



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO PIAUÍ-UESPI
CAMPUS CLÓVIS MOURA
BACHARELADO EM DIREITO

Samary Bispo de Sá

**O PAPEL DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA
ABORDAGEM SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS**

Teresina-PI
2017

SAMARY BISPO DE SÁ

**O PAPEL DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA
ABORDAGEM SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação apresentado à Universidade Estadual do Piauí – UESPI, como requisito para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Me. Georges Thales Santana de Carvalho Mendes

Teresina-PI

2017

SAMARY BISPO DE SÁ

**O PAPEL DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: UMA
ABORDAGEM SOBRE AS FALSAS MEMÓRIAS**

Monografia apresentada à Universidade Estadual do Piauí, como parte das exigências para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Monografia aprovada em ____/____/____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Georges Thales Santana de Carvalho Mendes

“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

RESUMO

O presente trabalho de pesquisa busca abrir uma reflexão crítica sobre o papel da prova testemunhal na resolução de processos penais no Brasil, isso diante sua imensa fragilidade e credibilidade duvidosa. Nesse passo, busca-se fazer, inicialmente, uma abordagem geral sobre os sistemas processuais penais, a importância das provas no processo penal e seu papel na reconstrução dos fatos, bem como uma análise conceitual do que é prova estendendo-se pelos seus sistemas de valoração. Nesse contexto, é abordado o tema da testemunha como meio de prova no processo penal, e qual a sua credibilidade na busca da verdade real. Após, é retratada a importância da interdisciplinaridade do Direito com outras áreas científicas, no estudo e compreensão de como funciona a memória. Além disso, é apresentado tema “Falsas Memórias”, fator que influencia na qualidade e veracidade do testemunho, as teorias que explicam a sua materialização, assim como as consequências da sua incidência no relato testemunhal. E, por fim as possíveis medidas que podem ser tomadas para evitar a contaminação dos depoimentos. Para tanto, considerando a complexidade do tema abordado, são apresentadas técnicas de redução dos danos provenientes da falsificação da memória no momento do depoimento oral, com vistas a torná-la mais qualificada e confiável.

palavras-chave: Processo Penal. Provas. Prova Testemunhal. Credibilidade. Falsas Memórias.

ABSTRACT

The present research seeks to open a critical reflection on the testimony of witness evidence in resolving criminal cases in Brazil, given its immense fragility and dubious credibility. In this form, the aim is initially to make a general approach to criminal procedural systems, the importance of evidence in the criminal process and its role in the reconstruction of facts, as well as a conceptual analysis of what is proving to be extended by their systems of Valuation. In this context, the topic of witness as a means of proof in the criminal process, and its credibility in the search for real truth, is addressed. Afterwards, it is portrayed the importance of the interdisciplinarity of Law with other scientific areas, in the study and understanding of how memory works. In addition, the theme "False Memories" is presented, a factor that influences the quality and truthfulness of the testimony, the theories that explain its materialization, as well as the consequences of its impact on the testimony. And, finally, the possible measures that can be taken to avoid contamination of testimonials. Therefore, considering the complexity of the topic addressed, techniques for reducing the damage from memory falsification are presented at the time of oral testimony, in order to make it more qualified and reliable.

Keywords: Criminal Procedure. Evidences. Testimonial Evidence. Credibility. False Memories.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1: CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA PROVA NO PROCESSO PENAL E A PROVA TESTEMUNHAL	9
1. BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS	9
1.1 Sistema inquisitivo.....	9
1.2 Sistema Acusatório	10
1.3 Sistema Misto	10
1.4 O Sistema Processual Penal Brasileiro.....	11
2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PAPEL DA PROVA NO PROCESSO PENAL	12
2.1 Prova Penal: conceito, meios, fontes, destinatário e classificação	13
2.2 Sistemas de Valoração da Prova Penal.....	16
3. O TESTEMUNHO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL	18
3.1 Recusa e impedimento para testemunhar	20
3.2 A Credibilidade da Prova Testemunhal.....	21
CAPÍTULO 2: MEMÓRIAS: UMA ABORDAGEM PSICOLÓGICA E JURÍDICA.....	24
1. A RELEVÂNCIA DE UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR	24
2. A MEMÓRIA	25
2.1 Processo de armazenamento da memória.....	26
2.2 Tipos de memória.....	27
3. AS FALSAS MEMÓRIAS	30
3.1 Da conceituação e contextualização do que são as falsas memórias	31
3.2 Teorias explicativas das falsas memórias	33
CAPÍTULO 3: FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL	35
1. IMPLICAÇÕES DA FALSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL...35	
2. MEDIDA DE REDUÇÃO DE DANOS: A APLICAÇÃO JURÍDICA DA ENTREVISTA COGNITIVA.....	37
2.1 A aplicação jurídica da entrevista cognitiva	38
CONSIDERAÇÕES FINAIS	41
REFERÊNCIAS.....	42

INTRODUÇÃO

Apesar de sua imensa fragilidade e credibilidade duvidosa, no Brasil, a prova testemunhal tem sido a espécie probatória mais utilizada para embasar decisões em processos criminais. Assumindo, deste modo, papel de grande relevância no momento da condenação ou absolvição do acusado.

Testemunhas e vítimas são chamadas ao processo para, através da sua narração, auxiliar o julgador na reconstrução de fatos pretéritos, realizando assim uma função retrospectiva. Desse modo, a memória assume um papel fundamental na reconstrução do crime e consequentemente na busca da verdade real.

Pesquisas realizadas por profissionais da Psicologia e áreas afins têm mostrado que a memória humana é facilmente suscetível de falhas, o que pode acabar comprometendo a recuperação de informações armazenadas.

Nessa perspectiva, justifica-se a necessidade de estudar e compreender o chamado fenômeno das Falsas memórias, isso diante a importância que a falsificação da memória representa a aferição de credibilidade da prova testemunhal.

Nesse viés, o presente trabalho busca, inicialmente, fazer uma abordagem sobre os sistemas processuais penais destacando as principais características de cada um. Após, destaca a importância das provas, em geral, para o processo penal e seu papel na reconstrução de determinados fatos. Apresentando uma análise conceitual do que é prova estendendo-se pelos sistemas de valoração desta.

No primeiro capítulo ainda é abordado o tema da testemunha como meio de prova no processo penal, e qual a sua credibilidade na busca da verdade real.

Em um segundo momento, é debatida a importância da interdisciplinaridade do Direito com outras áreas científicas, para um estudo e compreensão de como funciona a memória. Além disso, é apresentado tema “Falsas Memórias”, fator que influencia na qualidade e veracidade das informações prestadas no depoimento. E, na sequência, são citadas as teorias que explicam a sua materialização.

Por fim, é explicado as consequências que a incidência das falsas memórias representa no relato testemunhal. Bem como as possíveis medidas que podem ser tomadas para evitar a contaminação nos depoimentos. Contudo, considerando a complexidade do tema abordado e por não haver soluções simples para ele, apresentar-se-ão algumas técnicas de redução dos danos provenientes da

falsificação da memória no momento do depoimento oral, com vistas a torná-la mais qualificada e confiável.

Assim sendo, a importância dos debates sobre o tema objetiva evitar que pessoas sejam acusadas, condenados e privados de sua liberdade por sentenças embasadas em prova tão frágil.

CAPÍTULO 1: CONSIDERAÇÕES GERAIS ACERCA DA PROVA NO PROCESSO PENAL E A PROVA TESTEMUNHAL

1. BREVE ANÁLISE DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Ao longo de sua história o processo penal variou na medida da evolução da sociedade e das relações nela existentes. Assim, os sistemas processuais inquisitivo e acusatório são reações frente às exigências do direito e do Estado da época.

Assim destaca o autor, que:

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. (LOPES JR., 2016, p.74)

Historicamente, o sistema acusatório prevaleceu até meados do século XII, sendo mais tarde substituído, gradualmente, pelo modelo inquisitório que predominou até o final do século XVIII, momento em que ocorreram mudanças, devido os movimentos sociais e políticos. Atualmente a doutrina majoritária aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é o misto (LOPES JR., 2016).

1.1 Sistema inquisitivo

Esse sistema é sempre escrito, caracterizado pelo sigilo, a inexistência de contraditório, e marcado pela desigualdade de armas e oportunidades, pois nele não há separação das funções de acusar e julgar, a sentença não produzia coisa julgada, e o estado de prisão do acusado no transcurso do processo era uma regra geral. Nesse sistema o réu é considerado apenas mero objeto.

Lopes Jr. (2016, p. 155) aponta ainda que, “ com a inquisição, são abolidas a acusação e a publicidade. o juiz-inquisidor atua de ofício e em segredo, assentando por escrito as declarações das testemunhas (cujos nomes são mantidos em sigilo, para que o réu não os descubra)”.

Outro autor frisa que:

No sistema inquisitivo (ou inquisitório), permeado que é pelo princípio inquisitivo, o que se vê é a mitigação dos direitos e garantias individuais, em favor de um pretensão interesse coletivo de ver o acusado punido. É justificada a pretensão punitiva estatal com lastro na necessidade de não serem outorgadas excessivas garantias fundamentais”. (TÁVORA, 2016, P.16)

Para Lopes Jr. (2016, p. 152), o processo nesse sistema dividia-se em duas partes, “a primeira fase (geral) estava destinada à comprovação da autoria e da materialidade, e tinha um caráter de investigação preliminar e preparatória em relação à segunda (especial), que se ocupava do processamento (condenação e castigo) ”.

