



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

**PROVA PENAL: O REFLEXO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PRODUÇÃO DAS
PROVAS TESTEMUNHAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL**

Pedro da Cal da Costa Ferreira

Rio de Janeiro
2017

PEDRO DA CAL DA COSTA FERREIRA

PROVA PENAL: O REFLEXO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PRODUÇÃO DAS
PROVAS TESTEMUNHAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Artigo apresentado como exigência de
conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do Estado do
Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

PROVA PENAL: O REFLEXO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PRODUÇÃO DAS PROVAS TESTEMUNHAIS NO ÂMBITO DO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Pedro da Cal da Costa Ferreira

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Técnico de Atividade Judiciária do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Resumo – O presente artigo aborda questão relativa à prova testemunhal e a possibilidade de corrupção das lembranças por diferentes aspectos. Busca debater a conscientização das autoridades quanto à falsificação das memórias. Aponta métodos atualmente utilizados que possibilitariam a produção de falsas memórias. Discute o despreparo dos profissionais envolvidos com a coleta da prova testemunhal. Questiona o possível investimento em treinamento e aplicação de técnicas comprovadamente capazes de minimizar os efeitos da formação deste fenômeno. Questiona a aplicação dos Princípios Constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência. Oferece casos concretos que comprovadamente condenaram inocentes exclusivamente em razão da prova testemunhal em que se constatou a produção de falsas memórias. Demonstra a fragilidade da prova testemunhal, considerando a falibilidade da memória e a possibilidade real da formação de falsas memórias. Aponta maneiras de tornar a prova testemunhal no processo penal mais confiável.

Palavras-chave – Processo Penal. Prova Oral. Prova testemunhal. Contaminação. Falsas Memórias. Fatores de Contaminação. Mitigação dos Efeitos.

Sumário – Introdução. 1. Aplicação das falsas memórias na prova testemunhal: uma discussão pautada nas consequências de sua existência no processo penal e o seu objetivo. 2. Poder Judiciário e a contaminação da prova testemunhal: o enfrentamento deste poder pautado nas falsas memórias na atualidade. 3. Mecanismos adotados para mitigar os efeitos das falsas memórias na instrução processual penal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar os aspectos da falibilidade da prova testemunhal e discutir a falsificação da lembrança no campo da ciência jurídica penal. Nesse contexto, o direito penal surge com a finalidade de proteger os bens mais caros da sociedade.

O processo penal é o instrumento para a garantia da esmerada aplicação das normas criadas pelo direito penal. Parece óbvio, mas não é dispensável comentar que, em verdade, o processo penal não se desenvolve sobre fatos acontecidos, mas sim sobre aquilo que foi dito sobre fatos acontecidos.

Paralelamente, pretende-se traçar um paradoxo entre a busca da aplicação de uma pena legítima e a eventual arbitrariedade existente no poder de punir do Estado.

No primeiro capítulo, a explanação se desenvolve abordando qual a importância da prova testemunhal no processo penal, que garantias ela mantém e quais ela viola, bem como o papel da testemunha e a relevância da prova testemunhal no processo penal, a conceituação da terminologia “falsas memórias” e as consequências de sua existência no Processo Penal.

No segundo capítulo, é abordada a forma como o Poder Judiciário tem enfrentado a possibilidade de contaminação da prova oral pela ocorrência de falsa memória atualmente. Os atores judiciais devem estar atentos a essa situação diante da utilização massiva da frágil prova testemunhal.

Por fim, no terceiro capítulo, são analisados quais os mecanismos que podem ser adotados para mitigar os efeitos das falsas memórias na instrução processual penal e as consequências da contaminação processual pelas falsas memórias, assim como medidas de redução e compensação de danos, com o intuito de obter uma jurisdição de qualidade.

A metodologia aplicada no presente artigo procura se basear na pesquisa bibliográfica, através de livros especializados no tema, assim como em pesquisa de julgados, ainda que se trate de temática relativamente inovadora para as Cortes.

Verifica-se a importância desse artigo ao analisar que o processo penal, enquanto busca a relativa verdade dos fatos trazidos à apreciação Estatal, não pode esbarrar em provas sem solidez, capazes de deturpar o processo e, em última análise, absolver um culpado ou produzir um resultado ainda mais gravoso: condenar um inocente. A testemunha ou vítima de um delito se valem de suas recordações ao narrar o fato, advindo daí a necessidade dos profissionais do direito conhecerem o funcionamento da memória, que ao ser evocada, apresenta uma síntese aproximativa daquilo que foi percebido. Ademais, as recordações estão sujeitas a contaminações de várias ordens, como o tempo e o viés do entrevistador, fomentadores da falsificação da lembrança.

