



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A FRAGILIDADE DA PROVA EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS
FALSAS MEMÓRIAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Luciana Soares Monteiro

Rio de Janeiro
2017

LUCIANA SOARES MONTEIRO

A FRAGILIDADE DA PROVA EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS
FALSAS MEMÓRIAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Artigo apresentado como exigência de conclusão
de Curso de Pós-Graduação Lato Sensu da
Escola da Magistratura do Estado do Rio de
Janeiro

Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro

2017

A FRAGILIDADE DA PROVA EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DA TEORIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO DIREITO PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Luciana Soares Monteiro

Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – a prova é um dos elementos mais importantes do processo penal, pois é nela que se justifica uma condenação ou uma absolvição. Mesmo com o passar do tempo e com as evoluções tecnológicas, a prova oral ainda é relevante no processo penal brasileiro. Contudo, por ser a mais subjetiva de todas as provas, ela está suscetível a influências internas e externas que podem comprometer o depoimento prestado ou o reconhecimento realizado e, por consequência, gerar condenações injustas. Desse modo, a essência do trabalho é abordar quais os tipos de influências que podem comprometer a qualidade das provas e verificar as medidas que podem ser adotadas para reduzir os danos causados ao processo penal.

Palavras-chave – Direito processual penal. Prova. Teoria das falsas memórias.

Sumário – Introdução. 1. Aspectos históricos sobre as provas no processo penal. 2. A influência da teoria das falsas memórias sobre a prova penal. 3. Medidas para redução de danos: como a prova penal pode se tornar mais confiável? Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A proposta da presente pesquisa científica é refletir sobre a fragilidade da prova penal em razão da aplicação da Teoria das Falsas Memórias, segundo a qual a memória humana está suscetível, mesmo que de maneira inconsciente, a se lembrar de fatos que não ocorreram, situações não presenciadas ou lembranças distorcidas de algum evento.

Ainda que o papel da prova testemunhal, quer por meio do reconhecimento de pessoas, quer por meio do depoimento de vítimas ou testemunhas, seja de grande importância no processo penal brasileiro, é preciso discutir até que ponto a memória humana está livre de contaminações internas ou externas, servindo assim de fundamento para possíveis condenações criminais.

Busca-se, então, analisar, sinteticamente, os possíveis fatos que podem influenciar a memória humana e, depois, as medidas a serem tomadas para reduzir os danos causados por depoimentos influenciados pelas falsas memórias.

Percebe-se que o tema proposto é de grande importância social, pois analisa os problemas que podem ser gerados a partir de condenações criminais baseadas exclusivamente em provas orais, sejam elas colhidas por meio de depoimento da própria vítima, sejam elas

colhidas por depoimento de testemunhas oculares, ou até no reconhecimento pessoal, já que depoimentos distorcidos podem gerar conclusões erradas e, conseqüentemente, condenações injustas.

Todavia, é essencial, em um Estado Democrático de Direito, em que ainda vige o princípio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, que se analise também a aplicação das Teorias das Falsas Memórias, segundo as quais, a memória humana é vulnerável, podendo ser influenciada por fatores muitas vezes não queridos pelo depoente.

Dessa forma, no primeiro capítulo, pretende-se analisar o tratamento conferido às provas, no que tange ao conceito, objetivo e os meios de prova utilizados no processo penal, especialmente a prova oral e o reconhecimento pessoal em seus aspectos mais relevantes.

No segundo capítulo, são analisadas algumas teorias da psicologia que estudam a memória e como as situações descritas por essas teorias podem influenciar, de maneira, determinante, porém inconsciente, a memória humana.

No último capítulo, são apresentadas medidas que buscam diminuir os danos causados por essas influências internas ou externas. Assim, embora o ideal seja a aplicação dessas medidas durante a tramitação do processo, buscando ao final, provas livres de contaminações e, com isso, condenações justas, é possível, mediante revisão criminal, solucionar os erros judiciais cometidos em razão de provas defeituosas. Pretende-se, ao final, impedir condenações injustas.

Tratando dos procedimentos metodológicos, quer-se reconhecer, de antemão, que é inegável que a evolução do conhecimento é descontínua, mas é necessário estabelecer um recorte epistemológico que lhe garanta sistematicidade e cientificidade, a fim de garantir que a pesquisa desenvolvida traga reais e sólidas contribuições para a comunidade científica e para os operadores do direito em geral.

