

FALSAS MEMÓRIAS E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO PENAL

Silvia Regina Becker Pinto*
Vanessa Louise dos Santos**

Resumo: O artigo visa a demonstrar que verdade não é sinônimo de realidade, e que somente podemos esperar chegar o mais próximo da verdade possível, como evidenciar a formação da própria memória que, podendo ser falsa (o que não equivale à mentira), tem repercussões decisivas no processo penal e realização da justiça.

Palavras-chave: Verdade e realidade. Epistemologia. Ontologia. Falsas memórias. Reflexos no processo penal.

Sumário: 1. Introdução. 2. O primeiro caso. 3. O segundo caso. 4. A questão da verdade *versus* realidade. 5. O instituto das falsas memórias e seu funcionamento. 6. Reflexos das falsas memórias no processo penal. 7. O recente posicionamento do STJ. 8. Considerações finais. Referências.

False memories and their repercussion in the criminal process

Abstract: The article aims to demonstrate that truth is not synonymous with reality, and that we can only hope to get as close to the truth as possible, as evidence of the formation of memory itself, which, although it may be false (which is not equivalent to a lie), has decisive repercussions in criminal proceedings and justice.

Keywords: Truth and reality. Epistemology. Ontology. False memories. Reflexes in the criminal process.

* Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (aposentada). Mestre em Direito pela PUCRS. Doutora em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Professora de Direito Constitucional, Processo Penal, Práticas de Júri e Tutela do Ambiente e Crimes Ambientais junto à FACCAT – Faculdades Integradas de Taquara e Advogada. *E-mail:* srbpinto@yahoo.com

** Bacharel em Direito pela FACCAT – Faculdades Integradas de Taquara. *E-mail:* vanessasantos@sou.faccat.br

Summary: 1. Introduction. 2. The first case. 3. The second case. 4. The question of truth versus reality. 5. The institute of false memories and its functioning. 6. Reflections of false memories in criminal proceedings. 7. The recent position of the STJ. 8. Final considerations. References.

1 Introdução

As vidas das autoras deste artigo se cruzaram na Academia, primeiro, na Disciplina de Práticas de Júri; a primeira, como professora; a segunda, como aluna do Curso de Direito da FACCAT – Faculdades Integradas de Taquara. Adiante, em meio à pandemia do coronavírus, um novo encontro se deu na orientação da monografia de conclusão de curso, o TCC, como Professora Orientadora e Aluna Orientada.

A aluna havia tido uma experiência de estágio na Defensoria Pública do Estado; no Júri Simulado que realizamos ao final da disciplina de Práticas de Júri, ela desempenhou, com maestria, o papel de “Defensora”; e, dentre os temas que ela se propôs a investigar, para fins de TCC, estavam as falsas memórias no contexto do reconhecimento fotográfico e pessoal do réu por vítimas e testemunhas bem como os aspectos negativos para o processo penal e seu potencial para gerar condenações injustas.

Evidente que o homem é, em larga escala, produto do meio; vê e compreende as coisas a partir dele mesmo, de suas vivências, de seus valores, com o seu modo de apreensão de conhecimentos. E, continuando, a então aluna vivenciou, na prática, uma situação em que uma pessoa determinada foi injustamente condenada exclusivamente com base em reconhecimento pessoal, se não distorcido ou induzido, ao menos, potencialmente impactado por preconceitos e pré-compreensões. Ninguém foge deles; apenas podemos tentar distinguir os bons dos maus preconceitos. Não há intérprete isento deles, já dizia Hans-Georg Gadamer,¹ de sorte que as pessoas compreendem interpretando e interpretam compreendendo, como fenômenos e momentos de um mesmo processo hermenêutico. Todos põem, demais disso, em alguma medida, sua subjetividade no processo epistemológico de compreensão ou de acesso ao conhecimento.

Nos mais de dez anos como Promotora de Justiça com atuação específica no Tribunal do Júri, a professora já havia se deparado com esse tema, não apenas sob o aspecto doutrinário, mas também e, especialmente, prático: com base em

¹ Em sua conhecida obra *Verdade e Método*. v. II. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, onde o autor, diante da consciência da finitude bem como da historicidade do ser humano desenvolve uma teoria de intenção filosófica, cujo foco é justamente como se dá a compreensão justamente sem imposição de nenhum método.

avaliação psicológica – que detectou falsas memórias no relato de uma criança – induzida em sua fala de modo a conferir foros de verdade à versão do pai para a prática de um homicídio – logrou êxito em obter a condenação, em Plenário, de um indivíduo que, em coautoria com outros, mataram a tiros e a facadas um jovem de vinte e poucos anos, a pretexto de fazê-lo porque a vítima teria molestado sexualmente o filho do homicida em julgamento (criança com apenas quatro anos de idade).

Recentemente, em outra turma de Práticas de Júri, a professora coautora deste artigo teve outra experiência indutiva com seus alunos: pediu a todos que fechassem os olhos. Todos com os olhos fechados, ela foi guiando um exercício: mentalmente, os alunos deveriam ir até a cozinha de suas casas e pegar uma faca; abrir a geladeira; pegar, cada um, um limão; dar uma mordida generosa na fruta e, em seguida, deveriam abrir os olhos. Os alunos foram, em seguida, indagados: “Salivaram?” – “Salivamos”, responderam.

Vejam que um simples jogo de palavras produziu tudo aquilo. Não havia limões, no plano real, cozinhas, nem facas, nem limões. Estavam apenas em sala de aula, sendo guiados em sua imaginação por uma professora. Ou seja, a mera imaginação produziu reações químicas nos organismos deles.

Significa isso que não podemos e não devemos, pena de contrariar o óbvio, achar que somos insuscetíveis de processos cognitivos psicológicos, interiores e exteriores, capazes de desencadear uma percepção do que não existe ou mesmo uma percepção distorcida do que existe e do que se viu ou ouviu.

À altura, com aquele exercício, os alunos de graduação compreenderam como é sério esse negócio de confundir verdade e realidade: o exercício foi real? Foi. O que ele produziu foi verdadeiro? Não. Logo, é sobremodo relevante, em matéria de processo penal, nomeadamente, no que concerne à atividade probatória, uma incursão da temática das falsas memórias que interessa a todos os operadores do direito, porque todos visam, sob o seu ponto de vista, à justiça do caso concreto, ao menos aqueles conectados com um processo ético.

O que segue neste artigo, portanto, é produto de experiências vividas e entrelaçadas em ambiente acadêmico. Contém, sem embargo de outros conhecimentos, um resumo do que foi a monografia de conclusão do Curso de Direito da então aluna, hoje Bacharel em Direito, Vanessa Louise dos Santos, que nada perde para uma dissertação de mestrado, pelo que resolvemos trocar ideias, experiências, leituras, alargar a abordagem e compartilhar com o leitor nossos achados investigativos, no objetivo de reforçar um necessário debate: o Direito não é, como pensou Hans Kelsen,² um sistema fechado de normas hierarquizadas, mas um sistema aberto aos influxos de outras ciências; é algo que sofre – e

² In: *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

muito – influências de outras áreas do conhecimento humano e, como tal, o processo penal, instrumento de concretização do devido processo legal e da justiça (virtude), enfoque de nossa luta comum, sejamos juízes, promotores de justiça, advogados ou defensores públicos.

2 O primeiro caso

O primeiro caso que inspirou este artigo ocorreu em Caxias do Sul, RS. Na ocasião, foi com vista ao Ministério Público uma representação pela prisão preventiva de um indivíduo, jovem, de 19 anos de idade, pela prática de um crime hediondo. Até aí, nenhuma novidade, pois não surpreende a quem trabalha em Promotorias Criminais com atribuições no Júri em que essa modalidade delitativa, infelizmente, é recorrente.

A peculiaridade do caso não era só a brutalidade do homicídio em si (porquanto a vítima foi morta por diversos tiros e inúmeras facadas), mas também era decorrente do fato de o episódio ter sido todo filmado por um aparelho celular e circulado em grupos de *WhatsApp*, tendo, assim, chegado às mãos do Delegado de Polícia Titular da DHPP – Delegacia de Polícia de Homicídio e Proteção à Pessoa.

O vídeo era um *show* de horrores. Mostrava desde a chegada dos autores direto da execução (dois, dentre eles o réu) na casa do ofendido; durante toda a ação, os homicidas estavam sendo filmados por um terceiro, mostrando nitidamente que partiram direto para cima da vítima, nela desferindo inúmeras facadas, e, na sequência, diversos tiros, enquanto ela gritava, implorando, para que parassem e para não ser morta.

Em meio aos gritos, a vítima acabou por identificar um dos executores pelo nome, o réu. Ou seja, o ofendido não identificou os demais autores da carnificina, exceto um, aquele cuja autoridade policial representou pela segregação cautelar.

Preso o identificado, sobreveio a audiência de custódia quando ele disse que nada houve de irregular em sua prisão e que, sobre o fato, não queria falar nada. Até aí, tudo normal: a audiência de custódia não tem mesmo esse propósito (identificar a autoria).

O indivíduo foi, em seguida, denunciado por homicídio triplamente qualificado, porque a investigação revelou que o réu era autor do crime; havia sido companheiro de uma mulher com bem mais idade que ele (união mantida desde quando o réu tinha apenas 16 anos de idade). O casal teve um filho, porém, se separou (por vontade dela).

Em meio àquela separação, a tal mulher manteve um relacionamento com o vizinho que morava do outro lado da rua (a vítima). A separação com o réu

durou pouco. O relacionamento entre eles logo foi restabelecido e ela deixou a vítima. Porém, todos seguiram ali, vizinhando, uma bomba na iminência de estourar diante do comportamento explosivo do réu em práticas de violência doméstica, reveladas por diversas ocorrências policiais.