O objetivo deste artigo é gerar a discussão quanto ao tratamento dado à prova testemunhal, como hígida e inquestionável, considerando os pontos abordados ao longo da pesquisa, ou seja, demonstrar a relevância de se atestar a fragilidade desse meio probatório, considerando a falibilidade da memória e a possibilidade real e confirmada da formação de falsas memórias. Não se pode mais tolerar que sentenças sejam proferidas diariamente a partir – quase que exclusivamente – da prova testemunhal, desconhecendo os riscos de estarmos

diante de um caso de falsas memórias. O ideal seria o fomento de novas tecnologias na produção da prova, aliada à produção de uma prova testemunhal de qualidade.

1. APLICAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL: UMA DISCUSSÃO PAUTADA NAS CONSEQUÊNCIAS DE SUA EXISTÊNCIA NO PROCESSO PENAL E O SEU OBJETIVO

O objetivo do processo penal é, antes de tudo, reconstruir fatos passados através da produção de provas e indícios que levem ao convencimento do magistrado. Nesse mesmo passo, o objetivo do processo, em si, é descrever algo já ocorrido e seu responsável. Perseguindo este objetivo, o juiz busca a verdade provável, uma vez que não lhe serve a verdade formal – como na esfera cível –, e que não é possível a obtenção da verdade real, também chamada verdade material, sendo certo que esta somente se poderia alcançar pelo processo inquisitivo. Sinteticamente pode-se dizer que no processo penal as partes formulam hipóteses, cabendo ao juiz acolher entre elas a mais provável.

“O juiz é o destinatário da prova. Para ele é feita a reconstrução do fato. Assim, a prova significa induzi-lo ao convencimento de que o fato histórico ocorreu de um determinado modo [...]”¹.

A instrução tem seu auge na oitiva de partes e testemunhas, entretanto, a prova testemunhal não se consubstancia em prova autêntica direta. A prova oral só seria direta na hipótese de ser colhida no momento em que estivesse acontecendo o fato. Assim, o juiz somente dispõe de meios indiretos para alcançar a reconstituição dos fatos.

O sistema processual penal acusatório, diversamente do inquisitório, tem por princípio central o fato de que os gestores das provas são as partes, afastando do julgador a função de acusar e defender. Assim, deve o juiz ser imparcial em relação às provas apresentadas.

Além dessa característica básica, o sistema processual que rege a processualística penal brasileira caracteriza-se ainda pela publicidade, o absoluto emprego das garantias constitucionais do contraditório, ampla defesa e devido processo legal, bem como demais princípios limitadores do poder punitivo do Estado. Nesse passo, é importante salientar entre os princípios e características do nosso sistema, que sejam evidenciados três tópicos de vital relevância: a presunção de não culpabilidade; a personificação do réu como sujeito de direitos

¹ GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p.51.

(e não mais objeto de investigação); e a não taxatividade e não valoração preestabelecida das provas.

A fim de que se observe o sistema acusatório e toda a principiologia penal na condução do processo, torna-se ainda mais importante guardar cautelas quanto ao que vem aos autos por meio dos depoimentos de testemunhas.

A função da testemunha é retroceder nos fatos, buscar resgatar na memória a lembrança de um fato passado e trazer ao conhecimento do julgador, relatando o que tenha visto ou ouvido para que ele possa desenhar as linhas sobre as quais supostamente se desenrolaram os fatos.

O Código de Processo Penal² em seu Título VII, Capítulo VI inseriu o artigo 213 que determina ao juiz que não permita que a testemunha manifeste suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

Aparentemente, neste artigo, a legislação considera que o depoimento da testemunha é uma prova objetiva e, mais ainda, desconsidera a subjetividade da testemunha ao captar o acontecimento, considerando-o também como ato de absoluta objetividade. Considera, assim, que a testemunha é capaz de ser isenta em suas declarações, desde que seja obediente ao comando do magistrado.

O que não se pode olvidar é que, cada ser humano carrega sua própria carga de experiências e reage de forma diversa a situações de trauma e estresse, ponderando-se que quem presta testemunho presenciou um ato criminoso, ou seja, não se trata de uma situação cotidiana.