A proposta é encaminhar a pesquisa pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador identificou um conjunto de proposições hipotéticas que funcionam como premissas para analisar o problema aqui apresentado.

A abordagem do objeto desta pesquisa jurídica será qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco – analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa (legislação, doutrina e jurisprudência) – para sustentar os argumentos que melhor se coadunam com a sua tese.

1. ASPECTOS HISTÓRICOS SOBRE AS PROVAS NO PROCESSO PENAL

No campo jurídico, o tema prova possui um importante papel, pois a atividade probatória desenvolvida dentro de um processo projeta consequências profundas na vida das pessoas que participaram ou não dele. Isso, por si só, já a torna fundamental para o magistrado em sua busca por uma decisão mais justa possível, seja ela absolutória, seja ela condenatória. E, por estar estritamente ligada à punição estatal, a atividade probatória está repleta de elementos que estão fora da técnica processual, tais como fatores sociais, culturais e políticos.

Taruffo¹ apresenta três teorias que buscam encontrar a função da prova. São elas: (i) prova como uma espécie de *nonsense*; (ii) prova no terreno da semiótica; (iii) prova como determinação da verdade.

Na primeira concepção, as provas não servem como meio para determinar a verdade dos fatos, mas apenas para legitimar racionalmente o processo. Na segunda concepção, a prova tem a função de demonstrar a narração desenvolvida por um dos personagens e, assim, ser assumida como própria pelo juiz. Por último, pela terceira teoria desenvolvida pelo autor, a prova teria a função de aproximar aquilo que foi narrado no processo com os fatos ocorridos.

Tomando por base a última teoria, sabe-se que uma das principais funções do processo, seja ele penal ou cível, é a reconstrução histórica do fato narrado na inicial. No processo penal, a denúncia ou a queixa narram um fato ocorrido no passado e, assim, ao longo do processo, tenta-se reconstruir esse fato. Ao final de toda a instrução, a situação narrada pode estar comprovada ou não.

Então, pode-se dizer que, sinteticamente, o objetivo das partes em um processo é fazer o juiz tomar conhecimento daquilo que efetivamente ocorreu no mundo dos fatos. O instrumento que vai ser utilizado pelas partes para demonstrar a veracidade de suas alegações é a provas. Portanto, pode-se concluir que, no campo jurídico, a prova é o ato praticado pelos sujeitos processuais em que se busca o convencimento judicial.

Nesse mesmo sentido entende Eugênio Pacelli²:

A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando maior coincidência possível com a realidade históricas, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorridos no tempo e no espaço. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.

¹ TARUFFO apud GEUSA, Cristina Di, *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 50.

² OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de, *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 98.

Prova e verdade são matérias intimamente relacionadas, até porque, para a grande parte da doutrina, a finalidade do processo, como demonstrado acima, ainda é a busca da verdade por meio das provas ali produzidas.

A verdade real surgiu juntamente com o sistema inquisitório, em que a busca por essa verdade acabou legitimando atrocidades na história da humanidade. Isso porque, em razão da ambição desmedida pela verdade real dos fatos, o juiz assumia o papel de investigador, ferindo de morte o princípio do imparcialidade.

Depois de superada a concepção de “verdade real”, passou-se a acreditar em uma verdade processual, que estaria condicionada pelos limites do *due process of law*, sendo, portanto, a verdade possível de ser alcançada no processo. Essa concepção de verdade tem o conteúdo mais reduzido do que o conteúdo da verdade real, pois respeita as regras estabelecidas para a obtenção da prova.

Para alguns autores como Aury Lopes Júnior³, “o problema está na palavra ‘verdade’ e não apenas no adjetivo que a ela se pretende unir (real ou processual)”. Isso porque, em ambos os casos, o conteúdo permanece sendo o mesmo. Para esses autores, o que legitima a decisão, portanto, não é o fato de ela se aproximar ou não daquilo que realmente aconteceu, mas sim de ter sido construída seguindo as regras do devido processo legal.

Certo é que o ideal seria levar para o processo aquilo que realmente aconteceu no mundo dos fatos. Todavia, a atividade cognitiva não é tarefa fácil nem para as partes nem para as testemunhas, na medida em que depende, na maior parte das vezes, da memória, da emoção, da formação de lembranças e outros fatores que influenciam aquele que depõe. Portanto, é inviável continuar falando em verdade no processo diante da impossibilidade de reconstrução do fato tal e qual ele efetivamente ocorreu.

