

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**  
**MESTRADO EM CIÊNCIAS CRIMINAIS**

CRISTINA CARLA DI GESU

**PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS**

PROF. DR. NEREU JOSÉ GIACOMOLLI

ORIENTADOR

PORTO ALEGRE  
2008

**CRISTINA CARLA DI GESU**

**PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS**

Dissertação apresentada à banca examinadora do PPG em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências Criminais, sob orientação do Professor Doutor Nereu José Giacomolli.

Área de concentração: Sistema Penal e Violência.

Linha de pesquisa: Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos.

PORTO ALEGRE  
2008

## RESUMO

O depoimento da vítima e da testemunha resgata, na memória, a lembrança de um fato ocorrido no passado, a fim de dar conhecimento ao julgador sobre aquilo que viram e ouviram, cumprindo com a função recognitiva do processo. Em que pese a prova oral ser de grande valia para o processo penal, trata-se de uma das modalidades mais frágeis, tendo em vista depender a recordação dos fatos da memória daquele que os narra. Além de o processo mnemônico não ser fidedigno à realidade, pois a memória não reconstrói os acontecimentos tal e qual eles ocorreram, proporcionando apenas uma versão aproximada e parcial, a lembrança ainda pode estar sujeita à contaminação de várias ordens. Quanto maior o transcurso de tempo entre o acontecimento e o relato, maior a possibilidade de os detalhes, imprescindíveis à prova penal, desvanecerem-se. Isso porque a tendência da memória, superado o dualismo cartesiano da separação entre razão e emoção, é justamente armazenar apenas a emoção do acontecimento. Além do mais, o contato com outras pessoas, a leitura dos jornais e a forma com que são entrevistadas podem influenciar, negativamente, a percepção da vítima e da testemunha sobre aquilo que elas realmente sabem. Assim, a produção de uma prova sem qualidade técnica vem a corroborar a negação de qualquer tipo de verdade no processo. A reconstrução dos fatos é sempre minimalista e imperfeita e a obtenção da captura psíquica do julgador, no processo penal acusatório, depende da melhor tese apresentada, seja da acusação ou da defesa, isto é, do aproveitamento de chances, da liberação de cargas processuais, em direção a uma sentença favorável. De fato, não há uma preocupação acentuada dos profissionais encarregados da investigação preliminar e da instrução processual acerca da psicologia do testemunho, principalmente no que se refere aos casos patológicos, que são os que nos interessam. De nada adianta uma boa aquisição e retenção da memória se houver falha justamente no terceiro momento, isto é, o da recuperação da lembrança, através da indução das vítimas e testemunhas. As falsas memórias – recordação de fatos nunca ocorridos e inflação da imaginação a partir de fatos vivenciados – são uma realidade presente nos feitos criminais. É preciso saber lidar com essa situação através de medidas de redução de danos, evitando que milhares de sentenças condenatórias sejam proferidas com base neste único meio de prova.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo Penal – Prova Testemunhal – Memória – Falsas Memórias.

## **ABSTRACT**

The victim and the witness testimonies recall from the memory a fact occurred in the past, so that the judge may know what they have seen and heard, complying with the cognizance function of the proceeding. Despite being crucial for the criminal proceeding, the testimony is one of the most fragile evidences, since it depends on the remembrance of the facts on the part of the individual that is telling them. Besides it does not express an accurate reality, since the memory does not reconstruct the facts such as they occurred, the mnemonic process provides only an approximate and partial version, and the memory can be subject to contaminations of any kind. The longer the time elapsed between the event and the report, the higher is the possibility of having the details, which are crucial to the criminal evidence, vanish. This occurs because the memory tends, when the Cartesian dualism of the separation between reason and emotion is overcome, to store only the emotion of the event. Furthermore, the contact with other people, the reading of newspapers and the way the individuals are interviewed can influence negatively the victim and the witness perceptions concerning what they actually know. Thus, the production of evidences without technical quality just corroborates the negation of any kind of truth in the proceeding. The reconstruction of the facts is always minimalist and imperfect and the achievement of the psychic apprehension by the judge, in the accusatory criminal proceeding, depends on the best thesis that is presented, either by the accusation or by the defense, that is, on the exploitation of the possibilities, on the release of the procedural charges, towards a favorable decision. In fact, there is not a strong concern by the professionals in charge of the preliminary investigation and of the finding of facts on the psychology of the testimony, mainly concerning pathological cases, which are those that interest us more. A good acquisition and withholding in the memory is not worth if the third moment fails, that is, when the remembrance is recovered through the induction of the victims and witnesses. The fake memories - memory of facts that have never occurred, and the inflation of the imagination based on lived facts - are a present reality in criminal proceedings. It is necessary to know how to deal with this situation, taking appropriate steps that reduce the damages and preventing the pronouncement of thousands of convictions based only on this evidences.

