

FALSAS MEMÓRIAS: DISCUSSÕES ACERCA DA PROVA PENAL A PARTIR DE “THE GOOD WIFE”

Alana Sonego Tartarotti¹
Fábio Agne Fayet²
Isadora Bays³
Isadora Costi Fadanelli⁴

RESUMO: A presente pesquisa versa sobre a prova testemunhal, especificamente quanto ao ato de reconhecimento no processo penal, a partir da análise de um episódio da série “*The Good Wife*”, abordando, ainda, o fenômeno das falsas memórias, questão que pode influenciar de forma bastante significativa a decisão proferida pelo julgador. Como objeto da pesquisa, questiona-se: o ato de reconhecimento constitui forma suficientemente válida para ensejar uma condenação criminal? E ainda: é possível verificar a existência de um pensamento neolombrosiano no contexto atual, evidenciando, assim, um fenômeno criminológico maior do que apenas um problema processual penal? Para responder tais indagações, serão analisados alguns elementos sobre a formação da prova dentro do processo penal, com o intuito de visar à possibilidade de uma readequação das motivações nas decisões criminais.

PALAVRAS-CHAVE: Falsas Memórias. Neolombrosianismo. Provas do Processo Penal. *The Good Wife*.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O ato de reconhecimento como prova válida no processo penal. 3. As falsas memórias como óbice à prova testemunhal. 4. A presença do pensamento neolombrosiano no processo penal. 5. Conclusão. 6. Referências.

¹ Graduanda do 6º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha; Monitora do professor Fábio Scopel Vanin na disciplina de Direito Ambiental da Faculdade da Serra Gaúcha.

² Mestre e doutorando em Ciências Criminais pela PUC/RS; Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra/Portugal; Professor de Direito Penal; Advogado criminalista com endereço profissional à Rua Múcio Teixeira, nº 660, Bairro Menino Deus, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, CEP: 90.150-090; e-mail: prof.fabio@fayet.adv.br.

³ Graduanda do 8º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha; Monitora da professora Fernanda Sartor Meiner na disciplina de Direito e Democracia no Cinema e na Literatura da Faculdade da Serra Gaúcha; Estagiária na Justiça Federal, Núcleo de Caxias do Sul, com o Juiz responsável Rafael Martins Costa Moreira.

⁴ Graduanda do 7º semestre em Direito pela Faculdade da Serra Gaúcha; Monitora do professor Pablo de Macedo Dutra na disciplina de Direito Previdenciário da Faculdade da Serra Gaúcha; Estagiária no Ministério Público Federal, Núcleo de Caxias do Sul.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho surgiu a partir da análise de um episódio intitulado “Conjugal”, sexto do seriado “The Good Wife”, o qual conta a história de Clarence Wilcose, um homem negro que é condenado à pena de morte, estando recluso há seis anos, por um feito defendido inicialmente pela Defensoria Pública. O escritório em destaque da série entra com um recurso (passível de ser entendido como uma revisão criminal no direito processual penal brasileiro), por acreditar na inocência do acusado.

A questão analisada é que a única testemunha do fato seria uma médica que teria presenciado o denunciado atirar contra um policial que estava no supermercado ofendido, tendo realizado o ato de reconhecimento posteriormente na Delegacia, sendo esta a única prova a ensejar a condenação criminal anteriormente referida. Para encontrar novas provas capazes de introduzir uma dúvida o suficiente sobre a autoria do fato, o escritório *Lockhart and Gardner* coleta informações sobre a forma com que foi realizado o ato de reconhecimento na fase policial, deparando-se com induções praticadas ao decorrer do processo, tais como a pouca semelhança entre os agentes apresentados e, principalmente, o fato de o indivíduo reconhecido estar usando um moletom do time de basquete americano denominado *Chicago Bulls*, informação que havia sido repassada pela própria testemunha antes da realização do ato de reconhecimento.

Daí surgiu a temática que impulsionou a presente pesquisa: considerando as regras estabelecidas no Código de Processo Penal dos artigos 226 ao 228 sobre o reconhecimento de pessoas e coisas, bem como a semelhança verificada a partir do episódio entre as duas legislações, o ato de reconhecimento (aqui entendido como parte da prova testemunhal dentro do processo penal), é uma forma válida o suficiente para ensejar uma condenação criminal que pode acarretar diversos prejuízos na vida do indivíduo? Além disso, como no caso verificado, o fenômeno denominado falsas memórias, pode interferir de forma significativa na decisão criminal que será proferida pelo juízo? E ainda: tais institutos podem ter relação com um pensamento neolombrosiano, a evidenciar um fenômeno criminológico maior do que apenas um problema processual penal?

Para responder essas indagações, analisaremos, por meio da utilização das doutrinas pátrias e estrangeiras, alguns elementos sobre a formação da prova dentro do processo penal, detidamente a prova testemunhal e ao ato de reconhecimento realizado na fase policial, visando a possibili-

dade de uma readequação das motivações nas decisões criminais, como em relação ao caso aqui proposto ao debate.

