

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

PEDRO HENRIQUE NUNES GENTIL

**FALSAS MEMÓRIAS E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE
PROVA NO PROCESSO PENAL**

UBERLÂNDIA
2021

PEDRO HENRIQUE NUNES GENTIL

**FALSAS MEMÓRIAS E RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE
PROVA NO PROCESSO PENAL**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia, Faculdade de Direito Professor Jacy de Assis, *campus* Santa Mônica.

Orientadora: Profa. Dra. Simone Silva Prudêncio

UBERLÂNDIA

2021

BANCA EXAMINADORA

Professora Dra. Simone Silva Prudêncio
FADIR – Universidade Federal de Uberlândia

Professor Dr. Alexandre Garrido da Silva
FADIR – Universidade Federal de Uberlândia

Jackeline Caixeta Santana
Mestranda FADIR – Universidade Federal de Uberlândia

Uberlândia, 01 de outubro de 2021.

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Rosimeire e Luiz, que sempre deram sentido à minha luta e sempre fizeram o possível e impossível por mim, e minha irmã, Maria Luiza, que comemorou cada vitória minha. Vocês sempre foram conforto e alegria, mesmo que por vezes distantes fisicamente.

Agradeço aos meus gatinhos, Salsinha e Cebolinha, por terem me escolhido e por sempre estarem me esperando para melhorar os dias difíceis ao chegar em casa. Agradeço por me acalmarem deitando longos períodos no meu colo enquanto eu escrevia este trabalho.

Agradeço a todos os professores que marcaram minha trajetória até aqui, ensinando a pensar de forma crítica, contribuindo para a construção de quem eu sou como estudante e ser humano. Agradeço, especialmente, a orientadora deste trabalho, Professora Simone, que foi paciente e generosa em todas as nossas conversas e orientações.

Agradeço ao Coletivo Artimanha, que foi parte da minha motivação para entrar e permanecer no curso.

Agradeço ao Coletivo Brasil Ralé, que deu voz a minha indignação e de tantos outros. Com vocês tive os melhores momentos da minha faculdade.

Agradeço aos que fizeram parte das minhas experiências de estágios, especialmente ao defensor público Clayton e a escritã Luciene, que sempre foram pacientes, justos e comprometidos em me ensinar a prática do Direito e sobretudo a agir de forma humana em sua aplicação.

Por último, mas não menos importante, agradeço aos meus colegas de sala que compartilhei momentos, tristezas e alegrias nestes anos de faculdade, especialmente à Ana Carolina e à Mariana, pelo carinho e por me mostrar meu melhor lado; e à Caroline pela parceria em atividades diversas, acadêmicas ou não.

“É isso que dá viver às avessas”, disse a Rainha com doçura: “sempre deixa a gente um pouco tonta no começo...”

“Viver às avessas!” Alice repetiu em grande assombro. “Nunca ouvi falar de tal coisa!”

“...mas há uma grande vantagem nisso: a nossa memória funciona nos dois sentidos.”

“Tenho certeza de que a minha só funciona em um”, Alice observou. “Não posso lembrar coisas antes que elas aconteçam.”

“É uma mísera memória, essa sua, que só funciona para trás”, a Rainha observou.

(Alice através do espelho, Lewis Carroll)

RESUMO

Pela perspectiva dos estudos sobre as Falsas Memórias, este trabalho de conclusão de curso questiona a credibilidade do reconhecimento fotográfico e sua utilização no curso das ações penais e na decretação de prisões cautelares, especialmente nos casos em que é elemento probatório exclusivo, tendo em vista a possibilidade de influência do fenômeno das falsas memórias.

Qualquer estudo que tente entender, por mínimo que seja, a complexidade da mente humana, estará diante da complexidade do próprio ser humano e, portanto, este trabalho não tem a pretensão de decifrar a ocorrência das falsas memórias ou propor soluções definitivas. E nesse sentido, reconhecendo a possibilidade de falibilidade da mente humana e entendendo os princípios que regem o processo penal brasileiro, o presente estudo objetiva traçar os caminhos que devem ser evitados ou usados para tornar mais seguras e consistentes as provas testemunhais decorrentes do reconhecimento penal, quando da fundamentação do convencimento da autoridade julgadora e impedir a ocorrência de reconhecimentos fotográficos falhos e consequentes violações de direitos. Sendo assim, a pesquisa se justifica por ser um campo pouco explorado pelos juristas e por ser um tema notadamente interdisciplinar, já que não há como falar sobre memória sem a intersecção da neurociência e da psicologia.

Os caminhos, necessariamente, passam pela aplicação correta das leis procedimentais penais pelos agentes públicos, especialmente as forças de segurança, e uma atuação garantista dos magistrados que precisam reconhecer a possibilidade de ocorrência das falsas memórias e pautarem sua atuação pelos princípios do *in dubio pro reo* e presunção de inocência, além da dignidade da pessoa humana, todos de grande valia para o Estado Democrático de Direito e para a Constituição Federal de 1988.

Palavras-chave: Falsas Memórias. Reconhecimento Fotográfico. Sugestionabilidade. Dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT

From the perspective of studies on False Memories, this undergraduate thesis questions the credibility of photographic eyewitness identification and its use in the course of criminal prosecutions and in the ordering of provisional detention, especially in cases which they are the exclusive evidence, concerning the possibility of an influence of the false memories phenomenon.

Any study that seeks to understand, slightly, the complexity of the human mind, will face the complexity of the human being itself. This work therefore, does not intend to decipher the occurrence of false memories or propose ultimate solutions. In this sense, recognizing the potential fallibility of the human mind and understanding the principles that govern the Brazilian criminal procedure, this study outlines the paths that should be avoided or used to make the testimonial evidence resulting from criminal recognition more secure and consistent, concerning the ratio decidendi of the judging authority's findings and hence prevent the occurrence of faulty photographic identification and subsequent violations of rights. Therefore, research is justified for being a field scarcely studied by jurists and for it is a remarkably interdisciplinary topic, since there is no way to talk about memory without the intersection with neuroscience and psychology.

The paths, necessarily, undergo the correct application of statutory procedure laws by government agents, especially the security forces, and a guaranteeing operation by judges who need to recognize the eventual occurrence of false memories and guide their actions by the principles of *in dubio pro reo* and presumption of innocence, in addition to the human dignity, all of great value to the Rule of Law and to the 1988 Federal Constitution.

Keywords: False Memories; Photographic Eyewitness Identification; Suggestibility; Human Dignity.