**KEYWORDS:** Proceeding - Criminal Evidence - Witness - Memory – Fake Memories

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	12
<u>CAPÍTULO I - CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS ACERCA DO PROCESSO PENAL E DA PROVA.....</u>	<u>16</u>
1.1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O PROCESSO PENAL.....	16
1.1.1 OS SISTEMAS PROCESSUAIS CLÁSSICOS.....	16
1.1.1.1 O MODELO INQUISITORIAL.....	19
1.1.1.2 O MODELO ACUSATÓRIO.....	29
1.1.2 O PROCESSO COMO SITUAÇÃO JURÍDICA.....	37
1.1.3 O PROCESSO COMO ATIVIDADE RECOGNITIVA.....	45
1.2 CONSIDERAÇÕES SOBRE A PROVA NO PROCESSO PENAL.....	48
1.2.1 PRINCÍPIOS ACERCA DA PROVA.....	54
1.2.1.1 JURISDIÇÃO.....	56
1.2.1.2 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	61
1.2.1.3 CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.....	67
1.2.1.4 LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.....	73
1.2.2 CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS SOBRE AS ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS CONCERNENTES À PROVA.....	81
1.3 TEORIAS ACERCA DA PROVA.....	83
1.3.1 PROVA COMO UMA ESPÉCIE DE NONSENSE.....	84
1.3.2 PROVA NO TERRENO DA SEMIÓTICA.....	84
1.3.3 PROVA COMO DETERMINAÇÃO DA VERDADE.....	86
1.4 A FUNÇÃO PERSUASIVA DA PROVA.....	87
1.5 (DES)VELANDO O MITO DA VERDADE.....	91
1.6 A PROVA TESTEMUNHAL.....	97
1.6.1 A OBJETIVIDADE NO TRATAMENTO DA TESTEMUNHA.....	98
1.6.2 CONSIDERAÇÕES ACERCA DO <i>CROSS EXAMINATION</i> .....	101
<u>CAPÍTULO II - A MEMÓRIA E SUAS DIMENSÕES.....</u>	<u>106</u>
2.1 MEMÓRIA.....	106
2.1.1 MEMÓRIA SOB O VIÉS NEUROLÓGICO.....	108
2.1.1.1 CLASSIFICAÇÃO DA MEMÓRIA.....	110
2.1.1.2 ESTRUTURAS CEREBRAIS ENVOLVIDAS.....	112
2.1.1.3 DINAMICIDADE DA MEMÓRIA.....	115
2.1.2 MEMÓRIA SOB O VIÉS ANTROPOLÓGICO/ FILOSÓFICO.....	117
2.1.2.1 A OSCILAÇÃO ENTRE O REAL E O IMAGINÁRIO DE BERGSON.....	119
2.1.2.2 A PERCEPÇÃO NA VISÃO DE MERLEAU-PONTY E AS CRÍTICAS DE DURAND ACERCA DA DESVALORIZAÇÃO DA IMAGINAÇÃO.....	121
2.1.2.3 A PERCEPÇÃO SOB A ÓTICA DE ALTAVILLA.....	126
2.1.3 MEMÓRIA SOB O VIÉS SOCIAL.....	128
2.1.3.1 OS PARADOXOS DA MEMÓRIA.....	129

