

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL E A FALSA MEMÓRIA

RECOGNITION OF PEOPLE IN CRIMINAL PROCESS AND A FALSE MEMORY

Renan Posella Mandarin¹

Marisa Helena D'Arbo Alves de Freitas²

Resumo

O presente trabalho tem por objeto a análise da fragilidade do reconhecimento de pessoas enquanto meio de prova passível de sofrer com o fenômeno da falsa memória. O processo mnemônico não é fidedigno à realidade e a lembrança pode estar contaminada pelas falsas memórias. A necessária e inquietante busca pela verdade real no processo penal pode gerar o desrespeito ao procedimento previsto para o reconhecimento do autor do delito. Portanto, a realização da prova em um curto espaço de tempo poderá aperfeiçoar a recuperação das lembranças pelo identificador, minimizando as falhas no momento da colheita da prova de reconhecimento, por meio da memória, no processo.

Palavras-chaves: processo penal; reconhecimento de pessoas; falsas memórias.

Abstract

The present work aims at the analysis of the weakness of recognizing people as a means of likely to suffer from the phenomenon of false memory test. The mnemonic process is not trusted to reality and the memory can be contaminated by false memories. The necessary and unsettling search for the real truth in criminal process can generate disrespect to the procedure for the recognition of the offender. Therefore, the completion of proof in a short space of time can enhance the recovery of memories by handle, minimizing failures at harvest of proof of recognition, through memory, in the process.

Keywords: criminal process; recognition of persons; false memories.

¹Mestrando e Bacharel em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca. Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Fundação Armando Alvares Penteado (FAAP).

²Professora Doutora da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP), campus de Franca, e da Universidade Paulista (UNIP), Campus de Ribeirão Preto. Membro do Núcleo de Estudos da Tutela Penal e Educação em Direitos Humanos – NETPDH.

Introdução

Apesar do longo período de estudo acerca das falsas memórias, este fenômeno da psicologia apenas recentemente começou a ser compreendido na gestão de provas do processo penal brasileiro.

O tema é complexo e de fundamental relevância, na medida em que os atores do judiciário lidam constantemente com as recordações das pessoas para obter provas de um determinado delito e para realizar reconhecimento dos supostos infratores através das vítimas ou testemunhas que presenciaram a prática do delito. A importância do trabalho reside na compreensão do fenômeno das falsas memórias, analisando as influências que ele ocasiona na realização do reconhecimento de pessoas e quais as consequências que isso gerará no convencimento do magistrado.

Partindo da premissa que o magistrado é o destinatário das provas, provar significa convencer o julgador da veracidade ou falsidade dos fatos contidos no processo. Para isso, testemunhas e vítimas se valem de suas recordações ao narrarem os fatos e procederem ao reconhecimento do suposto infrator, razão pela qual é necessária a investigação acerca do funcionamento da memória, com a finalidade de analisar como a reconstrução das informações pela mente humana influencia na verdade dos fatos colhidos na persecução penal.

O objetivo do trabalho é discutir a credibilidade que o reconhecimento de pessoa pode transmitir na instrução criminal, mais especificamente no convencimento do juiz. Essa modalidade de prova demonstra sua fragilidade pelo fato de que a lembrança é um processo mnemônico sujeito a falhas e contaminações externas, o que ressalta a imprescindibilidade de observar o procedimento pertinente à colheita de prova previsto no art. 226 do Código de Processo Penal.

No primeiro tópico o trabalho aborda o funcionamento da memória e os principais fatores que levam ao surgimento das falsas memórias. No segundo tópico, o estudo aponta os pontos críticos do princípio da verdade real, com a finalidade de compreender os parâmetros estabelecidos no sistema acusatório na análise das provas e até que ponto a memória pode ser utilizada como prova verossímil no convencimento do magistrado. Em seguida, o trabalho versa sobre o procedimento previsto legalmente para a realização do reconhecimento de

peças e finaliza com a demonstração de casos práticos em que foi observada a aplicação da falsa memória no reconhecimento de suposto autores do crime.

O trabalho é bibliográfico e desenvolve conceitos relativos à falsa memória e ao reconhecimento de pessoa. Seu objeto de análise e perspectiva metodológica é a dogmática jurídica no que tange aos problemas procedimentais apresentados pelo reconhecimento de pessoas, bem como pesquisas em processos cognitivos para compreensão da falsa memória.

Como metodologia de abordagem, o trabalho se apoiou na legislação constitucional e infraconstitucional para verificação das falhas existentes na gestão de prova no processo penal, mais especificamente no que tange aos procedimentos do reconhecimento de pessoas. Para desenvolvimento do trabalho foi utilizado o método dedutivo, pelo qual, com base em enunciados ou premissas se chega a uma conclusão necessária, em virtude da correta aplicação de regras lógicas. Parte-se da premissa de que a prova de reconhecimento do infrator é apta para convencimento do julgador. Todavia, essa credibilidade pode ser contestada diante do fenômeno da falsa memória, conforme será justificado no presente trabalho.

1. Falsas memórias

Memória pode ser definida como a faculdade de reter ideias, impressões e conhecimentos adquiridos. Remete também à lembrança, à reminiscência (GIACOMOLLI e DI GESU, 2008, p. 4336). A memória seria aquisição, formação, conservação e evocação de informações adquiridas ao longo da vida de uma pessoa.

Diferem aquisição e evocação da memória: a primeira está relacionada à aprendizagem, na medida em que só se grava aquilo que foi aprendido; a segunda está relacionada à recordação, à lembrança, à recuperação daquilo que foi retido na memória. Logo, “somos aquilo que recordamos” (IZQUIERDO, 2006, p. 9).

