

A PROVA ORAL NO PROCESSO PENAL E SUA FRAGILIDADE: CONSIDERAÇÕES SOBRE A VULNERABILIDADE DA MEMÓRIA HUMANA

Joseane Talita¹

Daniel Pulcherio Fensterseifer²

ASPECTOS INTRODUTÓRIOS

O presente trabalho traz à discussão um tema que vem ganhando amplitude tanto no direito brasileiro quanto no cenário internacional. O estudo das falsas memórias deflagra uma preocupação com o atual sistema de provas do sistema jurídico, especialmente daqueles que têm, na prova oral, o principal meio de comprovação de crimes.

Já faz algum tempo que os cientistas realizam estudos abordando esse fenômeno, ou seja, algo que por vezes faz pensar que se está lembrando de uma situação que, na realidade, nunca ocorreu. Isso pode acontecer com qualquer pessoa e em qualquer circunstância, devido a diversos motivos que vêm se revelando como pontos de destaques para o estudo do objeto em questão.

Diante de diversos apontamentos, surgiu uma complexa questão que é de importância fundamental para o Direito, especialmente ao processual penal e que será abordada neste trabalho.

O tema é de extrema relevância e grande valia para acadêmicos da área de Direito a pretender conhecer e aprofundar-se sobre o assunto a fim de aprender a identificar o fenômeno e saber lidar com ele. Dessa maneira, percebe-se a urgência da necessidade de começar abordar tal assunto em sala de aula com o intuito de que haja uma qualificação mais completa do acadêmico que se tornará um operador do Direito.

Da mesma forma, o operador de Direito, já atuante, também deve ter conhecimento sobre o referido tema, tendo em vista que, o que se busca na área processual penal é especialmente uma aplicação justa de pena, a proporcionalidade a ser aplicada está intimamente ligada a esse assunto tão pertinente, já que não o conhecendo, não há como se falar em uma completa justiça. Esse, sem sombra de dúvida, é o motivo mais importante de aprofundar o conhecimento acerca do tema, objeto do presente estudo.

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/FW. Advogada.

² Doutor e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do Curso de Direito e do Curso de Mestrado em Letras da URI/FW. Líder do Grupo de Pesquisa em *Therapeutic Jurisrudence* da URI/FW. Advogado.

No processo penal, a prova oral é de grande relevância, porém não pode ser a única a servir de embasamento, mesmo diante da ausência de outros elementos, pois como se sabe, restando dúvidas, é dever adotar o princípio do *in dubio pro reo*, já que o ordenamento jurídico adote a presunção de inocência.

A análise dessa prova é de extrema importância na colheita da prova testemunhal, distinguindo-se entre o real e o imaginário, podendo acarretar condenações ou até mesmo absolvições injustas.

Evidencia-se que a prova testemunhal é frágil. No entanto, a referida prova pode ter o condão de prejudicar ou beneficiar na hora em que o juiz analisará a prova e dará seu veredito. Dessa feita, seu estudo é essencial até mesmo para os operadores do Direito e profissionais que atuam na área criminal, a fim de entenderem e distinguirem depoimentos que possam estar maculados por falsas memórias.

Diante de todas essas constatações, resta verificar até que ponto os processos criminais do Brasil são aptos a produzirem um julgamento de mérito seguro e em conformidade com os princípios processuais e constitucionais. Sob a ótica de que o processo penal configura-se como um instrumento de proteção ao acusado, que vê nele um instrumento limitador da aplicação do poder punitivo do Estado, até que ponto se mostra em acordo com essa sua função protetiva. Embora não faça parte do presente trabalho, outro ponto que pode estimular as falsas memórias e que certamente poderiam contribuir com essa pesquisa é a grande quantidade de falsas notícias e que vão maculando o discernimento da população que atualmente é atingida violentamente pelas informações televisivas e especialmente pelas redes sociais.

Assim, nesse cenário é que se constrói o debate aqui proposto, com toda a sua complexidade e com a consciência da inesgotabilidade do tema, que é tão importante e que perpassa por diversas outras áreas do saber.

FALSAS MEMÓRIAS NO MEIO JURÍDICO

Di Gesu (2014, p. 49) estabelece em sua obra que “no processo penal, trabalha-se com fatos passados, faz-se história.” Durante o processo de instrução, o que se tenta fazer é a reconstrução de um fato (ou fatos), com a intenção de chegar a uma conclusão mais próxima da verdade.