LISTA DE SIGLAS:

AP: Apelação Criminal

CNJ: Conselho Nacional de Justiça

CONDEGE: Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais

CPP: Código de Processo Penal

CRFB/1988: Constituição da República Federativa do Brasil de 1988

DP: Delegacia de Polícia

DPESP: Defensoria Pública do Estado de São Paulo

DPRJ: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

EUA: Estados Unidos da América

FM: Falsas Memórias

HC: Habeas Corpus

HIV: Human Immunodeficiency Virus

OEA: Organização dos Estados Americanos

ONU: Organização das Nações Unidas

RevCr: Revisão Criminal

STJ: Superior Tribunal de Justiça

STF: Supremo Tribunal Federal

TJMG: Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Sumário

1. INTRODUÇÃO	10
2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROVAS E RECONHECIMENTO	12
2.1 A dignidade da pessoa humana no processo penal.....	12
2.2 Prova penal, epistemologia judiciária e garantias institucionais.....	17
2.3 Classificação das provas.....	20
2.4 Princípios e Garantias atinentes às provas	23
2.4.1 O princípio do contraditório e da ampla defesa	23
2.4.2 O livre convencimento motivado e a valoração judicial	25
2.4.3 O princípio do in dubio pro reo e o standard de prova	27
2.5 Reconhecimento penal – Natureza jurídica e formalidades.....	30
3. A MEMÓRIA E O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS	34
3.1 Noções gerais.....	34
3.2 Tipos de memória.....	35
3.3 A imperfeição da memória	37
3.4 As falsas memórias e seu contexto histórico	40
3.5 Compreendendo o fenômeno.....	43
4. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E FALSAS MEMÓRIAS	49
4.1 O valor probatório do reconhecimento fotográfico e sua incidência jurisprudencial	49
4.2 O reconhecimento fotográfico como violação de direitos	57
4.3 Os álbuns de suspeitos e redes sociais	60
4.4 Em busca da redução de danos.....	65
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	69
REFERÊNCIAS	71

1. INTRODUÇÃO

A realização de um reconhecimento penal passa, necessariamente, por um esforço da memória de vincular característica da pessoa suspeita que se está vendo naquele momento com a pessoa que cometeu o delito. Essas ligações mentais são usadas pela vítima ou testemunha para fazer um juízo positivo, neutro ou negativo de seu reconhecimento. Nas duas últimas hipóteses, considerando os princípios constitucionais que regem o processo penal brasileiro, o testemunho não poderia prejudicar o suspeito sob nenhum aspecto. Caso o reconhecimento seja positivo, tem-se uma possível prova pesando contra o indivíduo, que poderá culminar em uma sentença penal condenatória.

Não é possível saber se a infalibilidade da mente humana seria uma dádiva ou maldição, já que lembrar de absolutamente tudo, em seus mínimos detalhes, em determinados casos poderia ser perturbador. A memória é falível e imperfeita, e o esquecimento pode até ser um mecanismo de defesa psicológica ou simplesmente uma de nossas tantas limitações humanas.

Este trabalho, ao questionar a capacidade da mente humana de se lembrar de acontecimentos de maneira absolutamente fidedigna à realidade, busca questionar o próprio processo penal e a valoração do reconhecimento fotográfico como meio de prova do cometimento de um delito. Ademais, os estudos sobre as falsas memórias tornam a discussão mais complexa, na medida em que constroem argumentos científicos construídos em bases sólidas para questionar a clareza probatória e, conseqüentemente, apontar os efeitos danosos que podem advir de um reconhecimento errôneo por parte da vítima ou de testemunha.

Como metodologia científica, foi empregado o método dedutivo, partindo de uma explanação geral do tema e suas nuances, para ao fim convergir nos elementos particulares. Para tanto, adotou-se como técnica de pesquisa a bibliográfica, com pesquisa na jurisprudência brasileira, bibliografia de especialistas em direito processual penal, psicologia social e neurociência, artigos científicos, teses e dissertações, sempre norteado pelo o garantismo aos direitos humanos e à Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB) de 1988.

Para tanto, no primeiro capítulo o leitor irá se deparar com uma abordagem geral sobre o princípio da dignidade da pessoa humana e sua primazia na realização dos procedimentos de reconhecimento penal. Em seguida, busca-se analisar a prova

no processo penal e os princípios que norteiam a atividade probatória, fazendo uma aproximação entre os campos jurídico e epistemológico, para, ao final localizar o reconhecimento penal e seus procedimentos, com destaque ao reconhecimento fotográfico. No segundo capítulo, à luz do exposto, a pesquisa passa por tentar entender parte da criação das memórias e o fenômeno das falsas memórias, entendendo a complexidade da mente humana e a sua falibilidade como uma característica inerente e imprevisível. Por fim, o último capítulo se dedica a debater a ocorrência do fenômeno das falsas memórias durante o reconhecimento fotográfico – principalmente quando realizado sem os mecanismos legais e técnicos como o reconhecimento por redes sociais ou álbuns de suspeitos em delegacias –, questionar a possibilidade de saneamento de vícios procedimentais em juízo, durante o curso da ação penal e apresentar, ao final, técnicas de redução de danos e caminhos para a garantia e efetivação de direitos fundamentais dos acusados.

Os estudos sobre a incidência das falsas memórias no processo penal e suas consequências na atividade probatória ainda são escassos, porém devem ser visto com muita seriedade especialmente quando confrontado com o sistema de garantias constitucionais brasileiro, já que o judiciário penal sempre se utiliza de prova oral baseada nas lembranças do fato de seus aspectos correlatos, bem como efetuam reconhecimentos que podem ser determinantes para a condenação ou absolvição de um indivíduo suspeito.

Portanto, este trabalho de conclusão de curso se justifica pela necessidade de que o meio jurídico debata e considere as possíveis fragilidades do reconhecimento penal fotográfico, especialmente quando ele feito com inobservância de preceitos processuais fundamentais, no intuito de fortalecer o exercício justo do processo penal brasileiro. No entanto, é necessário reconhecer que o tema das falsas memórias, quando inserido na problemática processual, adquire tamanha complexidade que não há soluções simples, mas apenas medidas de redução e compensação dos danos com vistas na garantia dos direitos fundamentais.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, PROVAS E RECONHECIMENTO

2.1 A dignidade da pessoa humana no processo penal

O Judiciário é um dos Poderes da União, juntamente com o Executivo e o Legislativo, de acordo com o artigo 2º da Constituição da República Federativa do Brasil. Essa organização confere ao Judiciário a importante *Função Jurisdicional*, que pode ser entendida como a função/poder outorgado ao juiz ou à autoridade decorrente do *imperium* do Estado para julgar situações levadas a seu conhecimento¹.

