

**FUNDAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS
FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE DIREITO**

VIVIANE SCHMECHEL

**A CONFIABILIDADE DO TESTEMUNHO NO PROCESSO PENAL FRENTE ÀS
FALSAS MEMÓRIAS
TRABALHO DE CURSO**

Santa Rosa
2019

VIVIANE SCHMECHEL

**A CONFIABILIDADE DO TESTEMUNHO NO PROCESSO PENAL FRENTE ÀS
FALSAS MEMÓRIAS
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira

Santa Rosa
2019

VIVIANE SCHMECHEL

**A CONFIABILIDADE DO TESTEMUNHO NO PROCESSO PENAL FRENTE ÀS
FALSAS MEMÓRIAS
TRABALHO DE CURSO**

Monografia apresentada às Faculdades Integradas Machado de Assis, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

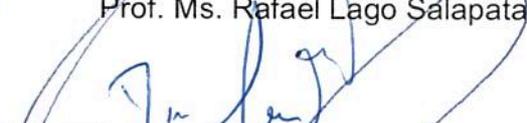
Banca Examinadora



Prof. Dr. Cláudio Rogério Sousa Lira – Orientador



Prof. Ms. Rafael Lago Salapata



Prof. Esp. Roberto Laux Júnior

Santa Rosa, 27 de novembro de 2019.

DEDICATÓRIA

Dedico esse trabalho à minha filha Evelyn Catarina, cujo amor e a ternura me inspiram a seguir em frente diante de quaisquer situações.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus por me conceder todos os meios necessários para concretização desse estudo.

Agradeço a minha filha Evelyn e ao meu companheiro Cristiano pela paciência e compreensão diante da minha continuada ausência e por todo o apoio nos momentos difíceis.

Agradeço aos meus pais Bruno e Helga e a minha irmã Daiane por terem me auxiliado em tudo que se mostrou necessário para que eu superasse todos os obstáculos apresentados ao longo da graduação.

Por fim, e não menos importante, agradeço ao meu orientador Cláudio Sousa Lira por todos os ensinamentos e por seguir comigo nesta caminhada.

Não há nada mais relapso do que a memória. Atrevo-me mesmo a dizer que a memória é uma vigarista, uma emérita falsificadora de fatos e de figuras.

Nelson Rodrigues

RESUMO

O presente estudo versa sobre a incidência de falsas memórias na prova testemunhal produzida no processo penal. A delimitação temática compreende a confiabilidade do testemunho no processo penal brasileiro frente à existência de falsas memórias. A problemática tratada busca esclarecer se a prova testemunhal constitui meio de prova idôneo para embasar um juízo condenatório, tendo-se em consideração a possibilidade de manifestação do fenômeno. Nesse sentido, o objetivo geral do trabalho é analisar em que medida a prova testemunhal é um meio probatório confiável no processo penal, tendo em vista a possibilidade de incidência de falsas memórias nos relatos colhidos. O método de abordagem utilizado nesse estudo foi o dedutivo, sendo a pesquisa caracterizada como teórica, realizada por meio de documentação indireta. O primeiro capítulo trata de aspectos basilares no que se refere ao processo penal e a produção de provas, com ênfase na prova testemunhal. O segundo capítulo, por sua vez, discorre sobre o fenômeno das falsas memórias, apontando as principais teorias que explicam a sua existência, bem como indicando os fatores que aumentam a sua incidência na prova testemunhal. Por fim, é realizada uma análise da confiabilidade dos relatos diante da existência do fenômeno. O terceiro capítulo apresenta alguns meios de combate ao desenvolvimento dessa espécie de distorção de memória. Por meio do presente estudo, é possível concluir que a confiabilidade da prova testemunhal é de sobremaneira afetada pela possibilidade de manifestação das falsas memórias, não configurando, ao menos de forma isolada, meio seguro para embasar um juízo condenatório ou absolutório. Desse modo, além de uma gradativa substituição do atual cenário processual penal, que tem como base a prova testemunhal, devem ser introduzidos métodos que salvaguardem a confiabilidade dos relatos, como a aplicação das premissas da Entrevista Cognitiva e, em determinados casos, a produção antecipada da prova.

Palavras-chave: processo penal – prova testemunhal – falsas memórias – confiabilidade do testemunho.

ABSTRACT

This study focuses on the incidence of false memories in the testimonial evidence produced in the criminal proceedings. The thematic delimitation includes the reliability of the testimony in the Brazilian criminal proceedings before the existence of false memories. The problem addressed seeks to clarify whether the testimonial evidence constitutes a suitable means of evidence to support a condemnatory judgment, taking into account the possibility of manifestation of the phenomenon. In this sense, the general objective of the work is to analyze the extent to which testimonial evidence is a reliable means of evidentiary prosecution, given the possibility of incidence of false memories in the reports collected. The method of approach used in this study was deductive, and the research was characterized as theoretical, performed utilizing indirect documentation. The first chapter deals with basic aspects of criminal proceedings and the production of evidence, with emphasis on testimonial evidence. The second chapter, in turn, discusses the phenomenon of false memories, pointing out the main theories that explain their existence, as well as indicating the factors that increase their incidence of testimonial evidence. Finally, an analysis of the reliability of the reports before the existence of the phenomenon is performed. The third chapter presents some means of combating the development of this kind of memory distortion. Through this study, it is possible to conclude that the reliability of the testimonial evidence is greatly affected by the possibility of manifestation of false memories, not setting up, at least in isolation, a secure means to support a damning or acquittal judgment. In addition to a gradual replacement of the current criminal procedural scenario, which is based on testimonial evidence, methods should be introduced to safeguard the reliability of the reports, such as the application of the premises of the cognitive interview and, in certain cases, the anticipated production of the test.

Key-words: criminal proceedings – testimonial evidence – false memories – reliability of testimony.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PROCESSO PENAL	12
1.1 A PROVA NO PROCESSO PENAL	14
1.2 VERDADE REAL E VERDADE PROCESSUAL.....	21
2 AS FALSAS MEMÓRIAS	25
2.1 FATORES DESENCADEANTES	29
2.2 IMPLICAÇÕES NA CONFIABILIDADE DO TESTEMUNHO	35
3 ALGUMAS ALTERNATIVAS À MANIFESTAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL	38
3.1 ENTREVISTA COGNITIVA	39
3.2 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL	44
CONCLUSÃO	51
REFERÊNCIAS	55

INTRODUÇÃO

A precisão do relato da testemunha acerca do fato criminoso pode ser afetada por diversos fatores, tais como as características específicas que integram a personalidade do ser humano (religião, formação, cultura, etc.), o decurso do tempo e a forma como são formulados os questionamentos pelo entrevistador, contribuindo, inclusive, para que o indivíduo desenvolva falsas memórias.

Nesse sentido, o tema do presente estudo tratará da incidência de falsas memórias na prova testemunhal produzida no processo penal. A delimitação temática, por sua vez, compreenderá a confiabilidade do testemunho frente à incidência do referido fenômeno no processo penal brasileiro. No que se refere à problemática tratada, buscará esclarecer se a prova testemunhal constitui meio de prova idôneo para embasar um juízo condenatório, tendo-se em consideração a possibilidade de manifestação do fenômeno.

O objetivo geral do trabalho consistirá em analisar em que medida a prova testemunhal é um meio probatório confiável no processo penal, tendo em vista a possibilidade de incidência de falsas memórias nos relatos colhidos. Os objetivos específicos corresponderão à verificação de como ocorre o fenômeno de criação de falsas memórias pelo indivíduo, à análise dos fatores que afetam a precisão do testemunho no processo penal ensejando o surgimento dessa distorção de memória, bem como à análise da viabilidade do uso da prova testemunhal como fundamento de condenações no processo penal e à apresentação de alternativas para aperfeiçoamento do procedimento de produção da prova testemunhal, com vistas à redução dos fatores que contribuem para criação de falsas memórias.

Mostra-se relevante analisar no que consiste o fenômeno das falsas memórias, quais os fatores que contribuem para sua incidência nos depoimentos coletados no processo penal e em que medida a prova testemunhal pode ser considerada um meio probatório confiável. Isso porque o testemunho constitui um dos principais meios de prova do processo penal e serve como fundamento, inclusive de forma isolada, para emissão de incontáveis juízos condenatórios e absolutórios.

A viabilidade da pesquisa se verifica a partir da existência de dados disponíveis para estudo, na forma de bibliografias e de legislação vigente. Ainda, os pesquisadores da área ressaltam a imprescindibilidade de uma análise aprofundada acerca das distorções da memória que afetam a prova testemunhal, uma vez que são capazes de gerar grandes impactos na área jurídica, mostrando-se, desse modo, um tema coerente para análise.

Outrossim, por se tratar de temática não muito difundida no âmbito jurídico brasileiro, se buscará trazer esclarecimentos e somar conhecimentos aos acadêmicos e demais operadores do direito, bem como incentivar novas pesquisas na área. Desse modo, o propósito da presente pesquisa será a análise acerca da confiabilidade do testemunho ante às falsas memórias, com a proposição de mudanças quanto ao procedimento de coleta da prova, a fim de reduzir os danos causados por essa distorção de memória.

No tocante à metodologia que será utilizada para confecção do presente estudo, cabe mencionar que a pesquisa será teórica. O levantamento de dados, por sua vez, será realizado por meio de documentação indireta, especificadamente utilizando-se da pesquisa bibliográfica. O fenômeno será estudado de forma explicativa. Por fim, o tratamento de dados empregado será o qualitativo e o método de abordagem o dedutivo.

O presente estudo será composto por três capítulos. O primeiro capítulo tratará de aspectos basilares sobre o processo penal e sobre a produção de provas, destacadamente da prova testemunhal. Além disso, serão trazidas algumas ponderações acerca do conceito de verdade no processo penal. Assim, serão realizados alguns apontamentos introdutórios acerca do tema, a fim de situar o leitor no contexto a ser discutido por essa pesquisa.

O segundo capítulo abordará o fenômeno das falsas memórias e as principais teorias que explicam a sua existência. Também serão apresentados alguns dos fatores que ensejam o seu desenvolvimento na prova testemunhal, quais sejam, o transcurso do tempo, a mídia e a linguagem e o método utilizado pelo entrevistador. Por fim, serão tecidas considerações acerca das implicações do fenômeno na confiabilidade do testemunho.

O terceiro capítulo, por sua vez, discorrerá sobre os meios de se amenizar a incidência das falsas memórias nos depoimentos prestados, apresentando como alternativas o emprego das técnicas preconizadas pela Entrevista Cognitiva ao

procedimento de coleta dos relatos e, em determinados casos, a aplicação do instituto da produção antecipada de provas.

1 BREVES APONTAMENTOS ACERCA DO PROCESSO PENAL

Ao longo da história a estrutura do processo penal sofreu variações, influenciada pelas questões políticas e ideológicas que predominaram em cada época. O autor Aury Lopes Júnior esclarece que, em comparação aos demais ramos do direito, a interferência desses dois fatores é mais notória no que se refere ao direito processual penal. Segundo o autor, a ocorrência desse fenômeno se deve ao fato de que o processo penal é responsável por atingir diretamente o indivíduo, possuindo a capacidade concretizar o poder punitivo do Estado (LOPES JÚNIOR, 2017).

Em regra, são indicadas como espécies de sistemas processuais penais o sistema inquisitorial, o sistema acusatório e o sistema misto. Contudo, Aury Lopes Júnior e Guilherme Souza Nucci trazem uma crítica a classificação intitulada mista. Isso porque consideram que inexistir uma forma pura de sistema processual, sustentando que apenas predominarão as características de um ou de outro sistema. Logo, todos os sistemas processuais poderiam ser classificados como mistos (NUCCI, 2016; LOPES JÚNIOR, 2015).

No que tange a forma processual inquisitorial, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima indica que

Adotado pelo Direito canônico a partir do século XIII, o sistema inquisitorial posteriormente se propagou por toda a Europa, sendo empregado inclusive pelos tribunais civis até o século XVIII. Tem como característica principal o fato de as funções de acusar, defender e julgar encontrarem-se concentradas em uma única pessoa, que assume assim as vestes de um juiz acusador, chamado de juiz inquisidor. (LIMA, 2017, p. 38).

Percebe-se que nessa estruturação é inviável o exercício do contraditório, pois sequer existia algum embate entre acusação e defesa, eis que se tratava de funções acumuladas em uma mesma figura. Além do mais, as funções de acusação e defesa são claramente incompatíveis, prejudicando assim a imparcialidade e objetividade do julgador quando da sua decisão (LIMA, 2017).

Outra particularidade desse sistema, consiste no fato de o próprio juiz ser gerenciador das provas, podendo determinar de ofício a sua produção, em qualquer momento do processo ou até mesmo das investigações. Esse arranjo era legitimado por meio da premissa de que a produção probatória buscava uma ampla e completa

reconstrução dos acontecimentos, admitindo-se o emprego de quaisquer meios e métodos para tanto (LIMA, 2017).

Em regra, o processo assumia a forma escrita e sigilosa, não permitindo que o acusado tivesse ciência das acusações que pesavam contra ele ou que apresentasse algum elemento de prova em seu favor. O acusado não era considerado sujeito de direitos, ao contrário, era apenas mero objeto do processo, permitindo-se seu encarceramento preventivo e sua manutenção em completa incomunicabilidade, bem como práticas como a tortura, com a finalidade de obter confissão (LIMA, 2017).

Destarte, constata-se que o sistema acima descrito é, indubitavelmente, um grande violador dos direitos e garantias atualmente asseguradas a todos os indivíduos, tanto pela Constituição Federal Brasileira, quanto por tratados internacionais, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (LIMA, 2017).