2.1.3.2 MEMÓRIA DO INSTANTE.....	132
2.1.3.3 MEMÓRIA E ESQUECIMENTO.....	134
2.2 AS FALSAS MEMÓRIAS.....	135
2.2.1 OS ESTUDOS DE ELIZABETH LOFTHUS.....	138
2.2.2 AUTO-SUGESTÃO E ESTÍMULO EXTERNO.....	145
2.2.3 MEMÓRIA E EMOÇÃO – CRÍTICA AO DUALISMO CARTESIANO.....	147
2.2.4 QUEM E QUAIS HISTÓRIAS SÃO MAIS SUSCETÍVEIS ÀS FALSAS MEMÓRIAS.....	152
<u>CAPÍTULO III - PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS.....</u>	<u>160</u>
3.1 PROVA PENAL E FALSAS MEMÓRIAS.....	160
3.2 O REFLEXO DA FALSIFICAÇÃO DA LEMBRANÇA NO ATO DE RECONHECIMENTO.....	163
3.3 FATORES DE CONTAMINAÇÃO DA PROVA ORAL.....	170
3.3.1 TRANSCURSO DO TEMPO.....	173
3.3.2. O HÁBITO E A ROTINA.....	182
3.3.3 A LINGUAGEM E O MÉTODO DO ENTREVISTADOR.....	184
3.3.3.1 VIÉS DE ENTREVISTADOR.....	186
3.3.3.2 REPETIÇÃO DAS ENTREVISTAS.....	188
3.3.3.3 REPETIÇÃO DE PERGUNTAS DENTRO DA ENTREVISTA.....	190
3.3.3.4 INDUÇÃO DE ESTEREÓTIPOS.....	191
3.3.3.5 TOM SENTIMENTAL DA ENTREVISTA.....	192
3.3.3.6 <i>STATUS</i> DO ENTREVISTADOR.....	193
3.3.4 A MÍDIA.....	195
3.3.5 SUBJETIVISMO DO JULGADOR.....	197
3.4 DEPOIMENTO SEM DANO.....	201
3.5 AS TÉCNICAS DE INTERROGATÓRIO E A ENTREVISTA COGNITIVA.....	208
3.6 MEDIDAS DE REDUÇÃO DE DANOS.....	214
<u>CAPÍTULO IV - ESTUDO DE CASOS.....</u>	<u>219</u>
4.1 CASO ESCOLA BASE DE SÃO PAULO.....	220
4.1.1 A NOTÍCIA-CRIME.....	220
4.1.2 A INVESTIGAÇÃO.....	221
4.2 PROCESSO CRIME 001/2.07.0039336-7, 6ª VARA CRIMINAL, FORO CENTRAL, PORTO ALEGRE.....	234
4.2.1 A ACUSAÇÃO.....	234
4.2.2 AS PROVAS.....	235
4.2.3 O JULGAMENTO.....	243
4.3 APELAÇÃO CRIME 70017367020, QUINTA CÂMARA CRIMINAL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.....	245
4.3.1 A ACUSAÇÃO.....	245
4.3.2 AS PROVAS.....	246
4.3.3 O JULGAMENTO.....	251
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	255
REFERÊNCIAS.....	258

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho intitulado “*Prova penal e falsas memórias*” tem como objetivo analisar a prova penal, especialmente, a prova testemunhal; contudo, sob um enfoque além do tradicional.

A abordagem pelo viés interdisciplinar foi absolutamente fundamental para construir uma nova linguagem, a partir da conjugação de diferentes campos do saber, que pudesse dar conta da complexidade da questão, pois é inegável a superação do monólogo jurídico. Não se pode mais tolerar que sentenças sejam proferidas diariamente a partir – quase que exclusivamente – da prova testemunhal, desconhecendo os riscos de estarmos diante de um caso de falsas memórias.