No exercício da função jurisdicional penal, o Judiciário se vê diante de uma situação criminosa e precisa, por vezes, tomar decisões que restringem a liberdade dos sujeitos e, de pronto, os coloca na situação de acusados perante toda a sociedade. Segundo Lopes Jr.², o objeto do processo penal é a pretensão acusatória que afirma a existência de um delito e quer ver a concretização do poder punitivo do Estado materializada em uma pena ou medida de segurança. Essa definição se alinha ao posicionamento de Gustavo Badaró³, o qual defende que a finalidade do processo penal é a legitimação do exercício do poder punitivo estatal. Nesse raciocínio, surge o seguinte questionamento: o poder punitivo será sempre fundado em uma decisão justa ou pode haver legitimação de injustiças penais?

Embora seja possível travar uma extensa discussão sobre o que seria uma decisão justa, especialmente se envolvesse filósofos do direito e a busca permanente por um sentido de justiça compatível com a realidade do direito, não é esse o caminho que se propõe, pois ele abriria uma infinidade de outros questionamentos cada vez mais complexos que poderiam não levar ao tema inicialmente proposto. Sendo assim, o caminho escolhido até uma decisão justa tem como norte a dignidade da pessoa humana, combinada com as regras e princípios dela decorrentes.

Logo, os processos que estejam em consonância com os ditames constitucionais e com as regras legais poderão⁴ ter como resultado uma decisão justa.

¹ SILVA, De Plácido e. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscilla Vasques Gomes. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 1223

² LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 53

³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 18

⁴ Um importante cuidado é abordado por Gustavo Badaró (Ibid., p. 19): o respeito ao procedimento é, sem dúvidas, condição necessária do processo penal. Todavia, não é verdade que seja suficiente para

Por outro lado, um processo que afronta garantias ou leis certamente dará origem a uma decisão injusta. Uma decisão injusta jamais poderá ser legítima.⁵

Além das afrontas diretas ao texto constitucional e às leis brasileiras que ocorrem, é preciso reconhecer que o Poder Judiciário é movido por pessoas, indivíduos reais, seres humanos que estão suscetíveis a erros diversos, seja ao analisar uma prova, dar andamento ao feito ou proferir uma sentença condenatória. Não obstante, é incabível a completa ausência de responsabilização dos erros judiciários, na medida que geram graves prejuízos, levando indivíduos a suportar ônus indevidos como demora na prestação jurisdicional, prisões injustas, atuação culposa ou dolosa dos juízes ou mesmo a negativa do acesso ao judiciário. Para tanto, a CRFB/1988 no artigo 37, §6º, na mesma linha do que já previa o artigo 194 da Constituição da República de 1946, consolidou o chamado *Princípio da Responsabilidade Objetiva do Estado*. No caso de sentença criminal condenatória ilegítima e prisões preventivas ou temporárias injustificadas, são evidentes os danos morais e patrimoniais e que, portanto, ensejam o direito à indenização por parte do Estado.⁶

Mesmo que sobrevenha uma indenização do Estado, qualquer restrição injusta da liberdade de alguém – mesmo que breve – fere de forma grave sua honra e sua imagem, compromete seu futuro e sua dignidade como ser humano. Ainda que reste provada a inocência, com sentença absolutória ou nem mesmo o ajuizamento da ação, o indivíduo sairá da prisão taxado como criminoso pelo julgamento equivocado que o colocou dentro do sistema prisional e com uma afronta incurável de sua dignidade.⁷

garantir que será proferida uma sentença justa. Além de coincidir com os procedimentos, pode ser que haja uma valoração errônea das provas constante nos autos.

⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 19

⁶ FRANCO, João Honório. *Indenização do erro judiciário e prisão indevida*. 2012. Disponível em: https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/publico/Versao_Corrigida_Joao_Honorio_de_Souza_Franco.pdf. Acesso em: 15 set. 2021.

⁷ Um caso emblemático nessa linha ocorreu em Manaus/AM em 2003 com Heberon Oliveira que foi acusado de estupro de uma menina de 09 (nove) anos. Heberon foi reconhecido pela vítima, quase dois meses depois do ocorrido e quando estava em um bar do bairro. Ainda como preso provisório, ficou 925 dias preso e foi estuproado por aproximadamente 60 homens e contraiu HIV. Só em 2018, 15 (quinze) anos depois, o STJ reconheceu o direito de Heberon a ser indenizado pelo Estado do Amazonas, um mero alento diante da vergonha, humilhação, extrema violência sofrida e, como consequência, depressão e debilidade de sua saúde (PRAZERES, Leandro. STJ julga indenização a homem estuproado após ser preso por crime que não cometeu. 2018. Site Uol Cotidiano. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/06/26/stj-julga-indenizacao-a-homem-estuproado-apos-ser-presos-por-crime-que-nao-cometeu.htm>>. Acesso em: 16 set. 2021).

Portanto, o sistema judiciário, em conjunto com os outros Poderes da República, comunidade e particulares, precisa estar comprometido com a dignidade da pessoa humana, com os direitos fundamentais e com a busca permanente de erradicação dos erros judiciários e prisões injustas. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁸ leciona que:

O princípio da dignidade de pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos (...)

Em outros termos, a dignidade da pessoa humana é, ao mesmo tempo, limite e tarefa do Estado e, portanto, toda a sua atuação precisa estar pautada por esse princípio e políticas devem ser implementadas para a concretização da dignidade de seus cidadãos e de qualquer pessoa que esteja em seu território. Assim, a dignidade da pessoa humana está presente no plano jurídico doméstico, no plano internacional e no discurso entre as nações, materializado em diversos Tratados e Convenções Internacionais e Constituições dos países signatários, de modo que é possível afirmar que “A dignidade da pessoa humana tornou-se, nas últimas décadas, um dos grandes consensos éticos do mundo ocidental”⁹.

Segundo Luís Roberto Barroso¹⁰, historicamente, a dignidade humana demorou a ganhar relevância a ponto de ser ideia norteadora de vários documentos jurídicos como é hoje. De acordo com o Ministro do STF¹¹, o segundo pós-guerra foi um momento de ascensão da proteção da dignidade humana e várias constituições¹² mundo a fora a incorporaram em seus ordenamentos jurídicos, caminhando assim para um diálogo transnacional de fortalecimento de um sentido global de dignidade entre países, governos e organizações internacionais. Sendo assim, não é incomum

⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 110.

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. p. 02.

¹⁰ *Ibid.*, p. 04.

¹¹ *Ibid.*, p. 04.