Vale destacar que na estrutura do processo inquisitório a prova máxima era a confissão, ela seria suficiente para a condenação. Dessa forma, o interrogatório era visto como ato essencial, e para sua prática era exigido uma técnica especial. Para isso, eram utilizadas práticas de tortura. (LOPES JR., 2016).

1.2 Sistema Acusatório

À luz do sistema constitucional vigente, o sistema acusatório caracteriza-se por: haver separação entre a função de acusar e julgar; o encargo probatório é destinado às partes, onde o juiz mantém-se como um terceiro imparcial; igualdade de tratamento para as partes; em regra, o procedimento é predominantemente oral; plena publicidade dos atos; contraditório e possibilidade de defesa; a sentença é sustentada pelo livre convencimento motivado; possibilidade da impugnação das decisões submetidas ao duplo grau de jurisdição; e, a segurança jurídica alcançada com a coisa julgada.

Para Capez (2016, p. 85), esse sistema é caracterizado da seguinte forma “é contraditório, público, imparcial, assegura ampla defesa; há distribuição das funções de acusar, defender e julgar a órgãos distintos”.

Nesse sistema merece destaque a posição do “juiz”, que quando afastado da iniciativa probatória é assegurada a sua imparcialidade como julgador. (LOPES JR. 2016).

Quanto ao papel do magistrado na condução do processo e a segurança social, para Lopes Jr. (2016, p. 27), o sistema acusatório “assegura a imparcialidade e a tranquilidade psicológica do juiz que irá sentenciar, garantindo o trato digno e respeitoso com o acusado, que deixa de ser um mero objeto para assumir sua posição de autêntica parte passiva do processo pena”.

1.3 Sistema Misto

O sistema processual misto tem nascimento no ordenamento jurídico francês, com o Code d' Instruction Criminale de 1808, devido ao conjunto de movimentos políticos-sociais na Revolução Francesa, cujos ideais espalharam pela Europa.

Em uma abordagem sobre o surgimento desse sistema, o autor afirma que:

Com o fracasso da inquisição e a gradual adoção do modelo acusatório, o Estado seguia mantendo a titularidade absoluta do poder de penar e não podia abandonar em mãos de particulares esse poder e a função de persecução. Logo, era imprescindível dividir o processo em fases e encomendar as atividades de acusar e julgar a órgãos e pessoas distintas. Nesse novo modelo, a acusação continua como monopólio estatal, mas realizada através de um terceiro distinto do Juiz. (LOPES JR. 2016, p. 158)

Nesse sistema, segundo Capez (2016, p. 86) “há uma fase inicial inquisitiva, na qual se procede a uma investigação preliminar e a uma instrução preparatória, e uma fase final, em que se procede ao julgamento com todas as garantias do processo acusatório”.

A respeito do sistema misto, ele:

Caracteriza-se por uma instrução preliminar, secreta e escrita, a cargo do juiz, com poderes inquisitivos, no intuito da colheita de provas, e por uma fase contraditória (judicial) em que se dá o julgamento, admitindo-se o exercício da ampla defesa e de todos os direitos dela decorrentes. (TÁVORA, 2016, P. 19)

Assim, analisando as características desse sistema, temos que: a investigação preliminar fica a cargo da polícia judiciária; a instrução preparatória é realizada pelo juiz instrutor; o julgamento está sujeito ao contraditório e a ampla defesa; e, também a possibilidade de recurso.

O mesmo autor ainda enfatiza que:

Trata-se de sistema que se afasta de um modelo puro, aproximando-se por vezes mais de um sistema inquisitivo e, por outras, de um sistema acusatório. Daí a menção, por parte da doutrina, a um sistema inquisitivo-garantista, espécie de modelo intermediário, caracterizado pelo atendimento de garantias constitucionais— a exemplo do contraditório, da ampla defesa, da presunção de inocência e da publicidade —, porém com poderes instrutórios fortes nas mãos do juiz (gestão de prova ex officio). (TÁVORA, 2016, p.19)

1.4 O Sistema Processual Penal Brasileiro

Grande parte da doutrina classifica o processo penal brasileiro como misto, ou seja, a primeira fase (inquérito) inquisitória e na fase processual acusatório.

Távora (2016, p. 19), defende a existência de um sistema misto, onde o processo estrutura-se em duas etapas, são elas: a inquisitória, cujo rito instrutório é secreto, em geral escrito, e ausente o contraditório; uma segunda fase, a acusatória, que seu procedimento é regido pela publicidade e prevalece o princípio da oralidade e que garante o contraditório.

Em sentido contrário, há a posição de que:

[...]o processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório[...]. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na

medida em que o princípio informador é o inquisitivo, pois a gestão da prova está nas mãos do juiz. (LOPES JR., 2016, p. 29)

A esse respeito, com a separação das atividades o papel da acusação fica a encargo do Ministério Público, mas, no decorrer do procedimento é permitido ao juiz que assuma um papel ativo na busca da prova ou mesmo na prática de atos, isso seria atribuir a ele a função tipicamente da parte acusadora.

2. CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O PAPEL DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Em uma visão ideal o processo busca reconstruir determinados fatos ocorridos no tempo objetivando extrair as consequências do fato que pretende ser demonstrado. Assim sendo, a pretensão das partes litigantes é justamente o convencimento do julgador, o que buscarão fazer através do conjunto probatório acostado aos autos.

Dessa forma, o processo penal surge como uma máquina retrospectiva de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, direcionado a dispor ao julgador o conhecimento acerca da conexão entre um dado fato e o seu agente. À vista disso, o conteúdo probatório é sempre a afirmação de um dado fato passado.

Merece destaque, o que segue:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade cognitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade cognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença. (LOPES JR., 2016, p.193)

Nesse sentido, aponta Bentham (1959, p. 54), “a arte do processo não é senão a arte de administrar as provas”.

À vista disso, a prova é o elemento que fundamenta todas as decisões judiciais, pois a mesma objetiva ajudar o processo penal a chegar o mais próximo possível da verdade dos fatos ocorridos. Logo, faz-se necessário que a existência de um bom conjunto probatório que possa auxiliar o desenvolvimento da atividade de cognição e de convicção do julgador para o esclarecimento e solução da demanda, ou seja, um contexto probante que indiquem, ou não, a existência material do delito e também sua autoria.

Nesse sentido, outro autor afirma que:

Os processos são máquinas retrospectivas que se dirigem a estabelecer se algo ocorreu e quem o realizou, cabendo às partes formular hipóteses, e ao juiz acolher a mais provável, com estrita observância de determinadas normas, trabalhando com base em um conhecimento empírico. CORDERO (2000, v.2, p. 7)

Na mesma perspectiva, merece destaque o conceito de que:

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. (DI GESU, 2010, p. 29)

Porém, vale ressaltar que, às partes demonstram ao juiz a verdade dos fatos por elas alegados, os quais podem não corresponder necessariamente à real verdade. Desse modo, a pretensão da parte, no processo, não é demonstrar a verdade real e objetiva dos fatos, mas sim implantar, na mente do magistrado, que a verdade corresponde exatamente aos fatos por ela alegados.

Em síntese, é por meio das provas que se propõe gerar condições para a atividade cognitiva do magistrado acerca de um fato passado, pois o poder contido na sentença proferida por aquele será legitimado através do conhecimento desse fato.

2.1 Prova Penal: conceito, meios, fontes, destinatário e classificação

O vocábulo prova comporta múltiplos significados, e há distinção doutrinária, a depender do papel que exerce contextualmente quanto ao que sejam meios de prova, meios de obtenção de prova e fontes de prova.

Quanto a necessidade de distinguir “meios de prova” e “meios de obtenção de provas, temos:

Enquanto os meios de prova são aptos a servir, diretamente, ao convencimento do juiz sobre a veracidade ou não de uma afirmação fática (p. ex., o depoimento de uma testemunha, ou o teor de uma escritura pública), os meios de obtenção de provas (p. ex.: uma busca e apreensão) são instrumento para a colheita de elementos ou fontes de provas, estes sim, aptos a convencer o julgador (p. ex.: um extrato bancário [documento] encontrado em uma busca e apreensão domiciliar). Ou seja, enquanto o meio de prova se presta ao convencimento direto do julgador, os meios de obtenção de provas somente indiretamente, e dependendo do resultado de sua realização, poderão servir à reconstrução da história dos fatos. (BADARÓ, 2012, p. 270)

Em relação às fontes de prova é de onde pode ser extraído algo, é a pessoa ou a coisa da qual emana a prova, podendo ser fontes reais (o cadáver, os documentos) ou pessoais (o perito, a testemunha, a vítima). (TÁVORA, 2016).

Há também o entendimento de que são

Três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. (NUCCI, 2007, p. 351)

Assim, pode-se entender que a prova está intimamente relacionada à comprovação da verdade dos fatos, sendo próprio ao desempenho do direito de ação e de defesa. É um autêntico direito subjetivo com viés constitucional para demonstração da realidade dos fatos.