Dentre as diversas espécies de provas existentes no processo penal, escolheu-se analisar a prova oral e o reconhecimento pessoal, por serem elas as principais provas produzidas em um processo, especialmente naqueles que tramitam perante a Justiça Comum. Assim, milhares de feitos são julgados com base unicamente em depoimento das testemunhas ou com base nas informações prestadas pelas vítimas, aliados a um indício qualquer. Vê-se, portanto, que, em que pese a fragilidade e a pouca credibilidade dessas espécies de provas, elas acabam sendo o fundamento preponderante da maioria das sentenças condenatórias.

³ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.421.

Em relação à prova testemunhal, dois pontos principais merecem ser analisados: a alteração legislativa no Código de Processo Penal de 2008 e a objetividade como é tratada a testemunha.

Com a reforma legislativa de 2008, o art. 212 do Código de Processo Penal⁴ passou a prever o sistema do *cross examination*. Assim, na audiência de instrução e julgamento, a parte que arrolou a testemunha é a primeira a fazer perguntas diretas para ela, testemunha, seguida da parte contrária e, por último, o juiz deve complementar a inquirição suprindo os pontos não esclarecidos.

Importa mencionar que antes da alteração legislativa, as perguntas das partes eram requeridas ao juiz que as formulava para a testemunha. Tal modelo demonstrava um resquício do sistema inquisitório. Isso porque os questionamentos não eram formulados diretamente pelas partes aos depoentes, ou seja, entre a parte e a testemunha havia uma filtragem exercida pelo juiz.

Tal mudança foi essencial para o fortalecimento do sistema acusatório no processo penal brasileiro. Isso porque o juiz, embora exercendo a função de presidente da audiência, passou a ser também o seu expectador – e não o ator principal, sendo chamado a intervir apenas para controlar a atuação das partes e suprir eventuais lacunas.

Outro ponto fundamental nesta análise sintética sobre a prova testemunhal diz respeito à tentativa de objetivá-la no art. 213 do Código de Processo Penal⁵, que prevê que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato”. Todavia, o objetivo do referido dispositivo é impossível de ser colocado em prática. Isso porque não há como objetivar o mais subjetivo meio de prova existente no processo penal.

Além do fato de a prova testemunhal estar ligada, obviamente, a uma pessoa, o que já garantiria a sua subjetividade, não há como negar que o depoimento das testemunhas é influenciado pelo tempo, pelo lugar e pelo modo como é tomado, conforme será visto nos próximos capítulos.

Também é assim que entende Aury Lopes Júnior⁶:

Se imaginarmos a testemunha como o pintor, encontramos em Merleau-Ponty a lição magistral de que falta ao olho condições de ver o mundo e a falta ao quadro, condições de representar o mundo. Isso porque, ensina o autor, a ideia de uma pintura universal, de uma totalização da pintura, de uma pintura inteiramente realizada, é destituída de sentido. Ainda que durasse milhões de anos, para os

⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 11 set. 2016.

⁵ Ibid.

⁶ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 477.

pintores, o mundo, se permanecer mundo, ainda estará por pinta, findará se, ter sido acabado. Isso não significa – explica Merleau-Ponty – que o pintor (ou a testemunha, em nosso caso) não saiba o que quer, mas sim que ele está aquém das metas e dos meios... até pela impossibilidade de apreensão do todo.

Portanto, é fácil compreender que o referido art. 213 do Código de Processo Penal⁷ contém um obstáculo lógico e evidente, eis que é impossível separar a narrativa realizada por uma testemunha de sua própria apreciação pessoal.

Por outro lado, definir o papel do ofendido na produção de prova penal sempre gerou calorosos debates na doutrina. Isso porque, embora a vítima possa ter diferentes intenções na condenação do réu, não há como negar que sua palavra pode ser de essencial importância especialmente em alguns tipos de delitos.

Primeiramente, é necessário distinguir, de maneira sintética, o ofendido da testemunha. O ofendido, de acordo com a disposição topográfica do Código Penal⁸, não integra o rol de testemunhas, o que o dispensa de prestar compromisso de dizer a verdade.

Essa característica, por si só, já afasta a possibilidade de a vítima responder pelo crime de falso testemunho (art. 342 do Código Penal), embora, nada impeça que responda pelo delito de denúncia caluniosa, previsto no art. 399 do Código Penal⁹, caso reste comprovado que deu causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabia inocente.