O sistema processual penal acusatório, por sua vez, predominou aproximadamente até meados do século XII, quando substituído de forma gradativa pelo mencionado sistema inquisitorial. Diferentemente da forma processual inquisitorial, é caracterizado pela atribuição das funções de acusar, defender e julgar a sujeitos diversos. Desse modo, é propiciado o contraditório, podendo acusação e defesa se contraporem, em igualdade de condições, e ao juiz, cabendo somente o julgamento, enquanto terceiro imparcial e destinatário das provas (LOPES JÚNIOR, 2017).

Destaca-se que no sistema acusatório a iniciativa da produção probatória deve ser atribuída às partes no decorrer de todo processo, não apenas inicialmente. Desse modo, os atos de caráter probatório ou persecutório praticados de ofício pelo juiz são incompatíveis com o sistema em comento, violando o princípio da imparcialidade (LOPES JÚNIOR, 2015). Em análise dos sistemas inquisitorial e acusatório, o autor assevera 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 hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 158).

Outrossim, há ainda o sistema processual penal misto. Renato Brasileiro de Lima indica que esse pode ser entendido como a união dos dois sistemas já

comentados, tendo surgido a partir do século XIII. Segundo esse autor, é caracterizado pela divisão do processo em duas etapas, a instrução preliminar, com características do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, em que se sobressai o sistema acusatório (LIMA, 2017).

A esse respeito, o doutrinador Eugênio Pacelli pondera que a definição de sistema processual deve ser restringida ao processo, de modo que não se justifica a classificação do sistema processual como misto em razão de predominar a forma inquisitiva na fase pré-processual. Assim, sendo mais bem embasada no fato de serem atribuídos ao Juiz, pelo Código de Processo Penal, alguns poderes que destoam do que preconizam as premissas do sistema acusatório (PACELLI, 2015).

Lima afirma que com a vigência do Código de Processo Penal Brasileiro, inicialmente, era predominante o entendimento de que o sistema processual penal adotado no Brasil era o misto. Todavia, após a Constituição Federal de 1988, esse definiu-se como sistema acusatório. Isso porque a carta magna previu expressamente a divisão das funções de acusar, defender e julgar, bem como o princípio da presunção de inocência e o direito ao contraditório e à ampla defesa (LIMA, 2017).

Tal doutrinador ressalta que o sistema processual brasileiro não apresenta características unicamente de um modelo acusatório. Porém, assevera que não pode o sistema ser delimitado a partir do Código de Processo Penal, mas sim às legislações infraconstitucionais deve se dar uma interpretação conforme a constituição, considerando os direitos e garantias nela estabelecidos (LIMA, 2017).

1.1 A PROVA NO PROCESSO PENAL

O processo penal, segundo Aury Lopes Júnior, é um instrumento para reconstrução dos fatos investigados, tal como ocorreram no tempo e no espaço. À vista disso, as provas são o meio de efetuar essa reconstrução, visando propiciar a compreensão do juiz acerca do que lhe é apresentado em cada demanda (LOPES JÚNIOR, 2015). Nesse sentido, Mosconi afirma que

Isso decorre do paradoxo temporal ínsito no ritual judiciário: um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro. (BEIRAS, DOBON (Orgs.), 1997, p. 91-103 *apud* LOPES JÚNIOR, 2015, p. 251).

A meta da parte é convencer o julgador de que os fatos se deram como descritos em sua petição, de que a sua noção da realidade é a correta. Nesse contexto, pode-se dizer que as provas possuem uma finalidade persuasiva, porquanto são fundamentais para que o juiz eleja a hipótese mais plausível dentre as indicadas pelas partes (NUCCI, 2016).

Para Cordero, as provas retratam tudo que for útil na formação de um juízo histórico acerca de um acontecimento. O autor as classifica como funções narrativas e funções indutivas. As funções narrativas englobam os atos e coisas que são produzidas pelo ser humano, como o relato de uma pessoa ou algum texto por ela elaborado. Assim está sempre presente a possibilidade de que o narrador/autor erre ou minta. A validade das funções narrativas está ligada à crença do seu destinatário sobre o que está sendo enunciado (CORDERO, 2000 *apud* DI GESU, 2019).

A classe de provas das funções indutivas é composta pelas imitações mecânicas, tais como filmagens, documentos e fotografias. A respeito desse meio probatório, ocorre o que Cordero denomina de semiótica normativa, considerando que de uma premissa tem se determinada conclusão, essa premissa pode ser tida como uma prova legal, cujos efeitos são previamente estabelecidos pela legislação. Não se trata mais de uma questão de fé, como no que se refere as funções narrativas (CORDERO, 2000 *apud* DI GESU, 2019).

A presente pesquisa tem como principal enfoque a prova testemunhal, que, conforme mencionado, depende de um elemento subjetivo para ser valorado, qual seja, a crença do julgador no depoimento prestado. O foco do estudo se justifica na importância que tal meio de prova possui no processo penal, constituindo um dos seus principais meios probatórios, bem como pela possibilidade de ser afetada pelo fenômeno das falsas memórias.

Todavia, previamente ao aprofundamento no tema proposto, é pertinente uma breve explanação no que se refere a principiologia da prova, essencial a uma compreensão global acerca do ponto, tendo em consideração o que preconiza a Constituição Federal Brasileira.

Segundo o autor José Afonso da Silva, princípio jurídico sugere uma ordenação que se irradia e envolve todo o ordenamento, servindo alicerce para interpretação, integração, compreensão e aplicação do direito positivado aos casos concretos. Todas as áreas possuem princípios aplicáveis, alguns expressos na própria

legislação, outros implícitos, por vezes resultado da avaliação conjunta de vários dispositivos legais (SILVA, 1992 *apud* NUCCI, 2016).

Norberto Avena indica como princípios que informam a matéria das provas no processo penal: o contraditório, a comunhão, a oralidade, a publicidade, a autorresponsabilidade das partes e a não autoincriminação (AVENA, 2017). Adotando-se a principiologia apontada pelo autor, será realizada uma breve explanação acerca dos princípios acima discriminados.

No tocante ao princípio do contraditório, Aury Lopes Júnior esclarece que, basicamente, estabelece o direito de participar, de ser informado dos atos ocorridos no processo e da faculdade de se manifestar acerca do que apresentado pela parte contrária. Assim, a uma parte deve ser oportunizada a manifestação acerca das provas apresentadas no processo pela outra, permitindo que produza uma contraprova (LOPES JÚNIOR, 2015).

É atribuído ao processo, dessa forma, uma função dialética, pois apresentados dois posicionamentos contrapostos, que serão discutidos e ao final permitirão que o julgador chegue a uma conclusão (LOPES JÚNIOR, 2015). Nesse contexto, a autora Cristina Di Gesu aponta que

[...] o contraditório é imprescindível para que a reconstrução da pequena história do delito seja feita com fundamento nas versões da acusação e da defesa. Destarte, haverá processo sempre que houver o procedimento realizando-se em contraditório entre os interessados, sendo a essência deste a simetria de paridade de participação nos atos preparatórios do provimento. (DI GESU, 2019, p. 69-70).

Quanto ao princípio da comunhão, Avena esclarece que se refere à circunstância de que as provas, apesar de serem de iniciativa das partes, depois que juntadas aos autos, não pertencem mais àquele que as apresentou. Após comporem o processo, essas a ele pertencem, ficando à disposição do julgador e das demais partes, como elemento a ser utilizado na resolução da demanda (AVENA, 2017).

Avena apresenta ainda como norteador das provas no processo penal o princípio da oralidade. A partir dele tem-se que sempre que possível as provas devem ser produzidas oralmente, com intuito de que o julgador tenha contato direto com a prova, quando estiver sendo produzida. Busca-se assim que ele possa guardar na memória seus aspectos mais importantes, valorando-os com mais precisão no momento em que proferir a sentença (AVENA, 2017).

O princípio da publicidade, por sua vez, busca assegurar a transparência da atividade jurisdicional. Renato Brasileiro de Lima pondera que se trata de um preceito que se aplica à esfera processual de forma geral, mas também, e destacadamente, no que tange às provas. Deve ser possibilitada a fiscalização dos atos que praticados, não somente pelas partes, mas também pela sociedade como um todo (LIMA, 2017).

Cabe ressaltar que o processo na forma sigilosa é característico de regimes autoritários, em que vigora um sistema processual inquisitivo, violador das garantias e direitos fundamentais do indivíduo. A esse respeito afirmam Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf

[...] a publicidade dos atos governamentais é uma das principais características do Estado Democrático de Direito, pois passou a ser considerado como principal instrumento de combate aos estados totalitários e autoritários. A publicidade dos atos processuais permite a realização da fiscalização e controle da atividade jurisdicional pela população e pelo Tribunais Superiores impedindo arbitrariedades, tiranismo, descisionismo e discricionariedade exacerbada por parte dos membros do Poder Judiciário. (MARGRAF; MARGRAF, 2018, p. 49-50).

Para Luigi Ferrajoli, a publicidade propicia tanto um controle externo como interno da atividade judiciária. O externo ocorre mediante a garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no processo. Já o interno se dá por meio da garantia de segundo grau, em que as provas que instruíram o processo e a forma como foram produzidas/obtidas poderão ser reavaliadas (FERRAJOLI, 2006).

No que se refere ao princípio da autorresponsabilidade das partes, Norberto Avena sustenta que reflete o compromisso das partes quanto aos atos que relativos à convalidação de seus argumentos. Assim, a presença de erro ou de negligência em suas manifestações, ou mesmo a sua inatividade, trará consequências a serem arcadas (AVENA, 2017).

À vista disso, caso o Ministério Público não comprove as alegações contidas na denúncia, o acusado será absolvido. Sob outra perspectiva, é perfeitamente viável a utilização do depoimento de testemunha que arrolada pela defesa como fundamento para condenação do réu, se esse em vez de beneficiá-lo, o tenha incriminado. Desse modo, são as partes as responsáveis por seus atos, devendo assumir as consequências deles resultantes (AVENA, 2017).

Por fim, o doutrinador Renato Brasileiro de Lima esclarece que o princípio da não autoincriminação, de forma simplificada, retrata a vedação ao uso de qualquer

meio de coerção do acusado para obter elementos de prova, ou mesmo uma confissão, que acarretem a sua condenação. Também chamado de *nemo tenetur se detegere*, tem a finalidade de resguardar o indivíduo dos excessos cometidos pelo Estado (LIMA, 2017).

As manifestações mais correntes desse princípio são o direito do acusado de se manter em silêncio e a possibilidade de se negar a fornecer material genético para ser utilizado em investigação criminal. Embora não previsto expressamente e de forma literal pela Constituição Federal de 1988, surge a partir da análise de dispositivos constitucionais associada a observância da legislação internacional que ratificada pelo Brasil, especificamente do art. 8, 2, alínea “g”, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (MARGRAF; MARGRAF, 2018).

A presente pesquisa é direcionada à prova testemunhal produzida no processo penal. O estudo desse tema, enquanto fundamento de sentenças condenatórias e absolutórias, possui grande relevância e deve inspirar grande cautela. O autor Eugênio Pacelli define que

Todo depoimento é uma manifestação do conhecimento, maior ou menor, acerca de determinado fato. No curso do processo penal, a reprodução desse conhecimento irá confrontar-se com diversas situações de realidade que, consciente ou inconscientemente, poderão afetar a sua fidelidade, isto é, a correspondência entre o que se julga ter presenciado e o que se afirma ter presenciado. (PACELLI, 2015, p. 412).

Embora a prova oral se revele, ao menos nesse viés, significativamente frágil, Pacelli confirma que o deslinde da maior parte das ações penais dela depende (PACELLI, 2015). Logo, mostra-se crucial debater a vulnerabilidade dessa espécie de prova, com ênfase na possibilidade de desenvolvimento de falsas memórias, buscando analisar as formas atuais de enfrentamento do problema.

A prova testemunhal encontra-se regulada pelo Código de Processo Penal Brasileiro no Título VII, Capítulo VI (BRASIL, 1941). Os autores Priscila de Oliveira Margraf e Alencar Frederico Margraf esclarecem que

A testemunha no processo é uma pessoa distinta dos sujeitos processuais que quando intimada na forma da lei, por ter conhecimento de fatos ou de atos jurídicos, relevantes ou controvertidos entre as partes, presta depoimento em juízo, para atestar a sua existência e a sua eficácia. (MARGRAF; MARGRAF, 2018, p. 84).

Desse modo, a testemunha desempenha uma função retrospectiva, pois a infração penal é sempre um acontecimento passado. Segundo Lopes Júnior, ela relata no presente um evento que presenciado no passado, utilizando-se, para tanto, da sua memória, a qual é suscetível a contaminações e fantasias. Assim, passa o conhecimento daquilo que viu e ouviu ao julgador, permitindo a concretização da função recognitiva do processo. Essa é uma das características essenciais do testemunho, sendo em virtude dela vedada à testemunha o exercício de futurologia ou do papel de vidente (LOPES JÚNIOR, 2015).

Um segundo aspecto a ser destacado é que, ressalvadas as poucas exceções, o testemunho deve ser prestado de forma oral, permitindo que as partes e o julgador participem da produção da prova. Busca-se, assim, além de ensejar um contato direto do julgador com a prova a ser produzida, possibilitar o exercício do contraditório pelas partes (DI GESU, 2019).