O processo mnemônico está relacionado às informações adquiridas através de experiências e situações fáticas. Devido à grande quantidade de conhecimentos aprendidos durante a vida, as imagens não são retidas na memória sob forma de miniaturas ou microfímes, justamente porque as emoções e subjetividades influenciam na reconstrução de imagens, fatos, pessoas, etc. Em oposição à ideia de que a memória é essencialmente

reconstrutiva, Antônio Damásio defende que a evocação da memória está relacionada a uma “representação aproximativa” daquilo que se observa (DAMÁSIO, 1996, p.128-129).

A memória pode ser classificada em dois grupos: de um lado a *memória procedural*, a qual estabelece a aprendizagem de atividades como andar de bicicleta, tocar instrumentos musicais, cozinhar, etc. Ou seja, informações retidas pelo cérebro e que são reproduzidas através do ritual, mais especificamente de uma habitualidade motora ou sensorial estabelecida pela repetição exaustiva do ato. Do outro lado, há a *memória declarativa*, de sumo interesse ao presente trabalho e para a compreensão do fenômeno da falsa memória, pois se refere à memória de fatos, eventos, pessoas, faces, conceitos e ideias.

No que tange à memória declarativa, o esquecimento dos detalhes ao longo do tempo é facilmente constatado, principalmente quando se está, por exemplo, diante de uma tragédia. Logo que o fato acontece, as pessoas lembram do acontecimento com riquezas de detalhes (mas sempre será uma parte, o fragmento do todo, que é inapreensível para nós). Contudo, com o passar do tempo, estes são esquecidos, mas fica a lembrança do momento dramático (LOPES JUNIOR e DI GESU, 2007, p.61).

Diante da falibilidade da mente humana, a memória pode sofrer distorções, tanto fruto de processos internos quanto externos. Ao analisar esses erros na recepção de informações pelo processo de cognição, surgem os estudos acerca do fenômeno das falsas memórias.

As falsas memórias podem ser definidas como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento. São memórias que vão além da experiência direta e que incluem interpretações ou inferências ou, até mesmo, contradizem a própria experiência (ALVES e LOPES, 2007, p. 46).

Os primeiros estudos acerca da falsificação da memória remontam ao final do século XIX e início do século XX, mais precisamente com Alfred Binet, em 1.900, e com Willian Stern, em 1910. Seus estudos versavam sobre as características de sugestibilidade da memória, ou seja, a incorporação e a recordação de informações falsas, tanto de origem interna como externa, das quais o indivíduo se lembraria como sendo verdadeiras. Mais tarde, em 1932, Frederic Charles Bartlett progrediu nos estudos ao descrever a recordação como sendo um processo reconstrutivo, baseado em esquemas mentais e no conhecimento geral

prévio da pessoa, salientando o papel da compreensão e a influência da cultura das lembranças (STEIN, 2010, p. 23-24).

Já na década de 70 do século passado, seguindo os estudos apresentados inicialmente por Binet e Stern, Elisabeth Loftus, renomada pesquisadora do tema, introduziu uma nova técnica para o estudo das falsas memórias, consistente na sugestão da falsa informação. Tal técnica cuida da inserção de uma nova informação não-verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada, produzindo o chamado “efeito falsa informação”, no qual o sujeito acredita, verdadeiramente, ter passado pela experiência falsa. Loftus constatou que as falsas memórias podem ser elaboradas pela junção de lembranças verdadeiras e de sugestões vindas de outras pessoas, sendo que durante este processo, a pessoa fica suscetível a esquecer a fonte da informação ou as informações se originariam de interrogatórios realizados de maneira evocativa (LOFTUS, 2005, p. 90).

É preciso diferenciar este tipo de memória de uma mentira deliberada. Nas falsas memórias, a pessoa sinceramente acredita que viveu aquele fato, enquanto que na mentira, ela está consciente de que o narrado por ela não aconteceu, embora sustente a história por algum motivo particular.

Observa Stein (2010, p.22) que as falsas memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas. Segundo o autor, elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. Elas se diferenciam das memórias verdadeiras pelo fato de que as falsas memórias são compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. Stein destaca, ainda, que as falsas memórias são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.

Sob a perspectiva criminal, alguns delitos geram fortes emoções na vítima ou naquela testemunha ocular que com ela possui vínculo afetivo. Contudo, a tendência da cognição humana é guardar apenas a emoção do acontecimento e esquecer justamente o que seria mais importante a ser relatado no processo sob o ponto de vista jurídico e legal, qual seja, a memória cognitiva, provida de detalhes técnicos e despida de contaminação (emoção, subjetivismo ou juízo de valor) (LOPES JUNIOR e DI GESU, 2007, p.62).

As falsas memórias podem se originar de duas maneiras distintas: de forma espontânea e implantada ou sugerida. As falsas memórias espontâneas são aquelas criadas internamente no indivíduo como resultado do processo normal de compreensão de um evento.

É a formação de uma falsa memória espontaneamente ou através da autossugestão, como resultado do processo normal de compreensão, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas. Este tipo de distorção simples acomete a todos no dia-a-dia, em questões aparentemente sem importância. As falsas memórias sugeridas ou implantadas, por sua vez, dizem respeito àquelas que resultam de uma sugestão externa ao indivíduo, seja esta proposital ou não, cuja ocorrência está ligada à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e a subsequente incorporação na memória original. Nela, após se presenciar um evento, transcorre período de tempo no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz (STEIN, 2010, p. 25-26).