¹² São muitos os exemplos de documentos jurídicos que incorporaram, a partir da segunda década do século XX, o princípio da dignidade da pessoa humana. A Constituição do México em 1917, a Constituição da Alemanha de Weimar (1919), a Carta da ONU (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e outras tantas Constituições que fazem referência à dignidade, como do Japão, Itália, Portugal, Israel, Hungria e Suécia, entre outras. (BARROSO, Luís Roberto. *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo*. cit., p. 04).

ver julgados nacionais se referirem a decisões proferidas em outros países, revelando o movimento de sentido comum global da dignidade.

Ingo Sarlet¹³ lança luz sobre o significado da dignidade da pessoa humana e logo deixou claro que a obtenção de uma conceituação clara do conteúdo e efeitos da definição em seu âmbito de proteção requer, no mínimo, exaustiva análise jurídica, filosófica e hermenêutica, com grande chance de chegar à conclusão da inviabilidade de alcançar um conceito satisfatório e atual. Para o autor¹⁴, embora seja incontestável que o conceito de dignidade da pessoa humana é necessariamente polissêmico, em muitas situações não existe maior dificuldade em identificar situações claras de violação da dignidade. Em última na análise, o que se reconhece é que onde houver situações de desrespeito à vida e à integridade física e moral do ser humano, de completa ausência de condições mínimas de existência digna, de ausência de limitação dos poderes e de inobservância de direitos de liberdade, autonomia, igualdade e direitos fundamentais não haverá lugar para a dignidade da pessoa humana e o indivíduo poderá ser objeto de arbítrios e injustiças¹⁵.

No sistema constitucional brasileiro em vigor, vários direitos – individuais, sociais e econômicos – dão forma ao conteúdo mínimo da dignidade da pessoa humana. Muitos desses direitos foram consagrados no art. 5º da CRFB/1988, mas é possível encontrar a composição da dignidade em toda a Carta Magna de 1988¹⁶, como por exemplo em seu art. 1º, inciso III:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
(...)
III - a dignidade da pessoa humana;

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal frequentemente invoca o princípio da dignidade da pessoa humana para decidir questões que lhe compete. Há precedentes que fazem referência à dignidade humana envolvendo à não autoincriminação¹⁷, à

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, cit., p. 39

¹⁴ Ibid., p. 40

¹⁵ Ibid., p. 59

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo. 2000. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588>>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹⁷ STF, DJ 16 fev. 2001, HC 79.812/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

presunção de inocência¹⁸, à ampla defesa¹⁹, contra o excesso de prazo em prisão preventiva²⁰, à aplicação do princípio da insignificância²¹, entre tantos outros.

No famoso julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.510/DF, que discutia a inconstitucionalidade da Lei nº 11.105 (Lei de Biossegurança) e a utilização de células-tronco embrionárias em pesquisas científicas, a dignidade da pessoa humana foi citada inúmeras vezes, sendo que em uma delas o Ministro Ayres Britto, relator do caso, afirmou:

a dignidade da pessoa humana é princípio tão relevante para a nossa Constituição que admite transbordamento, transcendência ou irradiação para alcançar, já no plano das leis infraconstitucionais, a proteção de tudo que se revele como o próprio início e continuidade de um processo que deságue, justamente, no indivíduo pessoa.²²

Já o Ministro Ricardo Lewandowski afirmou que:

A dignidade humana, não só constitui o cerne dos direitos fundamentais, como configura, igualmente, um dos pilares da própria República, conforme consigna, de modo solene, o art. 1º, III, da vigente Carta Magna. Daí cuidar-se de um valor que transcende a pessoa compreendida como ente individual, consubstanciando verdadeiro parâmetro ético de observância obrigatória em todas as interações sociais.²³

Diante disso, é possível afirmar que a utilização da dignidade da pessoa humana é profunda no direito brasileiro e, apesar da dificuldade conceitual e filosófica, é facilmente identificada nas situações de violação de direitos e injustiças. Além disso, não é necessário fazer qualquer juízo sobre a pessoa para que a dignidade seja reconhecida e, nesse sentido, Michael Kloepper²⁴ explica que a dignidade independe de qualquer atributo e não é possível perdê-la ou dela dispor, mesmo que a pessoa não tenha consciência de seu valor como ser humano.

Diante dessa explanação geral sobre a dignidade da pessoa humana e seus corolários, o reconhecimento de uma pessoa sem que ela realmente seja a autora do

¹⁸ STF, DJ 17 out.2008, HC 93782/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski.

¹⁹ STF, DJ 20 out. 2006, HC 85.327/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes.

²⁰ STF, DJ 30 abr. 2010, HC 98.579/SP, Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello.

²¹ STF, DJ 19 dez.2008, HC 91952/SP, Rel. Min. Marco Aurélio.

²² STF, DJ 29 mai. 2008 ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto. Voto do Min. Ayres Britto. p. 169.

²³ STF, DJ 29 mai. 2008 ADI 3510/DF, Rel. Min. Ayres Britto. Voto do Min. Ricardo Lewandowski. p. 410.

²⁴ KLOEPFER, Michael. 1968 apud SARLET, Ingo Wolfgang (Org.), *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 152-153.

delito fere frontalmente a dignidade de um inocente. Ademais, quando o sistema judiciário permite que seja possível a utilização do reconhecimento, seja ele pessoal ou fotográfico, à margem dos procedimentos legais, está corroborando com a violação, assumindo o risco de erros e, conseqüentemente, deixando de garantir um valor intrínseco de uma pessoa que pode ser levada à prisão injustamente.

Assim, o erro do reconhecimento e o sofrimento decorrente dele é ponto central na discussão deste trabalho, aspecto que ao longo do texto será mais bem trabalhado. Por ora, é importante localizar o reconhecimento dentro do contexto probatório penal e as garantias que o cercam.

2.2 Prova penal, epistemologia judiciária e garantias institucionais.

Todo o aparato judiciário construído pelo processo penal é instrumento de reconstrução de um fato ocorrido, numa espécie de retrospectiva histórica em que todos os atores envolvidos no processo precisam se aprofundar nos aspectos das provas disponíveis e utilizá-las como instrumentos epistêmicos. Nesse sentido, Lopes Jr.²⁵ explica que “as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime)”.

A prova está ligada à realidade dos fatos e vincula-se à verdade e à certeza. É evidente que é impossível a reconstrução perfeita e completamente rica em minúcias daquilo que aconteceu no mundo naturalístico. Todavia, no âmbito do processo penal, o objetivo das partes é gerar um estado de *certeza* no julgador daquilo que se alega, seja como acusação ou como defesa²⁶.

Na visão de Francesco Carnelutti²⁷, as provas servem, exatamente para reconstruir a história e percorrer, com paciência e atenção, o mesmo caminho histórico daquele que cometeu o crime, seja o investigado ou não. Todavia, o autor alerta para a falibilidade das provas, que torna o caminho perigoso ao processo penal: “O risco é errar o caminho. E o dano é grave, quando se erra a estrada.”

²⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, cit., p. 341.

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 18.

²⁷ CARNELUTTI, Francesco. Tradução: Carlos Eduardo Trevelin Millan. *As misérias do processo penal*. São Paulo: Pillares, 2009. p. 26.

Muito se discute sobre a *busca da verdade real dos fatos*, princípio este que está presente em diversos dispositivos do Código de Processo Penal (CPP) em vigor, como, por exemplo, nos artigos 156 e 209. No campo da epistemologia, a verdade sempre foi um assunto vasto para pesquisas filosóficas, mas quando o judiciário tem como fim institucional a descoberta da verdade – nos limites do conhecimento humano – e o processo e a instrução passam a buscar a reconstrução dos fatos, estamos diante de uma de epistemologia judiciária²⁸. Diante desse modelo, a descoberta da verdade passa a depender de como as garantias judiciárias e seus corolários são trabalhadas pelos atores do processo, se para obstaculizar ou contribuir com a elucidação dos fatos.

Não é pacífico na doutrina a discussão sobre o papel crucial da reconstrução dos fatos no processo penal. O autor Marcos Eberhardt²⁹ critica a tendência doutrinária de comparar o trabalho do magistrado ao de um historiador, justificando que o processo que se norteia simplesmente pela busca da verdade atropela garantias como o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Assim argumenta o seguinte:

Entendemos que não há mais espaço para garantias como favores; um sistema probatório que mira tão somente a verdade atropela o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. A perspectiva de conformação constitucional é diametralmente oposta: a interpretação e aplicação dos preceitos legais deve-se dar a partir da Constituição e de acordo com este. Daí entender-se o processo como instrumento de garantia, e não como instrumento de encontro da verdade.³⁰

Diante disso, pode-se dizer que não há como falar em provas no processo penal sem que se dê atenção às garantias institucionais do processo. Marina Gascón Abellán³¹ estabelece três categorias para as garantias institucionais do processo: (i) garantias (institucionais) epistemológicas, que auxiliam a averiguação da verdade; (ii) garantias (institucionais) não epistemológicas, que não interferem na averiguação da verdade; e (iii) garantias (institucionais) contra epistemológicas que dificultam e enfraquecem a busca pela verdade.

²⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 17.

²⁹ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal: Análise crítica, doutrinária e jurisprudencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. p. 23.

³⁰ *Ibid.*, p. 23.

³¹ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho: bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 110.

Gustavo Henrique Badaró³² adota também um tríplice critério epistemológico para as garantias processuais: garantias positivas, neutras e negativas. As garantias *epistemologicamente positivas* são aquelas que facilitam ou incentivam a busca da verdade, e como exemplo podemos citar o direito ao contraditório e o princípio da dialeticidade processual. Também há garantias processuais que são *epistemologicamente neutras*, pois não interferem positiva ou negativamente na descoberta da verdade. E por fim, o autor fala que há garantias que atuam de forma contrária à descoberta da verdade e essas são as garantias processuais *epistemologicamente negativas ou garantias antiepistêmicas*.

Toda essa construção de uma relação entre provas, garantias e epistemologia judiciária contribui para um entendimento do funcionamento do processo penal e sua função de legitimação do exercício do poder punitivo do Estado³³. Conforme afirma Badaró, “No Estado de Direito não se pretende punir de qualquer modo ou a qualquer custo”, e não é possível que o processo penal adote a lógica maquiavélica de que os fins justificam os meios. O respeito ao devido processo legal é condição *sine qua non* de qualquer decisão judicial, principalmente quando se está diante da *última ratio* do Direito. É fundamental que o Estado, em sua função de *jus puniendi* a exerça ponderada, objetiva e minuciosamente, não podendo admitir erros no processo penal.³⁴

Diante da responsabilidade do Direito Penal, a produção de provas idôneas e lícitas é elemento primordial para o deslinde da ação penal. O professor *Fernando Capez*³⁵ destaca a importância da prova no processo dizendo que:

Sem dúvida alguma, o tema referente à prova é o mais importante de toda a ciência processual, já que as provas constituem os olhos do processo, o alicerce sobre o qual se ergue toda a dialética processual. Sem provas idôneas e válidas, de nada adianta desenvolverem-se aprofundados debates doutrinários e variadas vertentes jurisprudenciais sobre temas jurídicos, pois a discussão não terá objeto.

³² BADARÓ, op. cit., p. 23.

³³ Nessa linha, Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*, cit. p. 35) destaca a importância do chamado Princípio da Necessidade, que estabelece o processo penal como um caminho necessário para que um indivíduo possa ser submetido a uma pena, e uma condicionante obrigatória do exercício do *jus puniendi* à todas as regras do *jogo* processual penal.

³⁴ ESTRELA, Wallace. *O princípio da verdade real no âmbito do Processo Penal*. 2017. Disponível em: <<https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2021.

³⁵ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 26 ed. São Paulo, 2019. p. 371.

É importante destacar que, mais do que um instrumento de convencimento do juiz, a prova é um direito subjetivo garantido constitucionalmente ao réu, de modo que precisa ser contundente o suficiente para ultrapassar a barreira de não culpabilidade disposta no artigo 5º, inciso LVII, da CRFB/1988³⁶ e no Art. 8º, §2º do Pacto de São José da Costa Rica (PSJCR), também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos³⁷.

2.3 Classificação das provas

Ao fazer uma breve exposição sobre as classificações das provas, busca-se localizar o leitor e elucidar conceitos que serão importantes para o entendimento da discussão central deste trabalho.

Revisando a doutrina, são muitos os critérios que podem ser adotados para a classificação das provas no direito processual penal, mas algumas aparecem mais comumente: *divisão quanto ao objeto; quanto ao valor ou efeito; quanto ao sujeito; e quanto à forma.*

Segundo explica Norberto Avena³⁸, quando se fala em uma divisão *quanto ao objeto* está se referindo ao fato objeto da investigação que deve ser demonstrado pela prova em questão. Nessa linha, as provas podem ser classificadas como *diretas*, aquelas que por si só demonstram o fato objeto (testemunho de alguém que presenciou o fato), e *indiretas*, aquelas que permitem deduzir, indiretamente, circunstâncias a partir de um raciocínio lógico e seguro (álibi).³⁹

O autor também explica que *quanto ao valor* as provas podem ser classificadas como *plenas*, aquelas que podem ser utilizadas como elemento principal na formação da convicção do julgador, porque permitem um juízo de certeza direto quanto ao fato

³⁶ Art. 5º (...)LVII – *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.* (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988).

³⁷ Art. 8º (...) §2º *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.* (BRASIL, Pacto de São José da Costa Rica. Promulgado pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992.)