Terminada a instrução criminal, a autoria na pessoa do réu restou incontroversa e, da prova, surgiu a justificativa por meio da mulher do preso: o réu agiu daquela forma em razão da vítima ter, supostamente, molestado sexualmente o filho de 4 anos de idade do acusado.

Inquirido em interrogatório, tudo o que o réu se dispôs a falar foi que agiu daquela forma porque estava tomado pela raiva uma vez que acabara de ouvir do próprio filho que o menino havia sofrido abuso sexual. Então, não titubeou: atravessou a rua e foi tratar de acabar com a vida do abusador. Fez tudo sozinho, foi o que disse.

De fato, a brutalidade empregada na prática criminosa já antevia uma raiva desmedida e brutal. Por outro lado, o fato do acusado ter levado outras pessoas consigo e a própria filmagem denunciavam que a versão do privilégio era incompatível com o que, de fato, ocorreu naquele dia. Era possível inferir, no quadro, que aquilo foi coisa pensada, planejada e executada, inclusive filmada, em detalhes, a pessoa sendo morta por três indivíduos, um deles o réu que confessou a autoria, aduzindo ter agido só. Mentira.

Mentira porque a filmagem do brutal homicídio fazia certo que o réu não agiu só como afirmou. Então, o que ele ocultava? Ora, há silêncios que dizem mais que mil palavras, não obstante o direito constitucional de não autoincriminação. A lei pode estabelecer um princípio que assegure que ninguém está obrigado a produzir prova contra si próprio, contudo, não pode determinar os efeitos do fato de silenciar no julgador (com mais razão no Júri), pois quem julga também está sujeito a processos psicológicos cognitivos. Difícil que quem silencia não suscite no julgador a máxima de que “quem cala consente”; que o inocente não tem por que calar, embora, na prática, por vezes, falar atrapalhe mais do que ajude em algo, para um réu, à medida que ninguém pode ser condenado pelo que não disse (exceção ao julgamento em Plenário pelo Tribunal do Júri, que julga por íntima convicção).

Além de trazer para a Acusação (e julgadores) uma fundada desconfiança de que a justificativa dada não era, em si, o motivo do crime, havia, no caso concreto, uma dissonância nas versões apresentadas pelo réu e por sua companheira, ele dizendo que soube do abuso pretérito somente no dia do crime, e ela informando que a ciência havia acontecido três dias antes do assassinato.

Tudo soava mal, especialmente diante de diversas ocorrências envolvendo violência doméstica do réu em relação à sua companheira e o modo como o suposto abuso foi relatado à Escola, ao Conselho Tutelar e a uma Psicóloga da re-

de de apoio à criança, em “laudo” nada conclusivo, ao mesmo tempo em que sinalizava para inexistência de qualquer trauma para o infante decorrente do suposto abuso.

O Ministério Público contava, na oportunidade, com serviço psicológico interno, é dizer, de apoio instrumental psicológico aos Promotores de Justiça. Examinados os autos, a Psicóloga foi categórica: “O fato não aconteceu”. Eram falsas memórias. Os pais, na percepção dela, incutiram aquela versão de abuso sexual na mente da criança que, a partir de então, passou a incorporar e a reproduzir o discurso pelos genitores desejado. Nem teria idade, segundo a Psicóloga do quadro do Ministério Público, para cognição de sentido daquele relato, do teor daquelas palavras, tampouco tinha consciência do que estava dizendo.

Solicitada, a Psicóloga elaborou um parecer que restou juntado aos autos no prazo do artigo 479 do Código de Processo Penal, Instalada a Sessão de Júri, a Defensoria Pública, entretanto, pediu o desentranhamento do documento, alegando que constituía uma prova técnica unilateral; subsidiariamente, postulou que a Sessão fosse adiada, e encaminhados, mãe, pai (o réu) e o filho, à avaliação psicológica, por perito do juízo, requerendo, ainda, fosse designado um assistente técnico ao acusado, em razão de sua hipossuficiência.

A pretensão ao desentranhamento foi indeferida. Nos demais aspectos, o pleito foi defensivo foi acolhido. Resultado: a conclusão da avaliação psicológica oficial pontou que os relatos da criança eram mesmo falsas memórias. Foi até curioso, no laudo, que a profissional subscreveu foi reportado que, no dia da entrevista, separadamente, com pai, mãe e a criança, enquanto ela brincava, ativa e serelepe, em ambiente lúdico, depois que a psicóloga perguntou a ela, de forma adequada, o que a vítima lhe havia feito, o menino se voltou para a mãe e indagou: “O que o fulano fez comigo mesmo, mãe?”

A avaliação psicológica detectou, estreme de dúvida, que, com a versão, réu e sua companheira queriam encobrir o motivo torpe efetivo do crime, conforme descrito na denúncia, e ver reconhecida a forma privilegiada do crime, conforme tipificada no artigo 121, § 1º, do Código Penal, criando foros de verdade para a alegação de que o homicídio se deu impelido por relevante valor moral ou sob domínio de violenta emoção e, com isso, atenuar o apenamento.

Também, o laudo evidenciou um domínio emocional desmedido do réu pela companheira (algo quase maternal e extremamente possessivo), além de detectar que o acusado era pessoa que lidava bem com as frustrações cotidianas, como o fato de ver todos os dias, em frente de casa, o homem que havia se relacionado sexualmente com “sua mulher”, enquanto o réu estava dela separado.

Vale o registro de que, em interrogatório de Plenário, o réu admitiu não ter agido sozinho, mudando sua versão inicial, apenas negando-se a identificar os demais algozes da vítima, além de ter antecipado em três dias a ciência do

alegado abuso sexual, como admitido que quem contou sobre o episódio para ele foi a companheira, e não o menino de 4 anos de idade, como anteriormente havia dito em juízo, na fase de admissibilidade da acusação.

Sobreveio condenação, conforme pedido. A justiça possível foi feita, em contexto em que não há de falar em proporcionalidade.

3 O segundo caso

O episódio envolvendo a experiência da coautora Vanessa Louise dos Santos aconteceu na Comarca de Taquara, RS. Tal processo ainda se acha em fase recursal, cuja assistência jurídica foi prestada pela Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Instituição em que a então aluna fazia estágio enquanto cursava Direito na FACCAT.

Lá, D. D. L. foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do artigo 157, §§ 2º, inciso II e V, e 2º, inciso I – A, duas vezes, bem como nas sanções do artigo 288, *caput*, todos do Código Penal, bem assim como incurso nas sanções do artigo 14, *caput*, da Lei 10.826/2003, em concurso material de crimes.

Consta, em apertada síntese, que, na oportunidade, D. D. L., em comunhão de vontades e conjunção de esforços com outros indivíduos não identificados, com emprego de arma de fogo e, portanto, mediante grave ameaça, depois de ter reduzido as vítimas A. P., A. L. W e E. H. de sua capacidade de resistência, delas subtraíram os pertences descritos na incoativa.

Na investigação policial, foram ouvidas as vítimas e o policial militar responsável por atender à ocorrência. A primeira vítima, dentre outros detalhes, na fase investigativa, narrou que os indivíduos que as assaltaram aparentavam ter uns trinta anos de idade, sendo que um deles tinha o rosto fino, era pardo, magro, alto, não usava barba e tinha os cabelos (de cor preta) raspados, além de ser “troncudo” (em seu linguajar); já o outro assaltante era alto, pardo, tinha cabelos pretos e era magro. “Por fotografia”, a referida vítima reconheceu, sem sombra de dúvidas, o réu D. D. L. como sendo um dos seus algozes.

A segunda vítima, à sua vez, dentre outros detalhes do episódio, referiu que os indivíduos eram morenos, cabelos de cor preta, sendo que dois deles eram mais altos e magros; o terceiro era mais baixo e “troncudo” (mesma expressão sem correlato na língua portuguesa utilizada pela vítima A. P.). Igualmente reconheceu, “por fotografia”, isso sem sombra de dúvida, D. D. L. como um dos autores do assalto. Na ocasião, a fotografia de D. D. L. foi colocada ao lado da de outras pessoas semelhantes a ele.

Por fim, a terceira vítima, E. H., relatou que os homens que assaltaram elas eram de cor parda, sendo que dois deles eram magros, altos e tinham tatuagens; além disso, que um deles era mais encorpado e não possuía tatuagem qualquer. Aliás, afirmou que não saberia precisar exatamente a idade dos autores da infração penal, mas achava que todos tinham menos de 30 anos. Não recordava das vestimentas que trajavam. Como foi colocado, deitado no chão, recordava melhor dos tênis que seus algozes calçavam, lembrando ter visto que dois deles usavam tênis da marca Olympikus, de cor preta, um com detalhes em verde e o outro em azul. “Por fotografia”, descreveu um dos assaltantes como sendo moreno, alto, magro e de bigode fino, afirmando que D. D. L. era muito parecido com um dos autores do roubo.

A autoridade policial representou pela prisão preventiva de D. D. L., sendo que o Delegado de Polícia fundamentou o pleito sustentando que, após o registro do boletim de ocorrência, a Brigada Militar, por volta de 9 horas, teria abordado D. D. L., porque este estava em “atitude suspeita”.

Que atitude suspeita seria aquela? É que D. D. L. era pessoa “desconhecida” na localidade³ e caminhava em via pública. Esse foi o motivo, em tese, da suspeição e da abordagem. Uma vez realizada e nada de irregular ter sido constatado pela autoridade militar, D. D. L. foi liberado, não sem antes o policial militar tirar dele uma fotografia que, adiante, difundiu e viralizou em grupos de *WhatsApp* integrados por outros agentes da Brigada Militar. No inquérito policial, o militar que sacou a fotografia narrou que, posteriormente, viu D. D. L. em uma parada de ônibus, de onde teria ingressado em um veículo que teria parado para apanhá-lo, veículo que, depois, teria saído em alta velocidade.