O processo penal não pode ignorar que a memória da vítima ou da testemunha presencial é fonte de prova primordial para esclarecimento do delito e formação de convicção do magistrado, ainda mais, quando se está diante da ausência de provas técnicas, sendo inegáveis os reflexos que a falsa memória gera tanto na reconstrução do fato delituoso como no reconhecimento dos acusados.

O reconhecimento de pessoas é prova eminentemente cognitiva e goza de valor relativo no convencimento do juiz. As falsas memórias ressaltam a perniciosidade das provas produzidas em processo penal e colocam em xeque a credibilidade do princípio da verdade real amplamente difundido no sistema penal.

2. As provas e a questionável “verdade” no processo penal

Na tentativa de impor uma postura mais dinâmica à autoridade judicial, vige no processo penal o princípio da verdade real, sob o argumento de que diante da indisponibilidade do bem jurídico em jogo na persecução criminal (liberdade de locomoção), o magistrado deveria se esforçar por desvendar os fatos e não apenas se contentar com as provas eventualmente colacionadas pelas partes. O juiz deve produzir tantas provas quantas forem necessárias para o fim de esclarecer a verdade dos fatos, conforme preceitua o disposto no artigo 156 do Código de Processo Penal (PEREIRA, 2010, p. 96).

Logicamente que a produção de provas não é irrestrita e deve estar apoiada nos limites da legalidade, com respeito à vedação às provas ilícitas e observância à coisa julgada.

Com o princípio da verdade real, excluem os limites artificiais da verdade formal, eventualmente criados por atos ou omissões das partes, presunções, ficções, transações, etc. tão comuns no processo civil. Decorre desse princípio, o dever do juiz de dar seguimento à relação processual quando da inércia da parte e mesmo de determinar, *ex officio*, provas necessárias à instrução do processo, a fim de que possa, tanto quanto possível, descobrir a verdade dos fatos objetos da ação penal (MIRABETE, 2000, p. 44).

Por outro lado, como corolário do princípio da imparcialidade do juiz, prevalece no sistema acusatório a vedação de atuação de ofício do magistrado, cristalizados nos aforismos *nemo iudex sine actore* (não há juiz sem autor) e *ne procedat iudex ex officio* (o juiz não pode proceder ou dar início ao processo sem a provocação da parte). O princípio da inércia da jurisdição consubstancia a índole inerte dos órgãos jurisdicionais, que somente poderão participar do processo se devidamente provocados pela parte interessada em face da existência de uma pretensão resistida ou insatisfeita amparada pelo ordenamento jurídico.

A iniciativa do magistrado na busca das provas pode ser positiva, desde que ele atue com supedâneo em prova anterior, apresentada por uma das partes. Entretanto, pode também ser negativa, quando o juiz encarna o acusador ou defensor, procurando provas para pender para uma das partes. O desvirtuamento da função neutra do magistrado é o ponto crítico do princípio da verdade real.

Essa ideia amplamente propalada na doutrina, que influencia a legislação infraconstitucional (arts. 156 e 209 do Código de Processo Penal) e que confere ao juiz amplos poderes para que possa alcançar a verdade dos fatos, possui uma série de perigos e armadilhas.

O discurso da verdade real é um mito, idealizado pela corrente tradicional de que é possível ao juiz penal atingir a verdade dos fatos. É plausível questionar-se quais “poderes especiais” possuiriam os magistrados para, mais do que qualquer outro ser humano, conseguir alcançar essa verdade. O mito da verdade real é uma artimanha engendrada nos meandros da inquisição para justificar o substancialismo penal e o decisionismo processual, típicos do sistema inquisitório (LOPES JUNIOR, 2006, p. 272).

A busca desenfreada da verdade real está intimamente relacionada com a cultura inquisitiva dos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, com os sistemas políticos

autoritários, com a figura do juiz ator (inquisidor) e com nociva cláusula geral do “interesse público”.

Afirma Marcio Ferreira Rodrigues Pereira (2010, p. 96) que uma das consequências mais graves provocada pela adoção do princípio da verdade real na sua concepção tradicional é a deturpação da função jurisdicional do juiz penal, que ávido por produzir provas, abandona a sua posição (de órgão alheio) que deve ser imparcial e imiscui-se numa função que compete às partes. Com isso, cria-se uma espécie de “juiz inquisidor”, cuja figura revela-se incompatível com o processo penal democrático e segue na contramão do sistema acusatório, legitimado pelo legislador constituinte.

No campo jurídico, apenas é possível falar em “verdade” em termos aproximativos, posto que no Direito, toda “verdade” é fruto de reconstrução histórica dos fatos, uma opção por uma versão que se apresenta mais fidedigna, mais coerente e mais provável.

A tradicional distinção entre verdade real ou material e verdade formal parece não ter sentido, pois o que se tem na realidade é a verdade processual. A verdade processual não pretende ser “a verdade”. Não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto processual, mas sim condicionadas em si mesma pelo respeito aos procedimentos e garantias de defesa e do contraditório (LOPES JUNIOR, 2006, p. 274).

Oportuno esclarecer que três grandes linhas de estudos discutem a finalidade da prova no processo penal (TARUFFO, 2002, p. 80-87).