Fica claro que aquela considerada a “prostituta das provas”, está constantemente sujeita a imprecisões que podem derivar tanto da falibilidade humana quanto da conduta dolosa da testemunha que sempre pode distorcer a verdade dos fatos a fim de favorecer a uma das partes.

A terminologia “Falsas Lembranças” foi usada pela primeira vez em Paris, ao se observar um cidadão que passou a ter recordações de fatos nunca ocorridos, despertando o interesse de estudiosos como Theodule Ribot (1881), conforme citado por Schacter³.

Identificou-se a possibilidade de autossugestão ou sugestão coletiva⁴, demonstrada pelo pesquisador francês Gorphe⁵, que mencionou o caso em que pessoas reconheceram o

² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em: 24 set. 2016.

³ SCHACTER, D. L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a mente esquece e lembra*. Tradução. GUNN, S.A. Rio de Janeiro: Rocco, 2003, p.308.

cadáver de uma pessoa que estava viva, simplesmente por saberem que ela teria dito que iria se matar. As testemunhas do caso sugeriram umas às outras através das informações que trocaram sobre a suposta vítima.

Atualmente, a pesquisadora Elizabeth Loftus é uma das maiores autoridades sobre o assunto, tendo desenvolvido um estudo consistente na sugestão da falsa informação, isto é, a teoria segundo a qual uma informação nova interfere ou atrapalha a codificação e posterior recuperação de outra. Trata-se a inserção de uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, passando assim a produzir a “falsa informação”⁶.

Segundo os estudos de Elizabeth⁷, realizados com mais de vinte mil pessoas, a exposição a informações não verdadeiras pode distorcer a imagem de um fato produzida na memória. Segundo ela, a informação equivocada pode se imiscuir nas lembranças da testemunha, por exemplo, em razão de alguma nova informação obtida através de conversas com outras pessoas ou mesmo de uma reportagem que mostra um evento que fora vivenciado.

A pesquisadora concluiu em laboratório que mesmo as testemunhas presenciais de um evento são sugestionáveis e suas recordações não permanecem inalteradas, imunes aos fatos da vida; estão constantemente sendo reconstruídas ou, em outra hipótese, estão simplesmente sujeitas ao esquecimento.

Como se pode observar, os envolvidos no processo penal lidam incessantemente com as recordações das pessoas, buscando provas de um determinado delito.

No âmbito do processo penal a prova testemunhal deve ser muito mais robusta que no do processo civil, entretanto, em muitas ocasiões, apenas e tão-somente a prova testemunhal é utilizada para embasar, não só a acusação como também a condenação, diante da ausência de outros elementos de prova. Eis aí a cerne da importância de se ter ciência do fenômeno das falsas memórias, buscar identificá-lo e preparar-se para lidar com ele, considerando técnicas que atenuem sua problemática.

⁴ Conforme demonstra o procedimento utilizado por Elizabeth Loftus, o desenvolvimento das falsas lembranças depende de algum tipo de instigação, isto é, de informações não verdadeiras e de perguntas dirigidas, centrando-se mais na indução, devido à influência de fatores externos sem desconsiderar as falsas memórias espontâneas como um dos fatores exógenos de contaminação da prova.

⁵ GORPHE, François. *La Critique Du Témoignage*. Paris: Librairie Dalloz, 1927, p.22.

⁶ Segundo a teoria do paradigma construtivista, a memória é concebida como um sistema único que vai sendo construído a partir da interpretação que as pessoas fazem dos eventos. Assim, a memória resultante do processo de construção seria aquilo que as pessoas entendem sobre a experiência, seu significado e não a experiência propriamente dita.

⁷ LOFTUS, Elizabeth F. *Creating False Memories*, Scientific American Magazine, Washington (USA), v. 277, n.3, p. 70-75, 1997.

A discussão que se desenha trata necessariamente da fragilidade de se julgar alguém com base em critérios possivelmente insólitos, falíveis e que podem ser substancialmente corrompidos por diferentes circunstâncias, algumas das quais já discutidas em tópicos anteriores. Ainda que se considerem os princípios penais e constitucionais protetivos, por muitos considerados “garantistas”, como a presunção de inocência e *in dubio pro reo*, é expressivo o número de decisões condenatórias que se fundam exclusivamente na prova oral, consubstanciada na palavra da vítima ou de testemunhas.