2 O ATO DE RECONHECIMENTO COMO PROVA VÁLIDA NO PROCESSO PENAL

Vigora no processo criminal brasileiro um conjunto probatório que tem como intuito a verificação da verdade real dos fatos, reconstruindo, por meio de provas colhidas, a sequência exata dos acontecimentos do caso concreto,⁵ situação que permitiria esclarecer ao magistrado a realidade do fato, acontecimento ou episódio.⁶ No entanto, é sabido que a verdade real é inalcançável, visto que a reconstituição de um fato sempre será falha, na medida em que devemos contar com pessoas para identificar o que realmente ocorreu, e de sua memória que, com o passar do tempo, torna-se insegura.⁷ Ressalta-se aqui, desde já, que o Código de Processo Penal brasileiro não estabelece os meios de prova de forma taxativa, ou seja, lida com o princípio da liberdade dos meios de prova.⁸ Assim, em nosso processo criminal, a prova testemunhal é a mais utilizada, bem como a mais manipulável e pouco confiável.⁹

Ora, o delito é um fato passado e a testemunha, por sua vez, narra no momento presente algo que ocorreu no passado, a partir de sua memória – acompanhado de todo o peso de contaminação e fantasia que isso implica.¹⁰ Por essa razão, o testemunho pode ser tido como uma declaração mentirosa involuntária, isto é, as inverdades ditas pelas testemunhas e vítimas podem ser de boa-fé, porém eivadas de erro de percepção, de memória, sugestão imprevista, entre outros.¹¹ Essa mentira involuntária acaba por induzir o juiz – sem que haja a intenção da testemunha para tanto – em erro na reconstrução analítica do fato objeto de sua apreciação.¹²

⁵ FLORES, Guilherme Nazareno. *O magistrado no processo de desenvolvimento da verdade real: análise da valoração da prova pericial no processo penal*. ORBIS, v. 3, n.1, ano 2, p. 451-472, set., 2011.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 13.

⁷ WAGNER, Jean Francesco Zardin. *A fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade*. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1108>>. Acesso em: 14 out. 2016.

⁸ LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

⁹ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 485.

¹⁰ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476.

¹¹ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 50-51.

¹² AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 53-56.

O juiz explora o fato por meio do conhecimento da testemunha, pois esta representa o liame entre o magistrado e o fato a ser provado, porém não há função prospectiva legítima no testemunho, dado que seu olhar somente está autorizado quando voltado ao passado.¹³ O maior problema ocorre quando a testemunha, ao narrar um acontecimento, procura completar lacunas em sua memória com algo que sabe por presunção, ou seja, fatos que se encontram tão somente no imaginário, não havendo nenhuma certeza sobre os mesmos verdadeiramente acontecido.¹⁴ Assim, o testemunho pode ser entendido como um juízo de terceiro, uma vez que é a expressão de uma experiência vivida no passado e não um meio em que se faz reaparecer esse passado.¹⁵ Entretanto, é importante salientar que na declaração mentirosa involuntária, diferentemente do falso testemunho, o agente não tem a vontade de fornecer informações falsas ou calar a verdade (dolo), mas comete um erro de fato, em que diversifica os fatos de maneira inconsciente.¹⁶

Dentro das provas referidas anteriormente, existe a de reconhecimento de pessoas e coisas, a qual tem como intuito fornecer a convicção acerca da identidade do possível autor ou de um objeto que teria sido utilizado no crime, por parte de testemunha ou vítima, com a presença da autoridade judiciária.¹⁷ Para tanto, faz-se necessária uma boa capacidade de memorização do reconhecedor, bem como de vários aspectos externos que possam influenciar o resultado.¹⁸ Via de regra, o reconhecimento tem valor de prova reduzido, em razão da alta probabilidade de erro em seu resultado.¹⁹ Por esse motivo, deverão existir certos cuidados para que realmente a prova seja consistente, devendo o reconhecedor, de forma prévia, caracterizar a pessoa ou a coisa.²⁰ Ainda, o aqui trabalhado meio de prova deve ser um dos primeiros atos a ser realizado na investigação, tendo em vista os riscos do tempo.²¹

¹³ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 476.

¹⁴ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 66.

¹⁵ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 56.

¹⁶ AQUINO, José Carlos G. Xavier de. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 52.

¹⁷ WAGNER, Jean Francesco Zardin. *A fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade*. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1108>>. Acesso em: 14 out. 2016.

¹⁸ LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

¹⁹ LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

²⁰ WAGNER, Jean Francesco Zardin. *A fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade*. Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1108>>. Acesso em: 14 out. 2016.

²¹ LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

O artigo 226 do Código de Processo Penal estabelece regras que obrigatoriamente devem ser observadas quando do reconhecimento de pessoas ou coisas, com o intuito de amenizar a margem de erro que este instituto normalmente apresenta, quais sejam: a) inicialmente, a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento descreverá a pessoa que deva ser reconhecida; b) a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, ao lado de outras pessoas semelhantes a ela, se possível; c) convida-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; d) lavar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais; e) existe a possibilidade de isolar a pessoa que vai reconhecer, a fim de que uma não veja a outra, evitando-se intimidação ou influência.²² Essas formalidades servem como garantia de viabilidade desse reconhecimento como prova e a inobservância destas acarretam a invalidade e a exclusão da prova, em razão do princípio do devido processo legal.²³

