

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

GUILHERME LUIZ BANDEIRA

FALSAS MEMÓRIAS: A DÚVIDA NO PROCESSO PENAL

CURITIBA

2018

GUILHERME LUIZ BANDEIRA

FALSAS MEMÓRIAS: A DÚVIDA NO PROCESSO PENAL

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Priscilla Placha Sá

CURITIBA


2018

TERMO DE APROVAÇÃO

GUILHERME LUIZ BANDEIRA


Falsas memórias: a dúvida no processo penal

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

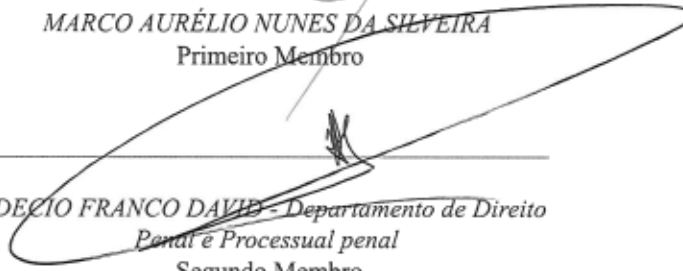


PRISCILLA PLACHÁ SÁ
Orientador

Coorientador



MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA
Primeiro Membro



DEZIO FRANCO DAVID - Departamento de Direito Penal e Processual penal
Segundo Membro



Ministério da Educação e do Desporto
Universidade Federal do Paraná
FACULDADE DE DIREITO

Ata da reunião da Comissão Julgadora da Monografia (Trabalho Final de Curso) do Acadêmico(a) **GUILHERME LUIZ BANDEIRA**

Aos vinte e um dias do mês de novembro do ano de 2018, às 13:30 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo(a) Acadêmico(a) GUILHERME LUIZ BANDEIRA, sobre o tema, "Falsas memórias: a dúvida no processo penal". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, PRISCILLA PLACHÁ SÁ (Orientador), (Coorientador), MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA e DECIO FRANCO DAVID - Departamento de Direito Penal e Processual penal, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 9,3 , 9,3 , 9,3 e X ; perfazendo a média igual a 9,3.

Obs.

Curitiba - PR, 21 de novembro de 2018.

PRISCILLA PLACHÁ SÁ

Orientador

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

1º Membro

Coorientador

DECIO FRANCO DAVID - Departamento de Direito Penal e Processual penal

2º Membro

Aos que têm dúvidas,
porque eles estão certos.

Martí Perarnau

AGRADECIMENTOS

Ao acaso, que nos trouxe até aqui.

À Boo, por tudo e por nós.

Aos meus pais, por todo o esforço e empenho da criação, da educação e da vida; e ao meu irmão, por ter me aturado e me treinado a paciência e também pelas tantas ideias trocadas.

Àqueles que ajudaram cotidianamente no descobrimento da pequena aventura do TCC, em especial Dâmaris e Thainá, por compartilharem experiências e dicas; e Luigi, o cara que em cinco minutos de conversa te faz ter a certeza de que se não pudermos mudar a realidade azar o dela.

Ao Tom, inveterado comparsa no apreço pelos masoquistas prazeres do Direito, do futebol e da gastronomia.

A todo o Bonde Jurídico, que não vale nada mas que vale a pena.

Aos professores de verdade, com o perdão da expressão. Vocês podem ser poucos mas são absolutamente imprescindíveis. Obrigado por transformarem vidas, inclusive a minha.

Ao Helder e ao Octávio, pelas inúmeras oportunidades de debater e de conhecer novas coisas, reflexões, intuições e, principalmente, modos de ver o mundo.

A todos aqueles que deixaram um pedacinho de si em mim.

Most of what ails our criminal justice system lie in unwarranted certitude on the part of police officers and prosecutors and defense lawyers and judges and jurors that they are getting it right. That they are simply right. Just a tragic lack of humility in everyone who participates in our criminal justice system.

Dean Strang

RESUMO

O presente artigo busca, por meio de revisão crítica da literatura, expor as incertezas que as falsas memórias – recordações de algo que não aconteceu ou que aconteceu de modo diverso do lembrado – levam ao direito processual penal. Partindo do que já se descobriu acerca da percepção sensorial e das dinâmicas mnemônicas, com suas características e limitações, objetiva-se demonstrar que tal conhecimento científico macula a confiança desmesurada nas possibilidades do processo penal. Assim, é brevemente exposto o funcionamento da memória, bem como são tecidas considerações sobre as questões da verdade e da certeza no processo penal, passando-se em seguida a narrar como o processo como um todo – inclusive a decisão – está sujeito a falhas que, como é o caso das falsas memórias, reduzem a qualidade da informação que o compõe. Sendo por fim analisadas alternativas que evitem a ocorrência de falsas memórias, verifica-se que podem ser evitadas em certo grau, mas não há como afastá-las totalmente, resultando na constatação de que uma sanção gravosa como a penal acaba por ser definida em um espaço de racionalidade limitada e inevitável incerteza.

Palavras-chave: Falsas memórias. Processo penal. Verdade. Decisão judicial.

ABSTRACT

This article seeks through a literature review to expose the uncertainties that false memories – memories of something that did not happen or that happened in a different way – lead to criminal procedural law. Based on what has already been discovered about sensory perception and mnemonic dynamics, it aims to demonstrate that such scientific knowledge blurs the excessive confidence in the possibilities of the criminal process. Thus, the working of memory is briefly exposed, as well as considerations about the questions of truth and certainty in the criminal procedure. Afterwards describe how the process as a whole – including the decision – is subject to failures that, as in the case of false memories, reduce the quality of the information inside it. Finally, alternatives are analyzed that avoid the occurrence of false memories. It shows that they can be avoided only to some degree, but there is no way to completely remove them. Therefore, a heavy penalty such as criminal penalty ends up being defined in a space of limited rationality and inevitable uncertainty.

Keywords: False memories. Criminal procedure. Truth. Judicial decision.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 FALSAS MEMÓRIAS: DA PERCEPÇÃO À EVOCAÇÃO	10
3 PROCESSO PENAL: ENTRE A VERDADE, A CERTEZA E A SEGURANÇA	17
4 AS FALSAS MEMÓRIAS INUNDAM O PROCESSO PENAL	21
4.1 RECONHECIMENTO	21
4.2 TESTEMUNHO	25
4.3 CONFISSÃO	27
5 A DECISÃO TAMBÉM DEPENDE DA MEMÓRIA	29
6 O QUE FAZER QUANDO SABEMOS (O) QUE SABEMOS?	31
7 CONCLUSÕES	34
REFERÊNCIAS	36

1 INTRODUÇÃO

Que o leitor não se engane: esse artigo, além de modesto, é na verdade um apelo sobre humildade, sensibilidade e dúvida. Quando o assunto é direito processual penal certamente há vários modos de fazê-lo, mas algum pretexto haveria de ser escolhido e aqui ficou sendo o tema das falsas memórias.

Nós, humanos, somos biologicamente forjados para a sensação de controle, que de alguma forma nos fornece equilíbrio diante do caos que é a natureza. Não se trata, no entanto, de nada além de mera ilusão. Não dominamos o mundo à nossa volta e não temos muito êxito em compreendê-lo a fundo, mas a ciência vai aos poucos nos mostrando onde erramos e onde acertamos nos modelos que criamos para explicar as coisas.

Em relação ao funcionamento da memória, as últimas décadas trouxeram inúmeros indícios de que nada era bem como pensávamos, e passamos a perceber que a confiança no que lembramos cotidianamente, o tempo o todo e muitas vezes sem mesmo nos darmos conta não se justifica de todo. Ocorre, entretanto, que o processo penal depende absolutamente da memória – como aliás é inevitável, em alguma medida, a qualquer atividade humana – e nela aposta suas fichas.

Assim, o objetivo central do trabalho é investigar como a incerteza, especificamente na forma de falsas memórias – recordações de algo que não aconteceu ou que aconteceu de modo diverso do lembrado –, se relaciona com o desenrolar do processo. Para tal, parte-se de alguns exemplos de estudos – como os de Elizabeth Loftus, psicóloga cognitiva especialista no tema – e informações pertinentes reveladas recentemente por outras áreas da ciência, sobretudo a Psicologia, demonstrando que a extrema confiança nas capacidades sensoriais humanas não se sustenta.

Não sem antes tomar, de passagem, lições de Salah Khaled Jr., Alexandre Moraes da Rosa e Aury Lopes Jr. acerca das pretensões e possibilidades de verdade, certeza e segurança no processo penal, verifica-se, principalmente a partir das contribuições de Gustavo Noronha de Ávila e Lilian Milnitsky Stein, pesquisadores à frente do projeto “Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses” e de tantas outras iniciativas de estudo do tema no Brasil, que as falsas memórias representam problema sério e urgente ao qual o direito processual penal é inteiro permeável,

reduzindo a qualidade da informação em que se baseia, mas que suas teoria e prática tantas vezes teimam em ignorar.

Para tanto, são analisados brevemente não apenas as dinâmicas mnemônicas e as características das falsas memórias, mas ainda o reconhecimento, o testemunho, a confissão e a decisão judicial, além das alternativas voltadas à possível redução da ocorrência de falsas memórias, mas que infelizmente não se mostram hábeis a extingui-las.

2 FALSAS MEMÓRIAS: DA PERCEPÇÃO À EVOCAÇÃO

Não é equívoca a instintiva compreensão de que a memória corresponde à informação que, uma vez assimilada, carregamos conosco mentalmente. É, no entanto, uma definição bastante genérica, que abarca tipos distintos de memórias (sensorial, episódica¹, muscular² etc.) e parece ignorar o modo como acontecem os processos da memória e suas características.