A este respeito, Cristina di Gesu⁸ assim considera:

[...] é inegável que o processo penal valha-se das testemunhas como o mais fácil e mais comum meio de prova. Infelizmente, a prova pericial e demais meios – pelo menos no âmbito da Justiça Estadual – é muito pobre, considerando ser a investigação, muitas vezes, despida de recursos que lhe confeririam qualidade técnica.

Observa-se que, apesar de dar mostra de boa vontade e interesse de aludir somente aos fatos que acredita ter presenciado, e mesmo obedecendo ao sincero compromisso com a verdade, a testemunha pode afirmar ao Juiz fatos oriundos apenas de sua imaginação, produzidos pela dinâmica de sua memória.

A discussão que vem à tona quanto às falsas memórias está centrada tanto na produção da prova testemunhal quanto antes do processo de produção da prova no âmbito processual. Trata-se da ausência de critérios técnicos de qualquer tipo, podendo facilmente se identificar a indução ou sugestionamento. Tais processos – de indução e sugestionamento – podem ocorrer através da observação de questionamentos com viés acusatório ou também através da mídia, que, na maioria das vezes, busca fazer do crime um espetáculo.

2. PODER JUDICIÁRIO E A CONTAMINAÇÃO DA PROVA TESTEMUNHAL: O ENFRENTAMENTO DESTES PODER PAUTADO NAS FALSAS MEMÓRIAS NA ATUALIDADE

A reconstrução do crime é a reconstrução do passado e, para que o passado seja descortinado, faz-se necessária a coleta de elementos de prova. Este processo, na maioria das vezes, não ocorre como deveria, ficando os vestígios do crime sujeito às intempéries do

⁸ GESU, op. cit., p. 104.

tempo. O mesmo ocorre com a memória, que será acessada pelas testemunhas para promover a retomada do fato passado.

A situação ideal de coleta da prova oral seria a análise do conjunto probatório despido de riscos internos ou externos ao processo, entretanto ninguém está isolado das influências causadas pelo decorrer do tempo. Observa-se também, e de forma muito clara, que a percepção de um evento sofre constantemente efeitos de interpretações e de interferências ligadas à experiência pessoal da testemunha, especialmente quando o evento tem natureza traumática. Segundo Luis Felipe Pires de Souza⁹, durante um evento traumático, a testemunha provavelmente incorrerá em distorções da memória, como a amnésia dissociativa, tendendo a focar-se no seu nível de ativação emocional interna.

A autora Cristina Di Gesu¹⁰ apresenta como indicadores de contaminação da prova testemunhal na formação de falsas memórias “o próprio transcurso do tempo, o hábito e a rotina, a imprensa, o viés (normalmente acusatório) do entrevistador, bem como o próprio subjetivismo do magistrado”.

O tempo social e o tempo do direito caminham alheios e em velocidades diversas. Assim, o direito procura mecanismos que permitam dar ao tempo social respostas rápidas, que atendam à necessidade do tempo social. Tais mecanismos se exemplificam por institutos jurídicos como as prisões cautelares, a produção antecipada de provas, a absolvição sumária e o próprio direito à duração razoável do processo.

É evidente que o direito processual carece de uma dinâmica de que o direito material não dispõe. Nessa seara, é indagado se a demora na coleta da prova testemunhal interferiria no grau de sua confiabilidade.

A emenda constitucional n. 45/2004 garantiu ao cidadão brasileiro a razoável duração do processo judicial. O Ministro Gilmar Mendes¹¹ assinala que: “A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a ideia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana”.

O direito à razoável duração do processo pretende afastar dilações indevidas bem como respostas imediatas incapazes de respeitar a maturação da lide, atendendo às demais exigências do devido processo legal. Assim, o mesmo obedecerá a todas as garantias do

⁹ SOUZA, Felipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2013, p.23.

¹⁰ *Ibidem*, p. 167.

¹¹ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p.404.

imputado, sendo indispensável a qualidade técnica da prova, que deve ser coletada com maior grau de confiabilidade possível.

O transcurso do tempo interfere na coleta ideal da prova oral, uma vez que é fundamental para o esquecimento, principalmente de detalhes, que esmaecem, sendo a memória incapaz de reter sua integridade. Assim, a coleta da prova em prazo exíguo certamente aumentará sua confiabilidade ou, no mínimo, diminuirá os riscos de falsificação de memórias.

A relação de conflito que se estabelece entre o tempo, a memória e o esquecimento praticamente afirma que, quanto antes se fizer a coleta da prova testemunhal, ou seja, quanto menor o lastro de tempo entre o fato delituoso e a produção oitiva de vítimas e testemunhas, menor a possibilidade de esquecimento ou mesmo de influências externas.