Também apontada como característica da prova testemunhal a objetividade, essa merecendo análise mais detalhada. O artigo 213 do Código de Processo Penal estabelece que “o juiz não permitirá que a testemunha manifeste as suas apreciações pessoais, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.” (BRASIL, 1941). Todavia, tal determinação desconsidera que a subjetividade é inerente ao ser humano, pois cada indivíduo tem uma maneira própria de absorver os fatos que presencia (DI GESU, 2019). Pacelli refere que

[...] no plano do consciente e do inconsciente individual, a gravidade dos fatos, as circunstâncias do crime, bem como diversos outros fatores ligados à pessoa do acusado ou da vítima e à própria formação moral, cultural e intelectual do depoente poderão influir no espírito e, assim, no discernimento da testemunha. (PACELLI, 2015, f. 413).

Desse modo, embora se tratando de um mesmo fato, no caso de existirem duas testemunhas, haverá dois relatos distintos. Isso não representará uma inverdade, ao menos não na totalidade dos casos. Poderá ser sinônimo apenas de que cada pessoa tem uma forma singular de avaliar uma situação, baseada em suas próprias características pessoais, como personalidade, experiências e traumas vividos, e mesmo a cultura do meio em que vive (PACELLI, 2015).

Cristina Di Gesu considera que a objetividade da testemunha, tendo em conta a interioridade neuropsíquica do ser humano, parece ilusória. A autora pontua que o aparato perceptivo trabalha seletivamente, uma vez que possui capacidade limitada.

Explica que, em virtude disso, a testemunha que está exposta a vários estímulos no mesmo momento, absorve aqueles a que está habituada, considerando ainda que muito estará vinculado ao seu estado emotivo (DI GESU, 2019). Nesse contexto, Franco Cordero esclarece que

Os dados sensoriais não são percepções, já que somente chegam a ser mediante uma tarefa classificatória automática, e, portanto, inconsciente; e ao variarem os modelos, alteram-se as figuras; e seria coisa assombrosa se o médico, o quiromante, o botânico, vissem a mesma face na mesma pessoa. (CORDERO, 2000, p. 60 apud DI GESU, 2019, p. 95).

Todos esses elementos apontam para impossibilidade de um relato neutro, isento de apreciações pessoais. O autor Aury Lopes Júnior assevera que a objetividade do observador está assentada na ideia de cisão entre emoção e razão. Por conseguinte, ressalta que a conceituação de objetividade do testemunho deve ser reduzida a eliminação dos excessos de adjetivação e afirmações valorativas, que indiquem o julgamento da testemunha sobre o fato em questão e que são, portanto, dispensáveis (LOPES JÚNIOR, 2015).

Outro fator a ser analisado no tocante à prova testemunhal é a forma como a testemunha é inquirida em juízo. Até a reforma processual promovida pela Lei nº 11.690/2008, o sistema de inquirição de testemunhas era o presidencialista. Nessa forma, o juiz inquiria as testemunhas e somente após as perguntas do julgador era facultado às partes a formulação de questionamentos, os quais, por sua vez, conforme a redação original do Código de Processo Penal Brasileiro, também deveriam ser efetuados por intermédio do juiz (GRECO FILHO, 2015).

A autora Cristina Di Gesu assinala que a forma de inquirição presidencialista se relaciona diretamente com o sistema processual penal inquisitorial, uma vez que o julgador não atua somente como terceiro imparcial e destinatário da produção probatória. Ao formular os questionamentos de forma exclusiva o juiz assume o papel principal na feitura da prova, equiparando-se ao sistema inquisitorial, em que as funções de acusar, defender e julgar concentravam-se em um único sujeito e a imparcialidade do juiz era substancialmente prejudicada (DI GESU, 2019). Para a autora

[...] a principal característica diferenciadora do modelo acusatório em relação ao inquisitório é justamente a gestão da prova. Isto quer dizer que se a gestão probatória estiver a critério do julgador (juiz instrutor), o *princípio informador*

do sistema é o inquisitivo; de outra banda, se a gestão da prova estiver a cargo do órgão acusatório, o *princípio informador* é o dispositivo. (DI GESU, 2019, p. 97).

No entanto, após as alterações legislativas de 2008, as perguntas passaram a ser formuladas pelas partes diretamente às testemunhas, cabendo ao julgador inadmitir aquelas que induzirem a resposta, não tiverem relação com a causa, ou então importarem na repetição de outra questão já respondida, sendo ao final facultado ao magistrado complementar a inquirição. Tal forma de inquirição melhor se adequa ao sistema penal acusatório, que em interpretação conforme a Constituição vigente, é o adotado pelo Código Penal Brasileiro (DI GESU, 2019).

1.2 VERDADE REAL E VERDADE PROCESSUAL

Conforme leciona Fernando da Silva Alves, a divisão entre uma verdade real e uma verdade processual ou formal surgiu a partir da segmentação entre processo penal e civil, fundada no dogma de que o processo penal dependeria da verdade real, correspondente à realidade dos fatos, enquanto o processo civil estaria restrito à verdade processual (ALVES, 2014).

Assim, ao contrário do processo civil, o processo penal deveria envolver perquirições que superavam uma verdade presumida, alcançada a partir de textos legais e do que constante nos autos do processo. A crença era de que a apuração dos fatos delituosos deveria trazer à tona a verdade, a realidade dos fatos tais como ocorreram (ALVES, 2014).

Cristina Di Gesu aponta que, para parte majoritária da doutrina, a busca da verdade, por intermédio das provas, ainda é considerada como objetivo maior do processo penal. A autora explica que, não obstante a produção probatória constitua um esforço no sentido de aproximar-se de verdade, essa será sempre incompleta, pois afetada pela relatividade (DI GESU, 2019). Nesse sentido pontua:

O “ideal” seria poder trazer aos autos, através da reconstrução da pequena história do delito, aquilo que realmente aconteceu. Contudo, a atividade retrospectiva ou recognitiva não é tarefa fácil e simples, na medida em que envolve uma série de fatores complexos, dependendo, na grande maioria das vezes, da memória, da emoção, da formação de falsas lembranças, entre outros fatores, daqueles que depõem. (DI GESU, 2019, p. 88).

Por conseguinte, cabe ressaltar que cada indivíduo terá uma visão distinta e singular da situação vivenciada, com base na sua cultura, suas próprias experiências, emoções e preconceitos. Visão essa que poderá ser ainda afetada por elementos como a passagem do tempo ou mesmo pelo fenômeno das falsas memórias.

Diante disso, se mostra impossível a tarefa de estabelecer verdades únicas e universais. Em realidade trata-se de uma concepção relativa, sendo cada indivíduo dotado ou apto a conceber suas próprias verdades. Acerca da verdade conceitua Nicola Framarino dei Malatesta

A verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade; a crença na percepção desta conformidade é a certeza. A certeza é, portanto, um estado subjectivo do espírito, que pode não corresponder à verdade objectiva. A certeza e a verdade nem sempre coincidem: por vezes tem-se a certeza do que objectivamente é falso; por vezes duvida-se do que objectivamente é verdade; e a própria verdade que parece certa a uns, aparece por vezes como duvidosa a outros, e por vezes até como falsa ainda a outros. (MALATESTA, 1927, p. 21).

Malatesta sustenta que a certeza é um estado da alma e que possui natureza subjetiva. Justamente por esse motivo, pode não corresponder à realidade, uma vez que afetada pelas imperfeições do ser humano. Aduz ainda que a certeza “é um estado psicológico produzido pela acção das realidades percebidas, e da consciência daquelas percepções”. (MALATESTA, 1927, p. 48).

No âmbito do processo penal, como empecilho ao alcance de “verdades”, o doutrinador Salah Hassan Khaled Júnior assinala que é inviável que o magistrado conheça integralmente a trama em que o fato a ser julgado está inserido, pois pertence à dinâmica complexa da vida. Afirma que os enunciados constantes nos autos concernem aos fatos ocorridos, mas não contém os fatos em si mesmos, ainda mais considerando que o tratamento conferido pela estrutura processual penal às condutas criminalizadas amplia ainda mais esse distanciamento (KHALED JÚNIOR, 2011).

O autor defende ser indiferente a divisão dos partidários da ideologia processual da busca pela verdade, sendo esses adeptos da teoria da verdade real ou de sua versão aproximada ou relativa, uma vez que nos dois casos é mantido o dogma da caça à verdade (KHALED JÚNIOR, 2011). Afirma que

[...] não é somente a exigência de contenção do poder punitivo que impõe o abandono de uma concepção de processo orientada pela busca da verdade, mas que é a própria impossibilidade de ser atingida uma verdade correspondente – mesmo relativa ou aproximada – o maior argumento para

que as regras do jogo tenham primazia sobre qualquer ambição de verdade, pois no final, restará apenas representância. Com isso, estamos sustentando que a verdade será na melhor das hipóteses contingencial [...]. (KHALED JÚNIOR, 2011, p. 24).

De outra via, Luigi Ferrajoli considera que a verdade processual não pretende ser a verdade absoluta e onicompreensiva em relação aos acusados. Explica que aquela é obtida mediante obediência às regras estabelecidas e refere-se somente aos eventos e circunstâncias penalmente relevantes. Conclui que, em síntese, é “uma verdade mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida quanto ao conteúdo do que qualquer hipotética “verdade substancial” [...]”. (FERRAJOLI, 2010, p. 48).

Segundo o jurista Gustavo Augusto Dornelles de Souza, um dos maiores malefícios causados pela busca da verdade real no processo penal foi a adoção de uma cultura inquisitiva por esmagadora parte dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. A obtenção da “verdade” servia de instrumento para legitimar o cometimento de atrocidades e o desrespeito às garantias e direitos fundamentais assegurados aos indivíduos (SOUZA, 2012).

A atividade processual, em realidade, diz respeito a alcançar o convencimento do julgador, sendo que, em um sistema penal acusatório, a busca da “verdade” não deve ser elemento essencial. Por conseguinte, não é legitimada uma atuação desmedida dos órgãos de persecução penal a fim de alcançá-la. A iniciativa na produção de provas fica a cargo das partes, acusação e defesa, devendo essas assumirem o risco de obter uma sentença favorável ou desfavorável, a depender de sua atuação (SOUZA, 2012).

Considerando que o presente estudo versa sobre a prova testemunhal produzida no âmbito do processo penal, é essencial que permaneça desvelado o mito da verdade. Inúmeros fatores podem vir a afetar o relato das testemunhas de um fato delituoso. As próprias recordações, em si, não correspondem fidedignamente à realidade em razão do próprio funcionamento da memória humana (HENRIQUES; POMPEU, 2014). A esse respeito afirmam Henriques e Pompeu que

Uma decisão criminal na atualidade muitas vezes prescinde de exames, laudos técnicos, perícias e documentos, servindo a prova testemunhal como a única fonte de convencimento do juiz. A condenação ou a absolvição de um acusado fica ao arbítrio de uma testemunha, uma pessoa com corpo e mente, ambos falíveis. Sujeito a falsas memórias, que são informações falsas criadas

pelo próprio depoente ou nele induzidos por terceiros. (HENRIQUES; POMPEU, 2014, p. 03).

Assim, não há que se falar em verdades e mentiras, tratando-se de um fenômeno mais complexo, como adiante se verá. Da análise das características desse meio de prova, há que se repensar a ideia de existência de uma “verdade real”, conceito que se mostra tão presente no meio jurídico atual, em que pese venha sendo tratado desde o início do século XX (HENRIQUES; POMPEU, 2014).

2 AS FALSAS MEMÓRIAS

No primeiro capítulo foi realizada a abordagem de aspectos processuais no tocante à prova testemunhal, bem como afastado o mito da busca da verdade real como objetivo do processo penal. No presente capítulo, pretende-se tratar sobre alguns aspectos da memória e trazer esclarecimentos sobre o fenômeno das falsas memórias, reforçando a tese de que é inalcançável a apresentação de uma verdade absoluta por meio do processo penal. Por fim, torna-se pertinente a análise da confiabilidade do testemunho – principal enfoque do presente estudo -, frente a todos os elementos suscitados.

No processo penal, realiza-se uma retrospectiva do passado, por meio da atividade recognitiva. Tal retrospectiva, em respeito ao sistema acusatório, é impulsionada pelas partes, que tem iniciativa para produção probatória. Ocorre que na maior parte dos casos estão ausentes as provas técnicas e o processo é julgado apenas com base nas declarações de vítimas e testemunhas, embasadas em suas memórias. Em virtude disso, é imprescindível a realização de uma breve análise acerca da memória (DI GESU, 2019).

O autor Ivan Izquierdo conceitua memória como a “aquisição, formação, conservação e evocação de informações” (IZQUIERDO, 2014, p. 13). A aquisição de informações corresponde à aprendizagem, enquanto a evocação pode ser também chamada de lembrança ou recordação (IZQUIERDO, 2014). Izquierdo esclarece que

As memórias são feitas por células nervosas (neurônios), se armazenam em redes de neurônios e são evocadas pelas mesmas redes ou por outras. São moduladas pelas emoções, pelo nível de consciência e pelos estados de ânimo. Todos sabem como é fácil aprender ou evocar algo quando estamos alertas e de bom ânimo; e como fica difícil aprender qualquer coisa, ou até lembrar o nome de uma pessoa ou de uma canção quando estamos cansados, deprimidos ou muito estressados. (IZQUIERDO, 2014, p. 17).

Enrico Altavilla explica que o processo mnemônico é caracterizado por uma fase propriamente perceptiva e outra de sistematização. Esse autor destaca que a fixação de uma imagem importa em uma modificação particular imprimida aos elementos nervosos e em uma associação a ser estabelecida com certos elementos. Assim, para ser inserida na consciência, a percepção está sujeita a uma série de modificações (ALTAVILLA, 2003).