O juiz analisará a reconstrução do fato da forma que lhe for colocada. Lopes Júnior (2013, p. 535) explica que “O processo penal é um instrumento de retrospectão, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico.” Deverá ser observado pelo julgador que o que está lhe sendo exposto não pode atingir a perfeição, visto que vem de uma retrospectiva que só existe na memória de quem lhe expõe o fato, tornando-se, por essa natureza, visível a impossibilidade de conhecer completamente a história real.

Sabe-se que faz parte do passado a inclusão da tortura como meio de adquirir confissões do réu. Atormentar um acusado era comum para conseguir uma confissão e resolver a situação. Entende-se também, apesar das fervorosas discussões que se está a passar, que o ordenamento jurídico atual prevê que ninguém será considerado culpado enquanto não haja trânsito em julgado que o condene. Nesse sentido, Beccaria (2013, p. 34) já se questionava: “Se o crime é incerto, não é hediondo atormentar um inocente?” Ainda, nessa senda, Lopes Jr. (2013, p. 566) expõe que “[...] buscou-se uma verdade mais material e consistente e com menos limites na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado.”

A busca por essa “verdade real” sempre será algo esperado, no entanto inatingível diante das multiplicidades de “verdades reais”, depois são apenas memórias, lembrando que o papel do processo penal é reconstruir um fato histórico (através de memórias). Então, “A verdade real é impossível de ser obtida.” (LOPES JR., 2013, p. 568). Isso é o que torna a verdade real um mito, tendo em vista que existem inúmeras vertentes sobre “verdades reais”, uma multiplicidade de entendimentos.

A ambição pela busca de uma verdade impossível, ainda tem pairado sobre o processo penal, atravessando os limites de seu poder, com ameaça ao contraditório e contra os princípios constitucionais. Porém, até mesmo em caso de confissão do réu, a prova não torna o indivíduo culpado, pelo contrário, deverá ser avaliada com o mesmo peso das outras provas apresentadas nos autos, pois nenhum tipo de prova tem maior força sobre outra. Todas se relativizam, fazendo com que a valoração da confissão não a torne, como conhecida pela expressão, a “rainha das provas”.

Ávila (2013, p. 67) mostra que “outro fator importante que pode influenciar no testemunho é o tratamento dado ao fato pela mídia.” O que se costuma acompanhar, diariamente em noticiários investigativos, é a constante violação do princípio da presunção de inocência. O autor coloca em linhas exatamente o papel que a mídia vem realizando perante sua forma de querer estabelecer a lei e a ordem:

Em meio a esse processo, policiais e magistrados, de vigilantes, se convertem em vigiados por grupos voluntários dispostos a assinalar cada um de seus movimentos, a interpretar cada um de seus gestos, a publicar cada uma de suas palavras. (ÁVILA, 2013, p.67).

O cenário de medo que a mídia consegue disseminar de canto a canto do país, com todas aquelas imagens fortes e comentários dolorosos aos ouvidos dos telespectadores, envolvendo-os fortemente e fazendo aflorar as emoções, atinge diretamente a memória de cada indivíduo. É inegável a existência de uma enorme diferença entre a opinião pública e a opinião publicada, assim como toda a manobra que a mídia realiza para multiplicar um determinado entendimento ou versão sobre fatos. Cada um de uma forma. Isso depende da percepção que cada um consegue obter das informações absorvidas. Tudo isso pode ficar retido na memória e resolver aparecer em outras situações, na forma de recordações que as vezes podem ser confundidas pela mente como se fossem experiências próprias ou distorcendo os acontecimentos passados.

Alguém que tem por costume acompanhar pela mídia histórias trágicas, (e aqui se fala das mais diversas formas, podendo ser jornais, telejornais, programas de rádio e, talvez, a principal, a internet, meio que conseguiu ultrapassar qualquer barreira da comunicação e manter todos informados dos mais variados fatos em qualquer momento) e em determinado momento possa vir a ser chamado para testemunhar algum fato que presenciou (crime), poderá utilizar-se das imagens evocadas de sua memória e, inconscientemente, associá-las formando falsas memórias e com a formação de fatos incontroversos. Nesse sentido, argumenta Alexandre da Rosa (2014, p. 4):

Quando a narrativa é muito completa, por certo houve o acréscimo de informações de terceiro, mídia, etc., pelo qual o sujeito pode narrar uma história com início, meio e fim. Esse modelo pode aparentemente seduzir, mas é o sintoma que o sujeito diz mais do que viu, ouviu ou sentiu. E isso pode ser grave.