É notório que o ser humano é altamente sugestionável por meio de experiências cotidianas dos mais variados gêneros. Nesse passo, sobressai a importância do viés do entrevistador e seu potencial de influenciar aquilo que o depoente realmente sabe sobre o fato delituoso.

A entrevista consiste na busca, pelo entrevistador, de informações específicas acerca do fato determinado. Principalmente em crianças¹², a exatidão dos fatos pode ser facilmente maculada pelo modo inábil com que o questionamento se desenvolve, não sendo necessariamente fiéis à verdade dos fatos.

Cristina di Gesu¹³ afirma que:

[...] quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, a fim de obter respostas condizentes com suas convicções. São, portanto, desprezadas as respostas incompatíveis com a hipótese inicial ou então, as respostas são reinterpretadas com o intuito de serem adaptadas a ela.

Segundo a autora, há neste procedimento um resquício inquisitorial, em que o entrevistador busca satisfazer sua hipótese, insistindo na finalidade de confirmar sua certeza prévia de acusação.

¹² O depoimento sem dano consiste na oitiva judicial de crianças e adolescentes que foram supostamente vítimas de crimes contra a dignidade sexual por meio de um procedimento especial que consiste no seguinte: a criança ou o adolescente fica em uma sala reservada, sendo o depoimento colhido por um técnico (psicólogo ou assistente social), que faz as perguntas de forma indireta, por meio de uma conversa em tom mais informal e gradual, à medida que vai se estabelecendo uma relação de confiança entre ele e a vítima. O juiz, o Ministério Público, o réu e o Advogado/Defensor Público acompanham, em tempo real, o depoimento em outra sala por meio de um sistema audiovisual que está gravando a conversa do técnico com a vítima.

¹³ GESU, op. cit., p. 177.

Questiona-se se o agir tendencioso do entrevistador ocorre consciente ou inconscientemente. Independentemente disto, já se apurou por meio de pesquisas que o tom da entrevista acerca do fato influencia diretamente nas respostas. No caso das crianças, por exemplo, pesquisas demonstraram que as recordações são significativamente mais precisas quando concordam com a hipótese oferecida pelo entrevistador, fortalecendo a ideia de cooperação, e não necessariamente de realidade.

Pontue-se que o problema de indução abordado neste tópico está mais facilmente evidenciado na fase pré-processual. Neste momento, testemunhas e vítimas prestam esclarecimentos às autoridades policiais, bem como ao Ministério Público e, de uma forma geral, as entrevistas realizadas pelas citadas instituições são, via de regra, unilaterais, sem o permissivo da defesa, portanto, isentas de contraditório.

O entrevistador pode contaminar o depoimento da testemunha com diversos artifícios, independentemente de sua consciência, como por exemplo, insistir na repetição de determinadas perguntas, inserir um estereótipo ou um tom sentimental, ou mesmo se utilizar de perguntas fechadas e “pressão de pares” – quando assegura que outra pessoa relatou fato semelhante.

Em um melhor detalhamento, as referidas práticas ocorrem na consecução da coleta da prova através de questionamentos com perguntas “fechadas”, ou seja, aquelas que só permitem algumas possibilidades de resposta. Por exemplo: questionar se a roupa do agressor era da cor azul. Uma pergunta como esta poderia levar o depoente a duvidar de suas próprias lembranças.

Em experiências realizadas com pessoas adultas acerca de terem apertado uma determinada tecla do computador, após negarem e ouvirem outra pessoa dizendo que as viram apertar aquela tecla, o depoente muda seu depoimento. Ou seja, diante da convicção de um terceiro, a memória não é “forte” o suficiente para manter sua posição.

O acesso à informação oferecido pela mídia altera severamente as impressões dos fatos presenciados pela testemunha. Casos de grande repercussão, que alcançam jornais e telejornais, evidenciam a ausência de compromisso dos meios de comunicação com seu caráter informativo, destacando a carga sensacionalista e emotiva que imprimem ao suposto fato criminoso. O cenário desenhado pela mídia pode confundir a testemunha sobre aquilo que efetivamente presenciou no momento do crime, e aquilo que leu nos jornais ou assistiu nos noticiários.