Para Izquierdo, as memórias podem ser classificadas, de acordo a sua função, em dois tipos: a memória de trabalho e a memória declarativa. A memória de trabalho ou memória imediata é de curta duração, diferencia-se das demais em razão de não deixar traços nem produzir arquivos, tem o papel de determinar se deve ser feita uma nova memória ou se a informação já foi arquivada pelo indivíduo (IZQUIERDO, 2014). Nas palavras do autor:

A memória de trabalho se define melhor através de exemplos. Usamos memória de trabalho, por exemplo, quando “conservamos” na consciência por alguns segundos a terceira palavra da frase anterior (que a esta altura, já esquecemos). A retenção dessa palavra só serviu para conseguir entender essa frase, seu contexto e o significado que veio a seguir. (IZQUIERDO, 2014, p. 29-30).

A memória declarativa, por sua vez, diz respeito a fatos, ideias e eventos, sendo possível declarar a sua existência e relatar como foi adquirida. Pode ser subdividida em memória semântica e memória episódica. A memória semântica se refere aos conhecimentos gerais que o ser humano adquire ao longo da vida, como as noções de português e de matemática. Já memória episódica é autobiográfica e existe na medida em que se sabe qual a sua origem. Pode ser citada como exemplo a lembrança de um rosto ou filme (IZQUIERDO, 2014).

O presente estudo se refere à última modalidade de memória referida, considerando que é aquela utilizada pela testemunha quando coletadas as suas declarações em juízo. Assim, a análise ora realizada restringe-se às memórias declarativas episódicas, não sendo relevante à temática o aprofundamento quanto aos demais sistemas de memória existentes.

Como mencionado, a memória episódica é responsável por situar os fatos no tempo e permite que a eles se faça livre referência. Ademais, pode vir a ser distorcida por uma variedade de distrações, como medo, ansiedade e estresse. A respeito do ponto afirmam Dirceu Pereira Siqueira e Gustavo Noronha de Ávila

Os experimentos tradicionais apenas focam em um dos aspectos do episódio: “o quê” aconteceu. Para lembrar-se “do quê” aconteceu, a pessoa precisa frequentemente tentar colocar o acontecido no seu tempo e lugar, isto é, contextualizá-lo no tempo e no espaço. O conceito de memória episódica, já nas primeiras formulações de seu autor, sugere o desdobramento do ato de lembrar nestes três componentes, o que, quando e onde. Outro aspecto do conceito de memória episódica é que ela se refere a uma experiência consciente de recuperação daquilo que aconteceu no passado. (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018, p. 71).

Ainda, antes de adentrar no estudo específico das falsas memórias, cabe referir que a memória humana não realiza um registro literal daquilo que vivemos. A recordação é uma interpretação da experiência e não uma reconstrução idêntica. Dessa forma, não é possível reproduzir a memória sequencialmente, como imagens ou um vídeo, assim como não é possível a extração de uma recordação completa e exata do evento que presenciado (SOUZA, 2012).

É frequente o uso de memórias nítidas e cheias de detalhes como indicação de que o fato recordado realmente ocorreu. Todavia, Lilian Milnitsky Stein, Priscila Goergen Brust e Carmem Beatriz Neufeld enfatizam que o avanço dos estudos acerca da existência de falsas memórias comprova que o ser humano pode lembrar de eventos que em realidade nunca aconteceram (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

Stein, Neufeld e Brust ressaltam que as falsas memórias possuem base cognitiva e neurofisiológica semelhante à das memórias verdadeiras. Distinguem-se das verdadeiras, todavia, porquanto se referem às recordações de fatos que não sucederam na realidade, resultantes de um processo de distorção da memória humana, inerente ao seu funcionamento (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

As autoras indicam que pesquisas revelaram que essas distorções da memória podem ser tanto consequência de processos internos como externos ao indivíduo. Desse modo, foram classificadas como falsas memórias sugeridas e falsas memórias espontâneas, de acordo com a origem do processo de falsificação da memória (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

As falsas memórias espontâneas, também chamadas autossugeridas, são consequência de distorções internas ao sujeito. Essas se dão quando a memória é alterada internamente, sem interferência de fontes externas, como resultado de seu próprio funcionamento. Nessa hipótese, uma conclusão ou interpretação passa a ser lembrada como parte da informação original, afetando a fidedignidade da recordação (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

Já as falsas memórias sugeridas são resultantes da admissão de uma falsa informação, subsequente ao fato ocorrido, e da sua posterior inserção na memória original. A informação sugerida pode ser apresentada de forma acidental ou então com o objetivo pré-definido de falsificar a memória do sujeito. Assim, vê-se que a memória humana pode ser afetada pelas afirmações e opiniões de terceiros (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

Cabe destacar, ainda, que tanto as falsas memórias sugeridas como as espontâneas não têm base social, como mentiras ou simulações, mas sim têm base mnemônica, isto é, em lembranças. São três as principais teorias que buscam esclarecer como ocorre o fenômeno das falsas memórias: o paradigma construtivista, a teoria do monitoramento da fonte e a teoria do traço difuso (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

O paradigma construtivista entende a memória como um sistema único, construído com base nos significados, na interpretação que o indivíduo faz dos acontecimentos. Desse modo, a memória seria o que as pessoas entenderam de certa vivência e não a vivência em si. Com base nesses pressupostos foram desenvolvidas duas abordagens explicativas: a teoria construtivista e a teoria dos esquemas (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

A teoria construtivista afirma que dados novos são integrados àqueles que o indivíduo já possui, sendo a falsa memória gerada quando a informação nova distorce ou se sobrepõe à inicial. Já a teoria dos esquemas propõe que cada indivíduo apresenta esquemas mentais prévios, de forma que as falsas memórias são consequência do processo de compreensão de uma nova informação realizada nos moldes de tais esquemas (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

No tocante à teoria do monitoramento da fonte, Stein, Brust e Neufeld explicam as falsas lembranças como sendo resultantes de um julgamento errôneo no que tange à fonte da informação recordada. Isto é, ao local, pessoa ou situação de onde uma informação é proveniente. Nesse viés, a distinção da fonte da informação pressupõe um processo de monitoramento da situação vivenciada. Assim, as falsas memórias surgiriam quando se comete um erro nesse monitoramento ou então quando a atribuição da fonte é realizada de forma equivocada (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

A terceira teoria, denominada teoria do traço difuso, se diferencia das proposições já discutidas na medida em que considera que a memória não é um sistema unitário, mas sim composta por dois sistemas, a memória de essência e a memória literal. Nesse contexto, as lições de Stein, Neufeld e Brust esclarecem que

Segundo essa teoria, as pessoas armazenam separadamente representações literais e de essência de uma mesma experiência, as literais capturam os detalhes específicos e superficiais [...], e as de essência registram a compreensão do significado da experiência, que pode variar em nível de generalidade [...]. As taxas de esquecimento são diferentes para

cada tipo de representação, sendo as memórias de essência mais estáveis ao longo do tempo que as literais. (STEIN, 2010, p. 33-34).

Assim, a mencionada teoria defende que quando uma pessoa vivencia alguma situação são armazenados dois traços de memória distintos. Um deles será o traço literal, pelo qual serão capturados os detalhes específicos do que ocorreu. O outro será o traço de essência, em que ficará registrado o significado daquela experiência, isto é, as considerações do indivíduo acerca dela. Ambas as memórias serão originadas de um mesmo evento e processadas ao mesmo tempo, porém de forma independente (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

Para essa teoria, as falsas memórias espontâneas consistem em um erro de lembrar de algo que é compatível com a memória de essência da situação experimentada, mas que, em realidade, não aconteceu. Já as falsas memórias sugeridas se verificam quando da apresentação de uma falsa informação em momento posterior ao evento ocorrido (STEIN; NEUFELD; BRUST, 2010).

2.1 FATORES DESENCADEANTES

Até aqui foram apresentadas as principais teorias que justificam o desenvolvimento de falsas memórias pelo ser humano, pertinente a sua análise no que se refere à prova oral no processo penal. Embora as falsas memórias sejam um fenômeno corriqueiro na vida das pessoas, que decorre do funcionamento normal da memória, quando se trata da sua incidência na prova oral produzida no âmbito processual penal, esta adquire especial relevância. Importante destacar os ensinamentos de Cristina Di Gesu, quando ressalta que

um dos grandes problemas da prova está na contaminação da reconstrução de fatos passados, principalmente pelo modo como a prova é colhida. O desvio do escopo do processo, ou seja, a procura desmedida por uma “verdade real” – impossível de ser novamente retratada no presente e resquício do sistema inquisitivo -, acaba por influenciar a memória das pessoas que depõem no processo e até mesmo antes dele. (DI GESU, 2019, p. 165).

O testemunho afetado por falsas memórias e, portanto, não condizente com a realidade dos fatos, pode servir de base para o convencimento do juiz acerca da condenação ou absolvição do acusado. Di Gesu destaca a falta de preparo dos profissionais da área jurídica, frente a um fenômeno de tão grande impacto, pois as

garantias processuais relativas ao devido processo legal são insuficientes para o contorno da problemática (DI GESU, 2019).

A autora aponta que o cenário ideal para a colheita da prova seria aquele isento de influências externas e internas. Porém, tal pretensão é completamente utópica, tendo em conta que o ser humano não vive isoladamente. Mas, ainda que o fosse possível, sofreria influência de sua própria memória e imaginação, prejudicando a ilustração exata do fato ocorrido (DI GESU, 2019).

Assim, há diversos fatores que podem ser citados como contribuintes ao desenvolvimento de falsas memórias na prova oral e, portanto, prejudiciais à sua fidedignidade. Dentre elas, Cristina Di Gesu discorre sobre o hábito e a rotina, o subjetivismo do magistrado, o transcurso do tempo, a linguagem e o método do entrevistador e a mídia. O presente estudo se dedicará à exposição mais esmiuçada dos três últimos fatores listados (DI GESU, 2019).

Inicialmente, quanto ao transcurso do tempo, cabe referir que o tempo do direito difere do tempo social, uma vez que esse último está sempre em mutação. Por essa razão, o processo está sempre buscando criar mecanismos de adaptação ao tempo social, a fim de acompanhar a sua velocidade e dar respostas efetivas às novas questões por ele apresentadas (DI GESU, 2019).

Embora o processo não possa demorar demasiadamente para que não seja configurada negação à justiça, a celeridade processual não pode ser priorizada a ponto de serem deixados em segundo plano elementos que garantem a sua efetividade, como a maturação do ato de julgar, os direitos e garantias fundamentais do acusado, a fundamentação das decisões proferidas, entre outros (VIANA, 2017). Nesse sentido, manifesta Lopes Júnior que

O processo tem o seu tempo, pois deve dar oportunidade para as partes mostrarem e usarem suas armas, deve ter tempo para oportunizar a dúvida, fomentar o debate e a prudência de quem julga. Nesse terreno, parece-nos evidente que a aceleração deve vir mediante inserção de tecnologia na administração da justiça e, jamais, com a mera aceleração procedimental, atropelando direitos e garantias fundamentais. (LOPES JÚNIOR, 2017, p. 56-57).

A garantia constitucional da razoável duração do processo abrange os dois vieses referidos. Faz referência à demora excessiva e indevida na tramitação do processo, grande questão enfrentada na atualidade, mas também trata da rapidez

desmedida do julgamento do processo, buscando evitar a desconsideração de garantias e direitos fundamentais (DI GESU, 2019).

Outrossim, a razoável duração do processo está diretamente vinculada à qualidade da prova oral. Isso porque o decorrer do tempo propicia o esquecimento dos detalhes dos acontecimentos que presenciados pelo indivíduo, isto é, a memória literal acaba se perdendo e, restando apenas a memória de essência, as chances de desenvolvimento de falsas memórias são demasiadamente intensificadas (DI GESU, 2019).

Dessa forma, a colheita da prova testemunhal deve ser realizada em tempo hábil, antes que a passagem do tempo seja extensa o suficiente para contaminar a forma como o evento é lembrado, afetando o resultado justo do processo. Em outras palavras, o processo não deve perdurar a ponto de, ao ser ouvida em juízo, a testemunha não mais se recordar com precisão dos fatos presenciados, e assim se veja forçada a lembrar do ocorrido de forma imprecisa, objetivando solucionar a controvérsia (VIANA, 2017).

A coleta da prova oral em prazo razoável, além de prevenir o esquecimento de elementos de natureza literal e assim combater a formação de falsas memórias ocorrida pela conformação de informações à memória de essência, diminui o intervalo disponível para a formação de sugestões internas ou externas. Assim, é reduzida também a probabilidade de distorção das lembranças no tocante aos demais fatores de contaminação, tais como a influência da mídia e os (re)questionamentos do entrevistador (PERETTI, 2016).

A redução do intervalo de tempo entre a ocorrência do fato delituoso e a coleta da prova testemunhal constitui o mais básico e fundamental meio de combater a perda da confiabilidade do testemunho. Não se trata de um fator em isolado, mas do cenário em que se desenvolvem todos os demais coeficientes de contaminação dos relatos. Nesse sentido, afirma Peretti

[...] o tempo não constitui apenas mais um fator a possibilitar o enfraquecimento da prova testemunhal, e sim verdadeira dimensão na qual coexistem todas as outras formas de sugestão. Assim colocado, o fator temporal não é somente variável isolada, mas também pano de fundo das demais. Diminuir o tempo despendido até a efetiva produção da prova testemunhal, portanto, parece ser a forma mais básica de se criar um obstáculo à formação de falsas memórias e à perda de confiabilidade da prova testemunhal de modo geral. (PERETTI, 2016, p. 68).

A linguagem e o método do entrevistador, assim como o transcurso do tempo, possuem o condão de ensejar o desenvolvimento de distorções da memória. A entrevista é o meio pelo qual busca-se obter informações específicas sobre um determinado fato, que, em tese, é do conhecimento do entrevistado. Fatores como o viés do entrevistador, a repetição das entrevistas, ou mesmo de determinados questionamentos, podem afetar as respostas obtidas, devido ao seu alto poder de sugestão (DI GESU, 2019).