A primeira posição sustenta que as provas na realidade não existem e tampouco seriam meio para determinar a verdade dos fatos; diante de seu excesso epistêmico, o processo não seria instrumento idôneo para se alcançar a verdade. Essa corrente defende a ideia do processo enquanto função ritualística, com as provas destinadas ao correto deslinde dos procedimentos e ao reforço da opinião pública de que sistema processual implementa e respeita valores positivos como a igualdade, a correção do litígio e a vitória de quem tem razão. Portanto, a função das provas seria dissimular a realidade irracional e, muitas vezes, injusta das decisões judiciais.

A segunda posição tem como premissa fundamental que o processo é uma situação na qual se desenvolvem diálogos e se narram fatos, com as provas se situando no terreno da estrutura da semiótica e da linguística. O processo penal seria uma estrutura de discursos e retóricas, com a apresentação de provas essencialmente persuasivas pelos personagens do

diálogo (acusação-defesa), tornando-a idônea para ser assumida como própria por outro personagem (juiz).

A terceira posição é o clássico discurso racionalista, que defende a possibilidade de determinar a verdade no curso do processo. Aury Lopes Junior critica essa ideologia tradicional de que o objetivo das provas no processo seria estabelecer o esclarecimento da verdade, filiando-se a ideia de coexistência das duas primeiras posições. Afirmam Lopes Júnior e Di Gesu que:

É ingenuidade seguir falando em “verdade processual” ou, mais grave ainda, falar-se na (absurda) verdade real, cuja única “realidade” é fundar um sistema inquisitório. No processo acusatório, a “verdade” dos fatos não é elemento fundante do sistema. O poder do julgador não se legitima pela verdade, tendo em vista que o poder contido na sentença é válido pela versão mais convincente sobre o fato, seja a da acusação ou da defesa. O que importa é o convencimento do julgador (LOPES JUNIOR e DI GESU, 2007, p.62).

O processo penal seria, assim, uma máquina retrospectiva que, através do seu ritual, buscaria desenvolver uma atividade recognitiva dirigida ao julgador. Trata-se da função persuasiva da prova, no intuito de capturar a psíquica do juiz. Assim, o objetivo principal do processo seria não o esclarecimento da verdade, mas o justo julgamento do acusado (LOPES JUNIOR, 2006, p. 181).

No mesmo sentido, Ada Pellegrini Grinover et al. (2001, p. 132), também criticam a corrente que defende a verdade real como meta do processo penal, alegando que, antes de tudo, essa “verdade” há que ser uma “verdade processualmente válida”.

A prova penal produzida pela mente humana apresenta uma peculiaridade: a impossível reconstrução de fato ou imagem da mesma forma em que ocorreu no passado, pois existe tão somente na memória das pessoas e depende da interpretação subjetiva do indivíduo. Logo, a memória, ao ser evocada como meio de prova, não é fiel à realidade e apresenta deficiências.

Diante da deficiência de tentar reconstruir aquilo que aconteceu, justamente por essa reconstrução apresentar-se minimalista e imperfeita, as provas apresentadas pelas vítimas e testemunhas não podem ser compreendidas como verdades reais. O magistrado, ao aquilatar as provas produzidas, forma sua convicção diante de verdades processuais.

A convicção do magistrado se manifesta na sentença e, este juízo decisório, acolhe o verossímil e não exatamente o verdadeiro. Não são os fatos propriamente ditos que se

provam, que se reconstruam, mas as afirmações de sua existência e da relação com o acusado. A partir das afirmações contidas no processo, o juiz resgata o que lhe parece crível e ideologicamente aceitável. Sobre essa questão, considera Thompson:

O que é dúvida, o que é certeza plena? Há dúvida quando há uma possibilidade em dez de que a acusação não seja verdadeira? Ou quando essa possibilidade é de uma para cem? Ou para mil? Em qualquer processo haverá sempre uma possibilidade, ainda que mínima, de que a acusação não seja veraz. Minha experiência, a compulsar milhares de feitos, ensinou-me isso. Por consequência, a famosa ‘certeza legal’ jamais, ou rarissimamente, estará livre de alguma eiva de incerteza. Na verdade, as decisões são fruto da *opinião* do julgador, uma vez que o material sobre o qual trabalha não lhe permite atingir um estágio de *certeza* – ou, pelo menos, de *certeza intrínseca* – mas tão apenas de crença. (THOMPSON, 2007, p. 89-90).

Para Aury Lopes Junior (2006, p. 283-284), a sentença é um ato de crença, de fé. Se isso coincidir com a verdade, muito bem. Importa é considerar que a verdade é contingencial e não fundante. O juiz, na sentença, constrói a “sua” história do delito, elegendo os significados que parecem válidos. O resultado final não é a verdade, mas sim o resultado do seu convencimento.

Destaque-se que, para cumprir seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, o juiz deve manter-se equidistante das partes. Todavia, sua imparcialidade não deve ser confundida com neutralidade. Esta diz respeito à projeção das experiências, dos sentimentos, das vivências pessoais do magistrado sobre o processo, configurando-se a neutralidade um mito (GIACOMOLLI e DI GESU, 2008, p. 4349). Seria utópico pensar que as decisões judiciais estão dissociadas dos valores sociais, de paradigmas históricos, filosóficos e psicológicos. Cabe ao magistrado proferir sentença formalmente imparcial, sem que isso suprima sua neutralidade subjetiva no processo. É por meio da sentença (origem no verbo *sentire*) que o juiz expressa uma emoção: ele sente e declara seu sentir. Portanto, diante dos elementos fáticos apresentados, o magistrado elegerá uma das versões simultaneamente com o significado justo da norma a ser aplicada. Não há como apartar o ato de julgar das tradições, costumes e vivências do julgador.