³⁸ AVENA, Norberto. *Processo Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 446.

³⁹ O processualista penal Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*, cit., p. 342), na linha do que defende o jurista Franco Cordero, é crítico da categorização das provas como diretas ou indiretas. Em seu entendimento, trata-se de um desacerto na medida em que, exceto os delitos cometidos na sala de audiência, todas as provas são, a rigor, indiretas, signos do fato que se quer conhecer.

investigado; e *não plenas (ou indiciária)*, que por sua vez são aquelas provas que atuam como condição circunstancial, já que precisam estar inseridas em um contexto de provas e podem reforçar a convicção, mas não como fundamento principal da decisão.

Por fim, Avena leciona que *quanto ao sujeito*, as provas podem ser categorizadas como *reais*, quando não resulta, diretamente, de uma pessoa, mas de um elemento externo e que também pode comprovar a existência do fato, como por exemplo um cadáver ou uma arma utilizada no crime, e como *personais*, quando a prova decorre da pessoa, como acontece nos interrogatórios, testemunhos ou depoimentos.

Já o professor Fernando Capez⁴⁰ acrescenta a classificação *quanta forma ou aparência*. Nesse caso, a prova pode ser *testemunhal*, quando resultar de depoimento de pessoas não envolvidas diretamente com a lide penal sobre fatos pertinentes; *documental*, quando advindas de documentos; e *material*, quando obtida por meio químico, físico ou biológico, como no caso de exames, vistorias, corpo de delito, entre outros.

Outra lição utilizada neste trabalho é do processualista penal Renato Brasileiro de Lima⁴¹, que explica que a palavra “*prova*” admite três acepções: (i) prova como uma *atividade probatória* – conjunto de atividades pela qual se busca chegar à verdade dos fatos relevantes; (ii) prova como *resultado* – a prova é a própria convicção do julgador do processo quanto à existência ou inexistência de determinado fato; e (iii) prova como *meio* – são os instrumentos idôneos para a formação do convencimento do julgador. Neste último significado, é possível vislumbrar múltiplas possibilidades, sendo que uma delas é o reconhecimento penal, que será tratado em tópico específico.

Mariângela Tomé Lopes⁴² também diferencia o que entende como componentes de uma “sequência probatória”: elemento de prova, fonte de prova e meio de prova. Para conceituar cada um deles, ela utiliza dos conceitos e explicações dos autores Antonio Laronga, Antônio Magalhães Gomes Filho, Gustavo Henrique Badaró e Nicola Triggiani.

⁴⁰ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*, cit., p. 407.

⁴¹ BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*: volume único. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 605

⁴² LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova*: necessidade de reformulação do direito brasileiro. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011 p. 04.

Em primeiro momento ela explica que *elemento de prova* é o que é “*introduzido no processo, pode ser utilizado como fundamento da sua atividade inferencial*”⁴³. Portanto, são os dados objetivos inseridos nos autos que negam ou confirmam uma assertiva importante à decisão final do processo, desde que produzidos judicialmente e observadas as garantias da ampla defesa e contraditório.

Já em relação à *fonte de prova*, Lopes⁴⁴ conceitua como os sujeitos ou objetos que levam à formação de elementos de prova, e podem ser pessoais (testemunha) ou reais (documento). Esclarece que as fontes são independentes do processo, pois antes mesmo da ação penal, já se pode identificar coisas ou pessoas aptas a esclarecer algo sobre a existência do fato delituoso.

Meio de prova, ao seu turno, é conceituado pela autora como uma atividade que introduz, ao menos, um elemento de prova no processo penal, sempre com a participação da autoridade julgadora e das partes. Os meios de prova são, então, canais de informação utilizados pelo juiz do feito na sua tomada de decisão⁴⁵.

É importante destacar que os *meios de prova* não se confundem com os *meios de investigação*, sendo estes produzidos na fase de investigação sem a presença de autoridade julgadora e sem a necessidade de serem realizados sob o crivo do contraditório, mas não geram elementos de prova para o juiz.⁴⁶

É possível, portanto, firmar entendimento que o reconhecimento fotográfico é meio de prova, pois é apto a formar elemento de prova, caso seja produzido na presença de uma autoridade julgadora e submetido ao contraditório. Esse entendimento será mais bem abordado no tópico 2.5, que trata dos aspectos gerais do reconhecimento penal.

A última classificação que será utilizada diretamente neste trabalho é feita por Gustavo Henrique Badaró⁴⁷ e tem reflexos importantes no contexto probatório. Trata-se da distinção entre *provas pré-constituídas* e *provas constituídas*. As provas são consideradas *pré-constituídas* quando surgem a partir de procedimentos extraprocessuais, por fontes externas ao processo. Já as provas são *constituídas* quando surgem dentro do processo, produzidas durante a instrução criminal.

⁴³ Ibid., p. 04.

⁴⁴ LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova*, cit., p. 04.

⁴⁵ LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova*, cit., p. 04

⁴⁶ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 242 et seq.

⁴⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 197.

Badaró explica que o principal reflexo dessa distinção acontece sob o princípio do contraditório (abordado ainda neste capítulo, no tópico a seguir), em decorrência da *fonte de provas*. Na hipótese de ser uma fonte pessoal, a investigação dos fatos que se limita a “submeter ao contraditório” equivale a um contraditório *fraco* e diminuição da eficiência da busca da verdade.⁴⁸

Nessa linha de raciocínio, é possível afirmar que o processo penal, como mecanismo de busca da verdade que não pode se limitar à produção e tentativas de confirmação de provas fracas desde o seu nascedouro. Em outras palavras, uma atuação garantista não pode aceitar a presença de um contraditório *a posteriori* de provas nitidamente ilícitas por ausência completa dos ditames legais, como ocorre frequentemente em relação ao reconhecimento penal.

2.4 Princípios e Garantias atinentes às provas

Embora todos os princípios gerais do ordenamento jurídico brasileiro incidam sobre o processo penal e devam ser respeitados pelos operadores do direito, algumas garantias merecem destaque quando se discute à produção de provas, especialmente por sua importância na efetivação do direito de participação do réu na formação do convencimento do juízo.

2.4.1 O princípio do contraditório e da ampla defesa

Ante às supostas verdades alegadas numa declaração petitoria da acusação cabe o ato de “contradizer”, na maior expressão da forma dialética do processo penal. Essa estrutura do processo é imprescindível para sua própria configuração como um sistema capaz de garantir a resolução disciplinada e ritualizada do conflito.⁴⁹ Norberto Avena⁵⁰ ensina que o princípio do contraditório:

Significa que toda prova realizada por uma das partes admite a produção de uma contraprova pela outra parte. O contraditório consubstancia-se na expressão *auditor et altera parte* (ouça-se também a parte contrária), o que importa conferir ao processo uma estrutura dialética. Assim, se uma das partes arrolou testemunhas, tem a outra o direito de contraditá-las, de inquiri-las e também de arrolar a suas.