O que se observa na prática e, especialmente no caso trazido pelo episódio objeto de análise desse artigo, é a inobservância do procedimento imposto, significando desprezo pela forma legalmente estabelecida.²⁴ Logo, o legislador deveria prever como causa de nulidade absoluta o reconhecimento realizado sem a observância do procedimento legal.²⁵ Acontece que, na real execução do processo, realiza-se o reconhecimento informal, o que infelizmente é a regra em nosso país, em que a testemunha ou vítima é convidada a dizer se o acusado, único sentado no banco apropriado, foi quem praticou o crime.²⁶ Em muitas vezes, acaba respondendo afirmativamente, sem atenção e cuidado, atropelando as normas do devido processo e, sobretudo, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo.²⁷ Ressalta-se aqui que, como consequência da padronização e da automatização de tais reconhecimentos informais – na sua maioria falhos – o número de cárceres inocentes aumenta cada vez mais, como no episódio.²⁸

No ato de reconhecimento, deve-se atentar a dois aspectos, quais sejam: ao número de pessoas – o Código é omissivo nessa questão, mas se

²² NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.116.

²³ FRAGOSO, Heleno. *Notas sobre a prova no processo penal*. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo61.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

²⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

²⁵ LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.117.

²⁷ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 496.

²⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.118.

recomenda que o número não seja inferior a cinco – e às semelhanças físicas, objetivando criar um cenário sem induções, sendo importante, também, neste segundo aspecto, observar as vestimentas do agente.²⁹ Em relação a este último, é ideal que as pessoas submetidas ao reconhecimento usem roupas semelhantes às do dia dos fatos, a fim de que não existam contrastes entre os participantes.³⁰ Aqui já se encontra um dos principais atos deficientes do seriado utilizado como fio condutor do trabalho, porquanto apenas um dos agentes apresentados estava utilizando uma vestimenta igual a mencionada pela testemunha. Também se faz importante saber que existem duas formas de reconhecimento: o sequencial e o simultâneo. O Código de Processo Penal brasileiro, entretanto, optou pela utilização apenas do sistema simultâneo – considerado o mais sugestivo e perigoso – tendo em vista que todos os membros são mostrados ao mesmo tempo.³¹

O reconhecimento se trata de um meio de prova que não se poderia realizar duas vezes em relação ao mesmo fato, porquanto jamais poderá ser reproduzido nas mesmas condições, sendo mais pertinente, portanto, a sua realização apenas em fase judicial, contando com a presença das partes e do juiz, em virtude do princípio do contraditório.³² Ocorre, entretanto, que se no direito brasileiro o reconhecimento apenas fosse realizado uma única vez, qual seja, em juízo e não na fase de investigação, o mesmo contaria com menos valor probatório, em razão do transcurso do tempo.³³ Sendo assim, o que muito se faz no direito processual penal brasileiro, é um reconhecimento informal, o qual é parte integrante da prova testemunhal, porém não possui o peso e a eficiência do reconhecimento formal, isto é, o que segue o procedimento estabelecido no artigo 226 do Código de Processo Penal, anteriormente aqui analisado.³⁴ Importante ressaltar ainda, sobre a matéria, que o acusado pode se negar a participar do ato, no todo ou em parte, em virtude do direito de silêncio e o direito de não produzir prova contra si mesmo, sem que essa recusa o prejudique de alguma forma.³⁵

²⁹ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 497.

³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

³¹ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 503.

³² LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

³³ LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

³⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 118.

³⁵ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 499.

Ademais, no que tange ao reconhecimento por fotografia, Fragoso sustenta que é inadmissível, em virtude de ser prova ilegalmente obtida e não pode servir de base para uma condenação.³⁶ Igualmente assim entende Lopes Jr.³⁷ Em contraponto, para Nucci, esse meio de prova é lícito, uma vez que não viola qualquer norma constitucional ou legal, no entanto, deve ser desprezado quando o reconhecimento fotográfico constituir o “único meio de prova existente para a determinação da autoria de alguém”, dado que é insuficiente para enfraquecer a presunção de inocência. Assim, o reconhecimento fotográfico, para Nucci, constitui um mero indício de autoria do fato delituoso.³⁸ Esta matéria, contudo, não está pacificada, havendo no direito pátrio diversas decisões sobre, inclusive muitas delas admitindo o reconhecimento por fotografia, desde que observado o disposto no artigo 226 do Código de Processo Penal.

Outra questão pertinente sobre o ato de reconhecimento é o fato de que, no Brasil, o mesmo é sempre realizado com o suspeito do fato, e nunca apenas com distratores (pessoas que sabidamente não são autoras do crime). Tal situação é um problema, pois evidencia como o sistema brasileiro atual é viciado, pois tanto vítimas como testemunhas sabem que somente se precede ao reconhecimento quando existe um suspeito, criando uma pré-compreensão indutiva, que traz graves índices de erro ao ato de reconhecimento. Assim, faz-se necessário incorporar às rotinas dos reconhecimentos pessoais a informação de que o suspeito pode estar ou não presente.³⁹ Tal alteração poderia ser realizada de forma simples, sendo apenas incorporada ao método já existente, sem a necessidade de alteração legislativa ou custo elevado.⁴⁰ Também poderiam utilizar-se modelos de reconhecimento como os provenientes da Espanha, Portugal, Itália e Argentina, os quais são tratados de forma mais específica do que no ordenamento pátrio e poderiam ser aplicados na reformulação de nosso sistema.⁴¹

³⁶ FRAGOSO, Heleno. *Prova: reconhecimento de pessoa por fotografia*. Inadmissibilidade. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo4.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

³⁷ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 498.