Para Rangel (2013, p. 452), como objeto de prova tem-se “a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor”.

Ainda acerca dos objetos da prova, Nucci (2011, p. 18) aponta que “são os fatos alegados pelas partes, merecedores de demonstração, ou seja, adequação à realidade. Como regra não se faz prova de preceitos legais, pois se deve presumir o conhecimento do magistrado”.

Portanto, todos os fatos, alegações e circunstâncias relacionadas ao litígio que apresentam dúvidas devem ser demonstrados perante o julgador para o esclarecimento da causa.

Logo, são fatos aptos a influenciar na decisão da causa, e conseguinte na responsabilização penal e na definição da pena, razão pela qual é necessária sua comprovação judicial. Por isso, apenas fatos que possuem relevância para a elucidação do caso e que demonstre dúvidas merecem ser objeto de prova, como resultado do princípio da economia e processual.

O Código de Processo Penal brasileiro regulamenta no seu Título VIII (artigos 155 a 250) sobre a matéria probatória, e o que pode ser extraído da primeira parte da redação do art. 155 é que o magistrado é o destinatário direto da prova, deverá ele formar seu convencimento pelos elementos apresentados nos autos.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Entretanto, ao julgar, o magistrado não pode valer de sua vivência ou opinião pessoal para compor o conjunto probatório.

O mesmo dispositivo trata, ainda, da liberdade na determinação da realização da prova, onde o julgador possui o poder discricionário para requerer a produção das provas que entender necessárias a formação do seu convencimento.

O magistrado pode e deve, também, filtrar as provas requeridas pelas partes, indeferindo, desde que motivadamente como deve ser toda decisão judicial, aquelas que considerar impertinentes, protelatórias ou desnecessárias.

Ainda, as provas podem ser classificadas de diversos modos, como: por seu objeto, o valor, seu sujeito e sua possibilidade de renovação em juízo.

Quanto ao objeto, que nada mais é do que o fato cuja existência requer ser demonstrada, a prova pode ser: direta, quando por si demonstra um fato, tem o propósito de evidenciar a afirmação do fato probando, ou seja, tem forma positiva; indireta, quando, por meio de um raciocínio lógico, refere-se a um outro acontecimento e consegue alcançar o fato principal. Tem o intuito de negar que o fato aconteceu, através da lógica.

Sobre essa classificação Nucci (2011, p. 25), relata que “são diretas as que se unem, sem qualquer intermediário, ao fato objetivado. São indiretas as que necessitam de interposto fator, elemento ou situação para atingir o fato almejado”.

Em razão de seu efeito ou valor, a prova pode ser: plena, quando trata-se de prova imprescindível para a formação de um juízo de certeza no julgador; não plena ou indiciária, refere-se de prova que traz uma ideia de mera probabilidade.

Quanto ao sujeito da causa, pode ser: real, são as provas que consistem em uma coisa externa, relacionadas aos vestígios deixados pelo crime; pessoal, aquelas que tem origem na pessoa humana, ou seja, é a que decorre do conhecimento de alguém.

Sobre a forma como a prova se revela no processo, ela pode ser: testemunhal, quando decorre do depoimento prestado por sujeito, ou seja, é a afirmação expressa de uma pessoa sobre fatos de seu conhecimento pertinentes a causa; documental, aquela produzida por meio de documentos; material, quando qualquer elemento concretiza a demonstração de um fato.

Por fim, Nestor Távora (2016, p. 604) classifica as provas quanto a sua possibilidade e renovação em juízo, referindo-se aos elementos apurados em fase de inquérito policial e que há ou não a possibilidade de ser repetidos em sede processual. Para esse autor:

a) Irrepetível ou não-repetível: é a prova que é produzida a partir de fonte probatória perecível ou passível de desaparecimento ou destruição. Existem provas que se exaurem rapidamente e, mesmo que possam ser renovadas, não são aptas a constatar detalhes que seriam possíveis à época do surgimento da correspondente fonte probatória. O exame sobre lesões corporais tende a ser irrepetível: a pessoa lesionada geralmente se convalesce da lesão, notadamente de lesões leves, inviabilizando a renovação de perícia com o mesmo valor em juízo. b) Repetível: é a prova que pode ser reproduzida em juízo, sem que haja perda de seu valor, tal como ocorre, via de regra, com a prova testemunhal, salvo se a testemunha estiver enferma, quando o seu depoimento deverá ser colhido cautelarmente, ad perpetuum rei memoriam. (TÁVORA, 2016, p. 604)

2.2 Sistemas de Valoração da Prova Penal

As normas de valoração do conjunto probatório expressam a transparência na prática de julgar, demonstrando como se deu o convencimento que ensejou a determinação judicial, funcionando, assim, como condição de conformação das partes e de fiscalização jurídica. Desse modo, a gestão da prova pela autoridade judicial, e conseqüentemente sua apreciação, suportam variações a depender do sistema adotado.

A partir de uma análise do art. 155, do Código de Processo Penal pode-se compreender que são três os principais sistemas de valoração da prova penal, quais sejam: o da livre convicção, o sistema da prova legal e o sistema da persuasão racional.

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

No sistema da prova legal a lei é que pré-estabelece o valor de cada prova, inclusive impondo hierarquia entre as mesmas, não permitindo ao julgador qualquer análise, restringindo sua liberdade de apreciação na atividade de julgar.

Sobre esse modelo o autor relata que:

Resquícios da estrutura lógica desse modelo podem ser observados no sistema brasileiro, em que o art. 158 do CPP exige que a prova nas infrações que deixam vestígios deve ser feita por exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado. É um exemplo de que a lógica do sistema legal de provas não foi completamente abandonada, na medida em que existem limitações no espaço de decisão do juiz a partir de critérios previamente definidos pelo legislador na lei. (LOPES JR., 2016, p. 206)

O sistema da livre convicção é o oposto do anterior, nele o juiz é livre para decidir, ou seja, não há regras de valoração de provas para seguir. Por conseguinte,

o magistrado é dispensado de fundamentar suas decisões, podendo utilizar-se de seus pré-conceitos e crenças pessoais para julgar.

Esse sistema é o que preside, por exemplo, os julgamentos pelo Tribunal do Júri em sua segunda fase, quando da atuação dos jurados, pois os quesitos votados sigilosamente não precisam ser fundamentados (TÁVORA, 2016).

Para Lopes Jr. (2016, p.206) a íntima convicção, sem necessidade de fundamentação, verbis:

Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar. (LOPES JR., 2016, p.206)

Quanto ao sistema da persuasão racional, também chamado de livre convencimento motivado ou convencimento racional. Trata-se do sistema adotado majoritariamente pelo direito processual penal brasileiro, encontrando fundamento na Constituição Federal (art. 93, IX). Significa a permissão dada ao juiz para decidir a causa de acordo com seu livre convencimento, devendo, no entanto, cuidar de fundamentá-lo, nos autos, buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato.

É o que se extrai também do art. 155, do Código de Processo Penal, onde o juiz tem liberdade para formar a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.

Portanto, o magistrado, decide livremente de acordo com a sua consciência, devendo, contudo, explicitar motivadamente as razões de sua opção não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas os casos previstos em lei.

A esse respeito, há a lição de que:

Trata-se, na realidade, do sistema que conduz ao princípio da sociabilidade do convencimento, pois a convicção do juiz em relação aos fatos e às provas não pode ser diferente da de qualquer pessoa que, desinteressadamente, examine e analise tais elementos. Vale dizer, o convencimento do juiz deve ser tal que produza o mesmo resultado na maior parte das pessoas que, porventura, examinem o conteúdo probatório. (CAPEZ, 2016, p. 282)

3. O TESTEMUNHO COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

Devido às deficiências estruturais que enfrenta a polícia judiciária brasileira, e, por conseguinte as restrições técnicas, em geral, a prova testemunhal acaba por ser o principal meio de prova que dispõe processo criminal pátrio.

Apesar da sua imensa fragilidade e de sua credibilidade duvidosa, esse tipo de prova acaba por ser a base da maioria das sentenças penais, sejam elas absolutórias ou condenatórias.

Assim, para Aranha (2006, p. 157) “ 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”.

O Código de Processo Penal versa sobre a prova testemunhal em seu capítulo VI, onde os dispositivos servem de orientação para o magistrado sobre a colheita desse tipo de prova.

Esse tipo de prova comporta características próprias, bem como necessita também procedimentos diferenciados para sua validação. Essas formalidades servem para auxiliar o magistrado a encontrar na testemunha uma fonte probatória confiável e dotada de credibilidade.

Nessa perspectiva, é necessária uma análise das principais características, classificações, orientações, a respeito das testemunhas, bem como quem são as pessoas que prestar depoimento e aquelas que por algum motivo são impedidas ou suspeitas.

De acordo com o art. 202, do Código de Processo Penal, toda pessoa poderá ser testemunha, ressalvados os casos específicos previstos no mesmo diploma legal.