Todavia, a grande questão que envolve as declarações do ofendido diz respeito ao seu valor probatório. Isso porque a vítima, por estar envolvida diretamente com a situação concreta, pode ter interesse tanto na condenação do acusado – a vingança, eg. – como na sua absolvição – o medo de represálias, eg. Logo, em virtude do sistema da livre persuasão racional e da menor credibilidade que possui, pode-se concluir que a palavra da vítima, assim como qualquer outro meio de prova, tem relativo valor probatório.

Dessa mesma maneira conclui Aury Lopes Júnior¹⁰: “A palavra da vítima jamais poderá justificar uma sentença condenatória. Mais do que ela, vale o resto do contexto probatório, e, se não houver prova robusta para além da palavra da vítima, não poderá o réu ser condenado”.

Ocorre que, em alguns tipos de crime, principalmente aqueles praticados de maneira clandestina, pouco resta em termos de prova senão a palavra da vítima. É o caso,

⁷ Vide nota 4.

⁸ BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> . Acesso em 13 mar. 2016.

⁹ Ibid.

¹⁰ LOPES JUNIOR, op. cit., p. 462.

principalmente, dos crimes patrimoniais (roubo e extorsão) e dos crimes sexuais. Nesses casos, a jurisprudência dos Tribunais brasileiros é no sentido de que o depoimento coerente da vítima agregado à ausência de motivos que indiquem a existência de falsa imputação são suficientes para embasar a condenação criminal. Todavia, não se pode olvidar que, assim como o depoimento das testemunhas, também as declarações do ofendido podem estar influenciadas pelo tempo, pelo lugar e pelo modo como são tomadas.

Por fim, o reconhecimento de pessoas está previsto no art. 226 do Código de Processo Penal¹¹, que preconiza que, primeiro, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento, será convocada a descrever a pessoa a ser reconhecida e, em seguida, esta será colocada, se possível, ao lado de pessoas que com ela tiverem semelhanças. Já o reconhecimento por fotografia, apesar de não ter previsão legal, a ele, a doutrina¹² aplica também o procedimento previsto no dispositivo supracitado.

Todavia, no dia-a-dia das delegacias e dos tribunais, percebe-se que não é esse o procedimento adotado. Aquele que tem que reconhecer sequer descreve o infrator, do mesmo modo que aquele que tem que ser reconhecido também não é colocado ao lado de pessoas com quem tem semelhanças físicas.

Depois de analisados os principais aspectos da prova oral e do reconhecimento de pessoas, é necessário analisar a memória humana para se comprovar com a mesma é falha e suscetível a influências internas e externas, o que é capaz de, por si só, comprometer a prova e, conseqüentemente, toda a instrução processual.

2. A INFLUÊNCIA DA TEORIA DAS FALSAS MEMÓRIAS SOBRE A PROVA PENAL

A memória é definida como “a faculdade de reter as ideias, as impressões e os conhecimentos adquiridos”¹³. É, segundo Izquierdo¹⁴, a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações. Assim, tudo aquilo que vivenciamos e sentimos fica armazenado em diferentes partes do cérebro, podendo durar por um período curto de tempo ou durante toda a vida de uma pessoa. Portanto, a memória é o grande fator de diferenciação de uma pessoa para outra, já que nela se traz a coleção pessoal de lembranças.

¹¹ Vide nota 8.

¹² LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 704.

¹³ GEUSA, Cristina Di. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 107.

¹⁴ Izquierdo apud CRISTINA DI, Geusa. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, 108.

Contudo, a lembrança não é igual à realidade. Isso porque a realidade que é vivenciada por uma pessoa, primeiro, é interpretada e, depois, armazenada em sua consciência. Essa, por sua vez, possui um inesgotável poder criador, podendo anular e até mesmo falsificar a realidade absorvida por essa pessoa.

Vários são os fatores que podem contribuir para a distorção da realidade armazenada na memória como, por exemplo, a idade, o lapso temporal, as informações externas que a pessoa recebe tanto de seus familiares, como da mídia e etc. Tal cenário, contudo, torna-se mais crítico quando transportado para o processo penal, em que a lembrança de uma testemunha ou até da vítima acerca do fato delituoso vivenciado não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade. Dessa forma, o que vem aos autos e serve de base para o julgamento é apenas parte daquilo que efetivamente ocorreu.