³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p.118.

³⁹ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 504.

⁴⁰ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 505.

⁴¹ LOPES, M. T. *O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro*. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

3 FALSAS MEMÓRIAS COMO ÓBICE À PROVA TESTEMUNHAL

Conforme analisado anteriormente, é por meio das provas que se dará a reconstrução aproximativa de determinado fato – sendo, portanto, o processo penal um instrumento de retrospectção.⁴² Tal lógica se deve ao paradoxo temporal inerente ao rito do judiciário: “um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)”.⁴³ É por isso que o processo criminal pode ser considerado um complexo retrospectivo, por meio do qual procura-se desenvolver uma atividade de reconhecimento, direcionada ao julgador.⁴⁴ Iguualmente foi visto que, devido às limitações de ordem técnica enfrentadas pela polícia judiciária brasileira, a prova testemunhal é reputada como o principal meio de prova no âmbito do processo penal – fundamentando, assim, a grande maioria das decisões condenatórias ou absolutórias.⁴⁵ Nesse contexto, surge a problemática que é objeto de análise do presente artigo: além dos fatores que reconhecidamente influenciam na qualidade e na confiabilidade do testemunho produzido em juízo, há, ainda, o fenômeno denominado “falsas memórias”, prejudicial que, tendo em vista os estudos acerca deste evento, pode desacreditar ainda mais a já frágil e vulnerável prova testemunhal.⁴⁶

Ora, por mais que o artigo 213 do Código de Processo Penal disponha que a subjetividade da testemunha que depõe em juízo deva ser afastada, não há como considerar o testemunho um ato completamente objetivo, levando-se em conta todas as possibilidades de contaminação – tanto por fatores internos (a exemplo da interioridade neuropsíquica, incluídas aqui as chamadas “falsas memórias”) quanto por aqueles externos – dos relatos.⁴⁷ Deste modo, pertinente a crítica feita ao citado dispositivo, principalmente no que tange à sua desconsideração da “interioridade mental da testemunha”.⁴⁸ Sabe-se que o aparato sensorial humano funciona de

⁴² LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351.

⁴³ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 351.

⁴⁴ LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBC-CRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 1.

⁴⁵ LOPES Jr, Aury. *Direito Processual Penal*. 12.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 463

⁴⁶ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016, p. 152.

⁴⁷ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal*. Disponível em <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acesso em 02 set. 2016.

⁴⁸ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal*. Disponível em <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acesso em 02 set. 2016.

forma seletiva, em virtude de sua capacidade limitada, e, submetido a estímulos simultâneos, capta apenas aqueles aos quais já está acostumado.⁴⁹

Por isso, equivocadas as disposições legais acerca da prova testemunhal, que pressupõem que os indivíduos capturam de forma objetiva os eventos presenciados,⁵⁰ visto que não é possível afastar o caráter subjetivo quando da abordagem da prova testemunhal.⁵¹

A memória, na conceituada definição elaborada por Izquierdo, é “a aquisição, a formação, a conservação e a evocação de informações”, sendo a etapa de formação denominada evocação aquela concernente às lembranças.⁵² Estudos demonstram que a evocação da memória é atinente à concepção de “representação aproximativa”,⁵³ ou seja, ao contrário do pensamento do imaginário comum, não retemos na memória as imagens tal qual elas são,⁵⁴ quando nos lembramos de algo, não conseguimos uma reprodução idêntica do objeto lembrado, mas sim “uma interpretação, uma nova versão, reconstruída do original”.⁵⁵ Devido à capacidade limitada do cérebro de guardar informações e à enorme quantidade de conhecimentos que adquirimos ao longo dos anos, seria impossível gerar qualquer tipo de cópia do que é visto – concepção que aparece em franco contraste com a ideia de que a memória seria predominantemente reconstrutiva.⁵⁶ Atualmente, entende-se que o método de formação das memórias é, de fato, construtivo.⁵⁷ As recordações são reconstruídas levando-se em conta

⁴⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 51

⁵⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 50

⁵¹ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal*. Disponível em <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acesso em 02 set. 2016.

⁵² DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008, p. 4336.

⁵³ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008, p. 4344.

⁵⁴ LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 1.

⁵⁵ DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. *As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal*. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008, p. 4344.

⁵⁶ LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 1.

⁵⁷ FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010. p. 70.

as ingerências dos fatos que foram presenciados antes e depois do evento em questão.⁵⁸

Tendo em vista os atuais estudos sobre a memória, importante a referência a respeito do fenômeno denominado de “falsas memórias”, consistentes em lembranças de episódios que, na realidade, nunca aconteceram, e que podem ocorrer em virtude de uma interpretação errada de determinado fato: “embora não apresentem uma experiência direta, as falsas memórias representam a verdade como os indivíduos as lembram”. As falsas memórias podem ser elaboradas de forma espontânea, por meio de falhas na interpretação de determinada informação, ou por meio de uma falsa convicção externa, acidental ou propositadamente mostrada ao indivíduo.⁵⁹ É assim que o “fenômeno das falsas memórias, então, é uma distorção mnemônica natural do processo de armazenamento de informações que não se originam de mentiras, manipulações ou por pressão social”.⁶⁰ Em síntese, as falsas memórias são a realidade da maneira como é lembrada pelo indivíduo.⁶¹