Capez conceitua a prova testemunhal de forma abrangente, portanto:

Em sentido lato, toda prova é uma testemunha, uma vez que atesta a existência do fato. Já em sentido estrito, testemunha é todo homem, estranho ao feito e equidistante das partes, chamado ao processo para falar sobre fatos perceptíveis a seus sentidos e relativos ao objeto do litígio. É a pessoa idônea, diferente das partes, capaz de depor, convocada pelo juiz, por iniciativa própria ou a pedido das partes, para depor em juízo sobre fatos sabidos e concernentes à causa. (CAPEZ, 2016, p. 302)

De acordo com Guimarães (2010, p. 233), “testemunha é a pessoa que preenche os requisitos legais para ser convocada a depor, judicial ou extrajudicialmente, sobre ato ou fato de que tem conhecimento”.

Já em outro entendimento,

Testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. Ganham relevo a visão e a audição, porém, nada impede que a testemunha amealhe suas impressões através do tato e do olfato. (TÁVORA, 2016, p. 683)

Segundo Marcelo Batlouni Mendroni (2010, p.74) “a prova testemunhal é no fundo, o processamento dos dados elaborados pela mente humana a partir da captação de determinados fatos através dos sentidos”.

Por sua vez, são características das testemunhas são caracterizadas, de acordo com a doutrina: a judicialidade, oralidade, objetividade, individualidade e retrospectividade.

Por judicialidade entende-se tecnicamente por ser prova testemunhal somente aquela produzida em juízo.

A oralidade significa que a prova deve ser colhida através de narrativa verbal, diretamente ao juiz, e demais partes. É o que prevê o art. 204, do Código de Processo Penal, verbis “art. 204. O depoimento será prestado oralmente, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito. Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos”.

A exceção a essa característica é o depoimento de mudos e surdos-mudos.

Para Nucci, esta:

É a única forma de avaliar a sinceridade da testemunha, apurando-se se fala a verdade. O depoimento por escrito tem a impessoalidade como marca, impossibilitando ao magistrado averiguar a sua fidelidade aos fatos, bem como impossibilitaria as reperguntas, ferindo o princípio do contraditório, e, do ponto de vista do réu, também a ampla defesa. (NUCCI, 2016, p. 325)

A objetividade diz respeito às declarações prestadas pela testemunha, esta deve depor sem emitir opinião pessoal, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato. Essa característica está presente no art. 113, do Código de Processo Penal.

Quanto a individualidade, as testemunhas devem ser ouvidas separadamente, evitando que aquelas ainda não ouvidas tenham contato com o depoimento das outras.

Esse é o regramento previsto no art.210, do Código de Processo Penal, “as testemunhas serão inquiridas cada uma de per si, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho”.

Já a retrospectividade diz respeito ao conteúdo do depoimento prestado, onde a testemunha depõe sobre fatos passados de que tem conhecimento.

Ainda, de acordo com a doutrina, as testemunhas podem ser classificadas em: numerárias, extranumerárias, informantes, referidas, próprias, impróprias, diretas e indiretas.

As numerárias são as testemunhas arroladas pelas partes, integrando o número legal, e que são compromissadas. As extranumerárias também são compromissadas, e ouvidas por iniciativa do juiz, mas este não é obrigado a ouvi-las, já que foram arroladas acima do número previsto em lei.

Ao passo que informantes são extranumerárias e não prestam compromisso. São as pessoas do art. 206, do Código de Processo Penal além dos menores de 14 anos, dos doentes e deficientes mentais (art. 208, do Código de Processo Penal). As referidas estão previstas no §1º do art. 209, do Código de Processo Penal, e são aquelas ouvidas pelo juiz quando “referidas” por outras que já depuseram.

As próprias depõem sobre o objeto do litígio, ou seja, acerca dos fatos delituosos. as impróprias presta depoimento sobre um ato do processo. As diretas são aquelas que presenciaram um fato, e depõe reproduzindo uma sensação própria. As indiretas são aquelas que depõem sobre conhecimentos adquiridos por terceiros. (CAPEZ, 2016)

3.1 Recusa e impedimento para testemunhar

Como já exposto, a Legislação Processual Penal brasileira prevê que toda pessoa poderá ser testemunha, contudo essa regra por esse regramento deve ser entendida “pessoa natural”, não há que se falar em pessoa jurídica como testemunha.

Porém, ao lado dessa regra, há de se fazer observações. Pois, a própria legislação apresenta casos em que as pessoas podem recusar-se a prestar depoimento, e também aquelas que estão impedidas de figurar como testemunha.

O primeiro caso está previsto no art. 206, do Código de Processo Penal, verbis

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

Esse regramento apresenta uma faculdade a tais pessoas, contudo, se desejarem e houver necessidade poderão depor. Ainda assim, não estão obrigados de prestar o compromisso de dizer a verdade (art. 206).

Em outro sentido há as pessoas que estão proibidas de depor. É o que determina o art. 207, do mesmo diploma legal, "são proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho".

Nesse caso, não se trata de mera faculdade da pessoa, mas sim de imposição legal onde a obrigação de guardar sigilo provém de normas e regulamentos específicos (NUCCI, 2016).

Sobre o assunto Mirabete, relata que

Ao invés de adotar o sistema de indicar especificamente as profissões compatíveis com o segredo profissional, como outras legislações, a lei pátria usa de palavras compreensivas, de forma genérica, para indicá-las. Considera-se, na doutrina, como pessoas que devem guardar segredo, aquelas: a) previstas em lei; b) previstas nos regulamentos que disciplinam o exercício da atividade; c) previstas por normas consuetudinárias; e d) as indicadas pela própria natureza da atividade. (MIRABETE, 2004, p. 294)

Contudo, o próprio artigo citado excepciona a regra permitindo esses profissionais de depor, desde que desobrigados pela parte interessada, com exceção do advogado.

Alguns autores, como Aury Lopes Jr., tratam da questão do depoimento dos policiais. No caso não há restrições para esses profissionais. Desta forma, forma é comum o Ministério Público arrolar como testemunha policiais que participaram da operação, bem como da elaboração do inquérito.

Porém, destaca o referido autor:

[...]deverá o juiz ter muita cautela na valoração desses depoimentos, na medida em que os policiais estão naturalmente contaminados pela atuação que tiveram na repressão e apuração do fato. Além dos prejuízos e da imensa carga de fatores psicológicos associados à atividade desenvolvida, é evidente que o envolvimento do policial com a investigação (e prisões) gera a necessidade de justificar e legitimar os atos (e eventuais abusos) praticados. (LOPES JR., 2016, p. 254)

3.2 A Credibilidade da Prova Testemunhal

Como já exposto, testemunho é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro para embasar a maior parte das sentenças judiciais, dessa forma os sujeitos processuais ficam dependentes da memória das testemunhas e das vítimas.

Assim, como os demais meios probatórios, o valor da prova testemunhal é relativo. Dessa forma, conforme adverte;

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável. Esse grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário. (LOPES JR., 2016, p. 261)

Dessa forma, provar é mostrar a “verdade real”, buscando o convencimento do juiz para decidir a causa. E, nesse sentido, a realidade de certos acontecimentos é construída a partir do relato das testemunhas.

Sobre o alcance da verdade escreve Lopes Jr. que:

Falar em verdade real é falar em algo absolutamente impossível de ser alcançado, a começar pela inexistência de verdades absolutas. A própria ciência encarregou-se de demonstrar isso. Ademais, não há que se esquecer que o crime é um fato histórico, e a reconstrução de um fato histórico (para isso servem a prova e o próprio processo) é sempre minimalista e imperfeita. Não se trata de construir, mas de reconstruir. (LOPES JR. 2005, p. 202)

Nesse contexto, Nucci (2012, p. 316,) explica que “qualquer depoimento implica uma dose de interpretação indissociável da avaliação de quem o faz, significando, pois, que, apesar de ter visto, não significa que irá contar, exatamente, como tudo ocorreu. ”

Contudo, por muitas vezes, a prova testemunhal torna-se antagônica à busca da verdade real, seja em virtude de estar carregada de certo teor de parcialidade, ou por a testemunha estar receosa, sofrendo algum tipo de pressão, ou outro motivo diverso.

Para isso, como assevera Nucci:

[...] é essencial deva o magistrado tomar as cautelas devidas para interpretar e valorar um depoimento, conferindo-lhe ou não credibilidade, crendo tratar-se de uma narração verdadeira ou falsa, enfim, analisando-o com precisão [...] pois, é curial ter o julgador a sensibilidade para compreender que as pessoas são diferentes na sua forma de agir, captar situações, armazená-las na memória e, finalmente, reproduzi-las. Descortinar e separar o depoimento verdadeiro e crível do falso e infiel é meta das mais árduas no processo, mas imprescindível para chegar ao justo veredicto. (NUCCI, 2016, p. 323)

Tudo isso tendo em vista que o testemunho faz uma narrativa retrospectiva, reproduzindo fatos passados, partindo dos registros que ficaram na sua memória, cabendo ao julgador o exercício da atividade cognitiva.

Para isso, cabe ao magistrado estar atento às fragilidades que esse tipo de prova apresenta, pois, para depor a testemunha necessita fazer uma recordação dos fatos.