O julgador deve saber identificar e ser prudente a qualquer interpretação errada por parte do depoente, identificando a falsa memória, visando necessariamente às consequências que poderão surgir de modo que tornem o julgamento do processo menos justo.

A obra “O Caso de Thomas Quick”, do jornalista sueco Rastam Hannes, retrata claramente a questão na medida em que conta uma história real em que houve, na verdade, a invenção de um assassino em série. Tudo não passou de um erro do começo ao fim e se tornou o maior escândalo da justiça sueca, demonstrando sua fragilidade mesmo com a

renomada de uma das mais perfeitas do mundo. Nesse caso, Sture Bergwall, que depois passou a se chamar Thomas Quick, era uma pessoa com doença mental que nunca se envolveu em nenhum ato violento, porém criou em sua mente uma fantasia e passou a vivê-la. Thomas Quick passou a confessar ser o autor de casos de homicídios que ainda não tinham sido elucidados pela justiça. Como teve acesso aos noticiários antigos desses casos que assumiu, reteve-os em sua memória e com ajuda de técnicas de regressão e medicamentos controlados e alucinógenos, os quais o sujeitavam na tentativa de exprimir qualquer informação, começou a evocar as memórias, assumindo os fatos e se tornando o maior *serial killer* da história daquele país.

O presente caso demonstrou que o uso de técnicas, sem a devida adequação na hora de coletar as informações, pode colocar em dúvida a credibilidade do depoimento devido ao acréscimo das FM, deixando evidente o quanto o trabalho do investigador deve ser de minuciosa análise e precisão das informações obtidas.

Atualmente, a prática de observação a esse fenômeno no atual ordenamento não tem se manifestado. Mas se o principal motivo de haver um ordenamento jurídico penal é realizar um trabalho, que possa ressocializar o indivíduo que causou um prejuízo social, o dever não é fazer com que esse se sinta injustiçado, de maneira a retribuir a esse o que fez como forma de uma vingança, mas que se torne consciente do que fez e da proporção de seu ato em relação a sua pena.

Destarte, mostra-se ainda maior o caráter de urgência em compreender melhor os testemunhos e depoimentos, identificando as falsas memórias, para que seja desempenhado o papel da Lei, dentro dos limites previstos, não se desfazendo do devido processo legal. Isso é, de fato, olhar a Lei de uma maneira mais rica, com contribuição tanto para o bom andamento processual quanto para a vida de quem enfrenta um julgamento, seja pela matéria que for, priorizando sua recuperação.

Nesse passo, torna-se essencial ter o conhecimento necessário a fim de poder distinguir e analisar um depoimento verdadeiro, de uma falsa memória embutida no relato da testemunha. Para isso existem técnicas a serem estudadas e elencadas, o que se verá a seguir.

ESTUDO DE TÉCNICAS PARA COLHEITA E ANÁLISE DO DEPOIMENTO EIVADO DE FALSAS MEMÓRIAS

Para que ocorra uma boa entrevista, importa destacar a relevância da maneira de como os questionamentos são realizados à testemunha, pois “cada testemunha possui uma representação mental única do evento.” (STEIN, 2013, p. 219). Dessa forma, o melhor a se fazer é ouvir em primeiro momento o relato integral da testemunha acerca do fato, e, a partir disso, formular questões com base nesse relato, numa tentativa de elucidar o caso a partir do que a testemunha diz ter visto e não lhe contando primeiramente o fato para que depois ela complete ou apenas confirme as afirmativas ou negativas. Com certeza essa maneira será muito mais eficaz e proporcionará melhores argumentos para um julgamento mais justo.

Existe uma técnica que é chamada de Entrevista Cognitiva, que foi desenvolvida com a intenção de potencializar a precisão de detalhes nos depoimentos prestados. “A Entrevista Cognitiva utiliza os conhecimentos científicos sobre a memória para obter depoimentos mais precisos.” (STEIN, 2013, p. 210).

Com vistas a diminuir erros, a partir dos estudos da Entrevista Cognitiva, foram listados os erros mais comuns durante uma entrevista e, em contraponto, as etapas que devem ser seguidas durante a Entrevista cognitiva.