Uma imprecisão relacionada ao senso comum em torno da memória reside na interpretação de que o esquecimento é um erro, uma falha, um mal funcionamento da memória, ocorrendo quando *deveríamos* ter determinada informação disponível para recuperar mas ela nos escapa. Com efeito, o esquecimento faz parte do processo de memória não apenas por ser natural, não patológico, como também por ser mero resultado da seleção inconsciente de informação a ser preservada, já que seria impossível retermos eficazmente o absurdo volume de toda a informação processada dia após dia, minuto a minuto, durante toda nossa vida³. A informação encerrada na memória, como habitualmente alertam os especialistas, não é um filme que se possa reproduzir para verificar a

¹ Cf. ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p.255-270, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2nD8S0K>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

² Variadas classificações da memória podem ser vistas em: GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. livro digital.

³ Estima-se que nossos sentidos enviem ao cérebro o volume de 11 milhões de bits — ou quase 1,5 megabyte — de informação por segundo (MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 43.).

totalidade dos acontecimentos pretéritos; não é uma fotografia⁴ que se possa analisar ora atentando a um determinado detalhe, ora a outro; não é um arquivo digital que ou guarda perfeitamente um evento passado ou está corrompido e perde-se de todo.

Assim, a intuição de que a memória funciona como uma reprodução fiel da realidade é um engano, mas que, entretanto, começa antes mesmo de qualquer possibilidade de memorização. Isto porque o modo como a realidade exterior é percebida, recepcionada sensorialmente por nossos cérebros já a transforma invariavelmente em uma realidade mimetizada. Antes de falar do que *lembramos*, basta perceber que o que *vemos* já é, em certa medida, uma simulação instantânea do que efetivamente há ao nosso redor. Veja-se:

Há, por exemplo, uma região do globo ocular, na junção com o nervo ótico, que não participa da recepção de estímulos visuais e, por isso mesmo, é conhecida pelo sugestivo nome de *ponto cego* (ou escotoma), ou seja, a imagem imediatamente formada por nossa visão apresenta um *buraco*, onde informação alguma é percebida. Para remediar essa lacuna, os olhos fazem velozes e sucessivos movimentos, de um lado para outro, várias vezes por segundo: são os movimentos sacádicos, que exigem que os músculos do globo ocular se mexam cerca de 100 mil vezes em um único dia, número próximo do de batimentos cardíacos no mesmo período. Depois, o cérebro edita o que os olhos viram, de modo que a frenética mudança de posição deles não nos causa vertigem e sequer é percebida.⁵

Outra questão relevante relacionada a este sentido reside na grave limitação da visão periférica. Mesmo o que está a poucos centímetros de nossos olhos somente pode ser visto com clareza quando faz parte do reduzido ponto focal. A acuidade visual de qualquer indivíduo saudável, sem qualquer problema oftalmológico, ainda assim restringe-se à área mais central da visão.⁶

O cérebro também atua complementando informação imperfeita captada por outros sentidos. Por meio de um processo chamado *restauração fonêmica*, ele é capaz de resolver *pontos cegos da audição*, de modo que sons inexistentes podem

⁴ Inúmeros são os trabalhos que fazem uso das imagens de registros fotográficos e de vídeo para ilustrar aquilo que a memória *não* é. Cita-se aqui artigo que atribui a ideia a Elizabeth Loftus: ALTOÉ; ÁVILA, op. cit., p. 260.

⁵ MLODINOW, op. cit., p. 57-58.

⁶ Ibid., p. 58-59.

ser *escutados*. Estudos de Richard Warren verificaram que áudios de onde haviam sido extraídos alguns trechos (como o som de uma letra isolada ou de uma sílaba) foram percebidos como se estivessem íntegros. Quando inserido algum ruído (como um tossido), os participantes sequer conseguiram identificar onde exatamente ele estava, isto é, qual fonema ele havia encoberto. Mas não é só: o que acreditamos que ouvimos aparentemente depende do contexto existente ou atribuído. Desse modo, o áudio editado de um tossido seguido do som de *-ee/* pôde ser compreendido como *wheel* (*roda*, quando o restante da frase falava em *eixo*), *heel* (*salto*, quando o restante da frase falava em *sapato*), *peel* (*casca*, quando o restante da frase falava em *laranja*) ou *meal* (*refeição*, quando o restante da frase falava em *mesa*).⁷

O que ocorre, em síntese, é que não somos capazes de captar toda a realidade à nossa volta, e onde falta algo, naquela parte que não podemos captar, nós *criamos* informação, ainda que com base em padrões e de modo razoavelmente bem-sucedido para as atividades cotidianas. Tudo o que vivemos não é uma experiência direta, mas “uma versão eletroquímica em um teatro escuro”⁸ (a mente). O cérebro trabalha a informação a partir de um modelo aproximativo, um ambiente artificialmente construído que opera em nível inconsciente.⁹

Esse modelo interno atua *antes* de receber estímulos externos: há muito mais informação fluindo das áreas de processamento para as de captura visual (do córtex para o tálamo) do que o contrário, o que pode ser explicado pelo fato de que primeiro o cérebro prevê, com base nos padrões assimilados, a informação, depois a compara com o que expectava e somente recebe e processa aquela parcela de informação desviante, que não correspondeu ao previsto. Assim, o que vemos depende mais do que esperamos ver, com base naquilo que já conhecemos, do que daquilo que chega até nossos olhos.¹⁰

A realidade percebida, portanto, não corresponde precisamente à realidade exterior, à *realidade real*. O que entendemos por realidade nada mais é que o

⁷ Ibid., p. 60-61.

⁸ EAGLEMAN, David. **Cérebro**: uma biografia. Rio de Janeiro: Rocco, 2017. p. 49.

⁹ MLODINOW, op. cit., p. 62.

¹⁰ EAGLEMAN, op. cit., p. 64-65.

resultado da soma “sentidos + mente”¹¹, na qual o segundo elemento tem papel preponderante.

Além disso, a apreensão da realidade depende da compreensão que cada um de nós tem acerca dela própria. Não é memorizada uma informação objetiva, apartada do sujeito. A realidade, então, não nos é dada, mas construída, e construída pelo menos duas vezes antes mesmo de que comecem os processos da memória: primeiro na necessária complementação e no processamento das informações imediatamente sensoriais, depois na inevitável atribuição de sentido. Nossa percepção do mundo é tão pouco objetiva que por vezes não somos capazes de estabelecer quaisquer consensos sobre o que entendemos ser real, como nos recentes casos veiculados nas redes sociais em que não pudemos decidir se o vestido era branco e dourado ou preto e azul¹² e se escutávamos *laurel* ou *yanny*¹³.

Não guardamos, enfim, nem exatamente o que aconteceu nem o que vimos ou ouvimos, mas sim o que pudemos, inconscientemente, compreender daquilo. Ninguém pode armazenar informação a que não se atentou ou que não entendeu e, como observou Oswald de Andrade, “a gente escreve o que ouve, nunca o que houve!”. Deve ser objeto de atenção, por esses motivos, não o modo como a percepção do mundo nasce, mas como ela se limita.¹⁴

Não são estas, porém, as únicas razões para repensarmos a forte confiança depositada na memória. A crença de que uma memória vívida fornece informações de boa qualidade, ou seja, necessariamente reais, não se sustenta¹⁵. Há décadas a ciência reconhece a ocorrência de falsas memórias, que podem ser definidas como lembranças de eventos que jamais aconteceram ou ainda que aconteceram de modo diverso daquele como são lembrados. É importante esclarecer que não se trata de embuste ou engano consciente, ao contrário: são memórias como quaisquer outras que o sujeito carrega consigo e nas quais crê indistintamente, mas que não

¹¹ MLODINOW, op. cit.

¹² ROGERS, Adam. The science of why no one agrees on the color of this dress. **Wired**, 26 fev. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2rBbsp1>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

¹³ RONCOLATO, Murilo. Por que é possível ouvir palavras diferentes de um mesmo som. **Nexo**, 18 maio 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2HBrqpx>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

¹⁴ 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. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, n. 12, p.7167-7180, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/11300>>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 7170.

¹⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. (Pensando o direito). Disponível em: <<https://bit.ly/1Xcf7FN>>. Acesso em: 09 jun. 2018. passim.

condizem com a realidade¹⁶. Seria, por exemplo, lembrar-se com franqueza de um carro verde, mas tendo ele sempre sido branco.

A ciência ainda não é capaz de explicar pormenorizadamente cada nuance do funcionamento da memória.¹⁷ O pouco que se sabe acerca do modo como são produzidas e acessadas memórias, sejam elas verdadeiras ou falsas, no entanto, já é suficiente para que seja possível vislumbrar alguns aspectos relevantes dessas dinâmicas, conformando um relevante campo do conhecimento que não pode ser ignorado pelo Direito.