Nesse íterim, destaca-se que as falsas memórias não se assemelham às mentiras, dado que, no primeiro caso, acredita-se veementemente naquilo que se está relatando; já quanto à mentira, esta é uma ação consciente, tendo o próprio agente a noção de sua intenção de invenção e manipulação do que se está dizendo.⁶² No âmbito do processo penal, de suma importância são os estudos acerca da emoção e sua correlação com as falsas memórias, uma vez que quanto mais intenso e desagradável for o acontecimento, maior a chance de evocar-se uma falsa recordação. Quando da ocorrência de eventos emocionais, verifica-se um incremento nos registros de memórias verdadeiras tanto quanto as falsas. Tendemos a recordar mais de episódios emocionais do que aqueles que não o são.⁶³ Ainda, em se

⁵⁸ SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. *Psicologia do testemunho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes*. Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011, p. 124.

⁵⁹ DE ÁVILA, Gustavo Noronha; GAUER, Gabriel José Chittó; PIRES FILHO, Luiz Alberto Brasil Simões. “Falsas” memórias e processo penal: (re) discutindo o papel da testemunha. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 12, p. 7167-7180, jan./dez., 2012. p. 7174.

⁶⁰ SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. *Psicologia do testemunho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes*. Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011, p. 124.

⁶¹ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 104

⁶² ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. *Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas*. Paidéia, v. 17, n. 36, p. 45-56, abr., 2007, p. 46.

⁶³ SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. *Psicologia do testemunho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes*. Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011, p. 129.

tratando de memórias traumáticas, o fenômeno da reconsolidação – etapa situada entre a consolidação e a evocação – ocorre, tornando-se tais memórias sujeitas a novas modificações.⁶⁴ Desse modo, um acusado de certa prática delituosa pode ter menor chance de ser absolvido, em decorrência das “falsas recordações” ou exagero nas lembranças, embotadas pela emoção do evento ocorrido.⁶⁵ Como, indubitavelmente, o fato criminoso gera forte emoção para quem o testemunha ou dele é vítima, imprescindível observar que tendemos a reter na memória somente a emoção envolvida no acontecimento, esquecendo-se os detalhes que constituem a memória cognitiva – ou seja, elementos técnicos, livres de contaminação subjetiva.⁶⁶ É possível elencar alguns dos principais fatores que desencadeiam o processo de formação das falsas memórias, dentre eles: a sugestionabilidade externa, a repetição (que, dentro do processo penal, pode ser exemplificada como a insistência na mesma pergunta), possíveis traumas sofridos (evento frequente na seara criminal), e o julgamento moral, além do histórico pessoal do interrogado e da pressão social.⁶⁷

Outro aspecto que contribui para a construção das falsas memórias é a influência exercida pela mídia, que faz com que, frequentemente, os indivíduos recordem-se do que viram nos meios de comunicação, mesmo tendo vivenciado o fato apresentado, ficando, desse modo, afastados de suas próprias percepções a respeito do evento em questão.⁶⁸ Além disso, insta salientar que a qualidade – e a confiabilidade – da prova produzida pode ser afetada pelo transcurso do tempo, quando da ocorrência de um lapso temporal muito grande entre a coleta dos depoimentos na fase pré-processual e os testemunhos prestados em juízo – favorecendo, assim, o surgimento de falsas memórias.⁶⁹ Quanto à sugestionabilidade, verifica-se que este é, certamente, um dos fatores com maior capacidade de interferir na produção de falsas memórias. Seu efeito na memória

⁶⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 91

⁶⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 102

⁶⁶ LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 2.

⁶⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 161.

⁶⁸ SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. *Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal*. XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016, p. 29.

⁶⁹ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. *(Des) Construindo o Testemunho no Processo Penal: o Problema das “Falsas” Memórias*. In: V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação. Porto Alegre: PUCRS, p. 88-90, 2010, p. 89.

pode ser caracterizado pela “aceitação e subsequente incorporação na memória de falsa informação posterior à ocorrência do evento original”.⁷⁰

Experimentos demonstraram que uma informação equivocada pode se misturar às recordações sobre determinado episódio vivenciado, no momento em que a pessoa fala com outros indivíduos, é submetida a interrogatórios formulados de modo evocativo ou quando uma chamada mostra um episódio que o próprio agente presenciou.⁷¹

Outrossim, aspectos subjetivos possuem correlação com o poder de influência da sugestionabilidade: quanto menores forem a memória e a inteligência do agente, maior sua recepção à sugestionabilidade. Também se encontra correlação entre o fator aqui apontado e algumas características da personalidade, tais como desordens associadas a alterações emocionais, que tem a capacidade de alterar a memória, sendo as mais perigosas a ansiedade, o estresse e a depressão.⁷² Tais distúrbios podem modificar de maneira determinante o processo de elaboração das memórias, mas, infelizmente, não há qualquer regra processual que impeça a oitiva de pessoas diagnosticadas com tais transtornos, dentro do inquérito policial ou do processo penal.⁷³ Ainda acerca da sugestionabilidade, observa-se que existe uma associação inconsciente entre ter a testemunha visto previamente uma imagem do acusado e seu reconhecimento formal, tendendo a imputar a autoria do crime ao indivíduo que previamente observou.⁷⁴

Estudos confirmam que o julgamento moral feito pela testemunha também pode ser considerado um dos fatores capazes de influenciar no processo de elaboração das falsas memórias. Certo estudo revelou que participantes que ouviram informações negativas sobre o suposto acusado de um ato ilícito influenciaram no grau de distorção das lembranças, em virtude da culpabilidade atribuída ao suposto infrator.⁷⁵ Assim, levando-se

⁷⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 114

⁷¹ LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos*. Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007, p. 3.