Uma das principais teorias acerca da fragilidade da memória é a chamada “Teoria das falsas memórias”. Apesar de terem existido diversos estudiosos sobre esse tema, este trabalho toma como base os estudos feitos por Elizabeth Loftus, a partir dos anos 70. Tal cientista introduziu uma nova técnica no estudo das falsas memórias consistente na sugestão de falsa informação ou na modificação dos fatos realmente vivenciados. Assim, uma informação não verdadeira era inserida em meio a uma experiência que poderia ter sido vivenciada ou não e, ao final do estudo, a maioria das pessoas realmente acreditava ter passado por aquela experiência. Dessa forma, constatou-se que as falsas lembranças eram elaboradas pela combinação de eventos verdadeiros e de sugestões introduzidas por outras pessoas¹⁵.

Cabe ressaltar, contudo, que as falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas. Na verdade, elas são semelhantes às memórias verdadeiras no que tange à sua base neurofisiológica. No entanto, se diferenciam das verdadeiras pelo fato de serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade¹⁶. A autora cita a seguinte situação como exemplo¹⁷:

Chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos, e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital.

¹⁵ GEUSA, op. cit., p. 100.

¹⁶ STEIN, Lilian M. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. São Paulo: Artmed., 2010, p. 22.

¹⁷ LOFTUS apud M. LILIAN, Stein. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. São Paulo: Artmed., 2010, p. 24.

Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: ‘eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos!’. Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha e, quando interrogados, confessaram diversos delitos, inclusive o assalto ao taxista.

Nesse exemplo, constatou-se que a certeza que o taxista tinha quanto à participação daqueles homens no crime estava relacionada com as fotografias vistas anteriormente no hospital. Na verdade, em razão de toda a emoção que o assalto lhe proporcionou, ele não conseguia reconhecer verdadeiramente os assaltantes.

Dessa forma, embora seja um importante meio probatório do processo criminal, o reconhecimento não deve ser usado como a única prova para obter a condenação. Isso porque, segundo Cristina Di Gesu¹⁸, “estatísticas relevam que num marco de dez anos, nos EUA, de quarenta casos em que houve condenação pelo reconhecimento do réu, em trinta e seis deles a autoria foi afastada depois de submissão ao exame de DNA”,

Percebe-se, portanto, que uma testemunha ou a vítima ao fornecer um relato não verdadeiro, a partir da falsificação de uma recordação, seja para a autoridade policial, seja para a autoridade judiciária, compromete integralmente a confiabilidade do seu testemunho, o que causa sérios prejuízos para o investigado/acusado, que poderá ser condenado com base em uma prova fictícia.

No que tange à colheita probatória, o ideal seria que todas as provas fossem despidas de contaminação interna ou externa. Contudo, isso é impossível, tendo em vista que as pessoas não vivem em uma redoma de vidro, totalmente isoladas de influências externas. E, mesmo se assim fosse, já foi analisado que a própria memória é capaz de criar e misturar fatos, involuntariamente, com situações pelas quais a pessoa nunca passou.

Há diversos fatores que podem deformar a prova, contaminando-a com erros, tais como¹⁹ a idade de quem fala, o transcurso do tempo, a imprensa, o viés do entrevistador e próprio subjetivismo do magistrado.

Em relação ao transcurso do tempo, embora a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LXXVIII²⁰, garanta, como direito fundamental, a duração razoável do processo, o constituinte não estabeleceu o que seria prazo razoável. Fato é que o processo não pode demorar muito, sob pena de configurar uma negação à justiça, porém também não pode ser rápido demais, sob pena de violar outras garantias fundamentais como, por exemplo, o

¹⁸ GEUSA, op. cit., p. 163.

¹⁹ Ibid., p 163.

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 04 mar. 2017.

contraditório e a ampla defesa²¹. Contudo, não se pode esquecer que quanto mais tempo um processo demora, maior é a chance de quem depõe não conseguir lembrar com exatidão dos detalhes da situação.

A imprensa repercute na contaminação da prova, principalmente, nos casos de grande repercussão nacional. No Brasil, há vários exemplos de crimes que ocuparam grande parte dos telejornais durante semanas e até meses (caso Isabela Nardoni, caso do menino Bernardo, caso Elisa Samudio, caso Marcos Matsunaga, dentre outros). A exposição maciça sobre detalhes do fato criminoso acabam influenciando as testemunhas, já que estas podem, ao final, não saber o que realmente presenciaram e o que foi absorvido, posteriormente, das notícias jornalísticas, até porque a testemunha/vítima não fica isolada até a data do seu depoimento.