No entanto, dependendo da situação que a testemunha se encontra, o “resgate” da memória pode apresentar carregado de influências internas e externas afastando-o da objetividade almejada pela lei processual penal.

Isso ocorre porque a memória não é apenas um processo reconstutivo, mas sim construtivo, pois somos capazes de acrescentar muitas coisas novas ao que realmente foi vivido, como é o exemplo das falsas memórias. (FLORES, 2010)

Assim, o que ocorre tende a ser uma reconstrução incompleta ou distorcida dos fatos, e não uma reprodução dos fatos coletados da realidade. Tudo isso, porque, a prova testemunhal é o processamento dos dados fundamentados pelo pensamento humano a partir da captação de determinados fatos através dos sentidos.

A esse respeito, Barros (2002, p.199), não se tem dúvidas “que o valor da prova testemunhal cabe ao juiz afirmar, e essa tarefa é das mais árduas atribuídas ao julgador. Não é fácil extrair a verdade de um testemunho para pronunciar-se sobre a culpabilidade de um acusado”.

Visto isso, caberá ao julgador- ciente das consequências que um depoimento oral mal interpretado pode gerar- analisar a coerência dos depoimentos e que em conjunto com as demais provas colhidas, para formar sua convicção para finalmente prolatar uma sentença justa.

CAPÍTULO 2: MEMÓRIAS: UMA ABORDAGEM PSICOLÓGICA E JURÍDICA

1. A RELEVÂNCIA DE UMA ANÁLISE INTERDISCIPLINAR

Embora ainda criticada por muitos estudiosos, para o direito, a prova testemunhal ainda desempenha relevante papel na solução de casos objeto de processo criminal.

No Brasil, especificamente, nem sempre é possível a produção de outros tipos provas científica, ficando o julgador dependente da memória das pessoas para a identificação e suspeitos e reconstituição de acontecimentos.

Ocorre que, com frequência, erros judiciais acontecem em razão de muitos operadores do direito desconhecerem as vulnerabilidades e limitações as quais se sujeita a cognição. (STERNBERG, 2012)

Segundo 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. (DI GESU, 2010, p.81)

Estudos realizados na área das ciências cognitivas trazem cada vez mais dúvidas quanto à credibilidade de relatos testemunhais diante da possibilidade de produção involuntária ou provocada das chamadas “falsas memórias”.

O resultado dessas pesquisas é a necessidade de se desenvolver técnicas que reduzam tais ocorrências no relato testemunhal, como maneira de poder atribuir-lhe credibilidade.

Dessa forma, a compreensão de um fato, bem como do relato prestado por testemunha requer um amplo conhecimento de várias áreas afins, dentre as quais se destacam a Psicologia, a Criminologia, a Sociologia e a Medicina Legal. Os objetos dessas variadas disciplinas ajudam na compreensão de como aspectos psicológicos, sociológicos e biológicos se entrelaçam no processo. (ELIAS, 1996)

Assim, uma abordagem interdisciplinar é fundamental para o estudo do tema. Superando, deste modo, o monólogo jurídico. Nesse ponto de vista, Gauer, contribui

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. (GAUER, 2008, p. 19)

Outro autor ainda reforça, que:

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. (CARDOSO, 2001, p. 83)

Portanto, diante de tudo que pode afetar o testemunho, faz-se necessário esclarecer até que ponto pode ser confiada credibilidade a esse tipo de prova.

2. A MEMÓRIA

A memória é um dos processos psicológicos mais essenciais para o ser humano, pois além de ser responsável pela identidade pessoal está relacionada a outras funções, igualmente importantes, como a função executiva e o aprendizado.

Como mecanismo complexo que é, a memória pode ser conceituada como “a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações”. A aquisição também é chamada de aprendizado: só se grava aquilo que foi aprendido. O conjunto de lembranças de cada um determinará aquilo que se denomina personalidade ou forma de ser. (Izquierdo, 2006)

Para Larissa Civardi Flech,

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. (FLECH, 2012, p. 46)

Assim, a memória pode ser considerada uma aliança de sistemas que trabalham em conjunto, permitindo aprender com as experiências passadas e prever acontecimentos futuros. O processo de memorização é composto por três fases: a de percepção, registro e fixação; a de retenção e conservação; e a de reprodução e evocação. (BADDELEY, 1999)

Para Jung (1991, p. 18), memória é “a faculdade de reproduzir conteúdos inconscientes”, que através de informações recebidas pelos sentidos, despertam a atenção. Desta forma, a memória é formada por registros e gravações de informações, como também de lembranças.

Quanto ao seu processo fisiológico, a neurociência explica que:

A formação de memórias é acompanhada pela modificação das sinapses, os contatos entre os 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. (FUSTER, 2006, p. 27)

Visto isso, pela lição de Larry R. Squire e Eric R. Kandel (2003, p. 14) constata-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”.

2.1 Processo de armazenamento da memória

De forma geral, a expressão “memória” refere-se a variados processos associados à retenção e a recuperação de experiências vividas, reforçando desse modo o entendimento que a memória não é unificada.

Consequentemente, o processo de armazenamento da memória pode ser subdividido em três, quais sejam: a aquisição, a consolidação e a evocação.

A aquisição refere-se à percepção do fato, “à imagem do todo”, à aprendizagem.

Há que se destacar que, nessa fase, há participação direta dos cinco sentidos (audição, tato, paladar, visão e olfato), os quais captarão os detalhes de tudo aquilo que o indivíduo presta atenção e enviarão a mensagem ao cérebro, que, por sua vez, seleciona as informações, armazenando aquilo que é importante e descartando o restante.

Pode ser considerado também, como o “momento em que a informação chega até nosso sistema nervoso e se dá por meio das estruturas sensoriais, as quais transportam a informação recebida até o cérebro.” (MOURAO JUNIOR; FARIA, 2015, p. 2)

Por conseguinte, há a afirmação de que:

As falhas na 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. (PONTE, 2010, p. 837)

Há que se destacar, também, que nessa fase, há participação direta dos cinco sentidos (audição, tato, paladar, visão e olfato), os quais captarão os detalhes de tudo aquilo que o indivíduo presta atenção e enviarão a mensagem ao cérebro,

que, por sua vez, seleciona as informações, armazenando aquilo que é importante e descartando o restante.

Posteriormente, tem o momento da consolidação, que consiste na capacidade de armazenamento de informações. Também pode ser considerado o estágio de transformação da memória de curta duração para a memória de longa duração.

Sobre a forma como se dá o processo de consolidação.

Esse armazenamento que representa a memória pode se dar de duas maneiras distintas: (a) através de alterações bioquímicas ou (b) através de fenômenos eletrofisiológicos. Nos fenômenos eletrofisiológicos, ao tentarmos memorizar uma situação nova, determinados conjuntos de neurônios continuam disparando durante alguns segundos, retraindo temporariamente a informação somente durante o tempo em que a mesma é necessária, extinguindo-a logo em seguida. Esse tipo de fenômeno tem duração extremamente efêmera e não forma traços bioquímicos (MOURAO JUNIOR; FARIA, 2015, p. 2).

Como a consolidação requer tempo, podem surgir fatores capazes de alterar a percepção dos fatos. Nesse sentido, “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.” (GIACOMOLLI; DI GESU, 2010, p. 141-142).

O processo de evocação equivale à capacidade de recuperação ou resgate. Essa fase acontece quando são acessadas as informações armazenadas na memória. É o que se pode chamar de lembrança.

Segundo Irigoinhê (2014, p. 44-45), esse é um processo que “consiste em uma união reconstrutiva de fragmentos que, deixando momentaneamente outros excertos de memória esquecidos, forma um episódio mnemônico que se pode chamar de lembrança.”

No que concerne à associação entre recordação e testemunho:

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 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. (MAZZONI, 2005, p. 81)

2.2 Tipos de memória

Quanto aos seus tipos a memória pode, ainda, ser classificada: memória de trabalho, de curta duração e de longa duração.

A memória de trabalho, também conhecida como memória funcional, é aquela que pode ser considerada como um armazenamento temporário de informações recentes. Ela é de duração ultrarrápida, de modo que as informações úteis para o raciocínio imediato serão mantidas durante um breve tempo, enquanto são processadas. Ela não arquiva informações, ela as mantém por segundos, ou minutos.

Esse tipo de memória serve, sobretudo, para contextualizar o indivíduo e para gerenciar as informações que estão transitando pelo cérebro. Dessa forma,

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 [...]. (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK; 2011, p. 21)

Outra função elementar da memória de trabalho é comparar as novas informações recebidas com informações antigas, já consolidadas e armazenadas na memória de longo prazo. Essa é sua função de gerenciador central. Para Iván Izquierdo,

O papel gerenciador da memória de trabalho decorre do fato de que esta, no momento de receber qualquer tipo de informação, deve determinar, entre outras coisas, se é nova ou não, e no último caso, se é útil para o organismo ou não. Para fazer isto, a memória de trabalho deve ter acesso rápido às memórias preexistentes no indivíduo; se a informação que lhe chega é nova, não haverá registro dela no resto do cérebro, e o sujeito pode aprender (formar uma nova memória) aquilo que está recebendo do mundo externo ou interno. [...] As possibilidades de que, perante uma situação nova qualquer, ocorra ou não um aprendizado estão determinadas pela memória de trabalho e suas conexões com os demais sistemas mnemônicos. (IZQUIERDO, 2006, p. 20)

Do mesmo modo, a memória de trabalho auxilia na recordação de informações, além administrar as atividades cognitivas permanentes.