A memorização envolve as etapas de *codificação*, *armazenamento* e *recuperação*. Codificação é o processo pelo qual a realidade é transformada em informação passível de ser armazenada. Depende de variados fatores, como, por exemplo, atenção, excitação, cansaço, acuidade visual, posição do sujeito em relação ao fato e luminosidade do ambiente. O armazenamento corresponde à retenção do que anteriormente foi codificado, sujeitando-se a perdas (esquecimento) e distorções por meio da recodificação¹⁸ indispensável a essa fase. E é através da recuperação, por fim, que se busca aquela informação já codificada e armazenada. Ela pode ocorrer por meio de *recordação* e *reconhecimento*, processos distintos nos quais, respectivamente, uma informação é resgatada a partir da própria memória ou de pistas disponíveis (como no caso da testemunha que é perguntada acerca do que se recorda de determinado dia) e é comparada uma determinada informação com aquela memorizada, verificando-se sua correspondência (como no caso do reconhecimento policial ou da testemunha que é instada a confirmar ou desmentir um determinado dado).¹⁹

Mais recentemente passou a ser considerada uma etapa a mais, a *reconsolidação*, que se dá entre o armazenamento e a recuperação. Determinantes para o caráter plástico da memória, as fases de recodificação e reconsolidação

¹⁶ GESU, op. cit., 232.

¹⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Fraturas do sistema penal: o sintoma das falsas memórias na prova testemunhal**. 2012. 386 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. texto parcial. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/1860>>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 12.

¹⁸ CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Aracaju. **Direito penal, processo penal e constituição**. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 549 - 567. Disponível em: <<https://bit.ly/2vSIZkH>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

¹⁹ BRASIL, op. cit., p. 19-20.

correspondem a uma espécie de *atualização* da lembrança evocada, quando pode haver modificação da informação como efeito da ressignificação.²⁰

Considerando tais processos da memória surgem três diferentes teorias explicativas para o surgimento daquelas que são falsas²¹. Para a Teoria Construtivista, as memórias não são retrato do que aconteceu, mas interpretações e reinterpretções sobre o acontecido; os processos de memorização não preservam informações literais e, nessa espécie de telefone sem fio (a brincadeira) consigo mesmo, há espaço para que surjam memórias falsas.

De outra parte, a Teoria do Monitoramento da Fonte explica as falsas memórias como decorrentes de equívocos quanto às origens das informações rememoradas, com a atribuição de uma determinada informação em contexto que de fato não corresponde a ela.

Por fim, a Teoria do Traço Difuso diferencia a *memória literal* da *memória semântica*: aquela trabalha com informações específicas (é, por exemplo, lembrar que passava na rua, digamos, um Volkswagen Gol Geração 4); essa, com o sentido dos eventos memorizados (como lembrar simplesmente que havia *algum* carro na cena). Não são memórias mutuamente excludentes, pelo contrário, são processadas simultaneamente e recuperadas paralela e independentemente. A memória literal, entretanto, seria mais frágil, sendo melhor preservada com o passar do tempo a memória semântica.

A disparidade das informações entre um e outro tipo de memória (como deixar de lembrar qual era o carro que havia) seria cenário ideal para a ocorrência de falsas memórias, preponderantemente a partir da memória semântica e quando os traços inverídicos da informação corresponderem à essência do que ocorreu, isto é, forem verossímeis (lembrar que havia um Chevrolet Celta pode condizer essencialmente, enquanto lembrar que passava um Lamborghini Gallardo provavelmente não).²²

²⁰ CARVALHO; ÁVILA, op. cit., p. 554-555.

²¹ GESU, op. cit., p. 233-238.

²² GESU, op. cit., p. 156-159. IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho: considerações sobre o reconhecimento de pessoas na esfera criminal à luz das falsas memórias.** 2014. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/121854>>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 47-54.

Com efeito, somos capazes de armazenar o sentido geral de um evento, mas seus detalhes (como o exato teor de uma frase ouvida) tendem a se esvaír em poucos segundos²³. Mantendo a estrutura geral de um evento ou ideia, preenchamos os espaços restantes com expectativas plausíveis²⁴.

O surgimento de uma memória falsa está atrelado a alguma forma de sugestão²⁵, que pode ser interna e inconsciente (autossugestão) ou externa²⁶, seja deliberada (como um questionamento indutor) ou fortuita (como a expressão corporal do investigador ou mesmo um gesto seu interpretado equivocadamente pelo sujeito), percebida ou não.

Não está claro *como* exatamente atua o tempo em relação à ocorrência de falsas memórias. Apesar da notória associação entre ele e a *falta* de memória, desaguando na consideração de que há tendência de perda da disponibilidade e da qualidade da informação evocada em função do tempo decorrido entre o evento e a lembrança²⁷, a chamada *curva do esquecimento*²⁸ não pode ser compreendida como sinônimo de *curva da falsidade da memória*. A perda da informação pode ter efeitos relevantes, mas não corresponde ao falseamento da informação que permanece disponível (em que pese ele também possa acontecer).

A emoção é outro fator a influir significativamente nos processos da memória e na qualidade da informação (sobretudo quando relacionada a questões penais, diante das quais costuma-se reagir de maneira visceral). Memórias mais emocionais têm propensão a serem mais vívidas e detalhadas, levando os sujeitos a avaliarem-

²³ MLODINOW, op. cit., p. 78.

²⁴ Ibid., p. 80.

²⁵ Ainda que parte considerável dos trabalhos chegue a citar uma possível formação *espontânea* de falsas memórias, tal hipótese parece corresponder exatamente à autossugestão inconsciente, tendo em vista as características dos processos de memória anteriormente abordadas.

²⁶ São relevantes inclusive influências bastante fluidas mas também capazes de suggestionar e gerar falsas memórias, como, por exemplo, todas as formas de mídia, mesmo as sociais (ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSA, Alexandre Morais da. **Você precisa saber o que são falsas memórias**. Disponível em: <<https://bit.ly/2HDa38T>>. Acesso em: 28 abr. 2018. n.p.). A interação da memória com *fake news* e *deepfakes* merece ser estudada, com especial atenção às formas coletivas de falsas memórias, como no chamado Efeito Mandela.

²⁷ ALTOÉ; ÁVILA, op. cit., passim.

²⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; AMARAL, Marina Moreno do. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo**: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na Região Metropolitana de Porto Alegre. 2017. Trabalho apresentado no V ENADIR - Encontro Nacional de Antropologia do Direito. Disponível em: <<https://bit.ly/2HAGSmU>>. Acesso em: 25 abr. 2018. Oportuno observar que, ao menos na curva de esquecimento de Ebbinghaus, a quantidade de informação retida apresenta um pico de queda apenas em tempo relativamente curto após os eventos, depois se estabilizando. Cf. IRIGONHÉ, op. cit., p. 60-61.

nas como mais corretas, acuradas, e assim reforçarem sua confiança nelas. O fato de que um evento tenha sido testemunhado com forte emoção aumenta a durabilidade da memória referente a ele; não representa, contudo, ganho na qualidade da informação. A presença de intensa emoção no momento de recuperação da memória também não guarda relação com a veracidade dela, podendo acontecer mesmo diante daquelas que são falsas.²⁹

Como pode-se imaginar, dificilmente somos confrontados com uma falsa memória. Elas podem envolver recordações banais, passando despercebidas e, sobretudo, ser notadas apenas a partir do momento em que tomamos consciência de informação contraditória, que as desminta. É compreensível confiar no que nossa mente nos informa, mas a ciência mostra fartamente que isso pode ser uma cilada.

São, a propósito, várias as recentes especulações científicas que ferem de morte a confiança cega com que pensamos a memória. Pesquisas indicam, por exemplo, que pode ser viável, com a utilização de substâncias químicas³⁰ e a inibição de proteínas³¹, apagar ou alterar memórias, inclusive de modo seletivo, preservando outras memórias que partilham das mesmas conexões entre neurônios³², e que memórias poderiam ser *transplantadas* de um indivíduo para outro³³, além de transferidas hereditariamente³⁴.

3 PROCESSO PENAL: ENTRE A VERDADE, A CERTEZA E A SEGURANÇA

Historicamente, o processo penal foi visto como espaço movido pela busca da verdade, exercício que a tem por fim. Em oposição a uma chamada verdade formal, que seria característica do processo civil, o processo penal somente haveria de se contentar com a verdade, aquela efetivamente correspondente aos fatos

²⁹ BRASIL, op. cit., p. 20-23.

³⁰ FUSCO, Cláudia. Cientistas descobrem como “apagar” memórias dolorosas (e implantar novas). **Galileu**, São Paulo: Editora Globo, 15 fev. 2016. Disponível em: <<https://glo.bo/2MbH1zO>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

³¹ VIEIRA, Vanessa. A pílula do esquecimento. **Superinteressante**, 19 nov. 2012. Disponível em: <<https://abr.ai/2HzLCbF>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

³² MEDIAVILLA, Daniel. Ciência se aproxima da criação de mentes sem lembranças. **El País**, 03 jul. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2HyiZjd>>. Acesso em 21 ago. 2018.

³³ RONCOLATO, Murilo. Como cientistas acreditam ter conseguido ‘transferir’ memória entre lesmas. **Nexo**, 18 maio 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2JvBgLy>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

³⁴ GRAY, Richard. Phobias may be memories passed down in genes from ancestors. **The Telegraph**, 09 dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2GsngS4>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

acontecidos na realidade, a dita *verdade real*. Tal pretensão, baseada numa visão de mundo *metafísica*³⁵, gerou por séculos efeitos nefastos para o processo penal e a sociedade³⁶, que de fato continuam a ser produzidos, afinal essa concepção de processo está longe de ter sido completamente abandonada. Com efeito, o *mito da verdade real* está fortemente ligado ao sistema inquisitório e a experiências autoritárias, em que o interesse público justifica a obtenção da verdade custe o que custar, refletindo a ideia de que os fins justificam os meios³⁷.