A acusação e a defesa, não raras vezes, realizam questionamentos sugestivos, intencionalmente, a fim de confirmar seu ponto de vista, ou mesmo em razão da despreparação do profissional para a realização da coleta do testemunho. Todavia, tratando-se a inquirição das vítimas e testemunhas um elemento fundamental de prova no processo penal, o método utilizado pelo entrevistador deve ser considerado com muita seriedade (DI GESU, 2019). Cristina Di Gesu aponta 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. (DI GESU, 2019, p. 177).

Nesse caminho, Camila Dallagnol Ramos da Silva faz menção a algumas modalidades de questionamentos sugestivos utilizados pelo entrevistador. Explica essa autora que as afirmativas por presunção, isto é, aquelas em que se pressupõem a existência de determinada lembrança, devem ser evitadas, tendo em vista sua grande capacidade de induzir a testemunha ao erro. Assim, antes de questionar qual era a cor da gravata que usava o acusado, por exemplo – o que poderia levar a uma resposta vaga e, por conseguinte, à admissão implícita de que o acusado usava uma gravata -, o entrevistador deve indagar se o acusado usava ou não gravata naquela data (SILVA, 2018).

Quanto às perguntas disjuntivas parciais, a autora indica que são aquelas em que a testemunha deve escolher entre apenas duas hipóteses, excluídas todas as demais possibilidades, sendo, portanto, evidente a sugestão contida na indagação. Os questionamentos condicionais, por sua vez, podem ser conceituados como aqueles que obrigam a testemunha a responder afirmativa ou negativamente, sendo

a pergunta formulada de forma a confirmar a versão apresentada pelo entrevistador. A coação exercida nessa modalidade é a mais facilmente identificável (SILVA, 2018).

Silva defende que os questionamentos diferenciais, em que, inicialmente, infere-se que a resposta poderá ser tanto positiva como negativa, apesar de pouco suscetíveis a sugestões, são parciais. Assim, caso solicitado se era preta a gravata, mesmo que haja a possibilidade de resposta em ambos os sentidos, as chances de ser obtida resposta afirmativa são maiores, considerando que a maior parte dos entrevistados tende a responder de forma positiva a pergunta diferenciadora (SILVA, 2018).

As perguntas determinantes e disjuntivas completas são aquelas que apresentam, de forma explícita, duas hipóteses de respostas (como por exemplo: era de tal forma? Ou não era de tal forma?). Essas indagações constituem a modalidade com menor potencial sugestivo. No entanto, Silva indica que apenas as perguntas determinantes - em que realizados questionamentos simples como quando? por quê? ou como? - podem ser consideradas totalmente imparciais (SILVA, 2018).

Mas muito além da forma como são formulados os questionamentos ao entrevistado, o viés do entrevistador também pode ser verificado em comportamentos, como o tom de voz, sorrisos ou movimentos de confirmação/negação. Desse modo, mediante as sutis interferências mencionadas, o entrevistador pode dar ensejo a distorções nas lembranças da testemunha acerca do fato tratado, a exemplo da criação de falsas memórias sugeridas (DI GESU, 2019).

Nesse cenário, tem-se ainda o pressuposto de que relembrar o evento por repetidas vezes ao longo do tempo melhora a retenção da lembrança. Por conseguinte, em um primeiro momento, a repetição das entrevistas aparenta ser positiva à fidedignidade do relato da testemunha, considerando que, ao relatar o ocorrido por diversas vezes, os detalhes serão armazenados de forma mais fácil e não ficarão tão suscetíveis ao esquecimento (VIANA, 2017).

No entanto, em realidade, toda vez que evocada, a memória está sujeita a modificações, e assim, quanto mais repetida a lembrança do evento, maior é o risco de ser comprometida a sua fidedignidade e de a recordação ser armazenada com erros e distorções. Por conseguinte, a repetição de entrevistas apresenta claros efeitos negativos no que se refere à memória humana. Nesse sentido, Viana aponta que

O longo transcurso de tempo entre as entrevistas, somado às induções internas e externas que a testemunha sofre dentro e fora desses processos, oportuniza a contaminação daquilo que a testemunha ou vítima realmente viu ou ouviu, de forma que o contato com outras pessoas e com entrevistadores confunde aquele entrevistado a ponto de não saber identificar aquilo que sabe daquilo que lhe foi falado posteriormente. Dito isto, percebe-se um fator importantíssimo negligenciado pela justiça brasileira: a prova testemunhal não é repetível. (VIANA, 2017, p. 1051).

Como referido pela autora, o sistema judiciário atual não atua em conformidade com os entendimentos que indicam a irrepetibilidade da prova oral, pois é frequente a repetição da coleta dos relatos, desconsiderando-se o tempo transcorrido e a possibilidade de comprometimento das lembranças, posicionamento que se opõe por completo aos atuais conhecimentos acerca do funcionamento da mente e das suas limitações (VIANA, 2017).

Por fim, cabe destacar a influência da mídia como fator contribuinte à manifestação de falsas memórias na prova oral que produzida no processo penal. Isso porque se torna comum a divulgação constante de notícias após a ocorrência de algum delito, geralmente caracterizada por sensacionalismo e emotividade, o que acaba por exercer influência sobre as pessoas que envolvidas no caso (DI GESU, 2019). Di Gesu afirma que

A mídia acaba por familiarizar – melhor dizendo, massacrar – a população com as investigações policiais, com as decisões acerca de buscas e apreensões, prisões cautelares, concessões de liminares em habeas corpus, entre outras, induzindo-a, sempre de forma parcial – pois apenas trechos são revelados, sem que se tenha conhecimento acerca dos autos, gerando um imenso grau de contaminação. (DI GESU, 2019, p. 186).

Conforme manifestado pela autora, muitas considerações acabam sendo formuladas sem que se tenha conhecimento sobre o que está posto nos autos. Torna-se inviável discernir o que é fato do que é apenas especulação. Desse modo, é consequência lógica que o panorama apresentado pela mídia ocasione incertezas na testemunha quanto ao que realmente presenciou quando ocorrido o evento delituoso (DI GESU, 2019).

Nesse sentido, Enrico Altavilla apresenta o exemplo de um sujeito que vê um vulto em um beco e foge de maneira precipitada. O autor defende que se interrogado de maneira imediata, o referido sujeito irá se limitar a afirmar ter visto uma sombra. Todavia, se no dia seguinte ler no jornal que perto do local foi encontrada uma pessoa assassinada, sua percepção poderá ser alterada pelos fatos apresentados

posteriormente. O sujeito poderá se suggestionar de tal forma que, se apresentados os sinais do assassino, acredite ter percebido tais sinais (ALTAVILLA, 2003).

Somado ao exposto, está o fato de que, atualmente, a pressão exercida pela mídia e pela sociedade em geral é pela adoção de posturas mais duras no que se refere a aplicação da lei. A visão do acusado encurralado, algemado, com repórteres insistindo no fornecimento de detalhes sobre o caso, passa a clara mensagem de que aquele sujeito é culpado. Por conseguinte, nada obsta que a testemunha também venha a absorver tal raciocínio, e a partir de então objetive a punição daquele que figura como “bandido” (HERIQUES; POMPEU, 2014).

2.2 IMPLICAÇÕES NA CONFIABILIDADE DO TESTEMUNHO

Frente aos esclarecimentos realizados acima, revela-se temerária a emissão de um juízo condenatório no processo penal embasado exclusivamente na prova testemunhal. Afinal, são variados os fatores que podem afetar a sua precisão, gerando a contaminação dos relatos por falsas memórias. Nesse contexto, Guilherme Augusto Dornelles de Souza defende que

[...] para o processo, a possibilidade de uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, fundado na falsificação da recordação, compromete integralmente a confiabilidade do testemunho. Tendo em conta que não há regra no processo penal que determine o valor que deve ser dado aos testemunhos, a credibilidade desse tipo de prova acaba dependendo do contexto probatório e do quanto persuadiu o juiz. (SOUZA, 2012, p. 154).

Como já explicitado, um relato confiante e detalhista não é sinônimo de que o fato ocorreu da forma como narrado. Daí porque Souza aponta que as falsas memórias podem sobreviver tanto ou mais que as memórias verdadeiras, o que torna totalmente despropositada a oitiva reiterada da mesma testemunha a fim de averiguar a fidedignidade do seu relato (SOUZA, 2012, p. 151).

Outrossim, conforme menciona Gustavo Bisotto Peretti, ainda não foi desenvolvida pela ciência técnica consistente e confiável para distinguir as memórias falsas das verdadeiras. A confiança da testemunha nos fatos por ela relatados não pode servir como critério para diferenciação dessas, uma vez que as falsas memórias podem ser ainda mais vívidas e mais ricas em detalhes que as verdadeiras (PERETTI, 2016).

De acordo com o autor, deve ser destacada a existência de pesquisas que visam a diferenciar a natureza da memória a partir de exames de neuroimagem efetuados no momento do relato. Mencionados estudos buscam confirmar a hipótese de que memória falsa e verdadeira acionam áreas diferentes do cérebro. Todavia, em que pese promissoras, as pesquisas ainda não chegaram a conclusões precisas, aptas a indicarem um critério seguro para ser adotado (PERETTI, 2016).

Ainda assim, a hipótese encontraria óbices tanto em aspectos econômicos como estruturais do Poder Judiciário brasileiro, tendo em conta os investimentos necessários para implementar a técnica, sendo, portanto, inaplicável na avaliação dos testemunhos prestados nas inúmeras audiências de instrução e julgamento que ocorrem cotidianamente no país (PERETTI, 2016).

Desse modo, conforme menciona Larissa Civardi Flech, em consideração à atual impossibilidade de distinção segura entre memórias falsas e verdadeiras, faz-se necessária a análise do processo penal sob outro viés. Por ora, esse se encontra muito dependente da prova oral, e, portanto, vulnerável à evidente falibilidade da memória humana (FLECH, 2012).

Nesse sentido, Lopes e Di Gesu argumentam que é pertinente o abandono da cultura da prova testemunhal no processo penal brasileiro. Afinal, existem outras formas mais seguras e precisas de convalidar os fatos alegados em juízo. Uma solução para se afastar da dependência da prova testemunhal é a maior ênfase na realização de investigações policiais mais desenvolvidas, aplicando-se a essas novas tecnologias e novas técnicas (LOPES; DI GESU, 2008). Para Caroline Navas Viana,

Infelizmente, no âmbito da Justiça Estadual a prova pericial e os demais instrumentos probatórios são muito pobres, devido à falta de recursos disponíveis para as investigações do caso, tornando-a despida de recursos que lhe confeririam uma melhor qualidade técnica. Esses fatos tornam a prova testemunhal, reconhecida por ser de baixo custo financeiro e de rápido acesso, a prova mais fácil e mais utilizada para a resolução de litígios, nesses tipos de caso. (VIANA, 2017, p.52-23).

Ante a impossibilidade da supressão total da prova testemunhal, por ora, Souza aponta a necessidade de adoção de medidas para reduzir os danos e melhorar a qualidade do testemunho. O que pode ser concretizado por meio de técnicas de entrevista que permitam a extração de informações de maior qualidade e da colheita dos relatos em um prazo razoável de tempo, como mais especificadamente explanado na seção seguinte (SOUZA, 2012).

Ademais, conforme mencionam Gustavo Noronha de Ávila, Gabriel José Chittó Gauer e Luiz Alberto Brasil Simões Pires Filho, é manifesta a dificuldade que o Direito encontra no trato da realidade contemporânea, especialmente quando se refere a um fato social complexo como o fenômeno das falsas memórias (ÁVILA; GAUER; PIRES FILHO, 2012).

Contudo, não somente o Judiciário e demais operadores do direito devem lidar com a problemática. Pelo contrário, tendo em conta que o processo penal possui o condão de interferir diretamente no direito constitucional de todos os indivíduos à liberdade, é de grande relevância a participação de profissionais de outras áreas, como psicólogos, assistentes sociais e médicos (ÁVILA; GAUER; PIRES FILHO, 2012).

3 ALGUMAS ALTERNATIVAS À MANIFESTAÇÃO DE FALSAS MEMÓRIAS NA PROVA TESTEMUNHAL

O fio condutor da pesquisa, até agora, possibilitou uma conceituação do fenômeno das falsas memórias, elencou os principais fatores que ensejam o seu desenvolvimento e estabeleceu as suas implicações no processo penal. Neste momento do estudo, é pertinente abordar os meios disponíveis para amenizar a incidência da falsa memória na prova oral. Para tanto, é necessário atuar junto às causas do fenômeno, isto é, junto aos fatores que favorecem a sua manifestação.

Nem todos os fatores que propiciam o desenvolvimento das falsas memórias estão ao alcance do sistema judicial. Todavia, determinados elementos, como o decurso do tempo e a influência do método da entrevista, podem ser manejados de forma a minimizar a manifestação do fenômeno e a melhor preservar a fidedignidade do relato da testemunha (PERETTI, 2016). Nesse sentido, Peretti indica que

[...] as circunstâncias influenciadoras da precisão do depoimento podem ser divididas ainda quanto ao momento de sua ocorrência. Nessa tentativa, tem-se que as fontes de sugestão poderiam se situar no próprio momento da ocorrência do fato criminoso, no ato de oitiva da testemunha em sede judicial ou, ainda, no interregno entre ambos. (PERETTI, 2016, p. 67).