⁷² ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 163

⁷³ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 168

⁷⁴ DA FONSECA SEGER, Mariana; LOPES Jr, Aury. *Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias*. In: XII Salão de Iniciação Científica PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, p. 1-3, out., 2011. p. 2 Disponível em <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/6/6.pdf>>. Acesso em 4 out. 2016.

⁷⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 160.

em conta o fenômeno da seletividade penal presente no cenário penal brasileiro, o fator de contaminação das memórias consistente no julgamento moral feito pela testemunha pode ser decisivo na supressão da liberdade do indivíduo integrante da parcela da população mais vulnerável e suscetível ao controle social exercido pelo Estado.⁷⁶

Tendo em vista não haver uma solução, no âmbito do processo criminal, para o problema das falsas memórias, e que, de outra parte, não há como se excluir totalmente a utilização da prova testemunhal, tanto em juízo como na fase do inquérito policial, deve-se buscar medidas de redução de danos, a fim de que se torne possível a obtenção de melhora na qualidade e aumento da credibilidade e confiabilidade da prova testemunhal. Nesta senda, dentre tais medidas é possível listar: a colheita da prova dentro de um prazo razoável, a utilização de técnicas de interrogatório diferentes daquelas usualmente adotadas (tendo em vista o alto grau de sugestibilidade das entrevistas tradicionais),⁷⁷ e a gravação das entrevistas realizadas na fase pré-processual.⁷⁸

Em relação ao modelo de interrogatório comumente utilizado no âmbito dos tribunais, alguns fatores criam condições favoráveis para o surgimento de falsas memórias: a falta de explanação acerca do propósito da entrevista, bem como de suas regras básicas, e da solicitação do relato livre; a utilização de perguntas fechadas e sugestivas ou confirmatórias; o não acompanhamento do depoimento testemunhal; a não permissão de pausas; interrupção da testemunha durante seu relato e, por fim, a não realização do fechamento da entrevista.⁷⁹

A partir do exposto, e tendo presente a necessidade da prova testemunhal para o processo penal brasileiro, inegável a relevância dos achados da psicologia cognitiva no que tange ao estudo dos processos mnemônicos.⁸⁰ E, neste sentido, um dos principais mecanismos para potencializar a quantidade e a qualidade das informações corretas relatadas pela testemu-

⁷⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 161.

⁷⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. (Des) *Construindo o Testemunho no Processo Penal: o Problema das “Falsas” Memórias*. In: V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação. Porto Alegre: PUCRS, p. 88-90, 2010, p. 89.

⁷⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁷⁹ SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. *Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal*. XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016, p. 29.

⁸⁰ FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010, p. 72.

na, em comparação aos expedientes tradicionalmente utilizados pela polícia judiciária é a técnica denominada entrevista cognitiva.⁸¹ Tal entrevista divide-se em sete etapas, sendo elas: “a) estabelecimento de rapport e personalização da entrevista; b) explicação dos objetivos da entrevista; c) relato livre; d) questionamento; e) recuperação variada e extensiva; f) síntese e g) fechamento”.⁸² Sucintamente, a ela é estruturada da seguinte forma: primeiramente, o entrevistador deve criar um ambiente agradável, emocionalmente adequado para acolher aquele que irá depor; após, deverá estimular o depoente a recriar o contexto em que originalmente ocorreu o fato que irá ser apurado, com vistas à recuperação de lembranças e fornecimento de indicativos à memória do indivíduo por meio dos sentidos; o interrogado deverá ser incentivado a proceder à narrativa livre, relatando todos os possíveis dados de que puder se recordar, sem sofrer interrupções; no momento dos questionamentos, estes devem ser feitos com base no relato da testemunha, ausente o sugestionamento de caráter confirmatório e pré-julgamentos restringindo as respostas, e, sim, formulando-se perguntas abertas; e, por último, o fechamento, com a síntese das informações obtidas, a fim de que o depoente possa lembrar-se de outros fatos não mencionados durante a entrevista.⁸³

Considerando-se, principalmente, a contaminação e a (não rara) ocorrência das falsas memórias nos relatos prestados pelas testemunhas dentro do contexto processual-penal, é preciso, urgentemente, abandonar a ideia de que os testemunhos se revestem do caráter objetivo – ilusoriamente disciplinado no artigo 213 do Código de Processo Penal – e buscar medidas para a efetiva construção de um processo criminal que não sirva como instrumento de manutenção de injustiças.⁸⁴ Como, no cenário pátrio, ainda há uma significativa deficiência na investigação preliminar, tem-se, como consequência, um baixo índice na qualidade da prova testemunhal. Pela pouca adoção de técnicas avançadas, a exemplo de perícias no local do crime, exames de DNA, coleta de impressões digitais, dentre outras, o

⁸¹ FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010, p. 08.