Ocorre, contudo, que a imputação que origina a atividade processual “é um fato singular, único, desconhecido e de impossível reconstrução, sendo o processo uma aventura presente de olhar para o passado com o que for possível”³⁸, ao passo que a verdade é impossível porque está no todo e, na célebre frase de Carnelutti, o *todo é demais para nós*³⁹. Para além do que pode o processo, haverá sempre um resto desconhecido por definição⁴⁰, ou seja, não é possível conhecer tudo e, assim, não se sabe quanto se sabe nem quão *real* é a parte que se conhece, conseqüentemente ficando impossível ainda qualquer avaliação, a partir da parte, sobre sua conformidade com o todo e a relevância que apresenta⁴¹.

Sempre que a uma proposição é atribuída a qualidade de verdadeira, o que é possível significar com isso é que, pelo que se sabe até aquele momento, ela é plausivelmente verdadeira⁴², não um resultado seguro. Em diversos campos da ciência já há algum tempo findou a cientificidade oitocentista, baseada em certezas, mas não nas ciências sociais⁴³. No Direito, é urgente que seja feito um corte epistemológico e ainda um novo processo de secularização, em virtude das premissas nele incorporadas, de tendências autoritárias. É preciso reconhecer que não será mais possível oferecer um paradigma que forneça segurança e conforto não porque o modelo de respostas da modernidade se mostrou insuficiente mas

³⁵ ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 146.

³⁶ Cf. KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal: para além da ambição inquisitorial**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 372-373.

³⁸ ROSA, op. cit., p. 59.

³⁹ Apud LOPES JÚNIOR, op. cit., p. 375.

⁴⁰ ROSA, op. cit., p. 145.

⁴¹ Ibid., p. 157.

⁴² KHALED JÚNIOR, op. cit., p. 227.

⁴³ GAUER, Ruth Maria Chittó. A ilusão totalizadora e a violência da fragmentação. In: GAUER, Ruth Maria Chittó (Coord.). **Sistema penal e violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 10 apud KHALED JÚNIOR, op. cit., p. 232.

porque é ilusória “a própria ideia de uma resposta prévia, de uma grande narrativa que dê conta da tridimensionalidade do tempo e permita o acesso à verdade das coisas”⁴⁴, tendo em vista que é maiúscula a complexidade do real. Trata-se, portanto, de assumi-la e trabalhar a partir dela.⁴⁵

Incerteza e insegurança, por certo, estão por todos os lados. É, aliás, diante da constatação de que “vivemos inseridos na mais completa epistemologia da incerteza”⁴⁶ que assoma o apelo cada vez mais cotidiano à persecução penal como porto seguro capaz de oferecer alguma segurança. Apossado desse lugar, o processo penal adquire onipotência que o impede de reconhecer seus limites, “inviabilizando uma relação madura com outros campos do saber (insterdisciplinaridade)”⁴⁷.

Não há, entretanto, conotação negativa na perspectiva da incerteza. Ao contrário, é o que a ciência descobriu de mais importante no último século, ainda que o processo penal permaneça confuso, patinando entre a verdade e a realidade, a verdade e a substância. Nesse sentido, já tarda que o direito aceite o deslocamento “do verdadeiro, certo, unívoco, contínuo e inequívoco, para o incerto, o imprevisível, o descontínuo e o caótico”.⁴⁸

Perceba-se, a propósito, que a democracia pressupõe a incerteza, afinal “o espaço político não é apenas aquele reconciliado e harmônico, da ordem consensual, mas também do conflito”⁴⁹. Certeza e segurança são preocupações manifestas na autocracia, conquanto não seja capaz de alcançá-las.

Também o processo, na concepção de Goldschmidt, mergulha na incerteza: é *situação jurídica* em constante movimento, na qual expectativas, perspectivas, chances, cargas e liberações de cargas geram enorme complexidade.⁵⁰ Nele, a rigor, não há certeza ou segurança nem com o trânsito em julgado, uma ficção jurídica que nem sempre condiz com a realidade. No âmbito processual, a incerteza manifesta-se ainda no enfrentamento entre o mundo matemático e irreal do direito material e a concretização levada a cabo por meio do direito processual posto em

⁴⁴ KHALED JÚNIOR, op. cit., p. 233.

⁴⁵ Ibid., p. 232-233.

⁴⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 55-56.

⁴⁷ LOPES JÚNIOR, loc. cit.

⁴⁸ KHALED JÚNIOR, op. cit., p. 246-247.

⁴⁹ LOPES JÚNIOR, 2006, p. 59.

⁵⁰ Ibid., p 61.

prática, quando a tranquila definição do primeiro se encontra com a incerteza característica do segundo, momento em que “coexistem em iguais condições a possibilidade de o juiz proferir uma sentença justa ou injusta”.⁵¹

Também pela ótica de Calamandrei não é difícil verificar que a incerteza é inerente ao processo: como jogo que ele é, exige mais do que estar do lado certo, sendo imprescindível conhecer suas regras, de modo que apenas ter razão não quer dizer muito, é preciso ainda conseguir apresentá-la de maneira convincente a quem possa por ela ser convencido.⁵²

A verdade somente poder ser elemento fundante de um processo que confunde o real com o imaginário. A construção do direito no processo se dá por meio das provas, cada uma delas correspondendo a um pedaço de narrativa, relevante por suas dimensões linguística e semiótica. Quando, ao final, a narrativa de uma das partes é adotada pelo juiz, não representa *qualquer referência à veracidade das teses*, ou seja, as provas têm *função persuasiva*. A prova, assim, não alcança a verdade, mas confirma uma história, uma narrativa, acrescentando-lhe alguma idoneidade.⁵³

O que deve fundar o sistema é o contraditório e o respeito às regras do jogo. A decisão pode acidentalmente corresponder ao que efetivamente ocorreu, mas a verdade não é o escopo do processo – é contingencial, não estruturante. O resultado do processo é o convencimento do juiz, construído de acordo com o devido processo legal e a participação das partes – o que tende a impedir o decisionismo. Isto é, *a legitimidade da atividade processual decorre do respeito às regras do jogo, não da correspondência entre decisão e verdade*⁵⁴. Investigação e justificação independem de um objetivo chamado verdade⁵⁵, “a linguagem declara sua independência em relação aos fatos, embora se articulem nela”⁵⁶.

As operações executadas no processo penal, enfim, se dão em diferentes níveis de realidade, que exigem lógicas próprias, rechaçando toda tentativa de redução da complexidade⁵⁷, como aquelas resultantes das pretensões de verdade e

⁵¹ Ibid., p. 64.

⁵² Ibid., p. 66.

⁵³ LOPES JÚNIOR, 2018, p. 374-375.

⁵⁴ Ibid., p. 376-377.

⁵⁵ ROSA, op. cit., p. 155.

⁵⁶ Ibid., p. 150.

⁵⁷ KHALED JÚNIOR, op. cit., p. 241-242.

de certeza e segurança, que funcionam como seus correspondentes semânticos, sempre excessivos⁵⁸.

O processo penal, portanto, é uma espécie de jogo retrospectivo, limitado por suas regras e voltado à *captura psíquica do juiz*, tendo a prova função persuasiva⁵⁹.

4 AS FALSAS MEMÓRIAS INUNDAM O PROCESSO PENAL

4.1 RECONHECIMENTO

Os mais evidentes reflexos de possíveis falsas memórias no processo penal estão, sem dúvidas, nos atos de *reconhecimento* e de *testemunho*, inclusive – talvez principalmente – naqueles levados a efeito na fase pré-processual, quando do inquérito policial.

Nesse sentido, dados do Innocence Project, organização criada nos Estados Unidos para enfrentar casos de condenações de inocentes por meio da exoneração daqueles já sentenciados e da prevenção de novos erros judiciais, indicam que, naquele país, cerca de 75% das condenações equivocadas se deveu a reconhecimentos errôneos⁶⁰. Não são casos excepcionais: nos mesmos Estados Unidos, em até 25% das vezes o reconhecimento resulta em indicações que a polícia sabe de pronto serem equivocadas, já que a escolha recai sobre *inocentes conhecidos* ou *figurantes* utilizados para completar o alinhamento, como agentes policiais ou detentos escolhidos⁶¹.

Esse procedimento, se feito de modo descuidado, pode ser terreno fértil para a formação (e fortalecimento) de falsas memórias. Nele, o processo mnemônico requerido é o da recuperação de informação por meio da comparação entre a

⁵⁸ Ibid., p. 245.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p.59-69, abr./jun. 2007. p. 59.

⁶⁰ CARVALHO; ÁVILA, op. cit., p. 556. A propósito, erros como estes certamente repercutem também para a vítima do delito. O tema exige atenção para os efeitos nos sujeitos da criminalização e ainda para o drama de se inculcir, por meio de procedimentos falhos, uma memória falsa, possivelmente delicada, com a qual a vítima terá de lidar para o resto da vida, por vezes com o acréscimo da culpa compartilhada por uma condenação equivocada.

⁶¹ MLODINOW, op. cit., p. 67.

disponibilizada (com a apresentação de pessoas ou de fotografias) e aquela armazenada na memória, para um juízo de consonância ou discordância. Há, entretanto, um enorme espaço em que as mais variadas sugestionabilidades podem atuar.

Inicialmente, a qualidade do reconhecimento está limitada à qualidade da informação percebida anteriormente pelo sujeito. Pode reconhecer com mais facilidade, por exemplo, aquele que, descansado, atento e bem-disposto, viu alguém (ou algo) em perfeitas condições de luminosidade, a partir de uma posição privilegiada, sem nenhum obstáculo à visão. Não é razoável que se reconheça, no entanto, o rosto de um criminoso que usava capacete fechado durante toda a execução do crime. Todas as suscetibilidades da memória antes abordadas, enfim, têm lugar no reconhecimento processual penal, mas são especialmente relevantes as características do próprio procedimento investigativo ou processual, sobretudo no reconhecimento de pessoas, em se tratando de falsas memórias.