Segundo Pergher e Stein (2005), são sete as etapas abordadas pelos psicólogos Ronald P. Fischer e Eduard Geiselman, que desenvolveram a técnica que não deve ser dispensada, quais sejam:

A primeira etapa é a personalização da entrevista, em que se deve passar a ideia da especialidade do ato; a segunda explica os objetivos da entrevista; a terceira etapa é o relato livre, aqui o entrevistador poderá captar o máximo de pistas para elucidação do fato; a quarta fase é a do questionamento, momento que o entrevistador aprofunda a busca por detalhes; a quinta diz respeito à recuperação variada e extensiva, é o momento em que o entrevistador tenta conseguir informações que em um primeiro plano não foram possíveis de serem alcançadas; a sexta etapa é a da síntese, ocorre uma conferência do entrevistador de toda a narração para que possa confirmar os pontos principais com as palavras ditas pelo entrevistado; e, por fim, a sétima etapa trata do fechamento que é importante para que o entrevistado saia de uma audiência com o sentimento de ter contribuído para um desfecho e de ser reconhecido de maneira positiva pelo que fez.

Essa compreensão da maneira de como questionar inclui uma análise de saber perceber quando ocorre também o esquecimento, de fato. Assim, importante saber agir de maneira que não se pressione a testemunha a fim de obter uma resposta a qualquer custo, pois sob pressão e na angústia de se sentir na obrigação de dar uma resposta, poderá acarretar em

um testemunho inventado apenas para acabar com a situação de pressão psicológica exercida pelo entrevistador sobre o entrevistado.

Diante disso, importante que o entrevistador saiba distinguir se a testemunha apenas tenta omitir os fatos ou se realmente esqueceu, pois como se mostra, “longe de ser uma falha no funcionamento do psiquismo, esquecer é um recurso necessário. Dentre as vantagens acarretadas, o esquecimento está a serviço do pensar.” (IBERTIS, 2009, p.158).

Todavia, todas essas técnicas que são amplamente conhecidas pela Psicologia e pela Psiquiatria podem causar estranheza aos operadores do Direito, em razão da sua formação diversa. Para que isso pudesse ser introduzido no âmbito jurídico, seria imprescindível um esforço de capacitação de Juízes, advogados e Promotores para que, no momento em que realizem a inquirição, adotem de forma correta e útil essas técnicas, como forma de buscar um resultado mais fidedigno na formação da prova. Tal circunstância revela a fragilidade do sistema jurídico baseado em sua autossuficiência e da necessidade de investimento na formação continuada de profissionais.

Não apenas o fator cognitivo apresentado acima pode influenciar sobre as informações prestadas pelos testemunhos, mas também outros meios, como o social, que podem consistir tanto na omissão de informações verdadeiras, como na citação de informações falsas. “Assim, o direito, em especial o processo penal, não pode ignorar como a memória é vista pelos outros campos do saber, pois depende, na grande maioria dos casos, das lembranças das testemunhas.” (DI GESU, 2014, p.122).

O fenômeno das falsas lembranças, sem dúvida, tem posto em xeque a validade das provas orais. Muitas vezes as técnicas utilizadas para colher as informações não são adequadas e acabam por comprometendo a fidedignidade da prova colhida.

Diante das pesquisas de Stein, Pergher e Feix, no caso de colheita de depoimento infantil, são cinco as etapas a serem seguidas, sendo elas: a primeira: planejamento e preparação – é o momento que se identifica onde é pretendido chegar com a audiência/entrevista que se realizará; a segunda etapa é engajar e explicar – é a forma de tornar o ambiente em que ocorrerá a entrevista mais acolhedor; a terceira etapa refere-se ao relato e clarificação – é a hora que o entrevistador deve ter cuidado para não ultrapassar e questionar além dos fatos mencionados pelo entrevistado; a quarta etapa diz respeito ao resumo e fechamento – é o momento em que o entrevistador resume o relato do entrevistado, com as palavras do mesmo, para que ele confirme o que disse ou, percebendo algo equivocado, ratifique-se; por fim, a quinta etapa é a avaliação e educação continuada: é uma

auto-avaliação. Aqui o entrevistador faz uma análise de satisfação acerca do seu trabalho para saber o que deve ser mudado e o que deve ser mantido.

INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

Certo é que as falsas memórias possuem uma maior gravidade dentro do depoimento de uma testemunha do que a mentira, tendo em vista que a testemunha acaba por desviar no imaginário, sem ter consciência disso. Dessa feita, torna-se mais difícil de identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas causem enorme prejuízo ao processo. (LOPES JR, 2014).