À evidência, como fundamento da segregação cautelar, foram invocados, pelo Delegado de Polícia, os reconhecimentos fotográficos realizados aos moldes acima descritos. De que fotografia estamos falando? Daquela fotografia tirada pelo agente policial militar em circunstância que não evidenciava qualquer infração penal, pois caminhar pela via pública, em nenhuma hipótese, subsume-se à noção de “atitude suspeita”, muito menos alguém estar em uma parada de ônibus, receber uma carona e sair de carona em veículo que não conduzia. Nada autorizava a abordagem e, igualmente, que aquela pessoa fosse fotografada e tivesse sua imagem circulando em aplicativos de comunicação via aparelho celular.

Nada obstante, restou decretada a prisão preventiva de D. D. L., pois entendidos presentes os requisitos e os fundamentos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal, sob o fundamento de que havia, no caso, materialidade delitiva e indícios “suficientes” de autoria, em especial, “o reconhecimento foto-

³ Município de Rolante, RS, com população estimada, em 2021, em 21.591 pessoas. Vide *site* IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/rs/rolante.html>>. Acesso em: 11 mar. 2022.

gráfico”. O juízo, embora assentindo que o reconhecimento fotográfico, sozinho, não induz certeza a respeito da autoria, como motivação, disse que ele trazia inegável e “firme indício” a respeito da participação do acusado no evento criminoso e que a medida, inclusive, se impunha até mesmo para que, fosse o caso, proceder-se ao reconhecimento formal em juízo.

Com D. D. L., não foi encontrada nenhuma arma de fogo, tampouco quaisquer dos objetos da subtração descrita na denúncia. Ele foi preso em casa, na cidade em que residia. Todos os pedidos de liberdade provisória, veiculados pela sua Defesa, foram indeferidos, e o réu foi mantido preso no curso de toda a instrução do processo, em cujo curso procedeu-se ao reconhecimento pessoal do acusado, entretanto, por meio de videoconferência (é dizer, com o réu dentro de um estabelecimento prisional e com escolta da SUSEPE, ou seja, em ambiente que produz convicção de periculosidade).

A Defesa requereu que fosse pronunciada a nulidade do ato porque as pessoas que foram colocadas lado a lado, para tal fim, não guardavam entre si semelhança qualquer, como manda o Código de Processo Penal. Aquelas pessoas perfiladas com o réu também não tinham quaisquer semelhanças ou as características de sua descrição pelas vítimas. Outro detalhe importante é que o réu era o único negro e alto dentre os reconhecíveis; os demais eram todos brancos e bem mais baixos, se comparados ao acusado.

O Ministério Público, na oportunidade, pronunciou-se sobre a nulidade arguida, porém, sustentou que a legislação dispõe que o réu deve ser colocado ao lado de pessoas semelhantes a si, “se possível”, e isso, no caso concreto, foi atendido. Que os agentes penitenciários teriam buscado pessoas para perfilar o acusado com semelhantes características, tendo até trocado aquelas que inicialmente haviam sido dispostas lado a lado, inclusive, comentando que não havia, na casa prisional, pessoas mais altas disponíveis que pudessem integrar o ato de reconhecimento.

A nulidade não foi reconhecida nem no momento em que arguida e nem em Alegações Finais, em forma de Memoriais, ocasião em que foi reiterada pela Defensoria Pública, porquanto, na realização do ato processual, não foram preenchidos ou observados os requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal, *in casu*, nem mesmo na fase judicial.

Para a Defesa, os requisitos do artigo 226 do Código de Processo Penal não foram atendidos, pois, mesmo que a jurisprudência até então convergisse no sentido de que o referido artigo deveria ser compreendido como uma mera recomendação, não parecia crível que, por isso, o réu devesse ser submetido a situações claras de indução que poderiam ter interferido diretamente não apenas no reconhecimento pelas vítimas, mas, principalmente, no convencimento da própria jurisdição.

Ora, se as características afirmadas pelas vítimas quanto a um dos indivíduos que, em tese, praticou a ação penal (o único preso) diziam tratar-se de um homem entre 25 e 30 anos de idade, pardo, alto e magro, por óbvio, haveriam de reconhecer qualquer pessoa que apresentasse esses traços genéricos, se colocada ao lado de outros homens visivelmente mais velhos, brancos, baixos e fortes (encorpados). Afinal, era um detento mesmo e o *riconoscente* interioriza a periculosidade pela razão só da prisão.

Além disso, em que pese os agentes penitenciários tivessem referido que não foi possível achar ali mais ninguém com as mesmas características físicas do acusado, mesmo admitindo-se como verdade que diligências tivessem sido empreendidas naquele sentido, a argumentação não parecia convincente em um quadro de *senso comum* ou impregnado no inconsciente coletivo que a maior parte da população carcerária no Brasil é negra. As vítimas, a seu turno, eram todas brancas.

Não auxiliou em nada a Defesa alegar que o testemunho do policial militar responsável pela extração da fotografia, em juízo, não viu os fatos; apenas relatou que o acusado estava passando na rua; que era apenas uma pessoa não conhecida da região e, por isso, tirou uma fotografia dele, vindo a compartilhá-la em grupo de *WhatsApp* mantido entre colegas da Brigada Militar, onde D. D. L. já foi intitulado e rotulado como “suspeito”. Aliás, foi essa a fotografia, como dito alhures, utilizada para o reconhecimento fotográfico do acusado pelas vítimas no Inquérito Policial já que não havia sequer atualização nos álbuns fotográficos no âmbito instrumental da Polícia Civil. Ou seja, de rigor, não havia indícios suficientes para decretar a prisão preventiva e, uma vez preso, de regra, o reconhecimento formal foi absolutamente irregular, segundo nossas normas de processo penal.

A professora foi indagada pela aluna: “Esse procedimento e a questão das falsas memórias não tem nada a dizer aqui ao Fiscal da Lei, Professora? O processo penal que eu não quero para mim, também não posso admitir para os outros. Não foi o que a professora ensinou?”.

De fato, o procedimento adotado na fase investigatória, como acima narrado, e sua possível contaminação, inclusive na fase judicial, com potencial indução, consciente ou inconsciente, de ambos os reconhecimentos, não coloca em dúvida ou em xeque, nessas circunstâncias, aquele reconhecimento fotográfico inicial (policial) e, adiante, judicial, nas formas narradas? Depois de introjetar a imagem da fotografia, que rodou em aplicativo de *WhatsApp*, de pessoa que já foi apresentada às vítimas como “suspeito”, existe mecanismo de alteração de um reconhecimento induzido, infundado ou precipitado?

Afinal, o réu do caso examinado sempre negou ser autor do crime e o policial que o fotografou nada presenciou efetivamente, ao mesmo tempo em que a abordagem em si era infundada. Sobrou a palavra das vítimas. Mas observem as circunstâncias do reconhecimento, em que a vítima A. P. afirmou que D. D. L. seria o mais “reconhecível”, enquanto a vítima A. L. W. (aquela que estava com a primeira no momento do roubo) disse que não reconheceu, em juízo, nenhum dos indivíduos perfilados, ao passo que a vítima E. H. disse ter apenas 90% de certeza quanto à pessoa de D. D. L. ser um dos autores da infração penal, pois os assaltantes estavam de boné (detalhe nunca antes aventado).

Registre-se que D. D. L., com as provas acima, foi condenado como coautor do crime, em concurso formal, a uma pena de 8 anos, 7 meses e 5 dias de reclusão, pelo Magistrado de 1º grau, decisão que foi atacada na via de Recurso de Apelação interposto pela Defesa Pública.

4 A questão da verdade *versus* realidade

Acabamos de apresentar duas situações, dois casos em que as falsas memórias impactaram decisivamente o resultado dos respectivos julgamentos. Na primeira, por meio de perícia (avaliação psicológica) e outras provas, em afastando-as, foi possível condenar um culpado, cuja argumentação foi engendrada pelo réu e sua companheira, para dar foros de verdade a uma tese que facilmente seria acolhida pelos Juízes Leigos, o Conselho de Sentença, composto de pessoas que, nada obstante desconhecerem o teor da lei, sempre têm inscrito em suas consciências uma noção do justo e, principalmente, uma noção do injusto. Que jurado (que, para sê-lo, precisa ter idoneidade moral) não reconheceria o privilégio – se não absolvesse, por clemência, em face do quesito genérico obrigatório que não permite saber a tese acolhida, um pai homicida do molestador de seu filho de 4 anos de idade? Sobejam argumentos de relevante valor social e moral, ou de estar sob o domínio de violenta emoção, “logo em seguida à injusta provocação da vítima” que, na hipótese, consistia no fato de a vítima ter “encostado pinto na bunda da criança”, como ela reproduzia.

Na segunda situação, um proceder policial militar errático e sem motivação, com extração de fotografia e difusão, por aplicativo, em meio policial, potencialmente tortuoso, embora não necessariamente, tenha desencadeado reconhecimentos induzidos, suggestionados (lembra da experiência do limão), conformados, deliberada ou inconscientemente por falsas memórias, falsas percepções e preconceitos negativos, frutos de nossas vivências e do modo como apreendemos os fatos.

Refletindo sobre este caso especificamente, ambas as autoras deste artigo compreenderam como absolutamente temerária qualquer condenação ou absolvição levadas a efeito a estas bases. Mais: houve consenso de que as falsas memórias não constituem um tema de oportunidade e de conveniência, validado quando serve à Acusação e invalidado quando serve à Defesa.

Não são, portanto, duas faces de um fenômeno. Cuida-se de um único fenômeno, favoreça à Acusação ou à Defesa. Logo, é de interesse de todos os operadores do direito, no estado de direito, em que, se de um lado, absolvições injustas são intragáveis, são, igualmente, intoleráveis condenações, especialmente com privação de liberdade, de inocentes e sem provas confiáveis e robustas. Nenhuma dessas hipóteses pode satisfazer quem tem a incumbência constitucional de promoção da justiça e a atribuição de ser o fiscal da lei. Não é demasiado lembrar, consoante lição de Hans Kudlich,⁴ no sentido de que, no estado de direito, a lei processual deve ser a lei de execução da Constituição.