A memória de curta duração pode ser definida como “a retenção temporária de pequenas quantidades de material por breves períodos de tempo” (BADDELEY; ANDERSON; EYSENCK; 2011, p. 21).

Esse tipo de memória consiste na captação de poucos dados num curto espaço de tempo (segundos) e se vincula ao entendimento, à compreensão e seu posterior aprendizado (FLECH, 2012, p. 51).

Já a memória de longa duração é aquela que armazena informações por longos períodos de tempo, meses, anos ou até mesmo décadas.

Por isso, é também conhecida como memória remota. Uma característica importante desse tipo de memória é sua capacidade de guardar informações por tempo indeterminado.

Esse tipo de memória ainda pode ser dividida em dois tipos: memória declarativa, aquelas que estão prontamente acessíveis à consciência, está relacionada com a habilidade de armazenar e recordar fatos e eventos por meio da evocação consciente de diversos estímulos, como palavras, cenas, faces e histórias; e, a memória não declarativa que correspondem às memórias que estão em nível subconsciente, estando associada às capacidades ou habilidades motoras ou sensoriais.

Sob tal óptica, Iván Izquierdo (2006, p. 30) faz observância ao fato de que “conservamos só uma fração de toda a informação que passa por nossa memória de trabalho; e uma fração menor ainda de tudo aquilo que eventualmente conservamos por um tempo nas nossas memórias de curta e de longa duração”.

Nesse mesmo sentido,

A memória não é só produto do registro do fato com isenção e objetividade, e a fantasia não é só imagem. Nelas intervêm as sensações, a qualidade e a intensidade dos afetos, as angústias e suas defesas, as fantasias e as alucinações que constituem os pensamentos, os mitos pessoais, o grau de desenvolvimento emocional, a história das relações do sujeito com ele mesmo, com outros, com o mundo à sua volta e a história das identificações deste sujeito com outros, que lhe conferem forma e sentido. (CYMROT, 2010, p. 37-38)

Desta forma, a memória é, senão um conjunto de percepções e sensações internas e externas do sujeito. E, como expõe Ivan Izquierdo (2006, p.16-17), “algumas memórias consistem em uma súbita associação de outras memórias preexistentes.”

Tal autor expõe ainda que, a memória é composta de mistura de diversas memórias, sejam elas recentes e antigas, como ainda pode haver a interferência de memórias que não são da pessoa, mas que são sugeridas a ela, criando assim uma “nova memória”. (IZQUIERDO, 2006, p. 31)

A vista disso, na conclusão de Iván Izquierdo (2006, p. 32) “a repetição da evocação das diversas misturas de memórias, somada à extinção parcial da maioria delas, pode levar-nos à elaboração de memórias falsas. ”

Levando em consideração a dinamicidade pela qual, a memória é caracterizada,

No processo penal, na maioria das vezes, a prova é oral, embora as testemunhas de um fato delituoso contêm aquilo que viram, ouviram ou sentiram [...] o armazenamento da memória não é absoluto ou completo. Portanto, a capacidade de reprodução do acontecimento também será deficitária. (DI GESU, 2014, p. 112)

Dessa maneira, os relatos prestados pela testemunha ou vítima irá descrever aquilo que ela compreendeu do acontecimento e o que sua memória interpretou. Por isso, é necessário que no momento do depoimento ou reconhecimento, prestado pelo sujeito, o julgador possa estar consciente da possibilidade de ocorrência das falsas memórias, para assim poder extrair qual seja a verdade real dos fatos.

3. AS FALSAS MEMÓRIAS

Por volta dos anos 70 os estudos sobre o tema Falsas Memórias ganhou conhecimento no mundo com as pesquisas realizadas por Elizabeth Loftus, embora já existir pesquisadores que trabalhavam com o tema desde o século XX.

No Brasil, estudos sobre a ocorrência das falsas memórias, tiveram início na década de 1990 como o lançamento do livro da pesquisadora Lilian Milnitsky Stein, fruto de sua pesquisa sobre o tema diante da íntima ligação desse fenômeno com o Direito.

Sobre o conteúdo do objeto de estudo,

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. (BRAINERD, 2010, p. 13)

Ainda sobre a relevância do seu estudo,

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 a 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 Clínica, bem como em outras disciplinas das áreas humanas e da saúde. (NEUFELD, 2010. p. 37-38)

Isso posto, a compreensão do fenômeno das Falsas memórias se justifica diante a importância da o papel que a falsificação da memória representa na credibilidade da prova testemunhal.

3.1 Da conceituação e contextualização do que são as falsas memórias

As falsas memórias consistem em um conjunto de fenômenos que resultam na recordação de eventos, ou fragmentos de eventos, que na realidade nunca aconteceram. As falsas informações são armazenadas na memória de longo prazo e posteriormente recuperadas como se tivessem sido vivenciadas do modo que se manifestam.

Nesse cenário, entende-se que “as falsas memórias são caracterizadas pela recordação de algo que, na realidade, nunca aconteceu. A interpretação errada de um acontecimento pode ocasionar a formação de falsas memórias.” (PISA, 2006, p. 22).

Também podem ser consideradas como memórias que vão além da experiência direta e que incluem interpretações ou inferências ou, até mesmo, contradizem a própria experiência.

Como demonstra Di Gesu,

As falsas memórias não giram apenas em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento. Há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestibilidade externa. (DI GESU, 2014, p. 128)

Contudo, é necessário diferenciar este tipo de memória de uma mentira. Enquanto a mentira tem base social, a falsa memória é de base mnemônica.

A mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Assim, quando mente, o sujeito recorda-se de diversos elementos, mas intencionalmente escolhe relatar informações diversas das verdadeiras.

No caso das falsas memórias, o indivíduo crê honestamente no que está relatando. O agente narra fatos que não correspondem com a realidade, porém ele age desta forma porque se recorda de dados falsos, alheio ao fato de que suas lembranças foram modificadas e distorcidas.

Isto posto, verifica-se que as falsas memórias podem ser elaboradas pela junção de lembranças verdadeiras e de sugestões apresentadas por outras pessoas.

Assim, “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.” (FLECH, 2012, p. 63).

Deste modo, o fenômeno das falsas memórias pode se originar de duas maneiras distintas: de forma espontânea (quando produzidas pelo próprio sujeito) e de forma sugerida (resultam de sugestões externas).

As falsas memórias espontâneas são resultadas de distorções interna que alteram a memória sem que a pessoa possa perceber. Isto ocorre porque a memória de longo prazo não armazena os fatos ocorrem acabando, muitas vezes, por misturar as situações.

No mesmo sentido,

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 auto sugeridas consistem no erro de lembrar algo que é coerente com a essência do que foi vivido, mas que, na verdade, não ocorreu. (FLECH, 2012, p. 66)

Diante do apresentado, resulta a afirmação de que as falsas memórias não derivam de um funcionamento patológico das estruturas cerebrais. Diversamente, cuida-se de fenômeno cotidiano e, sobretudo, inerente aos mecanismos mesmo das mentes mais saudáveis.

Já as falsas memórias sugeridas, “elas advêm da sugestão de falsa informação externa ao sujeito, ocorrendo devido à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original.” (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 26).

Larissa Civardi Flech (2012, p. 68), aponta ainda que, “a sugestionabilidade pode ser definida como a tendência de incorporar informações falsas oriundas de fonte externas às recordações pessoais, o que resulta na falsificação da memória.”

Há de se ressaltar que, além da possibilidade de incorporação de informações externas, há também a de induzir o sujeito a criar uma situação que nunca ocorreu, originando uma falsa memória.

A sugestionabilidade pode apresentar-se até mesmo nas formas mais sutis, tais como em interrogatórios sugestivos ou lendo-se e assistindo-se notícias sobre um fato experimentado.

Elizabeth Loftus (2006, p. 335) realizou o procedimento de Sugestão de Falsa Informação em adultos para o estudo das Falsas Memórias. Essa técnica consiste

em introduzir, de forma sutil, uma informação falsa para encorajar uma posterior recordação errada. Assim, a pesquisadora explica:

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. (LOFTUS, 2006, p. 335)

Aury Lopes Jr. mostra como perguntas tendenciosas produzem distorções nas operações da memória, portanto:

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 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, explica a autora. (LOPES JR., 2016, p.262)

Alguns perigos resultantes da sugestibilidade são apresentados por Shacter, quais sejam:

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 indivíduos envolvidos em casos como esses são muito sérias e, portanto, a compreensão e o combate à sugestibilidade são importantes tanto para evitar problemas sociais e jurídicos quanto para o avanço da teoria psicológica. (SHACTER, 2003, p. 143)

3.2 Teorias explicativas das falsas memórias

O fenômeno das Falsas Memórias vem sendo explicado através de três modelos teóricos, que com suas descobertas e limitações teóricas e práticas têm embasado este tema. São eles: Teoria Construtivista, Teoria do Monitoramento e a Teoria do Traço Difuso.