A temática escolhida oportunizou-nos o estudo de vários pontos do Processo Penal brasileiro, a começar pelos modelos processuais (inquisitivo e acusatório), assim, como a teoria do processo como situação jurídica, o processo como atividade cognitiva, os princípios regentes da prova, as teorias da prova e as mais recentes alterações legislativas sobre a matéria, a desconstrução do mito da verdade como escopo do processo, até ingressarmos na problemática central, isto é, na prova testemunhal. Além disso, o estudo permitiu-nos a abordagem da memória e suas dimensões antes de ingressarmos na problemática decorrente da falsificação da recordação.

Acerca dos métodos utilizados para a elaboração do trabalho, a própria interdisciplinaridade revelou-se como uma forma de análise, vez que empregamos a *técnica do caleidoscópio*. Outrossim, no que diz respeito ao processo, utilizamos o *método de investigación del Derecho Procesal*, conforme aponta GUASP<sup>1</sup>, em que “a observação dos dados recai, como é natural, sobre aquele conjunto de normas que constituem o ordenamento jurídico do processo”.

---

<sup>1</sup> GUASP, James. *Concepto y Método de Derecho Procesal*, 1997, p. 87.

Embora o *método dogmático estrito* tenha possibilitado a abordagem do conjunto de normas que regulam direta e imediatamente o processo, mais precisamente, a lei processual penal, não nos limitamos tão-somente à sua utilização. Por conseguinte, segundo GUASP<sup>2</sup>, para a obtenção do conhecimento, aplicamos também o *método indutivo*, que enseja o “trânsito do particular ao geral”, trabalhando precipuamente com a capacidade de abstração, e o *método dedutivo*, no qual há o “trânsito do geral ao particular”. Os dois métodos complementam-se reciprocamente, em que pese transpor a idéia de oposição.

A fonte de consulta por excelência foi a doutrina nacional e estrangeira. Cabe ressaltar que todas as obras constantes na bibliografia foram devidamente consultadas e citadas ao longo do texto sob a forma de notas de rodapé.

O primeiro capítulo conduziu-nos a abordagem do processo e da prova penal. Como já referimos, nesta oportunidade, trabalhamos com diversas questões processuais, enfatizando especialmente a prova penal. Para tanto, antes de apreciarmos o modelo *neoinquisitorial* brasileiro, analisamos as principais características dos sistemas inquisitivo e acusatório e o que de fato os diferencia, isto é, a gestão da prova. Demonstramos o quanto a atividade processual é dinâmica, (re)lendo a *Teoria do Processo como Situação Jurídica*, de JAMES GOLDSCHMIDT, na qual a expectativa da sentença favorável dependerá do aproveitamento de *chances e liberação de cargas*, no intuito de reconstruir o fato e obter a captura psíquica do julgador. A partir daí, analisamos cinco princípios que norteiam a atividade probatória, quais sejam, a jurisdição, a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e o livre convencimento motivado. As teorias da prova também foram objeto de estudo. Proporcionaram nosso posicionamento sobre a negação de qualquer tipo de verdade (material ou formal), por esta não se identificar com o fim do processo acusatório. Isso veio a justificar a função persuasiva (TARUFFO) da prova penal. Por fim, neste último momento, considerando ser a prova testemunhal, há séculos, no dizer de BENTHAM, *os olhos e os ouvidos da justiça*, introduzimos a sua abordagem através de considerações legislativas e críticas sobre o tratamento de forma objetiva.

---

<sup>2</sup> GUASP, James. *Concepto y Método de Derecho Procesal*, 1997, p. 85.