A temática nos remete ao que outro dia foi objeto de abordagem em aula de Práticas de Júri: a “verdade” é sinônimo de “realidade”? Responder a essa questão é de extraordinário relevo para o processo penal em geral, que opera segundo o sistema acusatório (ao menos, já não há mais quem duvide seriamente de que o processo penal brasileiro é, predominantemente, acusatório, sem prejuízo de haver alguns resquícios e atos que ainda podem ser ordenados, de ofício, pelo juiz,⁵ em detrimento da chamada “busca da verdade real” que autorize o juiz criminal a diligenciar na atividade probatória (em movimento diametralmente oposto ao processo civil, que já não se contenta com a verdade processual; tanto é que o juiz cível pode aplicar a Teoria da Carga Dinâmica da Prova).⁶

De efeito, “verdade” e “realidade” não são palavras sinônimas. Enquanto esta (a realidade) opera no plano ontológico, isto é, no plano do Ser (o que a coisa é), a verdade opera no plano epistemológico, ou seja, do conhecimento, de suas possibilidades e dos modos como os sujeitos dele se apropriam.

Essa questão vem muito bem tratada por Geraldo Prado,⁷ no capítulo em que o aludido autor aborda o tema “Da verdade à prova: os caminhos cruzados do direito e da epistemologia jurídica na política do processo penal e, entre outras questões”, o problema da verdade como colonizadora do discurso e das

⁴ *El principio de legalidad en el derecho procesal penal (en especial, en el derecho procesal penal alemán)*. In: MONTIEL, Juan Pablo. (Org.). Barcelona: Marcial Pons, 2012.

⁵ Por exemplo, a instauração, de ofício, de incidente de insanidade mental.

⁶ Ou “Teoria Dinâmica de Distribuição do Ônus da Prova” que consiste em retirar o peso da carga da prova de quem se encontra em evidente debilidade de suportá-lo, impondo-o sobre quem se encontra em melhores condições de produzir a prova essencial ao deslinde do litígio, cujo exemplo encontramos no art. 6º, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, agora também acolhida pelo artigo 373 do Código de Processo Civil.

⁷ In: *A cadeia de custódia da prova no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. p. 43-54.

práticas penais, com enfoque na realidade *versus* fato no contexto jurídico; cuida-se da verdade recolocada no âmbito das práticas penais, no fito de caminhar na direção do conhecimento e para o fim da obsessão pela verdade inquestionável; na verdade como indicador epistêmico e no processo penal dispositivo.

Não só para o autor, mas também por vontade constitucional expressa, o processo penal é garantista, pois o princípio da não culpabilidade o rege ao mesmo tempo em que, no estado de direito, somente por meio do devido processo legal considerar-se-á válida uma condenação, o que deve interessar sobretudo ao titular da ação penal pública por excelência bem como ao fiscal primeiro da Constituição e da Lei.

Com isso não se quer afirmar um garantismo hiperbólico e monocular, para usar uma expressão de Douglas Fischer,⁸ como se esse fosse o único princípio na ordem constitucional a interessar a uma sociedade como um todo; como se fosse materialmente mais constitucional que outros, nem que a jurisdição (monopolizada) seja a única tarefa do Estado.

Mas é correto dizer que, se não há pena sem processo válido, sua mera existência não é algo que tenha valor em si mesmo. É dizer, não basta haver um processo prévio ao apenamento. É preciso, ainda, que ele seja válido. Esse é seu cunho garantístico e, também, sua função e sua finalidade. Do contrário, não passa de simulacro no propósito de punir a qualquer talante, um retorno atávico ao arbítrio e à tirania, e não é disso que falamos.

Como, por meio dele, então, encontrar a verdade?

Primeiro, é preciso ter em conta que a realidade opera, como dantes referido, no campo do Ser (sendo, por isso, ontológica), e só pode ser percebida no presente do acontecimento (o que está acontecendo aqui e agora ou quando aconteceu); ela não se confunde e nem é sinônimo de verdade (muito menos real), pois esta “reporta” um fato passado ou ocorrido em algum momento do passado e, portanto, é algo ontologicamente insustentável, mas epistemológica e racionalmente explicável.

E por quê? Porque, no âmbito da episteme (conhecimento), a verdade será sempre um relato subjetivo, sobre o objeto (o fato) observado, e sempre haverá de variar conforme a percepção do sujeito que relata bem como segundo os modos de apropriação desse conhecimento pelo sujeito relator.

Claro que aqui não estamos a defender aquela verdade meramente retórica em que acreditava Protágoras de Abdera,⁹ sofista grego pré-socrático, cuja “filosofia” tinha por característica uma completa apatia moral e propunha um relativismo total, com o seu “Homem Medida”, em que as coisas são para mim como eu as vejo; e, para ti, como tu as vê. E, se o homem é a medida de todas

⁸ In: *Garantismo Penal Integral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

⁹ In: DUMONT, J. P. *Elementos de história da Filosofia Antiga*. Brasília: UnB, 2005.

as coisas, das que são e das coisas que não são, nenhum sujeito ou objeto pode constituir, limitar ou servir de medida para um homem. A verdade é a de cada um. Vence o discurso do mais forte, o de maior capacidade de persuasão.

Não se almeja neste estudo defender o discurso do mais forte e muito menos defender uma mentira metamorfoseada de verdade. Enfim, não é da arte da retórica que falamos, nem de uma verdade qualquer que não passa de uma artimanha ardilosa apenas para vencer o discurso. Falamos, isso sim, de uma verdade que passa, inequivocamente, por processos cognitivos e psicológicos inegáveis do sujeito detentor do conhecimento. Não se trata, pois, de uma mentira, mas de uma verdade que, pelo tanto, será sempre um recorte, um ângulo de visão de um fato, influenciado por processos cognitivos psicológicos e outros a incidir sobre sua percepção de uma pessoa. A cinematografia reproduziu esse sentido no filme *Sociedade dos Poetas Mortos*.¹⁰

Isso assume relevo porque um relato sobre o fato jamais pode ser confundido com a realidade em si, a pretensa “verdade real” (assim como uma leitura é sempre uma releitura, na dinâmica e na dialética da vida), o que nada impede que o relato seja o mais próximo da verdade possível. É recomendável que seja.

Por isso, Geraldo Prado¹¹ adverte que é um equívoco confundir a dimensão da realidade com a questão da verdade, erro ao qual se soma a suposição de que o estatuto de avaliação da prova – o livre convencimento motivado ou a persuasão racional; eles serão insuficientes para corrigir eventuais erros cometidos pelas pessoas envolvidas na valoração da prova, especialmente quando essa atividade é tomada como um método de acesso à verdade.

“Juízes não são, com efeito, dotados de superpoderes epistêmicos”, prossegue o autor. “Os magistrados, como qualquer pessoa culta, com formação jurídica, dominam muito bem uma área do conhecimento humano que é o Direito. São peritos em dizer o direito”. O conhecimento do fato, todavia, situa-se na intersecção da epistemologia (e modos de apropriação do conhecimento), da filosofia do direito e o direito probatório, o que o autor sublinha com base no magistério de Danny Marrero,¹² o que nos enseja reflexão, pois, se isso ocorre com os magistrados, o que se dirá sobre os processos cognitivos e epistêmicos sobre os fatos reportados a eles por vítimas e testemunhas?

Todavia, para pôr cobro ao arbítrio e minimizar a possibilidade de erro, se assumirmos que a lei processual deve ser a lei de execução da Constituição, então, parece-nos que, nos casos concretos que fundamentam as pretensões ju-

¹⁰ Filme (drama) lançado em 1990, dirigido por Peter Weir e protagonizado por Robin Williams, tendo recebido o Oscar de Melhor Roteiro.

¹¹ *Op. cit.*, p. 49.

¹² MARRERO, Danny. Capítulo 1: Lineamentos Generales para uma epistemologia jurídica. In: PAEZ, Andrés. (Coord.). *Hechos, evidencias y estandares de puebra: ensayos de epistemologia jurídica*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Editorial Uniandes, 2015. p. 17.

rídicas – que podem ser bem ou mal provados – certo é que existem métodos desenvolvidos no âmbito da epistemologia para “creditar aos elementos probatórios determinados valores, isto é, deixando de lado a superada ideia de que a prova conduz à realidade passada”, como pontua Geraldo Prado.¹³

Por essa precisa razão, os estudiosos dos processos cognitivos dedicam-se a determinar maneiras de confirmar, em bases mais seguras, a correção ou não dos enunciados que configuram a imputação penal ou o álibi do acusado. Não é por outra razão que ele parte de um estado de incerteza (presunção de não culpabilidade) e caminha em direção ao conhecimento seguro que não é e nem pode ser aleatório, arbitrário, caprichoso ou obtido por meio de induzimento ou suggestionamento deliberado. É nesse sentido a importância inarredável de aprofundar a temática das falsas memórias que será tratada no próximo tópico.

5 O instituto das falsas memórias e seu funcionamento

O devido processo legal, no estado de direito, como vimos alhures, será sempre a lei de execução da Constituição. Nesse paradigma, o processo penal nada mais é do que uma reconstrução do passado, feita por meio de uma atividade cognitiva, para validar ou legitimar o “jus puniendi”, exercitável por um processo segundo a Lei Fundamental. O juiz conhece o direito; entretanto, desconhece os fatos, e estes lhe são levados a partir da função cognoscitiva promovida pelas partes envolvidas no processo, que buscam convencer o julgador e reter sua “captura psíquica”, conforme bem observa Cristina di Gesu.¹⁴

Nessa linha de entendimento, como os fatos narrados (a verdade) são sujeitos a processos cognitivos psicológicos e, por isso, parciais ou recortes da realidade, seja pela dificuldade ou impossibilidade de apreensão do todo (negação da verdade real), seja por processo de contaminação feito pela própria memória, pela imaginação, por falsa memória ou mesmo indução/suggestionamento; eles são potencialmente aptos a produzir um convencimento equivocado e não seguro.