No sistema acusatório, a verdade surge a partir do convencimento probatório apresentado pelas partes, sem a missão precípua de revelar uma verdade. É justamente a manifestação dialética das partes dirigida ao juiz que diferencia o sistema acusatório com o processo inquisitório. O determinante é convencer o juiz e este, ao avaliar as provas produzidas, não precisa da “verdade” para legitimar sua decisão.

3. Reconhecimento de pessoas ou coisa: problemas inerentes à gestão de provas.

Previsto expressamente no Código de Processo Penal brasileiro, o reconhecimento de pessoas ou coisa é o meio de prova que visa a obter a identificação de pessoa ou coisa por meio de um processo psicológico de comparação com elementos do passado. O reconhecimento tem a natureza jurídica de meio de prova. Sua realização poderá ocorrer na fase inquisitiva, lavrando auto pormenorizado, subscrito pela autoridade policial que presidiu, pela pessoa que fez o reconhecimento e por duas testemunhas. É possível também em juízo, durante a fase de instrução, formando elemento de prova que poderá ser levado em consideração pelo julgador na sentença.

Todavia, o reconhecimento é meio de prova que deve ser visto com reservas, pois existe grande possibilidade de erro no momento da colheita das informações probatórias, apresentando enormes falhas e precariedades na gestão da prova. A principal causa do erro no reconhecimento está na semelhança entre as pessoas.

A título de exemplo acerca da grande possibilidade de erros ou falhas no reconhecimento, foi criada, em 1992, nos Estados Unidos da América, a “The Innocence Project”³. Trata-se de uma ONG especializada em pedir indenização ao Estado americano por condenações de pessoas inocentes. Esta ONG fez uma pesquisa e constatou que 75% das condenações de inocentes se devem a erros cometidos pelas vítimas e testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento (LOPES, 2011, p. 6).

O reconhecimento possui alto grau de falibilidade e, portanto, valor probatório de escassa consistência. Isso porque, o subjetivismo inerente à prova em questão contamina sua eficácia. Entretanto, por sua força impressionística, mesmo diante das comprovadas falhas desse meio de prova, os juízes continuam a ser influenciados pela identificação positiva realizada pela testemunha, ainda que tais resultados equivalham a uma pacífica indicação de culpa (LOPES, 2011, p.6).

O art. 226 do Código de Processo Penal prevê as regras aplicáveis ao ato de reconhecimento de pessoa pela vítima ou testemunhas do delito apurado, atribuindo à determinada pessoa a autoria do fato ou, ainda, que indicará, em meios às coisas apreendidas, aquela que possui algum tipo de conexão com o ato criminoso.

³ Disponível em www.innocenceproject.org/.../What_is_the_Innocence_Project_How_did_it_get_started.php - Acessado em 30 de dezembro de 2010.

Para que se repute válido o reconhecimento (seja na fase investigativa ou na instrução do processo), imprescindível que sejam seguidos os procedimentos legais. Inicialmente, deverá haver a *descrição da pessoa a ser reconhecida*, ou seja, aquele que irá fazer o reconhecimento deverá apontar os traços físicos e estéticos do suposto transgressor. Em seguida, com base nas características apontadas, se possível, a pessoa a ser reconhecida deverá ser colocado *ao lado de outras pessoas que com ele tiverem quaisquer semelhanças*; o responsável pelo reconhecimento será, então, convidado a apontar o infrator do delito, em meio à diversidade de figuras esteticamente semelhantes. A certeza e a segurança do autor do reconhecimento (reconhecedor) será o critério básico de validade do ato. Por derradeiro, lavrar-se-á auto pormenorizado do procedimento, sob pena de nulidade do ato. A importância desse registro funciona de modo a impedir que o reconhecimento seja subvertido em sua finalidade ou tenha sua forma alterada, bem como para que haja segurança na voluntária indicação da vítima ou testemunha em relação a esse ou aquele suspeito perfilado.

Essa diligência deve ser realizada em ambiente adequado, de modo que aquele que reconhece a pessoa possa fazê-lo com serenidade e segurança, atentando-se também para o grau de certeza com que o autor do reconhecimento apontará a pessoa reconhecida (MACHADO, 2007, p. 653).

Contudo, a prática processual nem sempre segue rigidamente os ditames da lei. Inúmeros processos e, por consequência, inúmeras condenações, se utilizam deste meio de prova como razão emblemática da busca pela verdade real. A inquietante busca da verdade comina com a absoluta inobservância do que dispõe o citado dispositivo legal. As pressões populares, a velocidade em julgar e a insuficiência material e pessoal do Estado trazem prejuízos ao julgamento e equívocos nas condenações.

A inobservância dos ditames do art. 226 do CPP é algo comum. Diante do excesso de formalismo no dispositivo legal, talvez falte estrutura necessária para o seu regular cumprimento, como a arquitetura dos fóruns e o ineficiente número de policiais.

Oportuno considerar que a necessidade de perfilar os suspeitos lado a lado funciona como uma forma de dotar a situação de imparcialidade e, ainda, de evitar o condicionamento do raciocínio do ofendido reconhecedor a acusar aquele que mais se aproxima dos caracteres físicos por ele elencados na descrição prevista no inciso I, do art. 226, do CPP.

As formalidades previstas evitam fomentar qualquer tipo de estimulação do reconhecedor a desenvolver uma falsa memória sugerida, eis que efetivamente, a apresentação de apenas um suspeito que se enquadre nas características previamente elencadas pela vítima ou testemunha favorece à deformação de uma ilusão mental baseada em mera semelhança e, não, em efetiva certeza do reconhecimento.