O reconhecimento é em geral feito de modo pessoal ou fotográfico e pode se dar por meio de *show-up*, com a apresentação de uma única pessoa ou fotografia àquele que a reconhecerá, ou de *alinhamento*, com a apresentação de algumas pessoas ou fotografias (cerca de cinco). O *show-up* é desaconselhado pela vultosa chance de erros de reconhecimento positivo, em virtude das impressões que a apresentação de um único sujeito pela polícia tende a causar, quando fica implícito que ele *deve ser* o *culpado* já identificado pelos policiais. No alinhamento, é consenso que os indivíduos apresentados devem ter semelhantes características, quer seja, raça, altura, etnia, cabelo, roupas e, evidentemente, gênero. Não é preciso demasiada imaginação para entender quais efeitos de sugestão teria a apresentação de uma única pessoa com características destoantes das demais, principalmente se correspondentes ao que a vítima ou testemunha havia antes relatado.⁶²

Notável discussão decorre, entretanto, da escolha entre as formas de alinhamento *simultâneo*, quando todas as imagens ou pessoas são apresentadas de uma mesma vez, e *sequencial*, quando são apresentadas imagens ou pessoas sucessiva e separadamente⁶³. A última teria a vantagem de apresentar menos falsos

⁶² CARVALHO; ÁVILA, op. cit., p. 560-561.

⁶³ BRASIL, op. cit., p. 28.

reconhecimentos, apesar de ocasionar menos reconhecimentos positivos corretos. Com a apresentação de uma única pessoa ou fotografia por vez, o comportamento daquele que procede ao reconhecimento tenderia a ser mais comedido, já que deixaria de fazer comparações entre os diferentes sujeitos apresentados ao mesmo tempo (alinhamento simultâneo), valorizando a comparação entre o indivíduo ou fotografia isoladamente e a informação que guarda na memória.

No alinhamento simultâneo, de outra parte, apesar da comparação entre os sujeitos do grupo apresentado poder levar à indicação não de quem cometeu o crime, mas da pessoa mais parecida com ele, seriam evitados dois traços negativos do alinhamento sequencial: a maior propensão às possíveis sugestões do investigador, intencionais ou não, percebidas ou não (como, por exemplo, uma arfada ou espirro); e a tendência de flexibilização do conteúdo da memória nas ocasiões em que a vítima ou testemunha chega ao final da apresentação de pessoas ou fotografias sem apontar nenhuma delas.⁶⁴

Há métodos que podem ser facilmente adotados e aumentam significativamente a qualidade do reconhecimento. Entre eles, o reconhecimento feito duplamente às cegas (*double-blindness*), quando nem quem conduz o procedimento nem quem fará o reconhecimento sabe quais dos apresentados é o suspeito. Na modalidade fotográfica, ainda se recomenda que a apresentação das fotografias aconteça de modo que apenas as possa ver quem reconhecerá, não o investigador. Testar o equilíbrio do alinhamento (*fairness test*) antes do reconhecimento também é fundamental e pode ser feito solicitando-se que pessoas alheias ao caso indiquem a pessoa (ou fotografia) que pensem ser corretamente identificada como o suspeito. Se muitas delas escolherem a mesma pessoa há vício no alinhamento, que configura-se enviesado, podendo induzir também a vítima ou testemunha a escolher o mesmo indivíduo.⁶⁵

Outras dificuldades precisam ser conhecidas, entre elas o *foco na arma*, um efeito ocasionado com o deslocamento da atenção da vítima do criminoso para a arma que ele utiliza. Consequência natural da figura de poder identificada na arma e do perigo que ela representa, implica na pouca atenção dispensada aos demais elementos da cena, incluindo o próprio criminoso, dificultando assim seu

⁶⁴ BRASIL, loc. cit.

⁶⁵ Ibid., p. 29.

reconhecimento. O *efeito compromisso* acontece quando *algum* reconhecimento (não necessariamente o formal, levado a cabo pela vítima ou testemunha) representa informação errada que tende a ser confirmada posterior e repetidamente, em espécie semelhante ao *viés de confirmação*. Como pode acontecer em casos de reconhecimentos sucessivos, o efeito compromisso justifica a recomendação de não serem cumulados os reconhecimentos pessoal e fotográfico.⁶⁶

A mera apresentação de um sujeito em diferentes ocasiões pode ocasionar falso reconhecimento. É possível que uma vítima ou testemunha não reconheça uma pessoa ou fotografia inicialmente e, em momento posterior, quando houver nova apresentação da mesma pessoa ou fotografia, a indique com base na confusão da fonte da memória. Nesse caso, a sensação de familiaridade deve-se ao momento em que houve a primeira apresentação, mas isso escapa a quem faz o reconhecimento e acaba por atribuí-la ao momento dos eventos criminosos.⁶⁷

A familiaridade, além disso, com a raça e o gênero impactam no reconhecimento: quando vítima ou testemunha e suspeito têm a mesma dessas características, maior a chance de que a memória apresente maior acurácia e detalhamento.⁶⁸

Fundamental observar que o reconhecimento é momento que definirá sobre quem recairá a persecução penal. A investigação, denúncia e processamento de um inocente são eventos dramáticos por si, ainda que a desgraça possa ser maior em caso de injusta condenação. Mesmo absolvido ao fim da epopeia criminal, o sujeito já enfrentou todo o peso do aparato repressivo do Estado, enfrentou por anos, possivelmente, a angústia do processo e da incerteza e carregará o estigma consigo por toda a vida. Em nossa realidade, não é demais lembrar, onde há absoluta banalização das modalidades cautelares de prisão e o recente artifício da execução antecipada da pena, não é incomum que sujeitos *presumidos inocentes* tenham

⁶⁶ FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no processo penal**. 2012. 117 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/67291>>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 90-95.

⁶⁷ BRASIL, op. cit., p. 29.

⁶⁸ BRASIL, loc. cit. Ainda sobre a maior facilidade com que são identificados sujeitos da mesma raça, basta lembrar que, grosso modo, ocidentais tendem a enfrentar enormes dificuldades para diferenciar um oriental do outro, e o mesmo acontece quando orientais tentam diferenciar ocidentais. Cf. VIZIOLI, Luca; ROUSSELET, Guillaume A.; CALDARA, Roberto. Neural repetition suppression to identity is abolished by other-race faces. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, [S.l.], v. 107, n. 46, p. 20081-20086, 16 nov. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2QBlanN>>. Acesso em: 16 set. 2018.

meses ou anos de sua vida tolhidos. O processo jamais é inofensivo, sobretudo quando a acusação acontece no ambiente da confiança exacerbada, da total certeza, da convicção intransigente. “É sempre e sempre o esteio da injustiça anunciada, que ganha vida na forma da morte trágica, como no caso do Reitor Luiz Carlos Cancellier de Olivo.”⁶⁹

4.2 TESTEMUNHO

Não é menos problemático o momento do testemunho. O evento delitivo tende a ser percebido de forma altamente emotiva⁷⁰ e, lembre-se, com o esquecimento desvanecem da memória dos eventos os detalhes, permanecendo justamente os traços de memória mais emocionais. Inobstante, o Direito tem a aspiração de exigir objetividade da testemunha (cf. art. 213, CPP), algo que a rigor, conforme demonstrado até aqui, nem ela nem ninguém é capaz de oferecer. Assim, a primeira questão reside em se admitir que um bom testemunho pode disponibilizar informações mais corretas, mas menos completas⁷¹ – note-se como isso é problemático para a pretensão de verdade, que é incapaz de se satisfazer com qualquer conhecimento parcial.

De toda forma, sobressaem as questões relativas às sugestionabilidades aportadas pelos entrevistadores no testemunho, especialmente na fase policial, quando podem ocorrer a partir da aceitação, pelo entrevistado, de uma informação falsa ou da sensibilidade do entrevistado à pressão exercida pela inquirição⁷².

Efetivamente, o uso de uma única palavra do entrevistador, não necessariamente errada mas fruto de adjetivação pessoal, é capaz de alterar substancialmente a informação prestada pela testemunha, já que memória e linguagem interagem. Célebre experimento de Elizabeth Loftus e John Palmer⁷³ demonstrou que a impressão relatada por 45 indivíduos submetidos aos mesmos

⁶⁹ PRADO, Geraldo. **Os fatos são coisas duvidosas. Contra argumentos não há fatos. Os dilemas da prova penal**. 06 dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2nxw03J>>. Acesso em: 10 jun. 2018. n.p.

⁷⁰ LOPES JÚNIOR; GESU, op. cit., p. 62.

⁷¹ ÁVILA; LAZARETTI; AMARAL, op. cit., p. 5.

⁷² ÁVILA; LAZARETTI; AMARAL, loc. cit.

⁷³ LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. **Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior**, Washington, v. 13, n. 5, p. 585-589, out. 1974. Disponível em: <<https://bit.ly/2wg0gC5>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

vídeos de acidentes de automóvel variou em função do verbo utilizado para descrever o impacto quando perguntados acerca das velocidades estimadas dos veículos. Aqueles a quem se perguntou sobre os carros que haviam *se estraçalhado* (*smashed*) afirmaram as maiores velocidades, ultrapassando 40 mph. Quem ouviu que os carros *se tocaram* (*contacted*) respondeu as menores velocidades, pouco acima de 30 mph. Foram registradas variações em todas as expressões utilizadas – *se acertaram* (*hit*, 34 mph), *bateram* (*bumped*, 38,1 mph) e *colidiram* (*collided*, 39,3 mph).