Assim posto, considerando que a maioria das instruções processuais são voltadas à prova oral e, por conseguinte, geram sentenças baseadas nesse meio probatório, não raro, lastreadas em indícios frágeis, temos que é imprescindível abordar, com maior profundidade, ampliando o debate, as questões relativas à fragilidade do testemunho, aqui, especificamente, no tocante à memória, inclusive no que diz respeito às chamadas falsas memórias, na esteira do preconizado por Cristina di Gesu.¹⁵

¹³ *Op. cit.*, p. 50.

¹⁴ GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 87.

¹⁵ *Op. cit.*, p. 93.

Não se pode negar que a memória funciona como se reprodutor de vídeo fosse e que, após o armazenamento das experiências vividas, as lembranças são retomadas como um filme de algo que não mais subsiste. Assim, a memória pode ser entendida como uma rede de pesca em que os peixes – aqui, lembranças –, não são tolhidos em sua totalidade, deixando de fora muitas informações do passado, conforme observou Márcia de Moura Irigonhê.¹⁶

A autora acima referida (2020), louvando-se em lição de Lotus, pontua que:

[...] a memória das pessoas não é somente a soma de tudo aquilo que fizeram, mas talvez algo mais: as memórias são também a soma daquilo que as pessoas pensaram, de tudo o que lhes foi dito, e de todas as suas crenças. Aquilo que soma e pode ser enquadrado nas nossas memórias, mas as nossas memórias estão, ainda, dependentes daquilo que somos e de tudo o que somos levados a acreditar [...].

Portanto, a memória dificilmente conseguirá reconstruir o fato (realidade) tal qual ocorreu no passado, haja vista que a lembrança é uma reconstrução das experiências, inclusive daquelas adquiridas após a ocorrência de determinado episódio. Além disso, as informações tendem a se esvaír conforme o tempo passa, de sorte que as lembranças são um compilado ínfimo, se comparadas ao fato realmente ocorrido, é dizer, elas são cheias de lacunas.

No particular, Marcia de Moura Irigonhê é acompanhada pelo pensamento de Aury Lopes Júnior¹⁷ ao pontuar que as imagens do acontecimento experimentado não se desenvolvem na memória como “*miniaturas ou microfilmagens*” e, portanto, não ficam eternamente retidas na mente. Além do mais, o mencionado autor filia-se ao entendimento de que qualquer tipo de “cópia” geraria problemas de capacidade de armazenamento, devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida.

O modo de percepção que a maioria das pessoas têm é, sem embargo, igualmente limitada e trabalha de forma seletiva. Em outras palavras, a pessoa capta aquilo que está adaptado, a depender, ainda, de seu emocional.

No tópico, forçoso é atentar para esse fator emocional, porquanto a recordação pode facilmente ser evocada, quando há algum sentimento (emoção) no momento da captura ou do relato, deixando no plano secundário a atenção para o foco principal (o fato em si), afetando a percepção de detalhes importantes para o deslinde dos processos criminais e da instrução probatória.

Nesse sentido, Cristina di Gesu¹⁸ alerta sobre a problemática deixada de lado pelos processualistas: [...] a lembrança da testemunha acerca do fato deli-

¹⁶ IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: Repensando a Prova Penal*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2020. p. 43-44.

¹⁷ JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020. p. 507.

¹⁸ *Op. cit.*, p. 110.

tuoso não é capaz de reconstruí-lo da mesma forma como ocorreu na realidade; o estudo da percepção, do mesmo modo, seja pelo viés filosófico, antropológico ou psicológico, justifica, outrossim, a tese da impossibilidade de reconstrução do “todo”, [...] do ideal de “busca da verdade” no processo, pois entre a realidade das experiências e a formação da memória, e entre esta e a posterior evocação, há um processo de tradução. Daí que verdade e realidade não são mesmo palavras sinônimas em essência.

Além disso, à questão da memória associa-se o problema natural do esquecimento. Sim, é impossível falar da memória sem falar em esquecimento, uma das características mais relevantes da memória e seus desdobramentos, já que constitui algo fisiológico do ser humano, “desempenhando um papel adaptativo”, no dizer da autora referida no parágrafo anterior.¹⁹

O esquecimento de que falamos, em boa verdade, pode ser tanto positivo como negativo, pois, se de um lado, ele livra que as pessoas se mantenham envoltas a lembranças que lhe tragam sentimentos dolorosos, tristes ou rancorosos, de outro, ele mostra ser uma perspectiva necessária de que os testemunhos sejam dados em tempo razoável, sob pena de extinguir a lembrança sobre determinado fato delituoso ou contaminá-la com inúmeros fatores. De uma abordagem de rotina, um policial militar, por exemplo, irá lembrar, quanto mais de seus detalhes, se ouvido em poucos meses da ocorrência.

Por isso, importa, ainda, que tenhamos algumas considerações em torno dos mecanismos da memória que, de forma concisa, mostram que, depois do esquecimento, as lembranças que restam se dividem em memória de curto e de longo prazo. As primeiras, por óbvio, duram alguns minutos ou horas e são consideradas “memórias de trabalho”, pois guardam o elemento para momentos em que necessitam ser realizadas elaborações cognitivas, como fazer uma conta, em conformidade com a abordagem de Márcia de Moura Irigohê.²⁰

Em outro giro, observa a mesma autora,²¹ a memória de longa duração é aquela em que permanece por mais de um dia, por exemplo, e constitui um acontecimento que muda a estrutura das sinapses,²² além de aumentar a sua sensibilidade para um sinal que chega. É nela que residem todas as formas de conhecimento que adquirem ao longo das experiências vividas, desde as ações mais simples e dados básicos até os conceitos mais complexos.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 105.

²⁰ IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: Repensando a Prova Penal*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020. p. 53.

²¹ *Op. cit.*, p. 53.

²² A sinapse é a região responsável por realizar a comunicação entre dois ou mais neurônios, ou de um neurônio para um órgão efector, ou seja, um músculo ou uma glândula. Ela tem por função enviar sinais por meio da transmissão sináptica, para ocorrer alguma ação específica no corpo.

Nessa linha de argumentação, afirma que o processo de formação das memórias de longo prazo passa por três estágios, que serão importantes para melhor compreensão do fenômeno das falsas memórias, quais seja, a aquisição, a consolidação e a evocação.

A aquisição, como o próprio nome já refere, é o momento em que o fato ou informação chega à memória. No entanto, por se armazenar inicialmente na memória de curto prazo, o sistema cognitivo não receberá a informação da mesma forma e com a riqueza dos detalhes, conforme ocorreu na realidade, pois, desde os primeiros momentos, o dado adquirido já está se transformando.

Os elementos que permeiam a consciência, na fase de aquisição da memória, são demasiados importantes, pois, se uma pessoa está absorta em estudos ou em trabalho, ou em estado entre sono e vigília ou, por qualquer motivo, não esteja prestando total atenção no fato presenciado, provavelmente, não disporá de recursos cognitivos suficientes para perceber tudo quanto está acontecendo ao seu redor, e a informação relativa ao episódio não será codificada na memória de um modo adequado, adverte Márcia.²³

Ainda no que respeita à atenção, ela é considerada como um fator-chave na aquisição da memória, pois a tendência é que se fixe aquilo que mais nos chamou atenção no momento do fato. Por isso, quando o indivíduo foca sua atenção em um objeto, independente se faz isso de forma intencional, tende a perceber os detalhes deste objeto e de uma pequena área em seu entorno, deixando de notar, por exemplo, outros elementos que possam estar presentes, prossegue a doutrinadora, enfatizando, ainda, que tal fenômeno foi denominado, originalmente, de *weapon focus effect* (efeito “foco na arma”), em que pesquisas demonstraram que indivíduos ameaçados por uma arma possuem uma lembrança extremamente precisa do objeto, mas uma carência e imprecisão muito maior de outros elementos que estavam presentes no momento, como, exemplificativamente, o rosto de quem portava e apontava o artefato, de sorte que o depoimento sobre o ocorrido, de forma geral, deve ser menos considerado do que o relato específico sobre a arma.²⁴

Sem prejuízo das perspectivas acima, o tempo também é fator que repercute na qualidade da memória adquirida, pois, quanto maior o lapso de exposição ao acontecimento, maior será a precisão dos fatos armazenados. Breves momentos de exposição, aliados à tensão, pouco deixará de “confiável” na memória.

A consolidação, por sua vez, ocorre quando uma memória deixa de ser de “curto prazo” e passa para o “longo prazo”. No entanto, algumas memórias estarão mais bem consolidadas do que as outras; daí por que algumas são mais fáceis de serem esquecidas. Na consolidação, em que pese o esquecimento, este

²³ *Op. cit.*, p. 55.

²⁴ *Op. cit.*, p. 56.

ocorre de forma mais lenta que na fase da aquisição, uma vez que a lembrança está armazenada no local das memórias de longo prazo, no dizer de Márcia de Moura Irigonhê.²⁵

A autora também trata do último estágio da memória que é o da evocação, aquele que corresponde à recordação e à reprodução daquilo que se encontra na memória de longa duração, sendo que esta evocação pode ser bem-sucedida ou não, a depender da forma de aquisição.

Importante ressaltar que a evocação da memória possui níveis de afunilamentos, na medida em que não se é possível recordar de todos os fatos processados na fase da aquisição.

E o que são, ao fim e ao cabo, em todo esse contexto, as “Falsas Memórias” que, a nosso juízo, serviram nos casos concretos experimentados pelas autoras deste artigo, no primeiro, para afastar a versão do réu (e condená-lo), e, no segundo, para desacreditar a tese de negativa de autoria?