Não obstante a legislação contemple a possibilidade extraordinária de o reconhecimento ser prescindido do pareamento de indivíduos semelhantes, quando não for possível essa situação, deve haver decisão fundamentada pela autoridade policial ou judiciária, posto que, a teor do previsto, a inexistência de indivíduos semelhantes deve ser visto como exceção.

Se a prescrição legal é peremptória ao definir o procedimento de reconhecimento, necessário que os preceitos estampados no Código Processual Penal sejam respeitados, pois, acima de meros padrões burocráticos, os fundamentos legais respeitam uma sequência lógica para efetivação das garantias do processo.

Em que pese a legislação processual brasileira fazer menção à “possibilidade” de a pessoa ser reconhecida ser colocada ao lado de outras que tenham as mesmas características físicas, defendemos a obrigatoriedade do procedimento, tendo em vista se tratar de ato formal. Neste caso, a interpretação as lei deve ser restrita, pois somente desta forma estar-se-á garantindo a observância das regras do jogo – não devemos nos esquecer que a forma do ato é garantiapara o processo – e, principalmente, evitando à formação de falsas memórias (DI GESU, 2010, p. 132-133).

O reconhecimento do autor do delito produzido sem a observância dos preceitos legais, inclusive em relação ao perfilamento de pessoas semelhantes ou a razoável justificativa da impossibilidade de fazê-lo, é manifestamente nulo, com base no art. 564, IV do Código de Processo Penal.

O desrespeito ao referido dispositivo viola o postulado da não autoincriminação e do devido processo legal. Ainda assim, a jurisprudência apresenta outro tratamento ao tema, entendendo que o descumprimento dos preceitos presentes na norma infraconstitucional é “mera recomendação procedimental” e, portanto, não passível de nulidade⁴. O Superior Tribunal de Justiça defende ser caso de nulidade, porém relativa, devendo ser comprovado o efetivo prejuízo à defesa do acusado.⁵

⁴ Apelação Crime Nº 70045815230, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 01/12/2011.

⁵ Recurso Especial 200900651741, Quinta Turma, Relator: Gilson Dipp, Julgado em 22/11/2010.

A relativização dos preceitos constitucionais e a aceitação no processo de provas falhas como mera irregularidade, violam o devido processo legal e se constituem em argumentos perigosos ao direito de defesa.

Para evitar erro de julgamento através do reconhecimento de pessoas, Mariângela Tomé Lopes (2011, p. 6) sugere que, por se tratar de um meio de prova irrepitível e urgente, o reconhecimento deveria ser encarado como produção antecipada de prova. Portanto, deve sempre ser produzido com a participação das partes e do juiz, como um dos primeiros atos de investigação, observando rigorosamente o rito existente na lei processual penal. Argumenta que a irrepitibilidade seria derivada do fator psicológico preponderante na pessoa chamada a realizar o reconhecimento, pois a partir do momento que ele teve contato com a pessoa a ser reconhecida, a imagem guardada na memória influirá no segundo reconhecimento. Logo, estará o ato viciado e, portanto, caracteriza-se como meio irrepitível de prova. Assim, deve sempre ser produzido com todas as cautelas e observando o procedimento existente em lei para sua realização. Em síntese, por somente poder ser produzida uma única vez, para que constitua elemento de prova, deve ser realizado respeitando rigorosamente o procedimento legal e sempre na presença das partes e do juiz, em respeito ao princípio do contraditório.

O tratamento dispensado ao reconhecimento de pessoas está muito aquém à efetivação constitucional de um processo penal democrático. Não reconhecer a nulidade por inobservância do art. 226 do Código de Processo Penal, ainda que sob o argumento da busca da verdade real, deslegitima toda processualística penal e assume o alto risco de se condenar pessoas inocentes.

4. Aplicação jurídica do fenômeno das falsas memórias no reconhecimento de pessoas

A aplicação criteriosa do procedimento legal de reconhecimento de pessoas se justifica por considerar eminente a possibilidade de ocorrência do fenômeno da falsa memória.

Carla Cristina Di Gesu (2010, p.130-132) explica que a probabilidade de erro no reconhecimento de pessoas reside no fato de que a experiência passada deixa sua impressão na memória, a qual pode apresentar equívocos no momento de reconhecer o suspeito pelo delito. Assim, diversos fatos convergem para piorar a qualidade da identificação: condições psíquicas da vítima (estresse, nervosismo), natureza do delito, condições ambientais

(visibilidade, aspectos geográficos), gravidade do fato, tempo da exposição da vítima ao crime e ao contato com o agressor, criminoso com rosto encoberto por toca ou capacete, etc.

Para o processo, a possibilidade de uma testemunha ou vítima fornecer um relato não verdadeiro, a partir da falsificação da recordação, compromete, integralmente, a confiabilidade do testemunho, gerando um imenso prejuízo ao imputado. Na maioria das vezes, diante da ausência de outros elementos probatórios, o julgador emite um juízo com base unicamente na palavra e no reconhecimento do ofendido. Não se trata de por em descrédito essa prova, mas em demonstrar que, dependendo do contexto, ela não é suficiente para afastar a presunção de inocência.

Muitas das vezes, há uma “contaminação” do reconhecimento pessoal, principalmente no que tange às características do acusado. Essa contaminação poderá ocorrer pelo subjetivismo do magistrado, decurso do tempo, induzimento realizado por parentes, por amigos, por policiais ou julgadores, ao formularem os seus questionamentos e, por fim, pela mídia, devido à notoriedade do caso (GIACOMOLLI e GESU, 2008, p. 4339).