E não foi só: em uma segunda fase do experimento um vídeo mostrando um acidente foi exibido a um grupo de 150 estudantes, com 50 deles sendo inquiridos sobre a velocidade com o uso do verbo *smashed*, outros 50 com o uso do verbo *hit* e os demais 50 não tendo sido interrogados a respeito da velocidade. Uma semana depois, foram perguntados a respeito da presença de vidro quebrado – que não havia – na cena. 16 dos estudantes do primeiro grupo afirmaram terem visto o vidro, contra apenas 7 do segundo grupo e 6 do terceiro. Quando comparadas essas respostas com as de uma semana antes de cada um dos estudantes dos dois primeiros grupos, verificou-se que a probabilidade de afirmarem terem visto cacos de vidro na cena aumentou em razão da velocidade declarada anteriormente (e influenciada pelo verbo utilizado) em ambos os grupos.

O direcionamento das questões feitas às testemunhas também pode representar relevante restrição das informações apuradas. Havendo tendência do investigador em buscar confirmar alguma hipótese ou linha de investigação, podem ser fornecidos dados de que a testemunha não dispõe, mas que passa a confirmar, e dados fornecidos pela testemunha podem ser ignorados ou interpretados de modo bastante peculiar pelo entrevistador. O depoimento pode sujeitar-se, como a investigação e todo o desenrolar do processo, ao que Franco Cordero chamou de *primado da hipótese sobre os fatos*⁷⁴. Como na anedota do bêbado que procura a chave não onde a perdeu, mas onde a luz do poste ilumina o caminho, os atores penais eventualmente voltam suas atenções para onde a própria lanterna aponta, a informação esteja lá ou não.

Até mesmo elementos ambientais com alguma repercussão psicológica devem ser considerados. O depoimento pode ser prestado em lugar (e clima)

⁷⁴ Apud LOPES JÚNIOR; GESU, op. cit., p. 65.

amistoso ou coercivo⁷⁵, com proximidade ou distanciamento (físico ou não) do investigador, abordando questões públicas ou privadas, possivelmente íntimas ou constrangedoras. Nada disso deve ser desconsiderado, notadamente diante da ausência de espaço na norma para as peculiaridades do caso⁷⁶.

O depoimento em juízo não é necessariamente mais confortável. De fato, a primeira coisa que acontece com uma testemunha é receber do juiz, visto como a autoridade absoluta do processo, alerta sobre a sanção penal em caso de falso testemunho. Uma interpretação possível, senão provável, é a da necessidade imperiosa de oferecer informações, de *dizer algo* – que pode vir a comprometer liberdades, de maneira justa ou não. A testemunha não quer ser confundida com quem *atrapalha* o processo. Quer ser boa testemunha e, afinal, boa testemunha é aquela que *ajuda* o processo, cujo vetor, para o senso comum, é voltado à condenação. Antinatural nesse contexto, portanto, que a testemunha considere a possibilidade de afirmar que não sabe ou que não se lembra. Aliás, nem é informada, ao menos formalmente, de que pode responder desse modo, o que pode melhorar significativamente a qualidade da informação – e efetivamente melhora.⁷⁷

A ainda incipiente – porém fundamental – produção jurídica que versa acerca das falsas memórias costuma se ater às análises do reconhecimento e do testemunho. Sem que se negue a enorme importância do tema especificamente para eles, é preciso notar que a incidência de falsas memórias não está assim limitada.

4.3 CONFISSÃO

De momento, a doutrina parece não ter se voltado ainda à relevância do tema das falsas memórias no momento da confissão, em que pese tenha ele recentemente repercutido até na cultura popular, a exemplo das séries *Making a Murderer*⁷⁸ e *The Confession Tapes*⁷⁹, ambas com considerável sucesso entre o

⁷⁵ ÁVILA; LAZARETTI; AMARAL, op. cit., p. 7.

⁷⁶ ÁVILA, op. cit., p. 21.

⁷⁷ ÁVILA; ROSA, op. cit.

⁷⁸ MAKING a murderer. Direção: Moira Demos; Laura Ricciardi. [S.I.]: Synthesis Films; Netflix, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/1ZlwKzB>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

⁷⁹ THE CONFESSION tapes. Direção: Kelly Loudenberg. [S.I.]: Netflix, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2MMOchJ>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

público e a última voltada especificamente a casos exemplares de confissões possivelmente sugestionadas.

À primeira vista, a confissão pode acabar por se confundir com o testemunho, já que guarda alguma relação com o interrogatório do acusado. É imperativo, porém, que seja ela tratada isoladamente em virtude de suas particularidades: i) o sujeito da confissão tende a submeter-se aos efeitos da posição de suspeito ou acusado, sendo-lhe dispensado tratamento bastante distinto do que recebem as testemunhas, a quem é atribuído o *status* de fonte de informação; ii) é preciso que seja investigada com atenção a diferença entre as repercussões até mesmo psicológicas de quem incrimina falsa, ainda que inconscientemente, a si próprio e de quem do mesmo modo incrimina diretamente a outrem ou meramente aporta informações ao processo; e iii) não se olvide que ainda produz efeitos na prática processual penal a cultura medieval da confissão como a *rainha das provas*.

Toda e qualquer informação que seja introduzida ao processo ou que possa influenciá-lo, aliás, está sujeita a ocorrência de falsas memórias. Qualquer ator processual, parte ou não, corre o risco de inserir uma informação falsa no processo, seja um detalhe, centelha, seja algo mais robusto e intenso. Como não é possível verificar, pelo menos a priori, quais informações são relevantes ou não para o desfecho do processo, ou seja, quais delas formarão o convencimento do julgador, não é razoável acreditar que são relevantes apenas *grandes* falsas memórias, porventura relacionadas diretamente com aquilo que se acredita representar uma *essência do processo*.

Desse modo, não é possível garantir a qualidade de nenhuma das informações postas no processo, não se sustentando a habitual e desmedida confiança na reconstrução nele executada. Notadamente quanto às falsas memórias, a propósito, não há sequer como estabelecer um método de verificação que as separe das *verdadeiras*: uma falsa memória passaria incólume por qualquer crivo de lisura que se possa imaginar porque, afinal, ela difere da mentira e da fraude, parecendo plenamente verdadeira ao seu portador, que nela crê de boa-fé.

5 A DECISÃO TAMBÉM DEPENDE DA MEMÓRIA

Destaque-se, frente a todo o exposto, que a decisão judicial, momento derradeiro do processo penal, não corresponde a um espaço não atingido pelas limitações sensoriais e mnemônicas e pelas eventuais falsas memórias. Primeiro porque, se o processo é voltado para a persuasão do juiz, evidente que as memórias possíveis e a reconstrução histórica viável visam, em última análise, sua atuação mais decisiva. Assim, inconcebível imaginar um juiz que independa da atividade dos demais atores do processo, que, por sua vez, não podem exceder suas capacidades, inclusive fisiológicas, isto é, o julgador tem uma racionalidade limitada⁸⁰. Tendo em vista a impossibilidade de verificação da veracidade de uma memória⁸¹, não é cabível tampouco crer que ao juiz é possível saber, como que por iluminação divina, que uma memória é inverídica, quando nem o sujeito – único no universo – que a criou e a mantém desconhece.

É importante perceber, no entanto, que o juiz, como ser humano, tem exatamente as mesmas limitações de percepção da realidade e está sujeito a um idêntico processo dinâmico de memorização, que inclui naturalmente o esquecimento e o falseamento de memórias e, sobretudo, que tais óbices *atuam diretamente na atividade jurisdicional do magistrado*.

O juiz, é claro, não relatará uma falsa memória durante um depoimento nem procederá ao reconhecimento do suspeito. Seria ingênuo acreditar, entretanto, que a atividade do julgador não envolve nenhum tipo de memorização em processos que se protraem demasiadamente no tempo. Quando um juiz julga, afinal, ele não tem uma imagem ou mapa mental do caso, que foi sendo formado a cada ato levado a efeito durante o transcorrer do processo? Por que é que essa compreensão do caso,

⁸⁰ WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018. p. 47.

⁸¹ É perfeitamente possível que uma declaração de testemunha baseada em memória falsa seja afastada em razão de outras provas presentes nos autos. Note-se, contudo, que casos assim devem ser limitados a informações passíveis de verificação robusta e com alto grau de objetividade, o que por si tornaria sua confirmação por meio de testemunho preterível, senão dispensável – pense-se no exemplo da testemunha que relata a existência de três assaltantes, ao passo que gravações de vídeo mostram indubitavelmente que havia apenas dois. Isso porque a eventual desconsideração de um testemunho pelo juiz para a formação de seu convencimento em favor de outros testemunhos que o contradigam, lembre-se, não é questão de veracidade, mas de *convencimento* – apesar de um juiz poder *decidir* privilegiar uma versão a outra, não é possível afirmar que a informação desconsiderada por ele é inverídica, não é possível confundir a *crença* do juiz manifestada na sentença com a *verdade*.

apenas, e que essa memória dele, exclusivamente, seriam imunes às vicissitudes humanas?

Não se olvide que mesmo ao mais atento, zeloso e comprometido dos juízes (e não é fácil sê-lo diante das rotinas administrativas, das metas de julgamento sempre meramente quantitativas e da dissonância cognitiva⁸²) não é dado o dom de conhecer perfeitamente *o que, quando e em que medida* foi relevante para a formação de seu conhecimento. É factível, assim, que algum comportamento, gesto ou declaração em dado momento do processo seja determinante para redundar em condenação por meio de uma sentença proferida *anos* depois dele. Como o único passado palpável é aquele rememorado com um pé no presente e com as lentes do presente⁸³, não se trata de reconstrução e memória *do* processo e *no* processo?