Bem, é que, na linha da doutrina investigada – que longe está de pretender exaurir o tema, com mais razão nos limites de um artigo científico – na tentativa de preencher as lacunas deixadas nas lembranças, existe um processo construtivo. Nele, percepção e compreensão estão intimamente ligadas e, portanto, para que se possa compreender determinado ocorrido, é possível que se altere ou adicione informações ao que foi percebido.

Nesse sentido, as “brechas” na memória dão lugar a esse processo que pode sofrer implantações (por induzimento) e recordações de fatos não verdadeiros, justamente na tentativa de preencher os vazios existentes na memória, que podem se dar por processos *mnemônicos*²⁶ ou por meio de elementos externos, abrindo espaço para as chamadas falsas memórias.

As falsas memórias, então, “consistem em uma gama de fenômenos que resultam na lembrança de eventos, ou fragmentos de eventos, que, na realidade, nunca ocorreram”.²⁷ Essas falsas informações fixam-se na memória do indivíduo e este, quando necessita recuperar tais fatos, acredita veementemente que estas fazem parte do evento original (realidade).

Bem examinado, vejam que o fenômeno é completamente diverso do que ocorre com a mentira. Na mentira, o indivíduo tem ciência de que está narando os fatos de forma não condizente com a verdade, ou seja, de forma intencional, o que fizeram o réu do primeiro caso e sua companheira em juízo, fal-

²⁵ IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: Repensando a Prova Penal*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020. p. 57-58.

²⁶ Que pode ser compreendido como um conjunto de técnicas utilizadas para auxiliar o processo de memorização. Consiste na elaboração de suportes como os esquemas, gráficos, símbolos, palavras ou frases relacionadas com o assunto que se pretende memorizar.

²⁷ IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: Repensando a Prova Penal*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2020. p. 45.

seando a realidade. Falsas memórias, ao revés, foi o que ambos, em conluio, inculcaram na mente do infante, o filho, com informação de algo que, na realidade, não ocorreu, nela produzindo falsas memórias para buscar uma solução processual mais favorável ao acusado.

Já em relação às falsas memórias, quando não intencionalmente inculcadas, a pessoa está envolvida pela boa-fé e narra fatos inverídicos com base em memórias que foram modificadas ou simplesmente distorcidas.

As falsas memórias, ainda, possuem características muito mais palpáveis e vívidas, contendo mais detalhes e, portanto, o indivíduo será muito mais preciso quando for instigado a narrar o evento, mesmo que este não faça parte do fato original, como alerta Lilian Milnitsky Stein.²⁸

Reparem, assim, que as falsas memórias são aptas a interferir não apenas na vida de quem as apresenta como também na vida de terceiros. Isso porque, ao menos em sede de processo penal, algumas condenações se dão com base exclusivamente em testemunhos que, como visto, em muito dependem do sujeito que depõe, tendo igualmente potencial para ensejar, se não detectadas, absolvições indevidas.

É dizer, a mesma memória que é responsável pela nossa qualidade de vida, uma vez que é a partir dela que nos constituímos como indivíduos, sabemos nossa história, reconhecemos nossos amigos, pode se apresentar de forma perniciosa e produzir erros e distorções capazes de mudar o curso de nossas ações e reações, como ter implicações sobre a vida de outras pessoas.

E elas não são, como já podemos concluir, à altura, somente um processo involuntário ou inconsciente sobre determinado fato, pelo que Cristina di Gesu²⁹ destaca a possibilidade de indivíduos expostos a desinformações “alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestionabilidade externa”.

Por isso, a autora destaca dois tipos de falsas memórias: (i) as espontâneas; (ii) e as sugeridas. As espontâneas se originam por meio de processos de distorções mnemônicas endógenas, ou seja, significa que a memória, por si só, se encarrega de armazenar as informações equivocadas, sendo uma consequência normal de seu funcionamento. Já as falsas memórias sugeridas podem ser formadas a partir de uma sucessão de estímulos, “acidentais ou intencionais”, e independente do indivíduo. Esse fenômeno ocorre quando as informações falsas são sugeridas a uma pessoa e, mesmo que ela não faça parte da experiência original, sua similaridade com o fato faz com que a informação se torne coerente e passível de crédito.

²⁸ STEIN, Lilian Milnitsky. In: *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Disponível em: Minha Biblioteca (Biblioteca Virtual da Faccat), Grupo A, 2011, p.18-19.

²⁹ *Op. cit.*, p. 128.

A sugestionabilidade ocorre geralmente nas relações interpessoais, em que as pessoas tendem a modificar suas respostas e pensamento conforme as mensagens que lhes são passadas por terceiros, mesmo que a sugestão seja sutil, como em interrogatórios sugestivos, ou ouvindo, lendo e assistindo notícias sobre determinado fato em meios de comunicação.

Todo estudo até aqui desenvolvido intenta chamar a atenção para a maleabilidade da memória e de depoimentos, que reclamam uma especial atenção dos operadores do direito para recortes epistêmicos da realidade e da verdade reportada, sem embargo de “falsas memórias” espontâneas, por sugestionamentos ou mesmo inculcadas, de modo fraudulento e que, por mais convincente e confiante que possa parecer a testemunha e seu relato, não se pode descartar a possibilidade de que o seu depoimento esteja dotado de emoções como paixão ou interesse, como acentua Cristina di Gesu.³⁰

6 Reflexos das falsas memórias no processo penal

Os dois casos práticos trazidos nos itens 2 e 3 desta abordagem demonstram, de modo genérico, mas de forma inequívoca, como as falsas memórias podem impactar no processo penal e na resposta estatal penal, seja na tese da Acusação, seja nas teses agitadas pelas defesas. Logo, não se trata de um fenômeno seletivo, cujo estudo interessa apenas aos defensores públicos ou privados (advogados). Interessa ao *Dominus Litis* e à Jurisdição como um todo.

Não temos a mínima pretensão de esgotar e encerrar esse tema, e nem seria possível nos limites de um singelo artigo, mas dúvida não temos que dele dimana uma especial repercussão para o ato de reconhecimento de pessoas – como meio de prova – pois é aí que se pode sentir, de modo mais acentuado, os reflexos desse fenômeno, especialmente quando nele não for inobservado o que preceitua o artigo 226 do Código de Processo Penal.

Aos operadores do direito, não pode haver dúvida que o reconhecimento de pessoas é um dos meios de prova mais utilizados no âmbito de processo penal, principalmente nos crimes contra o patrimônio e crimes sexuais, nomeadamente porque são crimes, de regra, praticados às escondidas, e porque identificar o autor de um delito é primordial para que se dê início à persecução penal.

Por óbvio, essa identificação, “a priori”, se dá na fase do inquérito policial, em que a vítima ou testemunha descreve os fatos ocorridos e as características do autor do crime, como observam Henrique Alvarenga da Silva e Gian Miller Brandão.³¹

³⁰ *Op. cit.*, p. 94.

³¹ SILVA, Henrique Alvarenga da; BRANDÃO, Gian Miller. *Condenação de Inocentes: O Problema do Reconhecimento de Pessoas e as Falsas Memórias no Direito Criminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2020. p. 29.

E reconhecimento serve exatamente para que se analise alguém ou alguma coisa, fazendo com que o reconhecedor lembre o que viu em determinada ocasião, conforme nos lembra Aury Lopes Júnior.³²

Todavia, em que pese não possa ser diferente, suprimindo-se a atividade probatória em comento – o que seria impensável – e, muito embora a alta confiabilidade trazida pelos reconhecimentos e depoimentos prestados pelas vítimas ou testemunhas oculares, ainda que se parta da ideia de que elas não teriam motivos para mentirem sobre determinado fato, bem como por possuírem certeza quanto ao reconhecimento, é preciso que se tenha um olhar crítico e cauteloso sobre ela.³³

Essa não deveria ser a regra. Para respaldar seu posicionamento, Henrique Alvarenga da Silva e Gian Miller Brandão lembram que, somente nos Estados Unidos, 75 (setenta e cinco) mil suspeitos são anualmente indiciados apenas com base nos reconhecimentos realizados por testemunhas oculares. Deste número, estima-se que 15 (quinze) mil são indiciados erroneamente.³⁴

O depoimento prestado pela testemunha ocular, destacam os autores em tela, possui muito mais credibilidade do que outras provas, tanto que é chamado de “rainha das provas”, principalmente em procedimentos que seguem o rito do Júri, pois os jurados são facilmente influenciados pela confiança apresentada pela testemunha ocular, havendo evidente superestimação da precisão da identificação.

Ainda, Henrique Alvarenga da Silva e Gian Miller Brandão alertam que, de acordo com uma pesquisa realizada pelo IPEA (Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas), no Brasil, no ano de 2015, 77% (setenta e sete por cento) dos participantes do cenário processual (entre eles juízes, promotores, defensores públicos, advogados particulares e policiais) consideraram o reconhecimento de pessoas como principal meio para a conclusão do feito e que, na maioria das vezes, ele é suficiente para que o denunciado seja condenado, o que faz perceber que a confiança apresentada pela vítima ou pela testemunha ocular é fator extraordinariamente importante para o convencimento dos jurados e demais participantes do julgamento, como, por exemplo, promotores de justiça.

Outro estudo trazido pelos autores em referência demonstrou que 70% (setenta por cento) dos entrevistados acreditam que, quanto maior confiança o reconhecedor apresente ou inspire, maior é a probabilidade de estarem corretos.

³² *Op. cit.*, p. 533.

³³ Henrique Alvarenga da Silva e Gian Miller Brandão, na obra citada, p. 30, defendem que o reconhecimento por si só não poderia conduzir a um juízo condenatório, sem embargo de, na dúvida, ser possível a avaliação psicológica da pessoa na coerência e verdade do que conta.