No segundo capítulo, denominado “*Memória e suas Dimensões*”, trabalhamos precipuamente com o funcionamento da memória, do ponto de vista neurológico. Esse viés foi de suma importância para a pesquisa, tendo em vista que a reconstrução dos fatos pelas testemunhas depende da recordação daquele que os narra. Entretanto, não ficamos atrelados somente a essa dimensão, fazendo uma leitura da memória através de renomados autores como BERGSON, MERLEAU-PONTY, DURAND, ALTAVILLA, OST, VIRILIO, entre tantos outros, com o intuito de demonstrar, respeitando os limites do presente trabalho, a convergência de opiniões acerca da memória nos diversos campos do saber (a qual é dinâmica e, de outra banda, não é essencialmente reconstrutiva, mas sim aproximativa). Logo, entramos na problemática central deste estudo, ou seja, as falsas memórias. Neste tópico, as pesquisas de ELISABETH LOFTHUS sobre a recordação de fatos nunca existentes e a inflação da imaginação tomaram especial importância. Criticamos, outrossim, o dualismo cartesiano sobre a separação entre mente e cérebro, bem como sustentamos “quem” e “quais” histórias são mais suscetíveis de falsificação.

O terceiro capítulo conjuga os dois temas: prova penal e falsas memórias. Na oportunidade, realçamos o reflexo da falsificação da lembrança no ato de reconhecimento pessoal, bem como os diversos fatores de contaminação da prova oral, com especial atenção ao transcurso do tempo – pois quanto mais o tempo passa, maior o esquecimento e, conseqüentemente, maior a possibilidade de a testemunha ou vítima ser induzida por parentes, amigos, pela mídia, etc. –, à linguagem e ao método do entrevistador. Um testemunho pode vir a ser inteiramente inflacionado ou falsificado se a entrevista for feita de maneira evocativa, explorando unicamente a tese acusatória, ou seja, culminando com aquilo que CORDERO chama de *primado das hipóteses sobre os fatos*. Nesse contexto, não poderíamos deixar de tecer considerações críticas sobre a realidade vivenciada, em especial, na Comarca de Porto Alegre, a partir da implantação do “Depoimento sem Dano”, técnica empregada à inquirição de crianças testemunhas e vítimas de delitos sexuais. Por fim, apresentamos as técnicas de interrogatório, com enfoque especial à entrevista cognitiva, assim como as possíveis medidas de redução de danos, a fim de minimizar a patologia advinda das falsas memórias, quando efetivamente constatada no processo penal.

O quarto e último capítulo foi destinado ao estudo de casos. De nada adiantaria o estudo sobre a falsificação da lembrança pelo viés da indução se este ficasse circunscrito aos experimentos de laboratório. Assim sendo, selecionamos três feitos criminais – um inquérito que tramitou no Estado de São Paulo e dois processos criminais, ambos julgados pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul – nos quais pudemos identificar a patologia e seus fatores de contaminação: indução pela mídia, parentes, policiais, entre outros.

Por fim, destacamos que os limites da dissertação e a complexidade de uma abordagem interdisciplinar impõem ao estudo a ausência de pretensão exauriente do tema.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A pesquisa obteve o fim colimado, isto é, a constatação acerca da viabilidade da formação de falsas memórias, não só em laboratórios, mas também na reconstrução dos fatos no processo criminal.

Considerando a falência do monólogo científico e a complexidade imposta pela pós-modernidade, a prova testemunhal foi abordada, ao longo do texto, através de uma leitura interdisciplinar. A testemunha ou vítima de um delito se valem de suas recordações ao narrar o fato tanto na fase inquisitorial, quanto na processual, advindo daí a necessidade (urgente) dos profissionais do direito de conhecerem o funcionamento da memória, não só pelo viés neurológico, mas também pelo viés psicológico e social.

Os estudos demonstram não ser o processo mnemônico fidedigno à realidade, isto é, a lembrança não reconstrói o fato tal e qual ocorreu na realidade. A memória, ao ser evocada, apresenta uma síntese aproximativa daquilo que foi percebido. Além disso, as recordações são fortemente influenciadas pela emoção. Com efeito, inegável ser o delito uma forte emoção para aquele que o presencia ou que dele é vítima. O sentimento, nesse contexto, vem a minimizar a observância dos detalhes do acontecimento, ou seja, prejudica aquilo que os depoentes viram e ouviram. Disso tudo resulta a inviabilidade da cisão entre razão e emoção, proposta por DESCARTES. Da mesma forma, a situação fez-nos pensar que a testemunha não pode ser tratada pela legislação processual de forma objetiva, pois inegável que ela narra o fato em primeira pessoa.