Por conseguinte, é possível concluir que todas as circunstâncias que ocorrem de forma concomitante ao fato delituoso não poderão ser alcançadas e influenciadas pelo sistema judicial. As circunstâncias ocorridas entre o fato presenciado e o relato em juízo, por sua vez, situam-se em uma espécie de zona cinzenta, pois ainda que o sistema objetive reduzir tal período, não é possível efetivamente controlar as circunstâncias que ocorrem no intervalo (PERETTI, 2016).

Existem também aquelas circunstâncias que ocorrem no ato da oitiva da testemunha em sede judicial e, desse modo, podem ser tratadas pelo sistema. Nesse ponto, tem-se o método do entrevistador, de essencial importância para refrear o desenvolvimento de falsas memórias pelo entrevistado. No entanto, grande parte dos profissionais do direito que realizam a tarefa de entrevistar o sujeito não estão a par das consequências de uma atuação despreparada (PERETTI, 2016).

Desse modo, o estudo do presente capítulo busca investigar alguns dos meios disponíveis para reduzir a incidência de falsas memórias na prova oral. Inicialmente, será apresentada a sistemática da entrevista cognitiva, método de entrevista indicado

para redução das distorções de memória e para recuperação qualificada de uma recordação (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018).

Em um segundo momento, será tratada a possibilidade de produção antecipada de prova testemunhal, como forma de redução de danos em determinados casos, tendo em vista a importância de diminuir o lapso temporal ocorrido entre o fato presenciado e o seu relato em juízo, como já apontado ao longo desse estudo.

3.1 ENTREVISTA COGNITIVA

Os estudos de Peretti sustentam que, ao tratar da performance dos profissionais do direito no que se refere à inquirição de testemunhas, deve se comparar as formalidades que são estabelecidas para coleta da prova física e para a coleta da prova oral. Veja-se que a coleta dos vestígios físicos é cercada de formalidades de natureza técnica, sendo que o mesmo não ocorre quanto a coleta da prova oral (PERETTI, 2016).

Todavia, não se justifica a grande diferença verificada entre os procedimentos para a coleta dos dois tipos de prova. As pesquisas na área da Psicologia do Testemunho apontam que certas formas de inquirir as testemunhas são mais eficazes do que outras no que se refere à preservação da fidedignidade do relato. Assim, embora o testemunho não tenha natureza tão exata quanto os vestígios físicos, é válido o desenvolvimento de protocolos a fim de dirigir a atuação dos profissionais envolvidos na coleta dos depoimentos (PERETTI, 2016).

Nesse sentido, Dirceu Pereira Siqueira e Gustavo Noronha de Ávila recordam que, visando a atender a tal objetivo, no ano de 1984, Ronald Fisher e Edward Geiselman criaram a Entrevista Cognitiva. A referida técnica possui a finalidade de aumentar a quantidade e a fidedignidade das informações colhidas a partir do relato de vítimas e de testemunhas de infrações penais (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018).

O fato é que a Entrevista Cognitiva vem sendo indicada pela literatura científica, há mais de 30 anos, como meio de amenizar as interferências externas na distorção da memória e para recuperação qualificada de uma recordação. O método foi desenvolvido a pedido de policiais e juristas norte-americanos e, após revisões, desde o ano 1993, tem sido utilizado no Reino Unido. Consiste, basicamente, “em retirar o controle da interação do entrevistador (investigador, delegado, juiz, etc.) e colocá-lo novamente nas mãos do entrevistado.” (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018, p.72).

Aliás, Leandro da Fonte Feix e Giovanni Kuckartz Pergher explicam que a técnica foi elaborada como forma superar as dez falhas mais comuns dos entrevistadores forenses, quais sejam

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

A Entrevista Cognitiva abrange cinco etapas a serem seguidas de forma sucessiva. São elas: construção do *rapport*; recriação do contexto original; narrativa livre; questionamento; fechamento da entrevista. Destaca-se que a progressão das questões abertas para as fechadas é a principal característica da técnica (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018).

Na primeira etapa, a construção do *rapport* busca personalizar a entrevista, criar uma atmosfera acolhedora para que o entrevistado se sinta à vontade. Assim, o entrevistador deverá conversar sobre assuntos não relacionados ao evento, explicar os objetivos da entrevista e, ao final, transferir o seu controle ao entrevistado. A recomendação é a de que o entrevistador inicie agradecendo o entrevistado, valorizando a sua presença (DI GESU, 2019).

Em seguida, é indicada a discussão de assuntos neutros, sem nenhuma relação com o evento que será tratado na solenidade. Assim, será possível que o entrevistador conheça o nível de linguagem do entrevistado e se adapte a ele, permitindo uma boa comunicação. É importante também a não interrupção da fala do entrevistado, pois implicitamente indica desinteresse na sua oitiva (DI GESU, 2019).

Ainda, é relevante que o entrevistador esclareça que não tem conhecimento acerca do evento a ser discutido, uma vez que não o presenciou. Isso permite que o entrevistado passe a exercer um papel ativo na entrevista, ocorrendo então a denominada “transferência de controle”. Também com esse objetivo é primordial esclarecer ao entrevistado que não há problema em não saber ou não se lembrar das informações solicitadas, bem como em não ter compreendido o questionamento, estimulando-o a se manifestar nesses casos (DI GESU, 2019).

A etapa seguinte é a de recriação do contexto original. Ela visa a maximizar a quantidade de informações relatadas pela testemunha, uma vez que as lembranças são formadas por uma rede de associações, isto é, as informações armazenadas estão atreladas ao contexto em que aprendidas. Assim, a recuperação do contexto original funciona como uma pista à memória do indivíduo, para que ele recupere o maior número de informações possíveis (FEIX; PERGHER, 2010).

Os autores Feix e Pergher especificam que o entrevistador deverá frisar a complexidade da tarefa de lembrar o evento em detalhes, bem como esclarecer que é sua tarefa ajudar nessa incumbência (FEIX; PERGHER, 2010). Propõem que o entrevistador siga o seguinte roteiro

O entrevistado é então convidado a, mentalmente, colocar-se de volta na situação em questão. O entrevistador dá orientações explícitas para que ele recrie o contexto original, onde o evento em foco ocorreu, utilizando todos os sentidos possíveis (isto é, visuais, auditivos, táteis, olfativos e gustativos). Quanto mais sentidos forem explorados pela testemunha, maiores as chances de que sejam fornecidas pistas significativas à sua memória. (FEIX; PERGHER, 2010, p. 217).

Tais instruções precisam ser fornecidas de forma lenta e pausada, tendo em conta que recriar as circunstâncias do fato demanda tempo e grande esforço cognitivo do indivíduo. No entanto, em que pese essa etapa tenha se mostrado efetiva para maximizar a quantidade de informações relatadas pelo entrevistado, é mais difícil de implementá-la em relação a crianças pequenas, considerando a alta demanda cognitiva exigida (FEIX; PERGHER, 2010).

O próximo momento da Entrevista Cognitiva é o relato livre. Assim, após recriar o contexto original do evento, o entrevistado deverá ser incentivado a relatar tudo o que souber sobre ele. Nesse momento, deverá ter a liberdade de discorrer sobre a situação a sua maneira, sem interrupções. Em caso de dúvida do entrevistador, as perguntas deverão ser realizadas somente em momento posterior. No momento do relato esse deverá adotar uma postura de interesse, ouvindo com atenção e aguardando as pausas dadas pelo entrevistado sem interpretá-las como um sinal de que não tem mais nada a dizer (DI GESU, 2019).

A penúltima fase é aquela em que o entrevistador poderá formular questionamentos ao entrevistado. Inicialmente, é recomendado o agradecimento pelo esforço e pelos esclarecimentos já prestados. Em seguida, deverão ser realizadas

perguntas baseadas no relato livre do entrevistado, com a finalidade de amearhar novos dados (FEIX; PERGHER, 2010). Feix e Pergher destacam que

Ao fazer perguntas o entrevistador deve estar especialmente atento ao chamado “questionamento compatível com a testemunha”. O questionamento compatível com a testemunha é baseado no princípio de que cada testemunha possui uma representação mental única do evento. Logo, as perguntas devem ser formuladas a partir do relato que o entrevistado fez sobre o fato, e não com base em protocolos pré-estabelecidos. (FEIX; PERGHER, 2010, p. 219).

É importante evidenciar ainda, no que tange aos questionamentos compatíveis com o entrevistado, que o entrevistador não deve ser sugestivo em suas perguntas. Embora seja característico do ser humano centrar sua atenção em quaisquer indicativos que confirmem suas próprias crenças, o entrevistador deve se monitorar para coletar todos os dados possíveis e não somente os que compatíveis com a sua versão (FEIX; PERGHER, 2010).

A quinta e última etapa consiste no fechamento da Entrevista Cognitiva. Nela deve ser fornecido um resumo das informações coletadas, orientando-se o entrevistado, no entanto, a interromper imediatamente se esse não for compatível com o seu relato ou se recordar de mais alguma circunstância. Desse modo, o entrevistador deixará um canal de comunicação aberto com o entrevistado. E, por fim, deverá ser retomada a atmosfera neutra inicial (DI GESU, 2019).

De acordo com os autores Feix e Pergher, a Entrevista Cognitiva é uma excelente estratégia para minimizar a reatimização daqueles que prestam depoimentos, e, por conseguinte, o desenvolvimento de falsas memórias. Isso porque quando uma entrevista é realizada de maneira inadequada é comum restarem pontos a serem esclarecidos, de modo que se torna necessário realizar a oitiva da pessoa novamente, gerando o aumento das chances de contaminação dos relatos com falsas memórias (FEIX; PERGHER, 2010).

Ademais, considerando as orientações atinentes à realização dessa modalidade de entrevista, observa-se que são evitadas as intervenções notadamente tendenciosas. Assim, a Entrevista Cognitiva diminui consideravelmente as chances de que a coleta dos depoimentos seja conduzida de maneira sugestiva por parte dos entrevistadores, fator que também enseja o desenvolvimento de distorções da memória (FEIX; PERGHER, 2010).

No entanto, embora demonstrada a eficácia da técnica, essa não é largamente adotada. Isso porque sua metodologia acaba por tornar o procedimento de coleta da prova oral mais complexo do que o atual, contrariando os profissionais que já atuam na área e que possuem sua própria maneira de realizar a inquirição e também exigindo a criação de cursos de capacitação para sua implementação efetiva (PERETTI, 2016).

Ademais, sequer seria suficiente a realização de cursos intensivos e de curta duração, pois tal modalidade, na maior parte dos casos, não importa na adesão e exercício das novas práticas pelos profissionais de forma continuada. Seria necessário acompanhamento posterior, até que se consolidassem as novas práticas, a fim de que não sejam novamente substituídas pelos velhos hábitos (PERETTI, 2016).

Por esses motivos, em âmbito nacional, a aplicação das premissas trazidas pela Entrevista Cognitiva tem se limitado à forma de inquirição diferenciada de crianças e de adolescentes vítimas de abuso sexual. Assim, é preciso expandir a aplicação da técnica, com a criação de legislação, treinamento de juízes, promotores, defensores e, inclusive, de policiais, uma vez que são os primeiros a estabelecer contato com a testemunha na maior parte dos casos (PERETTI, 2016).

Há que se referir que, atualmente, algumas das disposições contidas no Código de Processo Penal vedam a aplicabilidade das proposições trazidas por esse modelo de inquirição, como a exigência de objetividade no testemunho, prevista no artigo 213 do Código de Processo Penal. Para Siqueira e Ávila a Entrevista Cognitiva deve ser adotada como padrão pelo novo Código de Processo Penal, cujo projeto de lei tramita atualmente no Congresso Nacional (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018). Nesse sentido, defendem que

O dispositivo legal deve prever todas as mencionadas etapas da EC, vedando expressamente a alteração na ordem sucessiva de seu desenvolvimento, sendo tal violação sancionada enquanto nulidade absoluta. Também deve haver previsão expressa de ocorrência de nulidade absoluta para o caso de supressão do relato livre. Esta é a parte crucial da EC. Ainda, como vimos, a carga de sugestibilidade das perguntas pode ser fonte de falsas memórias. Desta forma, é necessário vedar indagações que tenham este tipo de estratégia. Não apenas: o legislador precisará definir o que seria a categoria sugestibilidade/confirmação. Uma proposta seria: pergunta que insinua ou contém a respectiva resposta. (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018, p. 73-74).

Além de tais medidas, sugerem que seja evitada a possibilidade de repetição de perguntas, tendo em vista que também pode configurar uma forma determinante

de sugestão (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018). Por fim, Peretti destaca a necessidade de gravação do relato, a fim de que esse não fique sujeito a interpretação do entrevistador, que também é vulnerável a distorções de memória. Nesse aspecto, o Brasil já se encontra mais avançado, com exceção da parte que se refere à fase investigatória (PERETTI, 2016).

Todavia, a adoção de todas as medidas acima listadas pode se mostrar insuficiente para neutralizar os aspectos da entrevista que interferem na confiabilidade do testemunho, sendo necessária, antes da tomada de qualquer medida, a conscientização dos profissionais jurídicos responsáveis pela coleta da prova testemunhal (SIQUEIRA; ÁVILA, 2018).

3.2 A PRODUÇÃO ANTECIPADA DA PROVA TESTEMUNHAL

No que se refere à produção antecipada da prova testemunhal como forma de redução da incidência de falsas memórias nos relatos, é cabível reiterar que o processo penal trabalha com a reconstrução de eventos passados. No entanto, as providências diante da possibilidade de deterioração da qualidade dos relatos pelo decurso do tempo são muito reduzidas (ALTOÉ; ÁVILA, 2017).