⁸² FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010, p. 67.

⁸³ SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. *Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal*. XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016, p. 29.

⁸⁴ FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr./mai., 2010, p. 67.

processo é construído com base, quase que exclusivamente, na prova oral, utilizada para a formulação do convencimento do juiz acerca da autoria do delito.⁸⁵ Há uma urgente necessidade de melhorar a qualidade técnica da prova produzida oralmente, o que pode ser obtido com a ampla utilização da entrevista cognitiva, a fim de que seja possível se reduzirem a quantidade de condenações injustas – erros cujo preço não poderia ser maior: a liberdade do indivíduo, equivocadamente acusado, reconhecido, condenado e encarcerado.

4 A PRESENÇA DO PENSAMENTO NEOLOMBROSIANO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Inicialmente se faz necessário esclarecer que aqui serão trabalhados dois âmbitos distintos de conhecimento dentro do direito, que, embora por muitos sejam considerados semelhantes, tratam-se de ciências diferentes: o do penalista e o do criminólogo, ou seja, o direito penal (aqui também abarcando como entendimento o direito processual penal) e a criminologia. Ocorre, entretanto, que conforme exemplifica Zaffaroni, estes dois campos “não se dão nada bem, mas não se podem separar, e ainda que declarem estar divorciados, são como esses casais que se excitam discutindo e terminam como todos nós sabemos”.⁸⁶

No mesmo liame, Divan corrobora a necessidade de trabalhar o processo penal com a criminologia, porquanto a complementação de um com o outro faria com que a função crítica da criminologia atuasse de sobremaneira no âmbito processual penal, tendo em vista que aquela primeira, por mais que entendida como autônoma, não pode ser considerada desvinculada e alheia aos estudos criminais, legais e procedimentais, mas sim algo que os complementa e evita o risco de recair em erros já cometidos mundialmente na esfera criminal.⁸⁷ É a partir deste entendimento que o presente trabalho procurou observar a prova testemunhal, especificadamente o ato de reconhecimento realizado dentro do processo, com panos criminológicos. Isto é, entendeu-se imprescindível especular os pequenos resquí-

⁸⁵ FLORES, Marcelo Marcante. *Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?)*. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr. /mai., 2010, p. 73.

⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Traduzido por Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 13-14.

⁸⁷ DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015, p. 107.

cios que o pensamento “lombrosiano” conseguiu deixar nas linhas escritas no Código de Processo Penal.

Sabe-se que o movimento de encontrar caracteres psicológicos a partir de dados físicos teve estímulo no Renascimento, oportunidade em que se começou a classificar animais, ou seja, considerar o cachorro como o fiel e o burro como imbecil. Posteriormente, entendendo que os humanos também possuíam traços animais, se deu início a construção das características psicológicas destes. Ainda nesta mesma linha de pensamento, envolta na biologia e na psicologia, Lombroso, em 1876, lançou a primeira edição de *L'uomo delinquente*, a qual se ocupou de identificar o “criminoso nato”, ou seja, a espécie particular do gênero humano que, por certas características físicas, teria tendências criminosas.⁸⁸ Obviamente tais tendências foram, com o passar dos anos, adaptadas, positivadas e inclusive reproduzidas por nós, latino-americanos, como por exemplo, em campos de concentrações e em regimes ditatoriais.⁸⁹

A problemática em destaque é que, realizando uma minuciosa análise dos artigos anteriormente expostos para entender o ato de reconhecimento que ocorre dentro do processo penal brasileiro, mais especificadamente, a forma com que ele efetivamente é utilizado, encontramos uma espécie de Neolombrosianismo. Em outras palavras, é possível adaptar o antigo pensamento de observar as características físicas dos indivíduos para, a partir daí, julgá-lo pelo possível cometimento de um crime a fenômenos mais atuais, ainda voltados a esfera física, entretanto agora direcionado a vestimentas específicas, marcas de roupas, bem como posturas que alguns indivíduos da sociedade possuem diferentes dos outros, aspectos que são utilizados como diferenciais na hora de apresentar os agentes para um ato de reconhecimento, como bem demonstrado no episódio “Conjugal” da série “The Good Wife”.

Entende-se que a legislação mudou conforme se passaram os anos e que a positivação de um pensamento lombrosiano foi retirada de todos os campos, por ser contrário aos princípios da dignidade da pessoa humana, dentre outros, acolhidos pela Constituição pátria. Ocorre que a sede estatal por tentar rechaçar a prática de delitos, permitiu uma pequena passagem para situações como as anteriormente elencadas. Ora, “o vilão jamais dei-

⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Traduzido por Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 85/86.

⁸⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Traduzido por Sérgio Lamarão. 1.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 88.

xou de existir, mas a ansiedade de seu combate vem servindo de cortina de fumaça para manter inatacável o defeito estrutural que mais compromete os esforços de reconstrução do sistema”.⁹⁰

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente estudo, buscou-se evidenciar a fragilidade, bem como a questionabilidade de alguns meios de prova empregados em nosso processo criminal - em especial o ato de reconhecimento e a prova testemunhal - que não deveriam poderiam constituir elementos únicos de convicção do juiz - como ocorre em inúmeras condenações criminais - sob os quais este forma a sua decisão, tendo em vista que o livre convencimento do juiz é limitado à legalidade.