Em relação à idade, já está comprovado²² que a criança possui um grau de sugestibilidade maior do que adultos em razão de dois fatores diferentes: (a) *cognitio* ou autossugestão, porque a criança desenvolve uma resposta segundo sua expectativa do que deveria acontecer; (b) e outro social, que é o desejo de se ajustar às expectativas ou pressões de um entrevistador, que podem levá-la a criar episódios que nunca ocorreram. Dessa forma, o depoimento da criança não pode ser tomado como puro, devendo, portanto, ser observado, se o seu depoimento está sendo influenciado por aquilo que dela se espera.

Já o viés do entrevistador também tem grande potencial de influenciar aquilo que a vítima e a testemunha efetivamente sabem sobre o delito. Isso porque o modo como as perguntas são feitas, a entonação utilizada por quem entrevista, a repetição de perguntas, a indução de estereótipos, tudo, acaba influenciando aquele que está tendo o depoimento colhido, principalmente porque pode estar em um momento de fragilidade, logo após um crime. Também neste ponto, as crianças são mais influenciáveis, já que procuram adequar o seu discurso àquilo que acreditam que seja a intenção do entrevistador.

O subjetivismo do julgador também deve ser considerado um fator de contaminação da prova. Isso porque, embora o julgador deva ser imparcial, ele não é neutro, e, assim, a avaliação de toda prova produzida no processo, embora não seja feita de forma discricionária (deve ser observado o princípio do livre convencimento motivado), pode ser contaminada pelo subjetivismo do julgador, que acaba trazendo suas vivências e posturas ideológicas para dentro do processo ao analisar a prova.

²¹ LOPES JUNIOR apud CRISTINA DI, Geusa. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 172.

²² WRIGHT apud CRISTINA DI, Geusa. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 144.

3. MEDIDAS PARA REDUÇÃO DE DANOS: COMO A PROVA PENAL PODE SE TORNAR MAIS CONFIÁVEL

Não há como o processo penal brasileiro, principalmente diante da situação notória em que se encontra a investigação técnica policial, renunciar à produção de prova oral ou o reconhecimento de pessoas. Assim, por mais que esse tipo de prova seja suscetível de contaminações externas e internas, não há, por ora, como deixar de utilizá-lo como fundamento de condenações criminais. Assim, embora o ideal fosse o abandono da prova oral e do reconhecimento pessoal, em razão do alto grau de subjetividade desses meios de prova, é preciso pensar em medidas de redução de danos que melhorem a qualidade da prova produzida, enriquecendo assim o contexto probatório.

A primeira medida a ser adotada é a redução do tempo entre a data do crime e a data do depoimento da vítima/testemunha. Isso porque, conforme já mencionado anteriormente, a memória humana é suscetível de contaminações e, assim, a colheita da prova em um prazo razoável suavizaria a influência do tempo na memória, diminuindo o esquecimento e a possibilidade de inclusão involuntária de fatos que nunca ocorreram.

Outra medida que poderia reduzir os danos provocados na colheita da prova oral é a adoção da chamada “entrevista cognitiva”. Segundo Geisa²³, a técnica desenvolvida por Edward Geiselman e Ronald Fisher tem como objetivo primordial: “obter informações quantitativas e qualitativamente superiores às dos interrogatórios tradicionais. [...] Trata-se de um procedimento composto por quatro técnicas gerais, acrescido estratégias complementares para a recordação de detalhes específicos”. Dessa forma, a entrevista cognitiva proporciona ao processo informações mais fidedignas sobre como o fato efetivamente ocorreu, diminuindo o risco de criação de falsas memórias ou de indução de respostas.

Todavia, assim como todo procedimento, a entrevista cognitiva também tem vantagens e desvantagens²⁴. Dentre as vantagens está a já citada riqueza nos detalhes, havendo minimização dos riscos de influências externas e internas que contaminem o depoimento. Porém, tal técnica possui como desvantagem o maior gasto de tempo, já que possui diversas etapas, tendo o depoente que informar sobre tudo o que se recorda da cena, incluindo as informações parciais e aparentemente irrelevantes, além da necessidade de treinamento dos entrevistadores, o que geraria, certamente, mais gastos.

²³ GEUSA, op. cit., p. 200.

²⁴ Ibid.