O crime tornou-se algo lucrativo, de domínio geral, extrapolando o interesse original do Estado de manter a paz social e alcançando a esfera do entretenimento, na qual o crime é de domínio público, e será explorado da forma que melhor trouxer lucro.

A mídia, por sua vez, não está comprometida com a verdade dos fatos, do processo ou da imparcialidade, movendo a opinião pública e divulgando aquilo que gera manchetes e vende audiência. Assim, quanto maior o tempo e o contato da testemunha com o bombardeio midiático, maiores as chances de contaminação. A repercussão gerada pela mídia, qualquer que seja ela, poderá afetar gravemente a exatidão das recordações, assim também ocorre com os comentários entre familiares, vizinhos e amigos.

O conjunto que acontecimentos que se propagam no tempo, de influências criadas pelos ditos veículos de comunicação em massa para direcionar a opinião pública podem decisivamente modificar as memórias das testemunhas e alterar aquilo que ela acredita ter sido sua percepção da realidade.

Por tratar-se de assunto relativamente novo e muito controverso, o fenômeno das falsas memórias não encontra amparo como matéria de defesa no Poder Judiciário.

Em setembro do ano de 2015, a justiça brasileira decidiu rever o processo¹⁴ que condenou Israel de Oliveira Pacheco pelo estupro de uma mulher na cidade de Lageado, no Rio Grande do Sul. No caso concreto, a vítima, sua mãe e outras duas testemunhas reconheceram o acusado em sede policial. Entretanto, a mãe não manteve o reconhecimento durante a fase processual. Exames de DNA revelaram que o sangue encontrado na colcha da cama, que era a cena do crime, não pertenciam a Israel, mas a outro homem suspeito de outros crimes sexuais. Também não foram encontradas digitais de Israel. Ainda assim, a justiça entendeu valorar a prova oral em detrimento da prova técnica, e o réu vem cumprindo pena há sete anos. O caso alcançou a instância superior que determinou ao Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul fazer um novo julgamento.

Outro caso¹⁵ que ganhou a mídia foi o do dentista André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso que passou quase sete meses preso acusado de ter cometido sete estupros. Durante a investigação policial, uma vítima teria apresentado a placa do carro de André como sendo o

¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal: RVCR 70049748627 RS - Inteiro Teor. 2015. Relator: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton. Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. 0029476-06.2013.8.19.0008. MPX André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso. 2014. Disponível em <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/66561388/djrj-iv-judicial-1a-instancia-interior-20-02-2014-pg-4>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

carro do estupro e outras vítimas o teriam reconhecido na delegacia. O acusado somente foi inocentado porque o resultado dos exames de DNA dos resíduos biológicos retirados das vítimas e das cenas dos crimes provaram que ele não era o responsável pelos estupros.

Os casos não são isolados nem raros, tanto que nos Estados Unidos há uma ONG chamada de *Innocent Project*¹⁶ destinada a comprovar a inocência de pessoas condenadas injustamente. Segundo o site da instituição 333 (trezentas e trinta e três) pessoas foram inocentadas pelo exame de DNA. Entre esses, 20 (vinte) estavam no corredor da morte.

3. MECANISMOS ADOTADOS PARA MITIGAR OS EFEITOS DAS FALSAS MEMÓRIAS NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL PENAL

Considerada condição para o exercício da magistratura, a imparcialidade não é sinônimo de neutralidade. Na verdade, a dita neutralidade é um mito tendo em vista que é impossível cindir o homem de suas experiências, sentimentos, vivências pessoais e da sua própria impressão sobre as circunstâncias dos autos.

A sentença exarada pelo juiz exprime seu convencimento, ou seja, a declaração do que sente acerca do caso concreto levado ao seu conhecimento através da manipulação consciente, ou seja, a estratégia argumentativa de que se utilizam as partes para convencer o julgador.

A obrigatoriedade de atendimento dos requisitos da sentença e a necessidade constitucional de motivar a decisão judicial amenizam a discricionariedade do julgante, entretanto, é impossível dissociar as emoções e vivências do magistrado considerando que se trata de um ser humano e, como tal, jamais será capaz de decidir de forma neutra.

Assim, o próprio subjetivismo do julgador pode acabar por contaminar a prova testemunhal, sobressaindo sua postura ideológica ao tempo da análise das provas.

A Constituição Federal¹⁷, notadamente no artigo 5º, inciso LVII instituiu garantia sólida ao cidadão brasileiro, primando pela preservação da liberdade em caso de dúvida quanto com cometimento de um crime.