Talvez se diga, com confiança no afastamento da subjetividade, que um tal juiz tomaria a cautela de reduzir tudo a termo, inclusive suas anotações. Ainda que isso aconteça a memória atua. Perceba-se como podem ter sentidos diversos cada uma das etapas enumeradas no seguinte exemplo: 1) o que aconteceu; 2) o que uma testemunha viu; 3) o que a testemunha processou e memorizou (inclusive eventuais falsas memórias); 4) o que ela pôde lembrar; 5) o que ela quis declarar em juízo; 6) o que ela efetivamente declarou; 7) o que o juiz ouviu e entendeu; 8) o que o juiz processou e decidiu anotar; 9) o que ele efetivamente anotou; 10) o que, depois, ele pôde extrair das anotações que leu; 11) o que ele pôde lembrar, com base nas anotações; 12) o que ele compreendeu, por fim, de tudo aquilo, na reconstrução possível a partir do presente e que pode utilizar na fundamentação da sentença. A participação da memória é inevitável como a própria existência do passado e, como no rio de Heráclito, mesmo o juiz não é capaz de se banhar novamente nas mesmas informações: nem ele é o mesmo nem elas o são.

Necessário, então, que sejam investigadas com atenção as possibilidades de falsas memórias do juiz, incluindo os possíveis efeitos de memórias estranhas ao processo mas que nele possam gerar consequências, como é o caso das máximas de experiência.

Em verdade, as dificuldades cognitivas do julgador não terminam aqui, sendo preciosíssimas as considerações que começam a lançar luz sobre o papel

⁸² ROSA, op. cit., passim.

⁸³ ÁVILA; GAUER; PIRES FILHO; op. cit.; p. 7173.

que heurísticas e vieses desempenham no processo, e em especial na decisão penal⁸⁴. Oportuno observar, entretanto, que as heurísticas e vieses, não sendo menos relevantes, permitem ao juiz que as conhece o desafio da atuação contraintuitiva, já que dizem respeito a processos mentais referentes ao trato de informações, enquanto com as falsas memórias nem isso é possível, tendo em vista que se tratam não do processamento das informações percebidas, mas da qualidade das informações com que se pode trabalhar.

Ao passo que trazer à tona as heurísticas e vieses tem o expressivo efeito de deslocar do inconsciente para o consciente a tomada de decisão, de modo a anular seus efeitos, o conhecimento da possibilidade de falsas memórias não é capaz de tornar conscientes os processos mnemônicos, o que restringe as possibilidades ao evitamento de práticas que possam multiplicá-las e à relativização da exagerada confiança na memória.

6 O QUE FAZER QUANDO SABEMOS (O) QUE SABEMOS?

A expansão dos estudos na área das falsas memórias e o devido acompanhamento das informações mais recentes de outras ciências, atualizando o conhecimento jurídico correlacionado, é de suma importância para a conscientização de cada vez mais atores e poderá resultar na tendência de diminuição de decisões ignorantes, em que fica demonstrado o total desconhecimento do tema – como no sintomático exemplo da exigência de comprovação da falsidade da memória pela defesa.⁸⁵

Técnicas simples de reconhecimento e testemunho são abundantemente descritas na doutrina e adotadas em outros países⁸⁶, com resultados bastante positivos sempre que implantadas com zelo. Representam ganho limitado na qualidade da informação, já que não impedem a ocorrência de falsas memórias,

⁸⁴ Cf. WOJCIECHOWSKI; ROSA, op. cit.

⁸⁵ Cf. BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.l.], v. 4, n. 1, p.371-409, 7 mar. 2018. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Disponível em: <<https://bit.ly/2xYPPpJ>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

⁸⁶ Para relato do panorama nos Estados Unidos: CARVALHO; ÁVILA, op. cit., p. 560-564. Para considerações referentes a Espanha e Itália: GESU, op. cit., p. 194-196.

possibilitando apenas que tais atos (pré-) processuais deixem atuar na sua proliferação⁸⁷, mas de fato devem ser a ação mais urgente no sistema brasileiro, onde tudo é feito de modo completamente descurado.

Por mais positivas que sejam as alterações procedimentais pretendidas, a mera mudança da legislação não tem o condão de criar automaticamente uma nova realidade⁸⁸. É preciso investir na estrutura de trabalho dos envolvidos⁸⁹ e na transformação da cultura punitiva por meio da mudança de comportamento dos agentes que colocam (ou não) as alterações em prática, sobretudo frente a um sistema judicial em que poucas são as nulidades reconhecidas e grande é a permissividade com procedimentos feitos ao arrepio da lei.

Imperativo registrar, entretanto, que a alteração dos procedimentos pode ser via de mão dupla: técnicas como a entrevista cognitiva e o depoimento especial, já timidamente experimentadas no Brasil⁹⁰, podem ser utilizadas para tentar melhorar a qualidade da informação, mas seu uso também pode esbarrar nos limites das garantias e mesmo ultrapassá-los. Conformam, enfim, “um paradoxo: por um lado, entrevistas cognitivas podem melhorar a qualidade da informação, promovendo liberdades e, por outro, dependendo da forma como sejam conduzidas, violar garantias”.⁹¹

Nesse sentido, vale destacar a existência de propostas de antecipação da colheita de provas orais⁹², tema que deve ser mais profunda e atentamente estudado tendo em vista a dificuldade de se combinar a pressa com as garantias processuais, notadamente o contraditório. Uma dose ainda maior de ceticismo passa a ter lugar quando considerado o *detalhe* de que experimentos científicos comprovam a ocorrência de falsas memórias em período bastante próximo dos fatos, como no de Loftus e Palmer, antes relatado, em que elas foram constatadas

⁸⁷ Talvez, nesse sentido, seja mais preciso falar não em evitar falsas memórias, mas em evitar *falsos testemunhos*, ainda que involuntários ou falseados pela atuação do entrevistador.

⁸⁸ CARVALHO; ÁVILA, op. cit., p. 564.

⁸⁹ A propósito, trata-se de um país em que apenas quatro estados investiram mais de 1% de seu orçamento da segurança pública nos serviços de informação e inteligência, com os gastos de todos os entes federativos ficando em 0,74%. Esperar que um processo penal assim subsidiado se baseie em provas técnicas é acreditar em um milagre. Cf. 12º ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2iOq4B8>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

⁹⁰ BALDASSO; ÁVILA, op. cit., p. 388.

⁹¹ ÁVILA; ROSA, op. cit.

⁹² Sobre a ideia, que parece unânime na doutrina em razão dos efeitos do tempo sobre a memória, cf. ALTOÉ; ÁVILA, op. cit.

após apenas uma semana, tempo insignificante para a investigação policial, quem dirá o processo. Não há, assim, qualquer garantia de ganho na qualidade da informação. Tal proposta pode até ser resquício ainda do apego pela verdade, que estaria tão próxima quanto fosse ágil a apuração dos fatos. Não se ignora que a intenção seja nobre, já que baseada na premissa de que a antecipação significaria melhoria da informação, resultando em julgamentos mais *corretos*, mas, para além do fato de que a própria premissa é duvidosa, pode contribuir para nos levar ao mesmo lugar que práticas penais autoritárias, mesmo que sem se perceber⁹³.

Nenhum problema penal, aliás, pode ser de responsabilidade apenas de quem investiga ou acusa quando cabe ao julgador delimitar o que é ou não aceitável. Mais que isso, quem decide, quem dá a última palavra é ele. Como pode ser aceito que uma sentença ignore o que a ciência informa? Ou que afaste o conhecimento científico com base em juízos particulares do julgador? Com efeito, a decisão baseada em evidência falsa não é fundamento hábil para que se restrinja a liberdade de alguém⁹⁴. Nas palavras de Geraldo Prado, “no Estado de Direito a legitimação da punição reclama a rigorosa adoção de um sistema de controles epistêmicos que é essencial à própria noção de devido processo legal”⁹⁵. Não se trata apenas de saber por alto o que dizem as demais ciências e fingir que isso não tem especial relevância porque o Direito se basta. É preciso que sejam exigidas evidências científicas em toda e qualquer decisão⁹⁶!

Essas alterações legislativas e procedimentais são meramente paliativas, afinal prever ou impedir falsas memórias, pelo que a ciência já sabe, é altamente improvável⁹⁷. Representam imperiosa *redução de danos*⁹⁸, que no entanto, como toda redução de danos, não extingue o problema. Simplesmente não há – e é possível que nunca haja – critérios seguros para o afastamento das falsas memórias do processo penal⁹⁹.

A limitação da redução de danos deve-se ao fato de que trabalha a partir da persecução penal, ou seja, pressupõe sua existência. Logo, é legítimo que também

⁹³ PRADO, op. cit.

⁹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal?** 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2JzHcn3>>. Acesso em: 09 jun. 2018. n.p.

⁹⁵ PRADO, op. cit.

⁹⁶ STRECK, op. cit.

⁹⁷ ÁVILA; LAZARETTI; AMARAL, op. cit., p. 11.

⁹⁸ Cf. LOPES JÚNIOR; GESU, op. cit.

⁹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 18.

as falsas memórias motivem a adoção e defesa de propostas minimalistas e abolicionistas¹⁰⁰, afinal um sistema em que os processos estão inexoravelmente sujeitos a contaminações e inseguranças – e que não é capaz nem de diminuí-las – enseja e reclama medidas despenalizadoras¹⁰¹.