Também pode-se citar como medida redutora de danos, o chamado “depoimento especial ou depoimento sem dano”. Trata-se de medida alternativa de inquirição de criança vítima ou testemunha de delito sexual²⁵ e, apesar de esta técnica de depoimento já ser utilizada nas varas criminais de Porto Alegre desde 2003, apenas no ano de 2017 é que ela passou a ter aplicação obrigatória nacional pela Lei nº 13.431/2017²⁶.

Importa mencionar que o Projeto de Lei nº 156/09 (novo Código de Processo Penal)²⁷, em tramitação no Senado Federal, a partir do art. 188 descreve o procedimento a ser adotado no caso de inquirição de crianças e adolescentes no processo penal. Trata-se de adoção expressa do chamado “depoimento sem dano”, em que se limita a entrevista da criança ou do adolescente vítima/testemunha a uma única sessão em local separado dos demais envolvidos no processo. Esta sessão deverá ser conduzida por profissional especializado, que fará as perguntas utilizando linguagem simplificada e acessível e deverá ser transmitida por vídeo conferência para os outros participantes e para o juiz que preside a audiência.

Apesar do grande avanço em se prever expressamente em lei nacional medidas capazes de se proteger o depoimento de crianças e adolescentes durante as suas inquirições como vítimas ou testemunhas de crimes sexuais, até porque são elas as pessoas que estão mais sujeitas às interferências internas e externas na memória, tais disposições podem acabar violando princípios consagrados no texto constitucional²⁸, tais como o devido processo legal (art. 5º, inciso LIV), o contraditório (art. 5º, inciso LV) e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV).

Fato é que a partir do momento em que se reduz a um único depoimento, seja ele feito na fase processual ou na fase instrutória – como forma de produção antecipada de prova, estar-se-ia diminuindo as chances de o acusado se defender, tendo em vista que não há sequer previsão no futuro diploma legal sobre a citação do acusado para se manifestar acerca do depoimento a ser prestado. Ademais, a partir do momento em que o profissional especializado refaz, de modo simplificado, as perguntas do juiz, ele pode estar atribuindo suas impressões sobre o caso e sugerindo a resposta do depoente.

Outra forma de diminuição dos danos provocados no depoimento de vítima e testemunhas é a possibilidade de gravação do depoimento. Tal medida já está prevista no atual Código de Processo Penal²⁹, art. 405, parágrafo 1º, e permite ao juiz que irá sentenciar o

²⁵ Ibid., p. 190.

²⁶ BRASIL. Lei n 13.431 de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em 05 jun. 2017.

²⁷ BRASIL. Projeto de Lei 156 de 2009. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>>. Acesso em 18 mar. 2017.

²⁸ Vide nota 19.

²⁹ Vide nota 4.

processo ter um acesso completo aos registros eletrônicos da entrevista. Dessa forma, ao proferir a sentença, o juiz vai analisar o modo como efetivamente os questionamentos foram formulados, bem como os estímulos produzidos nos entrevistados, ficando livre das impressões experimentadas por aquele que colheu o depoimento, já que apesar de no Brasil vigorar o princípio da identidade física do juiz³⁰, na prática, há situações em que esse princípio vai ser mitigado.

Por fim, a última medida a ser analisada é o chamado *Innocence Project*³¹. Esse projeto foi criado em 1992, por dois americanos, Peter Neufeld e Barry Scheck e tem como objetivo realizar exames periciais como, por exemplo, o exame de DNA e, assim, ajudar a esclarecer casos que foram julgados pela justiça americana baseados exclusivamente em prova oral. Desse modo, apesar de esse projeto não ter como propósito minimizar os riscos causados por um depoimento influenciado por falsas memórias, seu alcance é mais profundo, já que tem por finalidade demonstrar a fragilidade de algumas condenações, contrapondo-as a exames técnicos e, conseqüentemente, obter revisões criminais, absolvendo aqueles que foram condenados injustamente.

O referido projeto está sendo trazido para o Brasil³² com o objetivo de propor revisões criminais contra condenações que foram baseadas exclusivamente em provas orais. Isso porque, em um país em que o número de presos provisórios supera em muito o número de presos definitivos³³, não há como pensar em uma reforma carcerária sem detectar os erros cometidos pelo Estado – leia-se, aqui, polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, ao acusar, prender e condenar inocentes.