³⁴ *Op. cit.*, p. 30-31.

Desse modo, ainda que erroneamente, deliberada ou inconsciente, a informação prestada aos jurados acerca dos possíveis fatores de erro não melhora muito a capacidade de avaliação dos julgadores, pois, [...] via de regra, os jurados não levam em conta fatores que são realmente capazes de influenciar a precisão da identificação e, ao contrário, dão exagerado valor a fatores que em nada se relacionam com essa precisão, tais como a capacidade de lembrança de detalhes periféricos e, principalmente, a confiança demonstrada pela testemunha. Os jurados, ao contrário do que indicam as pesquisas, não levam em conta o intervalo de tempo entre o crime e a identificação, não levam em conta o efeito da presença de uma arma na cena do crime e nem o efeito da violência. Entretanto, são esses os fatores que realmente têm influência na precisão da identificação [...].³⁵

Se isso acontece, epistemologicamente repercutindo sobre a realidade, com aptidão para produzir algo não condizente com a realidade, tanto maior será a importância de se observar os comandos previstos no artigo 226 do Código de Processo Penal, porque não são à toa: eles visam mitigar a possibilidade de erros, sejam endógenos, decorrentes dos fatores pontuados em itens anteriores, ou produzidos pelo mundo externo, preconceitos e modos de apropriação do conhecimento.

O procedimento a ser observado no reconhecimento de pessoas está descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal, e diz *in verbis*:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:

I – a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;

II – a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

III – se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;

IV – do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

Parágrafo único. O disposto no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.

A questão que à altura se põe à reflexão é, se não for possível (o caso abordado no item 3 deste estudo) colocar, lado a lado, o acusado com outras pessoas que tiverem com ele semelhança (no caso examinado, apenas um ne-

³⁵ SILVA, Henrique Alvarenga da; BRANDÃO, Gian Miller. *Condenação de Inocentes: O Problema do Reconhecimento de Pessoas e as Falsas Memórias no Direito Criminal*. Curitiba: Juruá Editora, 2020. p. 31-33.

gro; os demais eram todos brancos, ao contrário do negro, porque baixos e encorpados, ou seja, em contraste manifesto em relação às características fornecidas), quem será invariavelmente o reconhecido, sem maiores reflexões? Ora, o negro denunciado, porque é diferente e porque é negro, atributo pessoal preñado de pré-conceitos, ainda que, pessoalmente e particularmente, não tenham as autoras qualquer preconceito de cor.

Será, no entanto, válido, no âmbito do um processo que se pretenda justo, que, em sendo essa a única prova, ser o reconhecimento pessoal apto, em quaisquer circunstâncias, pelo reconhecimento em si próprio, a ensejar um juízo condenatório? Quem tem a incumbência de promover justiça pode, acaso, se contentar ou conformar com isso? *Venia concessa*, uma resposta afirmativa diminui o papel do Ministério Público e reduz o processo penal em sua razão de ser e sua finalidade. Se assim for, então, o processo penal necessariamente será não mais que um jogo de quem ganha e de quem perde, já desvirtuado de ser uma via de realização do devido processo legal e execução da Constituição.

Outro dia, tivemos a oportunidade de ler – nos autos do Processo nº 010/2.20.0001404-0 – que, no curso da investigação policial, para fins de reconhecimento, dentre outros, foi colocado, perfilando o suspeito, um estagiário da Polícia Civil local, usando camiseta com o logotipo identificador da Polícia Civil, para uma dimensão do desvirtuamento da regra do artigo 226 do Código de Processo Penal. No estado de direito, ao Poder não deve interessar só o resultado favorável da luta processual; antes, tanto a condenação do culpado como a absolvição do inocente. Os comprometidos com a justiça trabalham e devem trabalhar nessa perspectiva já que a autoridade está a serviço da dignidade humana e não com um jogo de belezas.

O que dizer, então, do reconhecimento fotográfico na fase policial?

De regra, nas investigações policiais, o reconhecimento fotográfico de pessoas é feito por meio de álbuns fotográficos constantes dos sistemas de segurança pública estatal, inclusive fotografias utilizadas para a confecção da primeira carteira de identidade da pessoa, sem qualquer posterior atualização e mediante prévia e adequada descrição do identificado pelo identificador.

Pois bem, nos autos do inquérito policial que deu origem ao processo nº 010/2.20.0001404-0 retroreferido, observamos que: (i) o réu disse que não estava no local do crime quando de sua verificação; que estava em casa, conversando com o pai, por telefone celular e que não era o autor do crime; (ii) a vítima o descreveu como sendo uma pessoa do sexo masculino, moreno e com tatuagem; (iii) porém, o “suspeito” era ruivo e não tinha tatuagem qualquer; (iv) mesmo assim, em face do “reconhecimento fotográfico”, a autoridade policial o indiciou com base naquele ato sofrível, sem realizar qualquer diligência

no sentido de identificar onde estava localizado o telefone referido pelo indiciado no momento do crime (o alegado álibi), pela Estação Rádio-Base (ERB) que lhe fornecia sinal bem como não empreendeu qualquer diligência de buscar o georreferenciamento do aludido telefone celular, cujo dono, o acusado, dispunha de uma conta do Google. Depois de ver as fotografias, a autoridade policial perfilou com o réu pessoas com características bem distintas, entre elas, o referido estagiário trajando camiseta da Polícia Civil. Foi o suficiente, um reconhecimento temerário, para o decreto de prisão preventiva.

Durante muito tempo, a jurisprudência pátria havia consolidado o entendimento segundo o qual, na fase “inquisitorial”, o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal configurava uma mera recomendação, sem qualquer caráter vinculativo. Ou seja, que sua inobservância não acarreta qualquer nulidade justo pela natureza inquisitorial da investigação policial.

Desnudados os processos cognitivos concisamente abordados neste artigo, ainda seria sustentável que a inobservância do procedimento do artigo 226 do Código de Processo Penal, na fase de investigação policial do fato, não produz qualquer reflexo no processo penal? Seguiremos ignorando os processos psicológicos cognitivos pelos quais passam todos os nossos conhecimentos e a nossa memória?

Com a licença de todos os entendimentos em contrário, a nós, ignorar a realidade parece contradizer o óbvio, e o debate deve ser reorientado para a não generalização e para a consciência de que esses processos não atingem as pessoas com a mesma intensidade, profundidade e de modo linear. Por isso, a controvérsia não pode se centrar no “se”, mas no “como” e “em que medida” nossos juízos estão comprometidos por pré-compreensões e falsas memórias e o quanto do reportado e do reconhecimento reflete uma verdade possível.

Logo, é preciso que nos abramos ao debate para pensar em possíveis medidas de redução de equívocos nessa seara, como a chamada de emergência e investigação preliminar, a entrevista cognitiva, a composição do grupo de pessoas a serem reconhecidas, a apresentação sequencial e metódica (por exemplo, o Método Lineup),³⁶ a questão da instrução da testemunha, a “*Blind Administration*”,³⁷

³⁶ Indicado pela comunidade científica, consiste na colocação do suspeito ao lado de outros indivíduos semelhantes, cujas características serão de acordo com as declaradas pela testemunha ou vítima.

³⁷ Aquele reconhecimento em que os policiais que conduzem o reconhecimento costumam saber quem é o suspeito que deve ser reconhecido. Mais que isso, é comum que os condutores do reconhecimento sejam os próprios policiais que realizaram a detenção do suspeito”. Logo, essa situação torna-se problemática pois, mesmo que de forma involuntária, o condutor/policial pode sugerir a testemunha sobre o suspeito, como, por exemplo, olhar de forma fixa para uma só pessoa por muito tempo. Indica-se, portanto, que seja utilizado o método denominado “*double blind*”, ou duplo cego, no qual nem condutor nem testemunha sabem qual a identidade do investigado. (INNOCENCE PROJECT BRASIL, 2020).

a documentação do procedimento e do nível de confiança, o treinamento policial, a introdução do tema nas Faculdades de Direito e também pensar em medidas a serem adotadas pelo CNJ -Conselho Nacional de Justiça em torno de técnicas de aprimoramento sobre provas dependentes da memória.

Importante é destacar que, embora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul seja refratário à ideia de que o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal seja vinculativo para a autoridade policial, restando reduzido a uma mera recomendação, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, julgado em 2020, sinalizou para uma mudança de entendimento dos Tribunais Superiores, no sentido de que o mero reconhecimento por fotografia não pode servir como única prova, devendo ser considerada como etapa antecedente ao reconhecimento pessoal (e presencial), com observância do predito artigo 226 do Código de Processo Penal.

Na aludida ação autônoma de impugnação, na estrita via do *Habeas Corpus* nº 598.886/SC, sob a relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, julgado em 27 de outubro de 2020, firmou-se, enfim, o entendimento de que o artigo 226 do Código de Processo Penal não pode mais ser visto como “mera recomendação”, devendo, ao contrário, haver fiel observância aos requisitos previstos no procedimento orientado pelo referido dispositivo de lei, tanto na fase policial quanto judicial, para efeitos de realização do reconhecimento de pessoas, reconhecendo a incidência da temática brevemente desenvolvida neste artigo, visando à mitigação de erros judiciários.

7 O recente posicionamento do STJ

No ano de 2020, a despeito de decisões recorrentes em Tribunais Inferiores, o Superior Tribunal de Justiça inaugurou importante precedente na matéria objeto da presente análise, em decisão firmada *Habeas Corpus* nº 598.886/SC. Desse modo, sinalizou para o caráter vinculativo do reconhecimento pessoal, nos moldes do preconizado pelo artigo 226 do Código de Processo Penal, inclusive, no âmbito policial, afirmando que o mero reconhecimento por fotografia não pode servir como única prova a delimitar a autoria de uma infração penal, devendo ser considerada como etapa antecedente ao reconhecimento pessoal (e presencial).