Sobre as influências exógenas, Lilian Milnitsky Stein (2010, p. 26) esclarece que as informações advindas de outras pessoas, posteriormente a evento altamente estressante, poderá influenciar na interpretação e percepção daquele que irá reconhecer o suposto autor do delito.

Nesse sentido, a crítica que se aponta é justamente no procedimento equivocado, utilizado para a colheita da prova de reconhecimento do acusado. Isso porque, a memória seria um sistema único construído a partir da interpretação que as pessoas fazem do evento, ou seja, seria aquilo que as pessoas entendem sobre experiência, seu significado, e não a experiência propriamente dita (STEIN, 2010, p. 27).

Toda informação é compreendida e reescrita com base em experiências prévias, delimitadas por estereótipos pré-concebidos na sociedade, de forma que a imparcialidade da vítima sobre o delito deve ser vista com certo receio por aquele que colhe as provas no processo penal. Logo, a percepção deixa lacunas e a perniciosidade do reconhecimento reside também em forçar uma testemunha ou a própria vítima a relatar detalhes acerca do autor do delito para identificar o suspeito, quando em sua oitiva o depoimento é vago e impreciso acerca da autoria dos fatos.

No processo penal há uma atividade recognitiva de um juiz que não sabe sobre os fatos, de forma que, ao tomar conhecimento do ocorrido por outra pessoa (testemunha ou vítima), ele obtém uma cognição bastante contaminada.

Augusto Thompson (2007, p. 89) demonstrando a questão das imperfeições das provas orais colhidas durante a instrução processual, afirma que as partes envolvidas num episódio criminal tendem a ter sua capacidade de senso-percepção prejudicada pela emoção, pelo tipo de relacionamento com as partes, pela maneira de olhar o mundo, pelas crenças irracionais que adotam, enfim, por uma série de empecilhos que dificultam a apreensão da verdade dos fatos na sua pureza objetiva. O ambiente do tribunal também gera tensões emocionais nos depoentes, que, com frequência, sofrem bloqueios e terminam dizendo coisas que nem estavam na sua intenção de dizer nem guardam correspondência com a verdade do que se passou.

Há que se ponderar que o decurso do tempo é fator determinante ao sucesso ou ao insucesso da utilização da citada prova penal. Por óbvio, o transcurso do tempo é fundamental ao esquecimento, pois além de os detalhes dos acontecimentos desvanecerem-se no tempo, a forma de retenção da memória é bastante complexa. Quanto menor o intervalo de tempo entre o fato delituoso e o reconhecimento, menor será a possibilidade de haver esquecimento e menor a possibilidade de influências externas.

Porém, o processo penal vive um conflito com relação a sua razoável duração: de um lado, o processo não pode demorar demais, para não configurar negação à jurisdição e prejudicar a memória das vítimas e testemunhas acerca do fato ocorrido; por outro, diante da maturação do ato de julgar, o imediatismo da instrução pode desrespeitar garantias fundamentais como a ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, devido processo legal, etc. Ressalte-se que a observância desses princípios está vinculada à qualidade técnica da prova, coletada com maior confiabilidade se feita dentro de prazo razoável.

Aury Lopes Junior (2006, p. 280-281), analisando o binômio tempo/velocidade dentro do processo penal, explica que existe uma insuperável incompatibilidade entre verdade e o paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário. O crime sempre é passado, logo, história, fantasia, imaginação e depende, acima de tudo, de memória. Assim, os acontecimentos não são apreendidos, uma vez que as imagens não se fixam e escapam pela fluidez da velocidade.

Como já dito, Mariângela Tomé Lopes (2011, p. 6), entendendo ser o reconhecimento de pessoas produção antecipada de prova, afirma que para esta prova ter maior efetividade, imprescindível realizá-la o mais rápido possível, pois a memória sofre alterações a depender de dois aspectos: a) o estado psicológico que a pessoa se encontrava no momento dos fatos; b) o passar do tempo, capaz de apagar informações importantes ou de criar falsas memórias.

Ainda que de forma tímida, a falsa memória vem sendo reconhecida pelos tribunais. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão inédita, reformou, em sede de apelação criminal, sentença condenatória lastreada em reconhecimento do autor do delito unicamente pela vítima e em dissonância aos preceitos legais. Argumentou-se, no acórdão, que a vítima não mentiu, mas que sucumbiu ao fenômeno das falsas memórias⁶.

Seguindo os mesmos critérios, o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro também deu provimento a recurso de apelação, sob o argumento de que a prova oral apresentou-se controvertida, com várias versões para o mesmo fato criminoso. Alegou-se no acórdão que o reconhecimento ocorreu de maneira indevida, com o acusado sozinho na sala de reconhecimento. Além disso, a prova testemunhal teve sua credibilidade afetada, apresentado o problema de falsas recordações, ao combinar recordações verdadeiras com conteúdo sugestionado por terceiros⁷.

As falsas memórias possuem, assim, aplicabilidade prática. Apesar de ser difícil sua constatação, o reconhecimento do acusado deve ser realizado com precaução. Para que se minimizem as falhas inerentes à memória humana, os requisitos do art. 226 do Código de Processo Penal devem ser seguidos criteriosamente. Em muitas investigações, a prova pericial apresenta baixa qualidade técnica, pouco analítica, o que torna imperativa a realização correta desse meio de prova para dar efetivo substrato à ação penal e evitar erros judiciais.