Portanto, muito embora a memória humana não possa ser isolada, assim como acontece com as cenas de crimes, preservando-se os corpos e impressões digitais, há mecanismos endo e extraprocessuais que auxiliam na redução das interferências que a memória pode sofrer. Contudo, quando a aplicação de tais mecanismos falha, ainda é possível propor revisões criminais, buscando inocentar aqueles que foram condenados injustamente em razão de falha na memória das vítimas ou testemunhas.

³⁰ Princípio da identidade física do juiz está previsto no art. 399, parágrafo 2º do Código de Processo Penal e determina que o juiz que presidiu a audiência profira também a sentença. Porém, assim como todos os princípios do ordenamento jurídico, este também não é absoluto, já que existem diversas situações (e.g. promoção, férias, licenças, etc.), que justificam o desrespeito a tal regra. Assim, nessas situações excepcionais, a gravação da audiência permite um acesso mais puro ao depoimento colhido.

³¹ INNOCENCE Project. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/about/>>. Acesso: 18 mar. 2017.

³² CHAVES, Reinaldo. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/projeto-investigar-casos-inocentes-condenados-brasil>> Acesso: 18 mar. 2017.

³³ Ibid.

CONCLUSÃO

A palavra de uma testemunha ou da própria vítima ainda é o principal fundamento para condenações criminais no Brasil. São diversos os tipos penais como, por exemplo, crimes sexuais, roubos e furtos, em que as condenações se baseiam quase que exclusivamente nas provas orais ou nos reconhecimentos feitos em delegacia ou em juízo. Todavia, a memória humana pode ser facilmente influenciada de maneira involuntária, ou seja, aquele que depõe pode ter a certeza que está falando a verdade, embora, os fatos ali narrados ou características reconhecidas nos acusados sejam inventadas ou até implantadas na sua memória sem que o depoente sequer perceba.

São várias as causas que podem influenciar a memória humana: o longo transcurso do tempo entre o fato e a tomada de depoimento, que pode contribuir para o esquecimento da situação vivenciada; a idade daquele que depõe; a emoção experimentada durante o fato criminoso; a mídia que repercute o fato durante longo período de tempo; o tom escolhido por aquele que toma os depoimentos; a maneira como o reconhecimento pessoal é feito em delegacias, não se respeitando os requisitos elencados no art. 226 do Código de Processo Penal; em suma, são diversos os fatores que podem acabar contribuindo para se ter nos autos apenas parte daquilo que efetivamente ocorreu.

Esse cenário se torna, contudo, mais inquietante quando transportado para o processo penal, em que não só a imagem do indivíduo perante si próprio e perante a sociedade está em jogo, mas também a sua liberdade, que depois da vida, é considerado o bem jurídico mais importante pelo constituinte de 1988.

O Código de Processo Penal, em seu art. 386, em diversos incisos, determina que aquele contra quem não se tem provas suficientes deve ser absolvido pelo Poder Judiciário. Trata-se de previsão do princípio do *in dubio pro reo*. Assim, quando não existirem provas suficientes da autoria, manda o legislador ordinário, que o acusado seja absolvido. Percebe-se que o processo penal brasileiro optou por absolver um culpado a condenar um inocente.

Portanto, não há como, diante de depoimentos nitidamente falhos ou reconhecimentos feitos sem observância do procedimento previsto no Código de Processo Penal, condenar um acusado simplesmente porque “ele se parece com o sujeito que cometeu o delito”, expressão comumente detectada nas sentenças condenatórias brasileiras. É preciso que o procedimento investigatório evolua e se encontre outros meios, mais seguros e mais eficazes, para embasar condenações criminais. Isso porque não há como, em um Estado democrático de direito, retirar a liberdade de uma pessoa embasando-se apenas na memória de outrem.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 set. 2016.

_____. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 13 mar. 2016.

_____. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em 11 set. 2016.

_____. Lei n 13.431 de 04 de abril de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13431.htm>. Acesso em 05 jun. 2017.

_____. Projeto de Lei 156 de 2009. Projeto do Novo Código de Processo Penal. Disponível em: <<http://www.amperj.org.br/emails/PLS156-09.pdf>>. Acesso em 18 mar. 2017.

CHAVES, Reinaldo. *Projeto internacional vai investigar casos de inocentes condenados no Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-mar-08/projeto-investigar-casos-inocentes-condenados-brasil>> Acesso: 18 mar. 2017.

GESUA, Cristina Di. *Prova penal e falsas memórias*. 2. ed. ampl. e rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

INNOCENCE Project. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/about/>>. Acesso: 18 mar. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

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

STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010.