⁴⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 199.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 99.

⁵⁰ AVENA, Norberto. *Processo Penal*, cit., p. 447.

Ao lado da ampla defesa, o contraditório é base para a estrutura do devido processo legal, que deve ser observado por todos os atores processuais, seja de acusação, defesa ou até mesmo do órgão julgador.

Em um breve resgate histórico, o processualista Eugênio Pacelli⁵¹ lembra que até a década de 1970, o princípio do contraditório era limitado à participação das partes no processo com direito à informação e a reação às alegações da acusação. Somente com a introdução da doutrina italiana de Elio Fazzalari, o direito brasileiro inseriu o critério de paridade de armas (*par conditio*), fazendo com que a participação se fizesse sempre de forma simétrica e com igualdade probatória entre as partes. Para Fazzalari⁵², “*processo é procedimento em contraditório*” e a participação dos interessados é elemento necessário do processo.

O contraditório relaciona-se intimamente com o direito à prova, na medida em que a inobservância deste é a negação do próprio direito de defesa. Assim, cabe às partes a atividade propriamente instrutória e a titularidade do direito à prova, pois além de garantir o contraditório, o magistrado deve ficar cingido à valoração dos meios de prova apontado pelas partes, admitidos por ele e produzidos sob o crivo do contraditório.⁵³

Todo esse movimento a favor da oportunização das partes ao direito à prova se relaciona com o dever do Estado em proporcionar uma defesa completa, seja técnica (art. 5º, LV, da CRFB/88) ou pessoal (autodefesa). A somatória da defesa técnica e da autodefesa compõe o consagrado direito à ampla defesa, e dele decorrem vários outros direitos como, por exemplo, a assistência jurídica gratuita às pessoas pobres (no sentido legal) e o direito à réplica de toda e qualquer manifestação da acusação ou documento juntado aos autos.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não deixa dúvidas quanto a importância do contraditório e da ampla defesa:

EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. RENÚNCIA EXPRESSA DE MANDATO E CONSTITUIÇÃO DE NOVOS CAUSÍDICOS. INTIMAÇÃO IRREGULAR, PROCEDIDA EM NOME DO ADVOGADO QUE JÁ RENUNCIARA AOS PODERES. NULIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ORDEM CONCEDIDA. 1. **O contraditório e a ampla defesa são princípios cardeais da persecução penal, consectários lógicos que são**

⁵¹ PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 175.

⁵² FAZZALARI, Elio, 1966 apud BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 36.

⁵³ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 41.

do *due process of law*. Processo devido é processo pautado no contraditório e na ampla defesa, no intuito de se garantir aos acusados em geral não só o direito de participar do feito, mas também o de participar de forma efetiva, com o poder de influenciar na formação da convicção do magistrado. 2. Forçoso reconhecer a nulidade de intimação efetuada, pois realizada em nome de advogado que já renunciara aos poderes que lhe tinham sido outorgados. Necessária a realização de novo julgamento, com a intimação no nome dos procuradores devidamente habilitados nos autos, reabrindo-se o prazo para eventuais recursos. 3. Habeas corpus concedido. (Grifo nosso).⁵⁴

Diante do exposto, é possível perceber a intimidade que existe entre o contraditório e a ampla defesa. Ambos são princípios inafastáveis da produção probatória e do processo penal como um todo.

2.4.2 O livre convencimento motivado e a valoração judicial

O princípio do livre convencimento motivado está previsto no art. 155 do Código de Processo Penal:

Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

A partir disso, Aury Lopes Jr⁵⁵. afirma que se trata de um importante princípio sustentador da garantia de decisões judiciais fundamentadas, e que a consolidação de um sistema legal de provas que valoriza a fundamentação é a superação do princípio da íntima convicção⁵⁶. Segundo o autor:

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer elemento, pois a supremacia do poder dos jurados chega ao extremo de permitir que eles decidam completamente fora da prova dos autos e até mesmo decidam contra a prova.⁵⁷

⁵⁴ STF, DJ 27 abril de 2017. HC 117446, Relatora Ministra Rosa Weber.

⁵⁵ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, cit., p. 369.

⁵⁶ Embora se diga que o Direito Penal Brasileiro já não adota a chamada “íntima convicção”, nem mesmo no Tribunal do Júri, tendo em vista que da decisão dos jurados quando manifestamente contrária à prova dos autos cabe apelação (art. 593, III, alínea “d”, do CPP) o autor Aury Lopes Jr. afirma que basta que os jurados, no segundo julgamento, condenem novamente com base na íntima convicção que nada mais poderá ser feito, já que o art. 593, §3º, do CPP impede nova apelação nesse caso. Assim, o autor afirma que essa é uma hipótese jurídica de validação de decisão contrária à prova dos autos.

⁵⁷ LOPES JR. op. cit., p. 368.

O livre convencimento motivado, além de princípio, é também um sistema de valoração das provas. Nesse sistema, a autoridade julgadora tem liberdade para avaliar as provas dos autos e formar o seu convencimento, desde que alicerçado em fundamentação suficiente.⁵⁸ De acordo com Eugênio Pacelli e Douglas Fischer⁵⁹, ao afirmar a necessidade de motivação das decisões judiciais, adota-se um modelo processual garantista⁶⁰ de maximização das possibilidades de defesa. Os autores fazem questionamentos importantes: “Sem a motivação quanto ao convencimento judicial, como exercer o direito ao recurso, por exemplo? Como discordar de uma decisão que não demonstra o caminho intelectual e jurídico escolhido?”.

Lopes Jr⁶¹ afirma que, em verdade, o livre convencimento motivado é mais limitado do que livre, o que se justifica pela necessidade de controle de um poder tão importante para o jogo democrático. Logo, o autor entende que não cabe à autoridade julgadora decidir conforme sua consciência, mas sim julgar conforme a prova e o sistema jurídico penal e processual penal, tudo norteado pelo sistema constitucional brasileiro. Nessa linha, Badaró afirma: “A motivação é um verdadeiro limite à liberdade do juiz e uma verdadeira garantia contra o arbítrio”⁶².

Um aspecto do artigo supramencionado que merece destaque é a utilização do advérbio “exclusivamente”, que acabou por dificultar ainda mais o debate sobre a valoração dos elementos informativos colhidos na investigação. Vejamos como a questão tem sido tratada pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ):

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. (...) CONDENAÇÃO COM BASE EM ELEMENTOS COLETADOS EXCLUSIVAMENTE DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DECISÃO QUE ENCONTRA ARRIMO NAS PROVAS PRODUZIDAS EM

⁵⁸ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 60.