O ato de reconhecimento, assim como a prova testemunhal, é de pouca confiabilidade; o princípio da verdade real é violado na medida em que tais meios de prova são utilizados sem cautela e sem a observância das regras estabelecidas em lei, tornando-se prova inadmissível pelo direito, visto que foram desrespeitadas regras legais em sua formação. Logo, urge a reformulação no sistema brasileiro no que tange a esses meios probatórios. Somente por meio de mudanças legislativas e maior acatamento, diminuir-se-ão injustiças nas sentenças.

Tais ocorrências acabam por evidenciar a presença de um pensamento neolombrosiano, evidenciando, assim, um fenômeno criminológico que pode ser maior do que somente um problema processual penal. A tal conclusão se chega pela análise dos elementos sobre a formação da prova dentro do processo penal abordados no presente estudo, principalmente a prova testemunhal e o ato de reconhecimento realizado na fase policial, de modo que se faz necessária, então, uma readequação das motivações nas decisões criminais, como em relação ao caso aqui proposto ao debate.

Por isso, necessário lançar-se um novo olhar sobre a prova testemunhal, dentro do âmbito de um processo penal no Estado democrático de direito, pautado pelas garantias do contraditório e da ampla defesa. Questões pontuais, a exemplo das falsas memórias e da subjetividade da testemunha, podem interferir de maneira decisiva na escolha do julgador, com a consequente prolação de uma frágil sentença condenatória. Dado que a li-

⁹⁰ SEMER, Marcelo. *A serpente que só pica os pés descalços*: desigualdade e Direito Penal. In: *Criminologia do cotidiano: crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff*. Organizador: Rubens Correia Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 185.

berdade é o bem jurídico máximo do qual a pessoa é dotada, imprescindível que se busque, ao máximo, reduzir condenações equivocadas, posto que o preço a se pagar por esse erro é aquele sobre o qual o ordenamento jurídico conferiu maior importância: a vida humana.

6 REFERÊNCIAS

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Paidéia, v. 17, n. 36, p. 45-56, abr., 2007.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. **(Des) Construindo o Testemunho no Processo Penal: o Problema das “Falsas” Memórias**. In: V Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação. Porto Alegre: PUCRS, p. 88-90, 2010.

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 de Direito Brasileiro, ano 1, n. 12, p. 7167-7180, jan./dez, 2012.

DA FONSECA SEGER, Mariana; LOPES Jr, Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. In: XII Salão de Iniciação Científica PUCRS. Porto Alegre: PUCRS, p. 1-3, out., 2011. Disponível em < <http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/SIC/XII/XII/7/6/3/6/6.pdf>>. Acesso em 4 out. 2016.

DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal**. In: Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI. Brasília: Universidade de Brasília, p. 4334-4356, 2008.

DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **Considerações críticas sobre a prova testemunhal no processo penal brasileiro**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2016.

DI GESU, Cristina; GIACOMOLLI, Nereu José. **Fatores de Contaminação da Prova Testemunhal**. Disponível em <<http://www.giacomolli.com/artigoDetalhe.asp?AID=7>>. Acesso em 02 set. 2016.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo Penal e Política Criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

FLORES, Guilherme Nazareno. **O magistrado no processo de desenvolvimento da verdade real: análise da valoração da prova pericial no processo penal.** ORBIS, v. 3, n.1, ano 2, p. 451-472, set., 2011.

FLORES, Marcelo Marcante. **Prova testemunhal e falsas memórias: entrevista cognitiva como meio (eficaz) para redução de danos (?).** Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, v. 11, n. 61, p. 65-76, abr. /mai. 2010.

FRAGOSO, Heleno. **Notas sobre a prova no processo penal.** Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo61.pdf>. Acesso em: 14 out. 2016.

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

LOPES Jr, Aury; DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos.** Boletim IBCCRIM, v. 175, p. 1-5, jun., 2007.

LOPES, M. T. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro.** 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo. 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal.** 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda. **Psicologia do teste-munho, falsas memórias e a reforma do código de processo penal brasileiro no depoimento de crianças e adolescentes.** Raízes Jurídicas, v. 7, n. 1, p. 121-134, jan./jun., 2011.

SEMER, Marcelo. **A serpente que só pica os pés descalços: desigualdade e Direito Penal.** In: Criminologia do cotidiano: crítica às questões humanas através das charges de Carlos Latuff. Organizador: Rubens Correia Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

SOUZA, Ana Flávia; SOUZA, Roberta Olinda; MENUZZI, Jean Mauro. **Falsas memórias e a prova testemunhal no processo penal.** XVII Seminário Jurídico de Extensão Universitária: Direito Eleitoral em Debate. Frederico Westphalen: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, p. 21-35, mai./jun., 2016.

WAGNER, Jean Francesco Zardin. **A fragilidade da prova testemunhal em face da presunção de veracidade.** Disponível em: <<http://bibliodigital.unijui.edu.br:8080/xmlui/handle/123456789/1108>>. Acesso em: 14 out. 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal.** Traduzido por Sérgio Lamação.