7 CONCLUSÕES

A percepção que os indivíduos têm do mundo é limitada a possibilidades fisiológicas e intelectuais, entre outras. Os processos mnemônicos que sucedem essa construção mais imediata estão sujeitos, em seu funcionamento normal, à perda de informação, por meio do esquecimento, e à possível alteração das imagens mentais memorizadas, por meio das sucessivas reinterpretações e das falsas memórias.

O processo penal também apresenta suas limitações, entre elas a (hiper)dependência da prova oral e, portanto, da memória, base de uma prática jurídica profundamente apegada ao desvelamento da verdade e em que pouco atuam as provas técnicas. Buscar a todo custo a verdade e acreditar que alcançá-la é possível conforma um erro de graves consequências na esfera penal, que no entanto continua a se repetir. Ainda que o processo *queira* a verdade, acaba por apenas *poder* se desenrolar baseado na persuasão do juiz, que julga com sua crença e em juízos pessoais de verossimilhança, conseqüentemente exercendo o poder punitivo por meio de mero ato de fé.

Em um tal contexto, a atividade processual convive com a dúvida e a incerteza, em equilíbrio precário no qual defende sua legitimidade. Conhecer as falsas memórias e o modo como elas se espriam no processo mostra-se um dos possíveis pontos de partida para a crítica da persecução penal.

Com efeito, tudo o que as práticas processuais e pré-processuais têm feito é não apenas permitir que informação de baixa qualidade, a exemplo das falsas memórias, componha o processo penal, mas propiciar terreno fértil para que elas nele se refestelem. A cada vez que a máquina é colocada em operação sob o

¹⁰⁰ Ibid., passim.

¹⁰¹ CARVALHO; ÁVILA, op. cit., p. 564.

pretexto de aproximar-se da verdade, o que faz de fato é oportunizar mais espaço para a ocorrência de memórias falsas e, assim, em abstrato, para a dúvida. Não há ato ou ator processual que possa garantir a qualidade da informação.

Conhecer as falsas memórias é fundamental para a sensibilização dos envolvidos na investigação e no processo e para imbuí-los de humildade imprescindível diante da dramaticidade da persecução penal, mesmo porque são, eles próprios, *falsos memorizadores* contumazes, como qualquer ser humano. Para isso é obrigatório que o Direito deixe de ensimesmar-se, devotando atenção a saberes que tanto têm a lhe acrescentar. Urge, por exemplo, a partir de considerável produção da Psicologia, superar a ideia de que a realidade possa ser integralmente apreendida e posteriormente informada por alguém, fazendo do processo o prodígio da verdade. Essa ingenuidade nos faz pelo menos cem anos atrasados¹⁰², de modo que, fôssemos médicos, desconheceríamos a penicilina e nem lavaríamos as mãos antes de uma cirurgia (se ela houvesse)¹⁰³.

Contudo, o conhecimento não é suficiente para alterar a realidade processual nem torna os procedimentos menos permeáveis às falhas e limitações mnemônicas, e qualquer proposta fracassará enquanto houver uma cultura punitivista determinando a práxis¹⁰⁴. Pior ainda, por mais que possamos diminuir os efeitos negativos das atuais e negligentes práticas, jamais será possível afastar do processo a possibilidade de falsas memórias.

Se o sistema penal puder falhar sempre que atua, que atue menos. Ou que deixe de existir.

¹⁰² ÁVILA; ROSA, op. cit.

¹⁰³ STRECK, op. cit.

¹⁰⁴ ÁVILA, op. cit., p. 19.

REFERÊNCIAS

12º ANUÁRIO Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2iOq4B8>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

ALTOÉ, Rafael; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Aspectos cognitivos da memória e a antecipação da prova testemunhal no processo penal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, v. 15, n. 20, p.255-270, jan./jun. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2nD8S0K>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Fraturas do sistema penal: o sintoma das falsas memórias na prova testemunhal**. 2012. 386 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. texto parcial. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/1860>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

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. **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, Lisboa, v. 1, n. 12, p.7167-7180, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10923/11300>>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 7170.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; LAZARETTI, Bruna Furini; AMARAL, Marina Moreno do. **Do campo das falsas memórias às falsas memórias do campo: impressões obtidas através do acompanhamento de oitivas policiais na Região Metropolitana de Porto Alegre**. 2017. Trabalho apresentado no V ENADIR - Encontro Nacional de Antropologia do Direito. Disponível em: <<https://bit.ly/2HAGSmU>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; ROSA, Alexandre Morais da. **Você precisa saber o que são falsas memórias**. Disponível em: <<https://bit.ly/2HDa38T>>. Acesso em: 28 abr. 2018. n.p.

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.l.], v. 4, n. 1, p.371-409, 7 mar. 2018. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. Disponível em: <<https://bit.ly/2xYPPpJ>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Ministério da Justiça, 2015. (Pensando o direito). Disponível em: <<https://bit.ly/1Xcf7FN>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

CARVALHO, Érika Mendes de; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Psicologia do testemunho e reconhecimento pessoal no processo penal: distorções da memória e suas possíveis repercussões no projeto de vida do condenado. In: ENCONTRO

NACIONAL DO CONPEDI, 24., 2015, Aracaju. **Direito penal, processo penal e constituição**. Florianópolis: Conpedi, 2015. p. 549 - 567. Disponível em: <<https://bit.ly/2vSIZkH>>. Acesso em: 28 abr. 2018.

EAGLEMAN, David. **Cérebro**: uma biografia. Rio de Janeiro: Rocco, 2017.

FLECH, Larissa Civardi. **Falsas memórias no processo penal**. 2012. 117 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10183/67291>>. Acesso em: 25 abr. 2018. p. 90-95.

FUSCO, Cláudia. Cientistas descobrem como “apagar” memórias dolorosas (e implantar novas). **Galileu**, São Paulo: Editora Globo, 15 fev. 2016. Disponível em: <<https://glo.bo/2MbH1zO>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

GESU, Cristina di. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. livro digital.

GRAY, Richard. Phobias may be memories passed down in genes from ancestors. **The Telegraph**, 09 dez. 2013. Disponível em: <<https://bit.ly/2GsngS4>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

IRIGONHÊ, Márcia de Moura. **A falibilidade do testemunho**: considerações sobre o reconhecimento de pessoas na esfera criminal à luz das falsas memórias. 2014. 93 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/121854>>. Acesso em: 25 abr. 2018.

KHALED JÚNIOR, Salah Hassan. **A busca da verdade no processo penal**: para além da ambição inquisitorial. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2016.

LOFTUS, Elizabeth F.; PALMER, John C. Reconstruction of automobile destruction: an example of the interaction between language and memory. **Journal of Verbal Learning and Verbal Behavior**, Washington, v. 13, n. 5, p. 585-589, out. 1974. Disponível em: <<https://bit.ly/2wg0gC5>>. Acesso em: 26 ago. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Introdução crítica ao processo penal**: fundamentos da instrumentalidade constitucional. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LOPES JÚNIOR, Aury; GESU, Cristina Carla di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 7, n. 25, p.59-69, abr./jun. 2007.

MAKING a murderer. Direção: Moira Demos; Laura Ricciardi. [S.l.]: Synthesis Films; Netflix, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/1ZlwKzB>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

MEDIAVILLA, Daniel. Ciência se aproxima da criação de mentes sem lembranças. **El País**, 03 jul. 2017. Disponível em: < <https://bit.ly/2HyiZjd> >. Acesso em 21 ago. 2018.

MLODINOW, Leonard. **Subliminar**: como o inconsciente influencia nossas vidas. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

PRADO, Geraldo. **Os fatos são coisas duvidosas. Contra argumentos não há fatos. Os dilemas da prova penal**. 06 dez. 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2nxw03J>>. Acesso em: 10 jun. 2018. n.p.

ROGERS, Adam. The science of why no one agrees on the color of this dress. **Wired**, 26 fev. 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2rBbsp1>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

RONCOLATO, Murilo. Como cientistas acreditam ter conseguido ‘transferir’ memória entre lesmas. **Nexo**, 18 maio 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2JvBgLy>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

_____. Por que é possível ouvir palavras diferentes de um mesmo som. **Nexo**, 18 maio 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2HBraqX>>. Acesso em: 10 jun. 2018.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. **Que tal exigir evidências científicas nas decisões do seu tribunal?** 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/2JzHcn3>>. Acesso em: 09 jun. 2018. n.p.

THE CONFESSION tapes. Direção: Kelly Loudenberg. [S.l.]: Netflix, 2017. Disponível em: <<https://bit.ly/2MMOchJ>>. Acesso em: 15 ago. 2018.

VIEIRA, Vanessa. A pílula do esquecimento. **Superinteressante**, 19 nov. 2012. Disponível em: <<https://abr.ai/2HzLCbF>>. Acesso em: 09 jun. 2018.

VIZIOLI, Luca; ROUSSELET, Guillaume A.; CALDARA, Roberto. Neural repetition suppression to identity is abolished by other-race faces. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, [S.l.], v. 107, n. 46, p. 20081-20086, 16 nov. 2010. Disponível em: <<https://bit.ly/2QBlanN>>. Acesso em: 16 set. 2018.

WOJCIECHOWSKI, Paola Bianchi; ROSA, Alexandre Morais da. **Vieses da justiça**: como as heurísticas e vieses operam nas decisões penais e a atuação contraintuitiva. Florianópolis: EModara, 2018.