Inicialmente, cabe esclarecer que a produção antecipada de provas pode ser realizada antes ou depois do início da ação penal, constituindo uma medida cautelar de caráter incidental. Originalmente, a base legal do instituto era o artigo 225 do Código de Processo Penal, o qual refere a possibilidade de o juiz coletar o depoimento de forma antecipada, de ofício ou mediante requerimento das partes, caso a testemunha tenha que se ausentar ou, em razão da idade ou do estado de saúde, possa não estar viva quando da produção de prova (PERETTI, 2016).

Além das possibilidades mencionadas, seria também autorizada a produção antecipada de provas nas hipóteses em que suspenso o processo criminal diante da existência de questão prejudicial à demanda com julgamento ainda pendente na esfera cível, conforme prevê o artigo 92 do Código de Processo Penal (PERETTI, 2016).

No entanto, por meio da Lei n. 9.271/96, foi introduzida previsão expressa permitindo a medida também no caso em que fossem suspensos o processo e o seu respectivo prazo prescricional em virtude do não comparecimento do réu (artigo 366 do Código de Processo Penal). Por fim, no ano de 2008, com a reforma do Código de

Processo Penal, foi alterada a redação do artigo 156 e passou a ser admitida a produção antecipada de provas de ofício, nos casos de urgência e relevância, antes do início da ação penal (PERETTI, 2016).

Listados os dispositivos legais que regem a matéria e a sua respectiva evolução legislativa, aspectos essenciais à análise pormenorizada do instituto, é pertinente tratar ainda das suas principais características. Nesse sentido, Peretti afirma que a sua finalidade é “resguardar a produção daquelas provas que, em razão de alguma circunstância de força maior, não possam aguardar o normal transcurso do feito de modo a serem colhidas apenas por oportunidade da audiência de instrução.” (PERETTI, 2016, p. 72-73).

Assim, a produção antecipada de provas serve como um instrumento para eficiência do provimento jurisdicional principal. Todavia, sua aplicação não deverá acarretar nenhum prejuízo às garantias fundamentais que envolvem a produção probatória. Desse modo, conforme referem Aury Lopes Júnior e Ricardo Jacobsen Gloeckner, “sua eficácia estará condicionada aos requisitos mínimos de jurisdicionalidade, contraditório, possibilidade de defesa e fiel reprodução [...]” (LOPES JÚNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 213).

Destaca-se que, diferentemente das provas produzidas em sede de inquérito policial, as provas produzidas de forma antecipada estão aptas a integrar a fundamentação da sentença, ainda que de forma exclusiva. Isso porque, embora produzidas tão logo quanto necessário, devem se fazer presentes todas as garantias oferecidas em juízo. Desse modo, também é evitada a produção de provas emergenciais na forma de atos de investigação, posteriormente convalidados como elementos aptos a comprovar a conduta imputada ao acusado em razão de seu perecimento e conseqüente irrepetibilidade (PERETTI, 2016).

No entanto, as garantias e direitos fundamentais não são resguardados em todas as formas de produção de prova cautelar. Há hipóteses em que o contraditório se dá apenas de forma diferida, ou seja, em momento posterior a produção antecipada da prova, a fim de que a própria medida não perda sua eficácia. Como exemplo, podem ser citadas a determinação judicial de busca e apreensão e a autorização para realização de interceptações telefônicas (PERETTI, 2016).

A produção probatória ocorrida antes do início da ação penal, traz pontos controversos quanto ao conteúdo e à forma de produção da prova, pois ainda não estão delimitadas quais condutas serão imputadas e a quem serão imputadas, o que

dificulta o exercício do contraditório e ampla defesa pelo investigado. A principal questão é quais temas poderão ser abordados nos questionamentos realizados por ocasião da coleta dos depoimentos (PERETTI, 2016).

Nesse sentido, quando já existe ação penal em curso, a prova deve ser produzida acerca dos fatos que narrados na denúncia, sob pena de desrespeito ao princípio da correlação (ou congruência), com exceção das hipóteses em que se procede a *mutatio libelli*. Por conseguinte, a falta de delimitação da conduta criminosa pode trazer prejuízos ao acusado, uma vez que não existe restrição quanto aos temas que podem ser suscitados por ocasião da produção da prova (PERETTI, 2016).

Rômulo de Andrade Moreira indica que, em que pese os dispositivos legais apontem os requisitos necessários para a produção de provas de forma antecipada, é controversa a aplicação do instituto na prática. Isso porque a legislação deixou de indicar em quais casos as provas devem ser consideradas urgentes no que se refere a produção antecipada (MOREIRA, 2012).

O fato é que a doutrina nacional tem adotado posições diversas acerca do ponto, sendo três as principais vertentes. O primeiro posicionamento, o qual, inclusive, encontra grande respaldo, é o de que a urgência da prova é restrita as hipóteses do artigo 225 do Código de Processo Penal, tratando-se, portanto, de rol taxativo (PERETTI, 2016). O autor Nucci filia-se à referida corrente, defendendo que “não se deve banalizar a possibilidade de produção antecipada de provas, crendo ser a regra o que vem a ser exceção.” (NUCCI, 2017, p. 620).

Desse modo, de pronto é afastada a hipótese de a urgência ser característica inerente à prova testemunhal, considerando-se o esquecimento dos fatos um risco inafastável dessa espécie de prova. Assim, em que pese a produção em caráter antecipado tenha como finalidade a prevenção do perdimento da prova, tem-se que nem sempre a relevância da prova confeccionada seria medida de compensação ao tumulto causado no processo (PERETTI, 2016).

A respeito de tal posicionamento, é preciso ressaltar que esse argumento tem como fundamento considerações enganosas acerca do funcionamento da memória humana, embasadas no senso comum (PERETTI, 2016). Como visto, no capítulo anterior, o único e maior risco associado ao transcurso do tempo e ao enfraquecimento da memória não é o esquecimento. Existe a possibilidade de desenvolvimento de falsas memórias, de forma que não é ocasionada a perda da prova, mas sim afetada a sua fidedignidade, podendo levar o magistrado a conclusões equivocadas.

No entanto, existente corrente doutrinária em sentido contrário, isto é, que sustenta que a prova testemunhal constitui prova urgente em todos os casos, tendo em vista a natureza volátil da memória humana. Os argumentos que sustentam o posicionamento são diversos, como o enorme valor probatório dessa espécie de prova, a incerteza sobre o futuro da vida e da saúde da testemunha, o risco de esquecimento e a dificuldade de localização da testemunha (PERETTI, 2016).

Ainda, merece destaque a redação do artigo 92 do Código de Processo Penal, que trata da suspensão do processo diante da existência de questão prejudicial, e determina, nessa hipótese, a realização da inquirição das testemunhas e de outras provas de natureza urgente. Assim, a partir da interpretação literal desse dispositivo, pode-se concluir que a prova testemunhal será sempre urgente quando envolvida questão prejudicial, tendo em vista que, para que haja “outras”, é necessário que ela seja uma delas (PERETTI, 2016).

Um aspecto importante é a defesa da aplicação do princípio de unidade sistêmica do diploma legal, que, para alguns autores, a prova testemunhal é urgente em todos os casos, e não apenas naquele que descrito pelo artigo 92 do Código de Processo Penal (PERETTI, 2016). Uma dessas defesas é adotada por Moreira, que sustenta que

[...] continuamos defendendo que a prova testemunhal é urgente para os efeitos do artigo 366 do Código de Processo Penal, tal como sempre foi em relação à suspensão do processo em razão de questão prejudicial (artigo 92), sempre se respeitando o devido processo legal (contraditório) e a possibilidade de reinquirição, na forma dos artigos 196 e 616 do Código de Processo Penal (mutatis mutandis). (MOREIRA, 2012, p. 04).

Todavia, esse posicionamento é fortemente criticado, ao argumento de que a prova testemunhal é urgente somente na hipótese de existência de questão prejudicial em trâmite, ou seja, de forma restrita ao disposto pelo artigo. Isso porque tal hipótese constituiria uma situação singular, uma vez que no caso do diploma legal em questão o acusado está presente no processo e tem a possibilidade de participar da produção antecipada das provas (PERETTI, 2016).

Quanto aos posicionamentos acima expostos, Peretti enfatiza que a urgência da prova testemunhal é justificada pela preservação da memória e, conseqüentemente, da qualidade do testemunho. No entanto, os doutrinadores indicam, na grande maioria dos casos, somente a perspectiva de ocorrência do

esquecimento dos fatos pela testemunha. Desse modo, é possível concluir que ainda há um escasso contato entre a área jurídica e o campo da psicologia do testemunho (PERETTI, 2016). Peretti afirma que

há motivos elencados em prol da urgência da prova testemunhal que, de fato, dizem respeito à memória do fato e à qualidade do testemunho, mas também estes apontam, via de regra, exclusivamente para a possibilidade de esquecimento. Assim, o quadro que se apresenta é o de que, mesmo dentre aqueles que entendem que a prova testemunhal será sempre de natureza urgente, pouco ou nada se comenta acerca do fenômeno das falsas memórias. Observa-se aqui novamente, resta claro, indício do escasso diálogo estabelecido entre o Direito e o campo da Psicologia de Testemunho. (PERETTI, 2016, p. 85).

No que se refere às correntes doutrinárias acerca da caracterização da urgência da prova exigida para produção antecipada, existe ainda corrente intermediária entre as duas já apresentadas. Segundo essa interpretação, a produção antecipada de provas não estaria restrita às hipóteses elencadas no artigo 225 do Código de Processo Penal, sendo possível a aplicação do instituto, caso surgisse situação em concreto que preenchesse os requisitos extrínsecos e intrínsecos da produção da prova, ainda que inexistente previsão em lei (PERETTI, 2016).

Esse entendimento se distancia dos dois extremos apontados pelas posições anteriores. Assim, a antecipação da produção das provas não estaria limitada às situações descritas em lei, mas também a sua aplicação não teria como regra a inversão da ordem do processo, a fim de ouvir testemunhas não presenciais, por exemplo. A questão é que a análise da urgência ficaria a cargo do magistrado, fato que poderia acarretar insegurança jurídica, sendo o dissenso da doutrina transferido às decisões judiciais (PERETTI, 2016).

A partir da análise realizada sobre o instituto da produção antecipada de provas no processo penal, torna-se evidente a necessidade de estabelecimento de novos critérios para sua aplicação. Observa-se que a legislação que trata da matéria não é suficiente para tornar claras as hipóteses de cabimento do procedimento. Nesse sentido, Mauro Fonseca Andrade considera que houve a perda de uma grande oportunidade com a reforma realizada por meio da Lei nº 11.690/08, uma vez que o ponto não foi regulamentado, tendo somente feito acréscimos em relação a essa questão (ANDRADE, 2010). Nesse sentido, Peretti afirma que

[...] com a responsabilidade de definição de seus requisitos tendo sido transmitida aos julgadores, criou-se quadro de insegurança jurídica. Nesta senda, a jurisprudência vem privilegiando a ideia de que a produção em caráter antecipado somente seria possível ante a demonstração de um risco concreto de perecimento da prova. Contudo, a distinção do que vem a constituir um risco concreto também não é clara, reservando-se tal processo de definição à análise casuística. (PERETTI, 2016, p. 93).

Como visto, não se encontra menção acerca da aplicação da produção antecipada de provas como meio de amenizar o desenvolvimento de falsas memórias, problemática que não costuma ser tratada pela doutrina e pela jurisprudência. Todavia, aplica-se o entendimento manifestado pelos Tribunais Superiores, no sentido de que o risco de ocorrência do fenômeno em abstrato não autoriza a aplicação do instituto (PERETTI, 2016).

Por fim, cabe referir, de forma pontual, a possibilidade de produção antecipada de provas nos casos de suspensão do processo penal que já em curso, ocorrida quando da citação do réu por edital em razão da sua não localização. A esse respeito, o artigo 366 do Código de Processo Penal prevê que o juiz poderá determinar a produção antecipada das provas que consideradas urgentes (BRASIL, 1941).

Rafael Altoé e Gustavo Noronha de Ávila esclarecem que uma interpretação literal de tal dispositivo conduz a inferência de que o magistrado tem a faculdade de autorizar tal medida, se constatar, no caso em concreto, que o decurso do tempo oferece risco à qualidade e à utilidade da prova. No mesmo sentido, a doutrina majoritária indica que a antecipação da prova testemunhal não é autorizada tendo como fundamento único os riscos que presumidamente decorrem da passagem do tempo (ALTOÉ; ÁVILA, 2017). Altoé e Ávila manifestam que

[...] o número de processos em andamento e a quantidade de demandas serem enfrentadas superam, em muito, a estrutura física e humana do poder judiciário, de forma que a não antecipação da prova (especialmente a testemunhal) acaba também sendo, na via de realidade, uma ponderação entre a insuficiência de vagas na pauta de audiências e o risco que o tempo pode operar na confiabilidade da prova testemunhal. (ALTOÉ; ÁVILA, 2017, p. 264).

Ainda, a não antecipação da produção da prova testemunhal é justificada pelo argumento de que a aplicação desse instituto fere os princípios da ampla defesa e do contraditório, considerando que impede que as provas sejam produzidas com a participação do acusado. No entanto, Altoé e Ávila discordam desse entendimento (ALTOÉ; ÁVILA, 2017).

Até porque esses autores defendem que a antecipação da produção da prova testemunhal não impossibilita o exercício do contraditório e ampla defesa pelo acusado, uma vez que o processo não será sentenciado em momento anterior a localização do acusado. Assim, quando comparecer ao processo, terá contato com todos os testemunhos coletados, para só então dar a sua versão dos fatos, por meio do interrogatório (ALTOÉ; ÁVILA, 2017).

