandes Miranda Botelho da. Prova testemunhal, falsas memórias e a sugestionabilidade interrogativa. *In*: LIMA, Joel Corrêa de; CASARA, Rubens R. R. **Temas para uma Perspectiva Crítica do Direito: Homenagem ao Professor Geraldo Prado**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 831-851.

QUECUTY, Maria Luisa Alonso. Psicología y Testimonio. *In*: **Fundamentos de la psicología jurídica**. Madrid: Psicología Piramide, 1998, p. 170-180.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 200705004426. Apelante: A. M. Apelado: Ministério Público do Estado. Relator: Des. Geraldo Prado. Rio de Janeiro, 29 nov. 2007. Disponível em: <http://www.geraldoprado.com.br/arq/acordao/roubo_majorado_falsasmem.pdf>. Acesso em: 10 set. 2012.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70020430146. Apelante: Ministério Público. Apelado: Nilson Dal Forno. Relator: Des. Gaspar Marques Batista. Porto Alegre, 25 out. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br/site_php/consulta/exibe_documento.php?ano=2007&codigo=1382594>. Acesso em: 25 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70021226782. Apelante: L. G. S.. Apelado: Ministério Público. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 29 mai. 2008. Disponível em: <<http://www.giacomolli.com/acordaosDetalhe.asp?AID=99>>. Acesso em: 25 set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70023533979. Apelante: Ministério Público. Apelado: Rogenes Juliano de Oliveira. Relator: Des. Nereu José Giacomolli. Porto Alegre, 29 mai. 2008. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70023533979&num_processo=70023533979&codEmenta=2418017&temIntTeor=true>. Acesso em: 28 de set. 2012.

_____. Tribunal de Justiça. Apelação Crime 70047976261. Apelante: P. S. L. Apelado: M. P. Relator: Des. João Batista Marques Tovo. Porto Alegre, 30 ago. 2012. Disponível em: <http://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal+de+Justi%E7a&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=70047976261&num_processo=70047976261&codEmenta=4883860&temIntTeor=true>. Acesso em 02 out. 2012.

ROHENKOHL, Gustavo; *et.al.*. Emoção e Falsas Memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 87-98.

ROSA, Inocêncio Borges da. **Comentários ao Código de Processo Penal**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

SCHACTER, Daniel. **Os Sete Pecados da Memória**: Como a mente esquece e lembra. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SILVA, André do Eirado; *et.al.*. Memória e Alteridade: O Problema das Falsas Lembranças. *In*: **Revista Mnemosine**, v. 2, n. 2, jan. 2006, p. 70-79.

SQUIRE, Larry R.; KANDEL, Eric R. **Memória: da mente às moléculas**. Trad.: Dalmaz, C.; Quillfeldt, J. A. Porto Alegre: Artmed, 2003.

STEIN, Lílian Milnitsky. Memória, humor e emoção. **Revista de Psiquiatria**, ano 1, n. 28, jan./abr. 2006, p. 60-74.

STERNBERG, Robert J.. **Psicologia Cognitiva**. São Paulo: CENGAGE Learning, 2012.

TARUFFO, Michele. **La prova dei fatti giuridici**. Milano: Giuffrè, 1992.

TONINI, Paolo. **A prova no processo penal italiano**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Compêndio de processo penal**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967, V. II.

WELTER, Carmem Lisboa W.; FEIX, Leandro da Fonte. Falsas Memórias, Sugestionabilidade e Testemunho Infantil. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky; *et. al.*. **Falsas Memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p.157-185.

WILLIAMS, Anna Virginia. **Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos**: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares. 2003. 96 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2003.