Aury Lopes Júnior (2014) cita Elizabeth Loftus como sendo autoridade para falar sobre o tema de falsas memórias, pois é criadora de um método que revolucionou estudos nessa área, pois demonstrou a possibilidade de implantação das falsas memórias (procedimento de sugestão de falsa informação). Ressalta-se que, em diversos experimentos, Loftus e seus pesquisadores demonstraram que é possível implantar uma falsa memória de um evento que nunca ocorreu. Ainda, disserta:

Mais do que mudar detalhes de uma memória — o que não representa grande complexidade —, a autora demonstrou que é possível criar inteiramente uma falsa memória (portanto, de um evento que nunca ocorreu). O estudo de “perdido no shopping” demonstra que é relativamente fácil implantar uma falsa memória de estar perdido, chegando ao preocupante extremo de implantar uma falsa memória de ter sido molestado sexualmente na infância. (LOFTUS apud LOPES JÚNIOR, 2014, p. 20).

Acerca do tema em questão, Aury Lopes Júnior (2014, p. 20) atenta para a necessidade de abordagem do tema, haja vista que milhares de julgamentos são realizados diariamente, os quais, muitas vezes, levam por base a prova testemunhal colhida. Muitas dessas provas “maculadas pelas defraudações da memória”. Afirma, ainda, que deve existir uma preocupação mundial sobre o crédito que se atribui aos depoimentos, havendo a necessidade de também ser avaliada no Brasil, essa espécie de prova. Aponta a necessidade de observância de alguns fatores muitas vezes esquecidos por parte daqueles que conduzem a prova testemunhal:

[...] para que busquemos instrumentos de ‘redução de danos’, como as técnicas de entrevista cognitiva; a preocupação (e consciência) por parte dos agentes policiais (e também judiciais) de não fazer ‘induzimentos’; um melhor treinamento dos policiais que tomam as primeiras declarações de vítimas e testemunhas presenciais; uma

análise mais ampla do contexto do caso penal, para identificar fatores que possam gerar a defraudação; enfim, uma série de cautelas que permitam reduzir o dano de termos um falso depoimento, uma falsa confissão e também um falso reconhecimento. (LOPES JR, 2014, p. 30).

Importa mencionar que a qualidade da prova pode ser comprometida pelo lapso temporal de muito tempo quando da coleta dos depoimentos em fase policial e entre os depoimentos na fase judicial, o que pode haver um favorecimento a aparição das memórias falsas. (ÁVILA, 2015).

Um dos desafios que os magistrados enfrentam diariamente é enxergar, através dos olhos da testemunha, durante a instrução processual acerca da veracidade ou não do seu depoimento. Na visão apresentada por Francesco Carnelutti (2004, p. 05): “Apesar desta dificuldade e de todas as possíveis “impurezas”, advindas deste tipo de prova, não é possível prescindir de sua existência.” Nesse passo, fica evidenciada a existência de crimes, especialmente os materiais, que dificilmente poderão ser analisados de outra forma que não pela testemunha, como é o caso de uma situação envolvendo crime de homicídio. (ÁVILA, 2015).

Destaca-se, ainda que, diante da percepção do fato, a testemunha, certamente, o interpreta conforme a vivência que, na maioria das vezes, não é a mesma do juiz. Oportuno frisar, ainda, que não se trata de apenas realizar uma avaliação das atuações da acusação e do magistrado, mas também, há necessidade de interação de todos aqueles que participarão da reconstrução do fato que se passou. Assim refere Gustavo Noronha de Ávila (2015, p. 20): “[...] processos que gerem falsas memórias não dependerão apenas de quem tem a função de acusar e a quem julga, mas também, daqueles defensores que, em contraditório, lançarão mão das melhores estratégias para evitar distorções.”

As falsas memórias são tão perigosas como a mentira, tendo em vista que prejudicam a credibilidade do depoimento. Destaca-se que, com o passar dos anos os detalhes também vão se apagando da memória, como algo natural, até porque, “a memória [...] não é um simples depósito de imagens mentais. A capacidade de arquivar, conservar e evocar os fatos é limitada.” (TRINDADE, 2014, p. 279).