Ademais, Altoé e Ávila ressaltam que a produção antecipada da prova testemunhal, nos termos do artigo 366 do Código de Processo Penal, não dispensa a presença de advogado. De outra via, a coleta de forma antecipada tem o condão de preservar a confiabilidade do testemunho, evitando que a passagem do tempo aumente as chances de que ocorreram distorções na memória da testemunha, o que é do interesse do próprio acusado (ALTOÉ; ÁVILA, 2017).

Cabe referir que o posicionamento no sentido de que a passagem do tempo não basta, por si só, para autorizar a antecipação da produção da prova, foi consolidado pela Súmula 455 do Superior Tribunal de Justiça. A redação da referida súmula exige a demonstração de outros riscos no caso em concreto, a fim de permitir a aplicação do instituto (ALTOÉ; ÁVILA, 2017).

A existência de entendimento sumulado, naturalmente, faz com que essa jurisprudência seja seguida pelas instâncias inferiores, até para que se mantenha a coerência e segurança jurídica no sistema judicial. Todavia, já existem decisões recentes do próprio Superior Tribunal de Justiça que justificam a antecipação da produção da prova testemunhal pela falibilidade da memória humana, partindo da presunção de que o caráter de urgência é inerente à essa espécie de prova (ALTOÉ; ÁVILA, 2017).

Ressalta-se que, tendo em consideração a existência de estudos na área da psicologia do testemunho que comprovam que a memória sofre interferências expressivas em razão do decurso do tempo, a passagem de longo período deveria acarretar a presunção da necessidade de produção antecipada da prova testemunhal quando da hipótese do artigo 366 do Código de Processo Penal, com vistas à preservação da confiabilidade dos relatos (ALTOÉ; ÁVILA, 2017).

CONCLUSÃO

Destaca-se que, como visto ao longo do estudo, a memória humana não é capaz de assimilar e reproduzir os fatos e vivências tal qual ocorrem. Nesse sentido, a lembrança deve ser considerada como uma interpretação dos fatos vivenciados e não como uma reconstrução idêntica. Além de tal premissa, deve-se ter em consideração que entre a aquisição e a evocação das informações, podem ocorrer distorções, como as falsas memórias.

Nesse sentido, cabe a revisão do conceito de “verdade” no processo penal. Conforme referido no primeiro capítulo do presente estudo, a “verdade real” é um estado inalcançável, utilizado em muitos casos para justificar a adoção de traços próprios do sistema inquisitorial. Quando muito, é preciso considerar a verdade relativa alcançada no processo, por meio da produção de provas lícitas e com observância dos princípios previstos constitucionalmente.

A partir dos objetivos assumidos na presente pesquisa, verificou-se que estudos na área da Psicologia do Testemunho demonstram de forma categórica a existência das falsas memórias e esclarecem que se trata de um fenômeno muito comum, inerente ao funcionamento da memória humana, e que, portanto, pode vir a afetar qualquer pessoa. Quando se refere ao processo penal, no entanto, a temática adquire grande seriedade, pois ao atingir a prova oral produzida pode dar causa a condenações ou absolvições descabidas.

Como visto, inúmeros fatores podem ensejar a manifestação das falsas memórias na prova testemunhal, todavia, nem todos encontram-se ao alcance do sistema judicial. As circunstâncias havidas quando presenciado o delito, por exemplo, não podem ser remediadas. Todavia, as circunstâncias apresentadas no momento da coleta do depoimento podem ser corretamente manejadas, minimizando as chances de que a lembrança seja distorcida.

Existem ainda os fatores que ocorrem no intervalo entre o fato presenciado e a coleta do testemunho e que se encontram em uma espécie de zona cinzenta. Isso porque, embora não possam ser totalmente controlados pelo sistema judicial, com a redução desse intervalo também são reduzidas as probabilidades de que ocorram

distorções na memória da testemunha e, conseqüentemente, confere-se maior confiabilidade ao seu relato.

Dentre os fatores que interferem na fidedignidade do relato, aumentando as chances de desenvolvimento de falsas memórias pela testemunha, podem ser destacados o transcurso do tempo, a mídia e os métodos e a linguagem do entrevistador. Quanto aos dois últimos fatores, evidenciam que a memória humana está sujeita a influências externas, podendo ocorrer, inclusive, a admissão de informações posteriores como parte da memória original.

A diminuição do intervalo entre o evento criminoso e a coleta do relato, por sua vez, é medida para evitar o esquecimento dos fatos, todavia, também serve como meio para redução das possibilidades de afetação da lembrança por outras circunstâncias, tais como a influência exercida pela mídia e até mesmo autossugestões do indivíduo. Desse modo, o transcurso do tempo é um fator que pode afetar de diversas formas a fidedignidade do relato.

Veja-se que a problemática da presente pesquisa buscava esclarecer se a prova testemunhal constitui meio de prova idôneo para embasar um juízo condenatório, tendo-se em consideração a possibilidade de manifestação do fenômeno das falsas memórias.

A fim de esclarecer a questão, cabe asseverar que ainda não encontrado método seguro para diferenciar as memórias falsas das verdadeiras quando da coleta do testemunho. Nesse sentido, é possível concluir que a confiabilidade da prova testemunhal é de sobremaneira afetada pela possibilidade de manifestação dessa distorção de memória, não configurando, ao menos de forma isolada, meio seguro para embasar uma decisão condenatória ou absolutória.

Lamentavelmente, a incidência de falsas memórias na prova testemunhal não é uma temática muito discutida no âmbito processual penal. Entretanto, a análise de formas de redução de danos no tocante ao fenômeno é de extrema importância, tendo em vista que esse possui o condão de afetar a fidedignidade dos relatos prestados em juízo e considerando que atualmente não se mostra possível a completa substituição desse meio de prova por outros mais confiáveis.

Assim, em atenção ao objetivo do presente trabalho de apresentar alternativas para redução dos fatores que contribuem para a formação de falsas memórias, constatou-se que a entrevista cognitiva é um método comprovadamente eficaz para a recuperação de informações em maior quantidade e em melhor qualidade. Como

mencionado ao longo do segundo capítulo, o método e a linguagem do entrevistador são altamente sugestivos, podendo favorecer o desenvolvimento de lembranças falsas ou distorcidas pelo entrevistado. Assim, a aplicação das premissas trazidas pela técnica contribui para a preservação da fidedignidade do relato da testemunha.

No que se refere ao combate dos malefícios trazidos pelo transcurso do tempo, bem como das demais intercorrências que podem se dar entre o fato e a coleta do testemunho, cabe a análise da possibilidade de produção antecipada da prova testemunhal. Existem hipóteses em que deve ser aplicado o instituto com vistas a salvaguardar a confiabilidade do testemunho. No caminho, cabe destacar o caso previsto pelo artigo 366 do Código de Processo Penal, em que a coleta antecipada dos testemunhos parece ser a decisão mais acertada, sob pena de serem os relatos afetados pelos efeitos da passagem do tempo e das mazelas a ela inerentes.

Cabe ressaltar que a presente investigação tem como principal contribuição a conscientização dos profissionais do direito e estudiosos da área acerca da imprescindibilidade de mudança no atual cenário que retratado pelo processo penal brasileiro, em que figura a prova testemunhal como um dos principais e mais usuais meios de prova. De baixo custo e considerável praticidade, em certos casos, a prova testemunhal chega a constituir a única espécie de prova produzida ao longo do processo, de forma a embasar o julgamento da demanda de forma exclusiva.

Como demonstrado ao longo desse estudo, a existência de falsas memórias faz – ou deveria fazer - com que a confiabilidade do testemunho seja fortemente questionada e considerada com ressalvas. Diante disso, além da adoção das medidas de redução de danos já referidas, é essencial o avanço das técnicas utilizadas na produção de outros meios de prova, sendo indispensável para tanto a realização de investimentos na área.

Ainda na fase investigatória, quando podem ser verificados os eventuais vestígios da prática do delito, deve ser empregada maior tecnologia a fim de que sejam coletados o maior número de provas possível – o deve ser também facultado à defesa -, diminuindo o número de processos em que a autoria e a materialidade do delito são comprovadas unicamente através da prova oral.

Por fim, enquanto não operadas mudanças nesse sentido, mostra-se imprescindível a conscientização dos profissionais do direito quanto aos fatores que possuem o condão de ensejar o desenvolvimento de falsas memórias na prova testemunhal. É preciso abandonar a cultura em que a prova testemunhal é produzida

sem a necessidade de observância de regras de ordem técnica como as que se apresentam, a exemplo, quando da coleta de vestígios físicos. Devido a sua relevância atual como meio de prova, deve ser-lhe conferido tratamento equivalente, condizente com a sua importância.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Vol. 1. Tradução de Fernando de Miranda. 2 ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 15, n. 20, p. 255-270, jan./jun. 2017.

ALVES, Fernando Antônio da Silva. **O Dilema da Prevalência da Verdade Real no Processo Penal**: o problema da verdade, segundo uma indagação hermenêutica aplicada ao processo penal brasileiro. XXIII Encontro Nacional do CONPEDI: Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Florianópolis: 2014, p. 369-362. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33fd82d3d8d775c7>>. Acesso em: 08 out. 2019.

ANDRADE, Mauro Fonseca. A Atividade Probatória Ex Officio Judicis na Recente Reforma Processual Penal. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 34, fevereiro. 2010. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao034/mauro_andrade.html> Acesso em: 09 out. 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. **Falsas Memórias e Processo Penal: (re)discutindo o papel da testemunha**. Disponível em: <repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11300/2/Falsas_Memorias_e_Processo_Penal_Re_Discutindo_o_Papel_da_Testemunha.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689**, de 03 de outubro de 1941. Vade Mecum Acadêmico de Direito Rideel. 26 ed. São Paulo: Rideel, 2018.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

FEIX, Leandro da Fonte; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Memória em julgamento: técnicas de entrevista para minimizar as falsas memórias. In: Lilian Milnitsky Stein (Org.). **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

FEIX, Leandro da Fonte; WELTER, Carmem Lisbôa Weingärtner. Falsas memórias, sugestibilidade e testemunho infantil. In: Lilian Milnitsky Stein (Org.). **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas Memórias no Processo Penal**. Trabalho de Conclusão de Curso – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HENRIQUES, Catarina Gordiano Paes; POMPEU, Júlio César. **As falsas memórias e o Mito da Verdade no Processo Penal**. XXIII Encontro Nacional do CONPEDI: Sociologia, antropologia e culturas jurídicas II. Florianópolis: 2014, p. 266-280. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=a8de36128c9564d4>>. Acesso em: 08 out. 2019.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 2 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JÚNIOR, Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502225992/cfi/4!/4/4@0.00:0.471>>. Acesso em: 09 out. 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: em busca da redução de danos. *In*: **Revista de Estudos Criminais**. Rio Grande do Sul: PUC, ano VII, n. 25, p. 59-69, 2007.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A Produção Analógica da Verdade no Processo Penal**: desvelando a reconstrução narrativa dos rastros da passividade. 2011. Tese de Doutorado em Ciências Criminais: Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1861/1/000436119-Texto%2BParcial-0.pdf>>. Acesso em: 08 out. 2019.

MALATESTA, Nicola dei Framarino. **A Lógica das Provas em Matéria Criminal**. Tradução de J. Alves de Sá. 2 ed. Lisboa: Livraria Clássica Editora, 1927. Disponível em: <bibliotecadigital.puc-campinas.edu.br/services/e-books/Nicola%20Framarino%20dei%20Malatesta-1.pdf>. Acesso em: 08 out. 2019.

MARGRAF, Priscilla de Oliveira; MARGRAF, Alencar Frederico. **Prova Oral: linguagem corporal e falsas memórias em interrogatórios e depoimentos**. Curitiba: Juruá, 2018.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. O art. 366 do Código de Processo Penal e a Produção Antecipada da Prova Testemunhal. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 9, n. 52, p. 41-44, fev. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo e Execução Penal**. 13 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

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

PERETTI, Gustavo Bisotto. **A Confiabilidade da Prova Testemunhal no Processo Penal e a Produção Antecipada de Provas como Instrumento de Redução de Danos**. Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais – Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2016. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/157624/001010797.pdf?sequencia=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 de novembro de 2018.

SEVERINO, Antônio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23 ed. São Paulo: Cortez, 2007.

SILVA, Camila Dallagnol Ramos da. **Falsas Memórias no Processo Penal**. 2018. Monografia apresentada ao curso de Ciências Jurídicas e Sociais Aplicadas – Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, Lagoa Vermelha, 2018. Disponível em: <<http://repositorio.upf.br/handle/riupf/1657>>. Acesso em: 08 out. 2019.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Acesso à justiça e os direitos da personalidade: elementos para a formação da prova testemunhal no novo código de processo penal, levando a psicologia do testemunho à sério! **Revista Eletrônica Direito e Sociedade**, v. 6, n. 1, 2018. Disponível em: <<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/4603>>. Acesso em: 02 nov. 2018.

SOUZA, Guilherme Augusto Dornelles. A busca da verdade no processo penal e o estudo das falsas memórias. *In*: **Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União**. Brasília, ano 11, n. 38, p. 145-165 – jan./jun. 2012. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-38-janeiro-junho-de-2012/a-busca-da-verdade-no-processo-penal-e-o-estudo-das-falsas-memorias/at_download/file>. Acesso em: 20 abr. 2019.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. *In*: Lilian Milnitsky Stein (Org.). **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

VIANNA, Caroline Navas. **A falibilidade da Memória nos Relatos Testemunhais: as implicações das falsas memórias na comprovação dos crimes contra a dignidade sexual**. 2017. Monografia apresentada ao curso de Direito – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2017. Disponível em:

<www.tcc.sc.usp.br/tce/disponiveis/89/890010/tce-22112018-113332/?&lang=br>.
Acesso em: 08 out. 2019.