Sabe-se que a presunção de inocência observa aspectos distintos como o momento da instrução processual, quando a presunção legal de não-culpabilidade admite a inversão do

¹⁶ NEUFELD, Peter. *Innocent Project*. Disponível em: < <https://www.innocenceproject.org/cases/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

¹⁷ ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 24.ed. São Paulo: Rideel, 2017, p.22.

ônus probatório e, em um segundo momento, quando há a avaliação da prova, que sempre será valorada em favor do réu quando pairar qualquer dúvida.

Considerando a demonstração de fragilidade da prova testemunhal, que tão facilmente pode ser contaminada pelos fatores antes expostos, fica claro que valorar tal prova como base de condenação é violar o princípio do *in dubio pro reo*.

O processo penal não pode ignorar a realidade exposta quase que de forma patológica da falsificação das lembranças, que pode ser observada nas duas fases do processo, ou seja, tanto na fase inquisitorial quanto na fase processual.

A importância do estudo das falsas memórias e a aplicação desses estudos no processo penal tem por objetivo analisar a possibilidade de constatação do fenômeno nos depoimentos de vítimas e testemunhas e evitar que pessoas inocentes sejam investigadas, presas, acusadas e condenadas com base em uma prova que não tem solidez, repleta de distorções que se dissociaram da realidade.

Torna-se necessária a preparação dos profissionais envolvidos com a coleta de depoimentos de vítimas e testemunhas, de forma multidisciplinar – não só profissionais do direito, mas também psicólogos e psiquiatras – a fim de minimizar as consequências danosas.

Almeja-se a produção de uma prova oral com mais qualidade técnica e que, dentro das reais possibilidades dos órgãos responsáveis pela instrução, as investigações e a produção da prova não fiquem adstritas à oitiva da vítima e/ou ao depoimento da testemunha, havendo a qualificação e avaliação de outras provas. O exame metódico da prova oral será capaz de evitar erros judiciais que resultam de falsos ou equivocados testemunhos.

O próprio processo penal oferece o contraditório como mecanismos de controle e regramento da produção da prova, entretanto, torna-se imprescindível que a intervenção verbal seja isenta, sem que o entrevistador busque obter a satisfação de sua hipótese.

Considerando que a esfera policial é necessariamente o primeiro contato do ofendido ou da testemunha com o entrevistador, o ideal seria que os profissionais destinados a esta competência estivessem treinados para obter declarações de forma neutra, despidos de induções ou sugestionamentos, objetivando que mesmo a investigação preliminar cumpra sua função de ilidir acusações sem sólido fundamento.

Sendo a prova testemunhal um fator de humanização, indispensável ao regular desenvolvimento do processo penal, é possível melhorar a qualidade da prova oral, reduzindo danos.

A colheita da prova em tempo razoável amenizaria os efeitos da dilatação temporal, que provocam o natural esquecimento e permitem a contaminação das memórias por influência da mídia ou mesmo de outras pessoas e opiniões do convívio social.

Por outro lado, as técnicas de interrogatório poderiam ser direcionadas à obtenção de informações quantitativa e qualitativamente superiores às aquelas atualmente obtidas, se os entrevistadores fossem tecnicamente preparados para não produzirem informações sugestionadas.

Outra técnica facilmente implementável seria a gravação das entrevistas na fase pré-processual, permitindo o acesso do Juiz aos registros da entrevista e dando ao julgador a chance de observar a quais estímulos a testemunha foi submetida, a fim de apurar indícios de contaminação.

A implementação desse mecanismo tem previsão legal nos termos do artigo 405 do Código de Processo Penal¹⁸, com o fito de obter a fidelidade das informações, dispõe que o registro eletrônico permite a avaliação das técnicas empregadas e as possíveis distorções dos relatos.

Ainda no sentido de melhorar a qualidade das entrevistas, o entrevistador deveria ser treinado para não explorar exclusivamente a versão de acusação, evitando buscar indício de materialidade e autoria do delito. Tal procedimento já evitaria a indução e permitiria o questionamento do depoente sobre a versão efetivamente sólida de seu relato.

CONCLUSÃO

Como se observou ao longo deste estudo, o processo mnemônico, ou seja, de produção da memória, passa por três etapas: aquisição, retenção e recordação. Tal processo não pode ser equiparado a uma produção fidedigna – como, por exemplo, uma fotografia – dos fatos.