Para a Teoria Construtivista memória é inacurada, ou seja, suscetível a mudanças e construída ao longo da vida, a partir da interpretação que as pessoas fazem sobre os eventos. (ALVES, 2006)

Para os construtivistas, as pessoas se lembram aquilo que entender significar o fato e não dele em si, podendo gerar informações incorretas da lembrança e até mesmo falsas memórias.

Logo, segundo esta teoria, a memória está constantemente sujeita a ter interferências e que, portanto, as falsas memórias espontâneas e as falsas memórias sugeridas,

Ocorreriam devido ao fato de eventos realmente vividos serem influenciado pelas inferências de cada indivíduo, ou seja, interpretações baseadas em experiências e conhecimentos pré-vivos.”, isto é, o que fica do fato vivenciado são a interpretação e o entendimento que a pessoa teve da situação, registrando essa concepção na memória e tendo isso por lembrança. (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 28-29).

Contudo, essa teoria recebeu críticas “justamente no fato de que somente uma memória é construída sobre a experiência, bem como no fato de entender por perdidas as informações literais durante o processo de interpretação da informação.” (DI GESU, 2014, p. 138).

O segundo modelo teórico é o do Monitoramento da Fonte, ele explica que “a fonte de uma informação se refere ao local, pessoa ou situação de onde ela provém.” (IRIGONHÊ, 2014, p. 48).

Essa teoria destaca a diferenciação entre a fonte verdadeira da memória recuperada – o acontecimento propriamente dito – e outras fontes, que podem ser internas, tais como pensamentos e sentimentos, ou externas, consistentes em outros eventos vivenciados. (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 31).

Por fim, a Teoria do Traço Difuso, que sustenta a ideia de ser a memória composta por múltiplos traços e não unitária, explicando que existem, portanto, dois sistemas: a memória literal e a memória de essência. (DI GESU, 2014).

Logo, a tese defendida por essa teoria mostra que

As Falsas Memórias espontâneas referem-se a um erro de lembrar algo que é consistente com a essência do que foi vivido, mas que na verdade não ocorreu. Já as Falsas Memórias sugeridas são erros de memória que surgem a partir de uma falsa informação que é apresentada após o evento. Assim, adultos e crianças podem lembrar coisas que de fato não ocorreram baseados na recuperação de um Falsas Memórias espontânea ou sugerida. (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 34).

De todo o exposto, compreende-se que “as Falsas Memórias são hoje reconhecidas como um fenômeno que se materializa no dia a dia das pessoas, tem sua base no funcionamento saudável da memória e não são a expressão de patologia ou distúrbio.” (NEUFELD; BRUST; STEIN, 2010, p. 37).

CAPÍTULO 3: FALSAS MEMÓRIAS E PROCESSO PENAL

1. IMPLICAÇÕES DA FALSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA NO PROCESSO PENAL

Baseando-se nas considerações conceituais e teóricas expostas anteriormente, principalmente, em relação a prova testemunhal e das Falsas Memórias, faz-se necessário enfatizar alguns aspectos fundamentais à análise a que se propõe este trabalho. Qual seja, a importância do estudo interdisciplinar na aferição da credibilidade desse meio probante, explorando também a fragilidade que esse tipo de prova apresenta em decorrência dos aspectos psicológicos nele envolvidos.

Como exposto não há que se confundir falsas memórias com as mentiras, pois aquelas não são intencionais. Na falsificação da lembrança não é possível, para a testemunha, dissociar o verdadeiro do falso, tampouco ter consciência da deformação dos fatos a que está sendo induzida.

Como abordado, diversos fatores como o tempo, a emoção e a sugestibilidade acabam distorcendo acontecimentos passados e até mesmo criando novos na mente do sujeito.

Como pontua relatado,

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. (EISENKRAEMER, 2009, p. 139)

No âmbito do direito processual penal,

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. (DI GESU, 2010, p. 127)

Demonstrada a falibilidade da memória humana, é necessário direcionar uma nova visão sobre o processo penal, que ainda encontra-se muito dependente da prova oral, seja da vítima como também da testemunha.

Cabe acentuar que, inúmeras condenações são fundamentadas com base exclusivamente na palavra da vítima, como ocorre nos crimes que não deixam vestígios.

Nesse foco, Lopes Jr. diz, que:

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. (LOPES JR., 2016, p. 262)

A reconstrução do fato criminoso passado está sujeita a influência de fatores que podem gerar as Falsas memórias, enquanto dependente das informações armazenadas pelo cérebro. Essas informações consideradas verdadeiras podem sofrer influências externas como, por exemplo, de induções por entrevistadores, da mídia.

Resulta daí a indispensabilidade de uma análise rigorosa da prova oral, pois quanto mais frágil a espécie probatória, mais sujeita está a erros, tornando maior o dever da autoridade de controlá-la. (DI GESU, 2010, p. 128).

À frente desse cenário, mostra-se incontestável a necessidade de integração do conhecimento produzido no âmbito da neurociência, da Psicologia Cognitiva e da testemunha na atividade processual penal.

Nesse viés, Di Gesu, explica:

O Direito, em especial o processo penal, não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber, pois depende, na 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. (DI GESU, 2010, p. 88)

Sobre isso, ainda acrescentam Ávila e Gauer, que:

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. (ÁVILA; GAUER, 2010, p. 88)

Assim sendo, a importância dos debates sobre o tema objetiva evitar que pessoas sejam acusadas, condenados e privados de sua liberdade por sentenças embasadas em prova tão frágil.

À vista disso, acentua Giacomolli e Di Gesu (2008, p. 4351),

A investigação e a análise da possibilidade da presença de falsas memórias nos depoimentos de testemunhas evita que pessoas sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com base em uma prova frágil, tal como é a prova testemunhal, a qual, muitas vezes se vale de uma memória distorcida, dissociada da realidade do fato delituoso. (GIACOMOLLI; DI GESU, 2008, p. 4351)

Porém, ressalte-se que a sugestionabilidade por muitas vezes é ocasionada pelos operadores do Direito, especialmente por os responsáveis pela inquirição.

Como aponta Priscila Fernandes.

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 de demais elementos probatórios, o juízo de censura é proferido com base exclusivamente na prova oral colhida de forma tendenciosa. (MIRANDA, 2010, p, 846)

Diante da impossibilidade de outra solução para a credibilidade a prova oral, Giacomolli e Di Gesu (2008, p. 4343), defendem a redução de danos.

Desse modo, Lopes Junior e Di Gesu (2007, p. 67) defendem a utilização de medidas de redução de danos para tentar melhorar a qualidade da prova oral produzida. Entre elas a colheita da prova num prazo razoável, suavizando a influência do tempo na memória e a adoção de técnicas de interrogatório, e a entrevista cognitiva, que permitiriam obter informações quantitativa e qualitativamente superiores às das entrevistas tradicionais.

2. MEDIDA DE REDUÇÃO DE DANOS: A APLICAÇÃO JURÍDICA DA ENTREVISTA COGNITIVA

Embora as inúmeras pesquisas sobre o valor probatório e a credibilidade dos depoimentos, ainda não foram oferecidas propostas eficientes de como realizar oitivas das testemunhas e vítimas. Não se verifica, por parte dos profissionais do Direito, um cuidado acerca da melhor forma que deve ser realizada a entrevista.

Dessa forma, o emprego de técnicas inadequadas para a obtenção de informações guardadas na memória podem ocasionar em um reconhecimento ou depoimento fundado em falsas lembranças.

Nesse fundamento, Cristina Di Gesu relata, que:

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. (DI GESU, 2010, p. 167)

Desta forma, dada a impossibilidade de solucionar o problema das falsas memórias,

O que se deve buscar são medidas de redução de danos, com o abandono da cultura da prova testemunhal, o emprego de técnicas não indutivas nos interrogatórios, utilização de técnicas específicas nos interrogatórios de crianças vítimas ou testemunhas (especialmente nos crimes sexuais), a inserção de recursos tecnológicos (gravação de áudio e vídeo de todos os depoimentos prestados, para controle do tipo de interrogatório empregado) e conhecimento científico na investigação preliminar. Essas são algumas formas de reduzir os danos das falsas memórias no processo penal. (LOPES JR. 2016, p. 265)

Giaccomolli e Di Gesu apontam sugestões para atenuar o problema apontado, quais sejam:

a) a colheita dos depoimentos em um prazo razoável, objetivando a diminuição da influência do tempo (esquecimento) na memória; b) a adoção de técnicas de interrogatório e da entrevista cognitivas, com o intuito de obter informações quantitativas e qualitativamente superiores as das entrevistas tradicionais, altamente sugestivas; c) a gravação das entrevistas, permitindo ao julgador de segunda instância, o conhecimento do modo como os questionamentos foram elaborados, bem como as reações dos entrevistados; d) a realização das perguntas pelas partes após o relato livre do entrevistado (vítima ou testemunha), complementando, o magistrado, ulteriormente, os questionamentos; e) a inutilizabilidade dos relatos (depoimentos) contaminados direta e indiretamente; f) a formação multidisciplinar dos profissionais encarregados da realização das inquirições, com atualizações constantes; g) a exploração de outras hipóteses, diversas da acusatória, por parte do entrevistador, fazendo-se uma abordagem de outros aspectos ofertados pela vítima ou pelas testemunhas, por ocasião dos depoimentos. (GIACCOMOLLI; DI GESU, 2010, p. 39-38)

Por fim, os citados autores concluem ser a prova testemunhal o fator humanizante do processo não podendo ser descartada, mas apenas com a utilização de novas tecnologias é que poderá minimizar os danos resultantes da reduzida qualidade da prova produzida no presente.