Ocorre que, por algumas vezes, acontece de o depoimento não ser claro, podendo haver distorções, oportunidade em que a testemunha ou a vítima afirma sobre os acontecimentos dos fatos, sem ter a intensão de macular a verdade. No entanto, pode estar, por muitas vezes, sob a influência de falsas memórias, lembranças forjadas, esquecidas, ou até mesmo incutidas por terceiros, o que precisa ser analisado com muita cautela pelo julgador,

haja vista ser fator determinante para uma decisão que poderá comprometer o direito à liberdade de alguém. (MACHADO; ANACLETO, 2017).

No entender de Gadamer (2002, p. 349):

Faz muito tempo que nem tudo aquilo que acompanhamos com a consciência de nossa liberdade é realmente consequência de uma decisão livre. Fatores inconscientes, compulsões e interesses não dirigem apenas nosso comportamento, mas também determinam nossa consciência.

Tendo em vista que o Direito utiliza-se muito da prova testemunhal, ou seja, na memória das pessoas, a presente discussão é de extrema relevância na identificação dos sujeitos do crime e na identificação deles, ajudando na reconstrução dos fatos, pois nem sempre é possível realizar a prova científica adequada nos processos. Todavia, no Brasil ainda existe uma grande perda nas investigações dos fatos, tendo em vista a baixa qualidade das provas técnicas produzidas, remetendo à reconstituição fática quase que exclusivamente às palavras de determinadas pessoas. (MASI, 2015).

Elizabeth Loftus (2005, p. 20) fala sobre a nocividade das falsas memórias:

A nocividade das falsas memórias revela-se na circunstância de que elas podem conter elementos muito mais detalhados ou parecer muito mais vívidas do que as memórias verdadeiras. A mesma memória responsável pela construção de nossa história pode apresentar erros que mudam o curso de nossas ações e reações e pode, até mesmo, influenciar na vida de terceiros.

Em seu “Guia Compacto do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos”, Alexandre Morais da Rosa (2016, p. 101) aborda o assunto, demonstrando que memórias podem até mesmo ser implantadas no inconsciente, conforme descreve:

[..] desde “abdução por *aliens*, beijo em sapos e até pedido de casamento feito a uma máquina de “latinhas” da Pepsi”, e pasme tudo isto ocorre no campo do processo, e se o magistrado não tiver uma noção mínima destes fatores, poderá ser passado para trás e a parte contrária levará um (check-mate) epistêmico por conta de algo que foge dos papéis amarelados do fórum e de um sistema virtual programático.

Cumprе mencionar que as falsas memórias não são simulações e também não ocorrem de forma intencional, sendo que representam a verdade conforme há lembrança. Ocorre que, frente à falsificação da lembrança, a testemunha não consegue separar o verdadeiro do falso ou é induzida à deformação dos fatos, sem nem mesmo ter consciência. Dizem respeito a erros ou equívocos mnemônicos que não autorizam o enquadramento do indivíduo no tipo penal de falso testemunho ou falsa perícia, conforme dispõe o artigo 342 do Código Penal. (FLECH, 2012).

Diante da constatação da falibilidade da memória humana, é preciso lançar um novo olhar sobre o processo penal, o qual se mostra ainda muito dependente da prova oral produzida pela vítima ou pela testemunha. Importante salientar que quando as infrações não deixam vestígios, inúmeras decisões condenatórias acabam por levar em conta exclusivamente a palavra da vítima. Lopes Júnior diserta sobre o assunto:

É nos crimes sexuais o terreno mais perigoso da prova testemunhal (e, claro, da palavra da vítima), pois é mais fértil para implantação de uma falsa memória. [...] Isso dá uma dimensão do que é possível criar em termos de falsas memórias e das graves consequências penais e processuais que elas podem gerar. (LOPES JR, 2011, p. 50).

Frente às nuances advindas de um processo envolvendo falsas memórias, torna-se importante haver integração entre a neurociência, a Psicologia Cognitiva e do Testemunho à dogmática e à práxis processual penal.

O cerne da presente discussão diz respeito à necessidade de evitar-se a condenação, até mesmo à provação de liberdade quando se há a colheita de uma prova frágil e que pode ocorrer baseada em recordações distorcidas, discrepantes da realidade dos fatos.