Ademais, as recordações estão sujeitas a contaminações de várias ordens, dentre elas destacamos o tempo e o viés do entrevistador, fomentadores da falsificação da lembrança. Quanto maior o transcurso de tempo entre o fato e as primeiras declarações, maior a possibilidade de a testemunha ou vítima, incorporar à sua percepção, elementos externos, havendo uma verdadeira confusão entre aquilo que realmente ocorreu e as informações adquiridas posteriormente por intermédio dos jornais, da televisão, de uma conversa com um amigo, da inquirição por médicos, psicólogos e policiais. O tempo, além

disso, é fundamental para o esquecimento, principalmente dos detalhes que interessam ao processo.

As pessoas, em especial as crianças, são altamente induzidas ou sugestionadas a recordar eventos nunca ocorridos. Um dos grandes problemas observados ao longo da pesquisa esteve relacionado à linguagem e ao método empregado pelo entrevistador. Comumente, as pessoas encarregadas de questionar as supostas vítimas e testemunhas tendem a explorar tão-somente a hipótese acusatória, sem investigar outras causas que podem ter originado a acusação.

Os atores judiciais, mais do que nunca, devem estar atentos a essa situação diante da utilização massiva da frágil prova testemunhal.

Em vista do complexo diagnóstico da prova testemunhal, sustentamos a inviabilidade de “busca pela verdade” no processo, na tentativa de reconstrução dos fatos. Como já dissemos, o problema não está na adjetivação “real” ou “processual”, mas no substantivo “verdade”. Trabalhando as teorias da prova e o processo como *situação jurídica* (GOLDSCHMIDT), convencemo-nos ainda mais sobre a negação da verdade. Acusação e defesa aproveitam suas chances, desincumbem-se de suas cargas processuais, cada uma com um intuito: a expectativa de uma sentença favorável (condenação ou absolvição).

A prova, ao mesmo tempo em que é cognoscitiva (traz aos autos o conhecimento parcial do fato, nunca o conhecimento pleno, pois *o todo é demais para nós*, já dizia CARNELUTTI), também assume um caráter argumentativo na busca da captura psíquica do julgador (escopo do processo acusatório). A acusação trabalha para obter a condenação, produzindo provas nesse sentido. A defesa, por sua vez, pode permanecer inerte, considerando não ter o *dever* de provar, valendo-se dos princípios da presunção de inocência e do direito de silêncio. Mas também pode agir, reduzindo os riscos de uma sentença desfavorável. Se o advogado requeresse a condenação do réu, postulando uma pena justa e admitindo a veracidade do fato, isso geraria uma nulidade processual. O réu pode confessar, mas seu advogado não. E não poderia ser diferente.

Somado a tudo isso, a prova testemunhal, na ausência de demais elementos, além de parcial, está longe de reproduzir fidedignamente o acontecimento, devido a todos os fatores de contaminação anteriormente apontados: memória, falsas memórias, transcurso do tempo, viés do entrevistador, etc.

O estudo de casos proporcionou-nos a efetiva constatação da falsificação e inflação das recordações nos feitos criminais, devido à identificação de uma série de fatores de contaminação da prova oral.

A complexidade do tema falsas memórias atrelada à problemática processual fez-nos pensar não em uma solução para a problemática, pois não há soluções simples para problemas complexos, mas sim em medidas de redução e compensação de danos, com o intuito de obter uma jurisdição de qualidade. Destarte, a colheita da prova em um prazo razoável, a exploração de outras teses, diversas da acusatória e a gravação das entrevistas judiciais e extrajudiciais contribuiriam sobremaneira para esse fim. O ideal seria o fomento de novas tecnologias na produção da prova e o abandono da “cultura” da prova testemunhal. Entretanto, considerando ser esta uma realidade distante, cumprimos nosso objetivo de alertar os profissionais do direito sobre a confiabilidade do testemunho.