Partindo desta premissa inicial, observou-se que cabe aos profissionais ligados à instrução processual o preparo adequado para lidar com a possível contaminação das lembranças das testemunhas bem como o desenvolvimento e aplicação de técnicas que minimizem seus efeitos.

¹⁸ ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 24.ed. São Paulo: Rideel, 2017, p.434.

Pesquisadores entre outros estudiosos procuraram desenvolver propostas para mitigar as consequências críticas das falsas memórias no processo penal, um desses procedimentos seria uma coleta de depoimento sem dano, em um procedimento que não permitisse grande dilação de tempo, inclusive com a utilização de aparato tecnológico – como a vídeo conferência, por exemplo – a fim de permitir a “presença” (ainda que virtual) em tempo real, do defensor do investigado, e assim alcançar objetivos legais mínimos de contraditório e ampla defesa.

Identificou-se a falha na coleta de depoimentos na medida em que costumeiramente a autoridade que procede à inquirição induz a testemunha a responder às “lacunas” da narrativa, estimulando o processo criativo já possivelmente estimulado pelo contato com outras testemunhas, vítimas, com notícias veiculadas na mídia. Assim também se produzem memórias a partir de perguntas fechadas, que visam a respostas curtas e diretas, já envoltas no meio criado por aquele que interroga.

Dentro deste contexto, conclui-se que a produção de falsas memórias no processo penal, da forma como se desenvolve atualmente, não descartada a fase inquisitorial, pode ser considerada como uma patologia, tão grave que é capaz de macular totalmente a confiabilidade da prova produzida e a credibilidade do processo penal.

Tanto os profissionais ligados ao direito, como juízes, advogados, promotores, autoridades policiais, como também profissionais de outras áreas de estudo humano, como psicólogos e psiquiatras, devem trabalhar para evitar problemas dessa ordem e, conseqüentemente, afastar os nefastos resultados deles decorrentes.

Finalmente se observa que o processo penal civilizado deve se desenvolver segundo normas que o legislador estipulou como as mais aptas a produzirem um resultado isento de erros. Para tanto, essas normas devem ser rigorosamente seguidas e respeitadas, buscando-se aliar circunstâncias da realidade prática e conjugando estudos de forma multidisciplinar tendo em vista que, aquilo que pode realmente desacreditar a Justiça Penal, não é a absolvição do culpado, mas a condenação do inocente.

REFERÊNCIAS

ANGHER, Anne Joyce (Org.). *Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel*. 24.ed. São Paulo: Rideel, 2017.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Revisão Criminal: RVCr 70049748627 RS - Inteiro Teor. 2015. Relator: Desembargadora Genacéia da Silva Alberton.

Disponível em <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113187072/revisao-criminal-rvcr-70049748627-rs/inteiro-teor-113187084>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Proc. 0029476-06.2013.8.19.0008. MPX André Luiz Medeiros Biazucci Cardoso. 2014. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/diarios/66561388/djrtj-iv-judicial-1a-instancia-interior-20-02-2014-pg-4>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 20 mar. 2017.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 22 mar 2016.

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

GOMES, Rodrigo Rougllas Eloi. *Aspectos gerais sobre a implantação de falsas memórias*. REVISTA DA ESMAPE, v. 17, n. 36, jul./dez. 2012.

GORPHE, François. *La Critique Du Témoignage*. Paris: Librairie Dalloz, 1927.

GULOTTA, Guglielmo. *Verità e realtà processuale*. In: FORZA, Antonio (org.). *Il processo invisibile: le dinamiche psicologiche nel processo penale*. Venezia: Marsilio, 1997.

NEUFELD, Peter. *Innocent Project*. Disponível em: <<https://www.innocenceproject.org/cases/>>. Acesso em: 20 mar. 2017.

LOFTUS, Elizabeth F. *Creating False Memories*. Scientific American Magazine, Washington (USA), v. 277, n.3, 1997.

LOPES JR., Aury; BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual e sua Conformidade Constitucional*, V.1. 3.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MOREIRA, José Carlos Barbosa (coord.). *Abuso dos Direitos Processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PRADO, Geraldo. *Prova Penal e Falsas Memórias*. In: *Em torno da jurisdição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SCHACTER, D. L. *Os Sete Pecados da Memória: Como a mente esquece e lembra*. Tradução GUNN, Sueli Anciães. Rio de Janeiro: Rocco, 2003.

SOUZA, Felipe Pires de. *Prova Testemunhal*. Coimbra (Portugal): Almedina, 2013.