Outro fator importante que interfere no depoimento da testemunha está atrelado à forma de condução dos operadores do Direito, como juízes, promotores e advogados quando da instrução processual. Veja-se:

[...] Assim, o fato da memória das pessoas ter sido testada, ou seja, o fato das pessoas terem sido, por exemplo, entrevistadas ou indagadas a respeito de um determinado assunto, colabora para um aumento significativo das falsas memórias. [...] Em situações jurídicas, nas quais tanto os procedimentos usuais de perícia psicológica quanto os questionamentos de testemunhas versam sobre um tópico central (neste caso, um crime que está sendo investigado) [...] não é de se admirar que seja bastante comum a situação em que pessoas, submetidas a psicoterapia ou sob investigação forense, produzam falsos relatos, que não sejam baseados em simulação (i.e., mentira), mas sim em memórias que substanciam o foco central do fato em questão. (STEIN; NEUFELD, 2001, p. 184).

Conforme explanado no presente item, verifica-se a importância das falsas memórias na condução do processo penal, analisando sua influência nos julgados e necessidade de saber identificá-las durante a condução da instrução processual. Dessa feita, não pode ser uma mera tese de defesa a ser alegada com a finalidade de viciar a prova testemunhal, mas precisa ser analisada num contexto que realmente possibilite ser extraída dentro de um depoimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo em comento objetivou ao longo de sua pesquisa analisar a influência das falsas memórias no processo penal, diante da fragilidade da prova oral, bem como da vulnerabilidade da memória humana. Buscou-se entender quais os danos da influência das falsas memórias na busca da “verdade real” dentro do processo penal brasileiro e se seria possível chegar até ela.

Evidencia-se a necessidade de ter cautela quanto ao tema, tendo em vista que as falsas memórias representam um grande risco para a fidelidade da prova oral, colhida ao longo do processo penal, as quais podem prejudicar o deslinde do feito e até mesmo o veredito final.

Ademais, impende ressaltar que a memória do ser humano é frágil diante das influências a que possam sofrer, tanto do meio social, quanto da mídia e até mesmo com o passar dos anos, havendo assim a ocorrência de mudança de versões, tanto por sugestão externa como de forma espontânea, acontecendo não por uma vez somente, mas por várias vezes.

Dessa forma, confirmar definitivamente o quão confiável seja a memória é uma tarefa difícil. Ocorre que diante de todas as possibilidades de reconhecer a falsificação da memória faz refletir o tamanho do campo entre o falso e o real, da ilusão e da realidade, da ocultação e da mentira.

Para tanto, inicialmente, o presente estudo abordou acerca dos aspectos gerais da prova, abarcando quanto ao testemunho durante a audiência, quanto ao interrogatório do réu, da confissão do réu na audiência e, ainda, das declarações da vítima durante a audiência no processo penal. Abordou sobre a fragilidade da prova penal quanto à colheita de forma oral, considerando a vulnerabilidade da memória humana.

Em seguida, no segundo capítulo, trabalhou-se com as diferentes formas de analisar a memória, considerando alguns de seus vieses (neurológico, social e emocional.). Também, a classificação da memória, as falsas memórias e a importância da neurociência no campo jurídico.

E, ao final, no terceiro capítulo, abarcou-se acerca das espécies de memórias, o que se entende por falsas memórias no meio jurídico, suas definições, juntamente com as consequências que essas podem causar no deslinde da investigação e na instrução processual penal. Também foram apresentados alguns entendimentos jurisprudenciais, os quais se fizeram convenientes um breve olhar, a fim de compreender como os Tribunais vêm se posicionando sobre o tema em questão.

Das premissas mais antigas e utilizadas pelo Direito Penal está a de que tal instituto deveria ser utilizado em *ultima ratio*, ou seja, como último recurso na solução dos conflitos sociais. Todavia, diante das mudanças sociais, com a evolução da sociedade e a criação de Leis, tal juízo de admissão, muitas vezes, passa a fazer parte da constituição do processo penal, devendo o acusado responder a todos os atos do processo até provar sua inocência ou, ao final, ter um veredito condenatório, se assim concluir o Magistrado.

No entanto, diante dessa perquirição probatória necessária, dentre outras provas a serem utilizadas na condução da busca da “verdade real”, utiliza-se a prova testemunhal como forma de também poder ajudar na condução do convencimento do juiz que prolatará sua decisão. Ocorre que a prova testemunha já é intitulada por ser a “prostituta das provas”, diante da sua fragilidade, pois está diretamente atrelada ao testemunho, o qual pode sofrer influências externas como internas, bem como estar maculado ou esquecido diante do passar do tempo, caindo até mesmo no natural esquecimento da memória humana.