Conclusão

Pelo presente estudo foi possível vislumbrar como o funcionamento da memória e sua possibilidade de falsificação reflete na realização do reconhecimento de pessoas no

⁶ Apelação Criminal n. 01108141-3/3-0000-000, Oitava Câmara Criminal, Relator Guilherme Madeira Dezem, julgado em 23/11/2007.

⁷ Apelação Criminal n. 2007.050.04426. Sétima Câmara Criminal, Relator Geraldo Prado, Julgado em 29/11/2007.

processo penal. O fenômeno das falsas memórias aos poucos se insere nos contexto jurídico brasileiro, com decisões reconhecendo sua existência e aplicabilidade prática.

A justiça brasileira não está apta para enfrentar o problema das falsas memórias. O reconhecimento de pessoas é elemento de prova fundamental para determinados tipos de crimes, os quais não deixam vestígios e, portanto, dificultam o descobrimento da autoria. Porém, muitas injustiças são cometidas, em razão da demora para produção de provas em juízo e da ausência da aplicação adequada do art. 226 do Código de Processo Penal, fazendo desse importante elemento de prova uma “mera formalidade instrumental”, prova totalmente vazia e muitas das vezes realizada para suprir a inoperância investigativa do Estado.

O processo penal possui finalidade retrospectiva e, através das provas, pretende-se criar condições para a atividade recognitiva do juiz acerca de um fato do passado. As partes são as responsáveis pela produção de provas para formar a convicção do magistrado. Logo, o juiz não precisa da “verdade” para se legitimar, contentando-se com o convencimento formado a partir do que está contido no processo e regido pelo sistema acusatório, devidamente evidenciado pela motivação da sentença.

Na realidade, a única verdade aceitável é a “verdade processual”, pois as provas produzidas no processo penal são atos de convencimento e não de busca absoluta da existência dos fatos. Logo, algumas medidas poderiam ser tomadas para que houvesse a formulação de sentenças que se aproximassem ao máximo da verdade e minimizasse a ocorrência de condenações injustas: primeiro, seguir corretamente o procedimento previsto para o reconhecimento de pessoas. Segundo, realizar a colheita da prova em um prazo razoável, com o objetivo de dirimir a influência do tempo sobre a memória. Terceiro, adotar técnicas de entrevista cognitiva, com a finalidade de que a vítima ou a testemunha pudesse descrever o autor dos fatos “descontaminado” das possíveis ações sugestivas de terceiros. Terceiro, ter o acompanhamento de psicólogos na primeira oportunidade em que fosse realizado o reconhecimento, com a finalidade de que suas técnicas pudessem colaborar na gestão das provas.

A produção antecipada de provas é um caminho viável para garantir a efetividade da correta realização do reconhecimento de pessoas, desde que realizada sem prejuízos à ampla defesa e ao contraditório, garantindo a participação das partes no momento de sua realização.

Referências

ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. Ribeirão Preto: Revista Paideia, Abr 2007, vol.17, n.36, p.45-56. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/paideia/v17n36/v17n36a05.pdf>>.

CARVALHO, Salo. Memória e esquecimento nas práticas punitivas. *In*: GAUER, Ruth Maria Chittó Gauer (Org.). **Criminologia e Sistemas Jurídico-Penais Contemporâneos**. Porto Alegre: Edipucrs, 2008.

DAMÁSIO, Antônio. **O erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Trad. Portuguesa Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 1996, p. 128-129.

DESCARTES, René. **Meditações metafísicas**. Coleção os pensadores. Trad. De J. Guinsburg e Bento Prado Jr. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal & Falsas Memórias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Carla Cristina. As falsas memórias na reconstrução dos fatos pelas testemunhas no processo penal. **Trabalho publicado nos Anais do XVII Encontro Nacional do CONPEDI**. Brasília, nov. 2008.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As nulidades no processo penal**. 7 ed. São Paulo: RT, 2001.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artemed, 2006.

LOFTUS, Elizabeth. As falsas lembranças. *In*: **Revista Viver Mente & Cérebro**, 2005, p. 90-93.

LOPES, Mariângela Tomé. Reconhecimento de pessoas e coisas como meio de prova irrepelível e urgente. Necessidade realização antecipada. *In*: **Boletim IBCCRIM**, Ano XIX, n. 229, dez. 2011, p. 6-7.

LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____; GESU, Carla Cristina Di. Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal: em busca da redução de danos. *In*: **Revista de Estudos Criminais**, Ano VII, n. 25. Sapucaia do Sul: 2007, p. 59-69.

MACHADO, Antonio Alberto. **Curso de Processo Penal**. Ribeirão Preto: Legis Summa, 2007.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2000.

OST, François. **O tempo do direito**. Trad. De Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 59 e ss.

PEREIRA, Márcio Ferreira Rodrigues. A tirania da verdade no processo penal brasileiro: às voltas com o 'princípio' da verdade real. *In: Revista Espaço Acadêmico*, Ano X, n. 115. Maringá: 2010, p. 95-102.

STEIN, Lilian Milnsnitsky et. al. **Falsas memórias**: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

_____ ; NEUFELD, Carmen Beatriz. **Falsas memórias**: por que lembramos de coisas que não aconteceram? *Arq. Ciênc. Saúde Unipar* 5(2), 179-186, 2001.

TARUFFO, Michele. **La Pruebade Los Hechos**. Madri:Trotta, 2002.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os criminosos?**, 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen juris, 2007.