Na oportunidade, a matéria restou assim ementada:

HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial,

apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato. O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. 3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de “mera recomendação” do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório. 4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns 27/10/2020 policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e traços corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato. 5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das conseqüências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciais e, conseqüentemente, de graves injustiças. 6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, *caput*, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II). 7. Na espécie, o reconhecimento do primeiro paciente se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado. 8. Sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e os valores positivados na Constituição da República, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo se vincula a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo “processualmente admissível e válido” (Figueiredo Dias). 9. O primeiro paciente foi reconhecido por fotografia, sem nenhuma observância do procedimento legal, e não houve nenhuma outra prova produzida em seu desfavor. Ademais, as falhas e as inconsistências

do suposto reconhecimento – sua altura é de 1,95 m e todos disseram que ele teria por volta de 1,70 m; estavam os assaltantes com o rosto parcialmente coberto; nada relacionado ao crime foi encontrado em seu poder e a autoridade policial nem sequer explicou como teria chegado à suspeita de que poderia ser ele um dos autores do roubo – ficam mais evidentes com as declarações de três das vítimas em juízo, ao negarem a possibilidade de reconhecimento do acusado. 10. Sob tais condições, o ato de reconhecimento do primeiro paciente deve ser declarado absolutamente nulo, com sua consequente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado. 11. Quanto ao segundo paciente, teria, quando muito – conforme reconheceu o Magistrado sentenciante – emprestado o veículo usado pelos assaltantes para chegarem ao restaurante e fugirem do local do delito na posse dos objetos roubados, conduta que não pode ser tida como determinante para a prática do delito, até porque não se logrou demonstrar se efetivamente houve tal empréstimo do automóvel com a prévia ciência de seu uso ilícito por parte da dupla que cometeu o roubo. É de se lhe reconhecer, assim, a causa geral de diminuição de pena prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal (participação de menor importância). 12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime; 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 4) O reconhecimento do suspeito por simples exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. 13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo nº 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão – SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa. Dê-se ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação.

A decisão acima é da lavra da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que oficiou como Relator o Ministro Rogério Schierti Cruz, sendo acompanhado pelos seus pares à unanimidade.

Ao final, registre-se que o Senhor Ministro Relator votou, ainda, no sentido de que se desse ciência da decisão aos Presidentes dos Tribunais de Justiça

dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que fizessem conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação. Ainda, para que se desse ciência aos Ministérios Públicos estaduais e federal bem como às Defensorias Públicas.

Evidente que estamos aludindo a uma decisão e tomando em consideração uma situação concreta; um caso específico e suas peculiaridades. Entretanto, não se pode desconhecer que a matéria versada neste artigo se afigura um início reconhecimento, em bom tempo, dos processos cognitivos que influenciam todos nós, porque, humanos que somos, estamos sujeitos a eles como a toda e qualquer dissonância cognitiva que eles podem, potencialmente, acarretar, o que reforça a necessidade de aprofundar o debate sobre a temática em análise, sempre no objetivo de aprimorar nossas Instituições e acalentar a causa da justiça, enquanto virtude.

8 Considerações finais

Buscamos, na presente abordagem, chamar a atenção dos operadores do direito para o fato de que verdade e realidade não se confundem porque a realidade opera no campo da ontologia enquanto a verdade, no âmbito da epistemologia, isto é, do conhecimento e dos modos de apropriação de cada ser sobre esse conhecimento.

Isso significa que nossos relatos e compreensões sobre algo são prenes de subjetividades que podem, em maior ou menor grau, estar influenciados por falsas memórias que, à sua vez, são aptas para absolver culpados e condenar inocentes, e que os erros judiciais não são apenas uma questão de estatísticas, mas também de neurociência, nomeadamente, no que concerne à prova oral e ao reconhecimento pessoal e fotográfico, tanto na fase policial como judicial.

Por isso, é tão urgente quanto necessário que ampliemos o debate e pensemos, enquanto juristas, e não super-homens, que, em um sistema acusatório, precisamos abandonar o mito da verdade real, mas envidar esforços para buscar a verdade mais próxima do possível com a reflexão, a discussão e busca democrática de meios a mitigar esses erros decorrentes da memória, nomeadamente, em um estado de direito em que o devido processo legal se identifique, derradeiramente, com a execução da Constituição. Se conseguirmos despertar o leitor para esse enfrentamento, teremos atingido nossos objetivos.

Referências

- ASSIS, Éder Artur S. de. *A Fragilidade do Reconhecimento Pessoal Frente ao Instituto das Falsas Memórias*. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/788529376/a-fragilidade-do-reconhecimento-pessoal-frente-ao-instituto-das-falsas-memorias>>. Acesso em: 6 mar. 2021.
- AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 jul. 2021.
- _____. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 jul. 2021.
- _____. *Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Institui o Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 7 jul. 2021.
- _____. *Innocence Project*. Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário. 2020. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org/como-trabalhamos>>. Acesso em: 19 set. 2021.
- _____. *Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/cidades-e-estados/rs/rolante.html>>. Acesso em: 11 mar. 2022.
- _____. *Superior Tribunal de Justiça (Sexta Turma)*. *Habeas Corpus n. 598.886*. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasil. Julgado em 27 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20598886>>. Acesso em: 23 set. 2021.
- DUMONT, J. P. *Elementos de história da Filosofia Antiga*. Brasília: UnB, 2005.
- FIGUEIRÊDO, Luiz Carlos Vieira de. *A vítima no Processo Penal Brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2020.
- FISCHER, Douglas. *Garantismo Penal Integral*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2013.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. v. II. 6. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.
- GESU, Cristina di. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.
- GLOBOPLAY. Vítimas por erros no processo de reconhecimento por foto ficam presas por nove meses, segundo a Defensoria Pública do Rio de Janeiro. 2021. Disponível em: <<https://globoplay.globo.com/v/9882527/>>. Acesso em: 26 set. 2021.
- IRIGONHÊ, Márcia de Moura. *Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias: Repensando a Prova Penal*. 2ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumes Juris, 2020.
- IZQUIERDO, Iván. *Memória*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.
- JUNIOR, Aury Lopes. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2020.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- KUDLICH, Hans. *El principio de legalidad en el derecho procesal penal (en especial, en el derecho procesal penal alemán)*. In: MONTIEL, Juan Pablo. (Org.). Barcelona: Marcial Pons, 2012.

LIMA, Daniel. Sistemas de valoração da prova: qual é o adotado no Brasil? *Canal Ciências Criminais*, 2017. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/515232225/sistemas-de-valoracao-da-prova-qual-e-o-adotado-no-brasil>>. Acesso em: 11 jul. 2021.

MACHADO, Leonardo Marcondes; BARILLI, Raphael Jorge de Castilho. *O Reconhecimento de Pessoas Como Fonte de Injustiças Criminais*, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policial-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticas-criminais>>. Acesso em: 6 mar. 2021.

MANDARINO, Renan Posella; FREITAS, Marisa Helena D'Arbo Alves de. *O Reconhecimento de Pessoa e a Falsa Memória*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=0d2ac0e8224a99eb#:~:text=O%20reconhecimento%20de%20pessoas%20%C3%A9,amplamente%20difundido%20no%20sistema%20penal>>. Acesso em: 19 ago. 2021.

MARRERO, Danny. Capítulo 1: Lineamentos Generales para uma epistemologia jurídica. In: PAEZ, Andrés. (Coord.). *Hechos, evidencias y estandares de puebra: ensayos de epistemologia jurídica*. Bogotá: Universidad de Los Andes, Editorial Uniandes, 2015.

MASI, Carlos Velho. *Falsas Memórias no Processo Penal* (Parte 1). 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/212521910/falsas-memorias-no-processo-penal-parte-1>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

_____. *Falsas Memórias no Processo Penal* (Parte 2). 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/noticias/212725241/falsas-memorias-no-processo-penal-parte-2>>. Acesso em: 18 abr. 2021.

MELO, Jeferson. *Grupo vai aprimorar reconhecimento pessoal em processos criminais*, 2021. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/grupo-vai-aprimorar-reconhecimento-pessoal-em-processos-criminais/>>. Acesso em 25 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

_____. *Processo Penal e Execução Penal*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. São Paulo: Método, 2019.

PRADO, Geraldo. *A Cadeia de Custódia da Prova no Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021.

PRAZERES, Leandro. *As 3 mortes de Heberson*. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/noticias/especiais/as-3-mortes-de-heberson.htm#homem-errado-na-hora-errada-a-primeira-morte-de-heberson>>. Acesso em: 26 set. 2021.

RIO, G1. *Homem preso por reconhecimento fotográfico em foto 3X4 antiga deixa a cadeia no Rio*, 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2021/09/13/homem-preso-por-reconhecimento-fotografico-em-foto-3x4-antiga-deixa-a-cadeia-no-rio.ghtml>>. Acesso em: 26 set. 2021.

RODAS, Sérgio. *Criminalistas Analisam Principais Causas de Erros Judiciais e Suas Consequências*, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-06/criminalistas-analisam-principais-causas-erros-judiciais>>. Acesso em: 12 set. 2021.

SANTOS, Rafa. *Erro judiciário não é questão apenas de estatística, mas também de neurociência*, 2020. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-30/entrevista-fundadores-innocence-project-brasil>>. Acesso em: 12 ago 2021.

SILVA, Antonio Carlos de Faria. *A busca da verdade no processo penal: Implicações Quanto ao Grau de Certeza do Juiz em Suas Decisões*. São Paulo: Baraúna, 2015.

SILVA, Henrique Alvarenga da; BRANDÃO, Gian Miller. *Condenação de Inocentes: O Problema do Reconhecimento de Pessoas e as Falsas Memórias no Direito Criminal*. Curitiba: Juruá, 2020.

STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e Suas Aplicações Clínicas e Jurídicas*. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo A, 2011.