2.1 A aplicação jurídica da entrevista cognitiva

Como já abordado, o papel do entrevistador na averiguação do relato da testemunha é de suma importância, pois ele precisará associá-la na busca de informações verídicas contidas na memória.

Desta forma, Segundo Stein e Nygaard (2003, p. 161) a preocupação de juristas e psicólogos com a qualidade dos depoimentos possibilitou a aparição de técnicas que possibilitem alcançar uma maior acuidade, acuidade dos testemunhos.

Assim, a entrevista cognitiva surge nesse contexto como uma tentativa de alcançar o máximo possível de informações corretas do depoente, tendo sido desenvolvida com o objetivo de aumentar a desempenho da memória dos interrogatórios nas investigações policiais (Nygaard; Feix; Stein, 2006, p. 154).

Nesse sentido, para Maria Salomé Pinho (2006, p. 259-261),

A entrevista cognitiva surgiu como resposta à necessidade de melhorar a recordação (evocação) das testemunhas, centrada 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. (PINHO, 2006, p. 259-261)

Baseada em conhecimentos científicos da área da psicologia social e da psicologia cognitiva, o objetivo principal da entrevista cognitiva é obter informações juridicamente relevantes, com depoimentos ricos em detalhes e com alto grau de precisão.

Embora o objetivo da Entrevista Cognitiva seja a utilização de técnicas para lidar com as falhas da memória da testemunha, há que se levar em consideração também as possíveis distorções nas recordações do profissional entrevistador. Para isso, a utilização de gravação em sistema audiovisual, faz-se necessário. Assim, é possibilitado a qualquer profissional, que esteja envolvido na investigação, acesso direto às informações.

Relativo às práticas da entrevista cognitiva as dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses são:

1) não explicar o propósito da entrevista; 2) não explicar as regras básicas da sistemática da entrevista; 3) não estabelecer rapport (a empatia com o entrevistado); 4) não solicitar o relato livre; 5) basear-se em perguntas fechadas e não fazer perguntas abertas; 6) fazer perguntas sugestivas/confirmatórias; 7) não acompanhar o que a testemunha recém disse; 8) não permitir pausas; 9) interromper a testemunha, quando ela está falando; e 10) não fazer o fechamento da entrevista. (FEIX, 2010, p. 211)

Embora sejam grandes as vantagens da Entrevista Cognitiva, em relação a entrevista comum, ainda existem algumas limitações técnicas para sua eficaz utilização. Conforme explica Di Gesu,

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 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. (DI GESU, 2010, p. 171)

Considerando o apresentado, a probabilidade de ocorrer sugestionabilidades, por parte dos entrevistadores, é reduzida com o emprego de técnicas da Entrevista Cognitiva. Isso, tendo em vista, que esses profissionais devem estar treinados para evitar o uso de perguntas fechadas e tendenciosas. Além disso, é preservada a exposição da pessoa a lembranças desagradáveis, respeitando as condições psicológicas daquele que depõe.

Dessa forma, reduzindo-se a quantidade de entrevistas repetidas, diminui-se também a influência da sugestionabilidade, o que, conseqüentemente reduz os casos de falsificação da memória, possibilitando a produção de testemunho com maior credibilidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A prova testemunhal tem o papel de trazer ao processo informações que contribuem na reconstrução de fatos pretéritos. Esses dados são resultado da capacidade de percepção, armazenamento, recordação e interpretação do ser humano. Todavia, a prática forense tem deparado com falhas que esse tipo de prova apresenta, podendo qualquer pessoa cometer equívocos ao recordar um fato.

A indução, a lembrança e a sugestionabilidade são algumas das condições para a constatação das Falsas Memórias que permitem o sujeito lembrar-se de fatos que nunca aconteceram, devido a um processo interno de distorção. Por isso, não é possível uma retomada dos fatos como eles aconteceram realmente. O que ocorre é apenas uma tentativa de reconstrução dos fatos, por isso a verdade que o processo judicial alcançará será, no máximo, a verdade processual.

A credibilidade dos testemunhos é frágil, e havendo sua contaminação por Falsas Memórias, o próprio processo penal estará comprometido. Isso ocorre porque os fatores que influenciam na distorção das lembranças podem ser tanto de origem externa, quanto de origem na própria pessoa.

Contudo, com o sistema do livre convencimento motivado, o juiz pode livremente apreciar a prova produzida em juízo e atribuir-lhe o valor que considerar conveniente, mas nunca deixando de fundamentar sua decisão.

Ademais, salienta-se também que, pode o magistrado buscar mecanismos que o auxiliem na interpretação e valoração correta dos testemunhos colhidos. Recursos que podem contribuir para minimizar distorções na qualidade dos testemunhos seriam, por exemplo, a coleta da prova em um razoável prazo, gravação do depoimento em equipamento audiovisual, como forma de manter o testemunho sempre original.

Desse modo, o cuidado buscado no presente foi de abrir uma reflexão crítica sobre o papel da prova testemunhal na resolução de processos penais no Brasil, isso devido existir a possibilidade de falsificação da memória.

Com isso, a razão deste estudo não consiste em menosprezar esse tipo de prova, mas sim em comprovar que ela, por si só, não é suficiente para fundamentar uma condenação.

REFERÊNCIAS

- ALVES, Cintia Marques. **Efeitos do tipo de item e do monitoramento da fonte na criação e persistência de falsas memórias**. 2006. 79 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas) - Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2006.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da Prova no Processo Penal**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- 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.
- BADARÓ, Gustavo. **Processo Penal**. Rio de Janeiro. Campus, Elsevier, 2012.
- BADDELEY, Alan; ANDERSON, Michael; EYSENCK, Michael. **Memória**. Trad.: Cornélia Stolting. Porto Alegre: Artmed, 2011.
- BARROS, Marco Antonio. **A busca da verdade no processo penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BENTHAM, Jeremías. **Tratado de las Pruebas Judiciales**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-América, v.I, 1959.
- BRAINERD, Charles J. Prefácio. In: Stein, Lilian Milnitsky; et.al.. **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 23. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.
- CARDOSO, Luciane. **Prova testemunhal: uma abordagem hermenêutica**. São Paulo: LTR, 2001.
- CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Trad. Jorge Guerrero. Santa Fé de Bogotá: Temis, v. II, 2000.
- DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Lumen Juris, 2010.
- ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1996.
- FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Memória em Julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias**. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 209-227.

FIORELLI, José Osmir; MANGINI, Rosana Cathya Ragazzoni. **Psicologia jurídica**. - 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2015.

FLECH, Larissa Cívardi. **Falsas memórias no processo penal**. www.lume.ufrgs.br. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/67291/000872494.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 15 jan 2017.

FLORES, Marcelo Marcante. **Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)**. REVISTA IOB DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. Porto Alegre: Síntese, v.11, n.61, Abr./Maio. 2010.

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

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

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 XVIII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília, 2008.

GUIMARÃES, Deoclecio Torrieri. **Dicionário compacto jurídico**. 14. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho: considerações sobre o reconhecimento de pessoas na esfera criminal à luz das falsas memórias**. Disponível em: <<http://new.pensamientopenal.com.ar/sites/default/files/2014/08/doctrina01.pdf>>. Acesso em: 17 jan 2017.

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

JUNG, C. G. **A natureza da psique**. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

LOPES Jr., Aury. **Direito processual penal**. – 13. ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos de Processo Penal: introdução crítica**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LOPES JR., Aury. **Introdução crítica ao processo penal (fundamentos da instrumentalidade garantista)**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARTINS, Charles Emil Machado. **Código de processo penal comentado**. In: BOSCHI, Marcus Vinicius. O alcance possível da prova (da certeza, da verdade e da justiça no processo penal). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

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

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Código de processo penal comentado**. In: BOSCHI, Marcus Vinicius. Meios de prova. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MOURAO JUNIOR, Carlos Alberto; FARIA, Nicole Costa. **Memória. Psicol. Reflex. Crit.**, Porto Alegre, v. 28, n. 4, p. 780-788, dic. 2015. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-79722015000400017&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 15 jan 2017.

NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Georgen; 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.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Código de Processo Penal comentado**. 15. Ed. ver. E ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 3. ed. São Paulo: RT, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2011.

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.

PISA, Osnilda. **Psicologia do testemunho: os riscos na inquirição de crianças**. Disponível em: <<http://meriva.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/4834/1/000384132Texto%2BCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 17 jan 2017.

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.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

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

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

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 10. Ed. Salvador: JusPodivum, 2015.