Frente a tais considerações, as falsas memórias começaram a ser analisadas dentro do contexto probatório penal, pois está atrelada a fragilidade e vulnerabilidade da memória humana. Conforme visto em alguns julgados trazidos a presente pesquisa, diante de uma condenação incerta, o magistrado achou por bem aplicar o princípio processual penal e constitucional do *in dubio pro reo*, a fim de não haver uma condenação injusta, onde pairava a incerteza quanto à culpabilidade do réu.

Nesse passo, conclui-se sobre a necessidade e importância do estudo em questão, bem como o aprofundamento da análise dos fatos e dos depoimentos na seara processual penal dos operadores do Direito, a fim de conhecer melhor e poder identificar o fenômeno das falsas memórias em depoimentos prestados na instrução processual. Certo é que a identificação das falsas memórias terá influência no julgamento do Magistrado quando prolação de um veredito.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: A Prova Testemunhal em Xequê**. Lumen Juris, 2013.

_____. **Psicologia do testemunho: as falsas memórias no Processo Penal. Justificando:** 2015. Disponível em: <<http://justificando.cartacapital.com.br/2015/09/10/psicologia-do-testemunho-as-falsas-memorias-no-processo-penal/>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 7. ed. Tradução Torrieri Guimarães. Editora Martin Claret. 5 reimpressão, 2013.

CARNELUTTI, Francesco. **Lições sobre o processo penal**. Vol. 1. Campinas: Bookseller, 2004.

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

FLECH, Larissa Civardi. Falsas memórias no processo penal. **Lume**. Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/67291>>. Acesso em: 23 set. 2017.

GADAMER H. G. **Verdade e método**. 4. ed. Tradução de Flávio P. Meurer. Petrópolis: Vozes, 2002.

IBERTIS, Carlota. **Quando esquecer é apenas esquecer**: acerca de uma possibilidade pouco lembrada na teoria freudiana. Feira de Santana: Revista Ideação, n. 22, v. I, Jul/Dez 2009.

LOFTUS, Elizabeth F. PhD. As falsas lembranças. **Revista Viver Mente e Cérebro**, n. 2, 2005.

LOPES JUNIOR, Aury; **Direito processual penal**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela: **Conjur**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depnde-dela>>. Acesso em: 20 ago. 2017.

_____. **Direito processual penal e suas conformidade constitucional**. 8. ed. Porto Alegre: Lumen Juris, 2011, v. I.

MASI, Carlo Velho. Falsas memórias no Processo Penal, **Canal Ciências Criminais**: 2015. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.com.br/falsas-memorias-no-processo-penal-parte-1/>>. Acesso em: 23 set. 2017.

MACHADO, Maykon Fagundes; ANACLETO, Vinícius. Falsas Memórias no Jogo Processual Penal e a Influência do Inconsciente nas Decisões. **Empório do Direito**: 2017. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/as-falsas-memorias-no-jogo-processual-penal/>>. Acesso em: 23 set. 2017.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitski. Entrevista cognitiva e terapia cognitivo comportamental: do âmbito forense à clínica. **Revista Brasileira de Terapias Cognitivas**, v. 1, n. 2, jul/dez de 2005. Disponível em: <http://www.rbtc.org.br/detalhe_artigo.asp?id=17>. Acesso em: 27 jul. 2017.

RASTAM, Hannes. **O caso de Thomas Quick**. 1. ed. Tradução de Jaime Bernardes. 2014.

ROSA, Alexandre da. **Conjur**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-22/diario-classe-qual-cor-cavalo-branco-napoleao>>. Acesso em: 3 set. 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky et al. **Falsas Memórias**. Editora Artmed, 2013.

_____; NEUFELD, Carmen Beatriz. Falsas memórias: Por que lembramos de coisas que não aconteceram? **Revista Arq. Ciênc. Saúde Unipar**, ano 5, n. 2, mai/ago. 2001.

_____. PERGHER, Giovanni Kuckartz; FEIX, Leandro da Fonte. Desafios da oitiva de crianças e adolescentes: técnica de entrevista investigativa. **Childhood Brasil; Secretaria especial dos direitos humanos; Governo federal**. Ano 2009. Disponível em: <https://www.mpap.mp.br/images/infancia/t%C3%A9cnicas_de_entrevista_investigativa-1.pdf>. Acesso em: 09 out. 2017.

TRINDADE, Jorge. **Manual de psicologia jurídica para operadores do direito**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.