⁵⁹ FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugênio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2017. p. 263

⁶⁰ Neste trabalho, quando se fala em um modelo de atuação garantista, adota-se a noção de Luigi Ferrajoli (*Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 75) em que princípios fundamentais, ordenados e conectados sistematicamente, definem as regras do jogo fundamentais no direito penal. Os princípios chamados por Ferrajoli de *Dez Axiomas Fundamentais* são: “1) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; 2) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; 3) princípio da necessidade ou da economia do direito penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; 5) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; 6) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; 7) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; 9) princípio do ônus da prova ou da verificação; 10) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade.”

⁶¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*, cit., p. 370.

⁶² BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 266.

JUÍZO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. INEXISTÊNCIA. 3. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...) 2. A Lei n.º 11.690/2008, ao introduzir na nova redação do art. 155 do Código de Processo Penal o advérbio "exclusivamente", permite que elementos informativos da investigação possam servir de fundamento ao juízo sobre os fatos, desde que existam, também, provas produzidas em contraditório judicial. Noutras palavras: para chegar à conclusão sobre a veracidade ou falsidade de um fato afirmado, o juiz penal pode servir-se tanto de elementos de prova - produzidos em contraditório - como de informações trazidas pela investigação. Apenas não poderá se utilizar exclusivamente de dados informativos colhidos na investigação. (...) (Grifo nosso).⁶³

Nessa esteira, Eberhardt⁶⁴ afirma que o contraditório judicial foi desvirtuado pelo vocábulo "exclusivamente" presente no artigo 155 do CPP, já que a sua inclusão pela reforma processual de 2008⁶⁵ "permitiu o uso de provas produzidas ao largo do contraditório e da fase judicial para embasar o decreto condenatório. Por óbvio, tal brecha legislativa deu vazão ao uso inconsequente das provas produzidas no inquérito para condenar o acusado."

Ao discutir a valoração probatória do reconhecimento fotográfico, esse debate sobre os elementos informativos colhidos no inquérito será retomado.

2.4.3 O princípio do *in dubio pro reo* e o *standard de prova*

O princípio do *in dubio pro reo*, também denominado de princípio da *presunção de inocência*, está amparado pela CRFB/1988 no artigo 5º, LVII e pelo §2º do art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica. A norma constitucional estabelece que "LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória"⁶⁶, enquanto a norma do tratado internacional, da qual o Brasil é signatário⁶⁷, determina que "Toda pessoa acusada de delito tem direito que se

⁶³ STJ, DJ 04 de julho de 2013. HC 165.371/MG, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze.

⁶⁴ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 61.

⁶⁵ A reforma do Código de Processo Penal em 2008 ocorreu por meio da Lei n.º 11.719, de 20 de julho de 2008, e trouxe mudanças significativas ao sistema processual penal brasileiro. A nova legislação preocupou-se, principalmente, com a morosidade do judiciário penal e com a busca por um julgamento preciso e efetivo. Diversos artigos foram editados e outros forma introduzidos, como forma de tentar a modernização de uma legislação que vigora desde 1941.

⁶⁶ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

⁶⁷ O Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992, promulgou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) de 22 de novembro de 1969. O Brasil faz parte dos Estados signatários desta Convenção, desde setembro de 1992, uma vez que se compromete a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos pelo Pacto, bem como garantir o livre e pleno exercício daqueles que estão sob sua jurisdição, sem discriminação.

presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa.”⁶⁸. Tal princípio está presente em normas semelhantes de outros textos internacionais⁶⁹.

Marina Gascón Abellán⁷⁰, explica que o princípio da presunção de inocência significa que um indivíduo só pode ser condenado se as hipóteses apontadas pela parte acusadora restar completamente confirmadas pelas provas dos autos e as eventuais contraprovas apresentadas tenham sido suficientemente rebatidas. Nesse sentido, a autora afirma:

Certamente é verdade que, ao impor uma decisão absolutória em caso de dúvida sobre os fatos, a presunção de inocência garante que sem conhecimento suficiente não pode haver condenação; e neste sentido pode se entender como uma garantia epistemológica de uma decisão (neste caso, condenatória) sem provas ou na presença de contraprovas seria inadmissível. (Tradução nossa)⁷¹

Portanto, caso o magistrado, depois de analisar todo o conjunto probatório constante dos autos, não forme seu convencimento quanto à culpa ou inocência do acusado, e, portanto, não esteja certo nem quanto à condenação e nem quanto à absolvição, deve adotar o entendimento que beneficie o acusado.⁷²

O legislador do Código de Processo Penal atentou-se ao princípio do *in dubio pro reo* no artigo 386, inciso VII, quando estabeleceu a absolvição como medida na hipótese de “não existir prova suficiente para a condenação”. O operador do direito deve, em obediência ao sistema constitucional vigente, obediência à presunção de inocência em qualquer hipótese de incerteza processual, em qualquer fase da lide penal.⁷³

Trata-se de princípio constitucional norteador de todo o sistema penal brasileiro e que deve ser considerado também no sistema de valoração das provas, já que a presunção de inocência também é tida como regra processual e o acusado não pode

⁶⁸ OEA – Organização dos Estados Americanos, Convenção Americana de Direitos Humanos (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969.

⁶⁹ O disposto no art. 9º da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão é um exemplo de texto internacional que trata de presunção de inocência. O texto prevê que “Todo acusado é considerado inocente até ser considerado culpado”.

⁷⁰ ABELLÁN, Marina Gascón. *Los hechos en el derecho*, cit., p. 128-129.

⁷¹ Versão original: Ciertamente es verdad que, al imponer una decisión absolutoria en caso de duda sobre los hechos, la presunción de inocencia garantiza que sin conocimiento suficiente no puede haber condena; y en este sentido puede entenderse como una garantía epistemológica de que una decisión (en este caso, condenatoria) sin pruebas o en presencia de contrapruebas sería inadmisibile.

⁷² EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 42 et seq.

⁷³ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 361.

ser obrigado a fornecer prova de sua inocência, já que ela é presumida.⁷⁴ Conforme assevera Badaró⁷⁵:

A presunção de inocência é uma escolha política, orientada pela preservação da liberdade como valor fundamental do ser humano. A presunção de inocência define como o juiz deve decidir em caso de dúvida sobre fato relevante: aplicando o *in dubio pro reo*.

Com o debate sobre a presunção de inocência e a convicção dos julgadores no processo penal sobrevém o chamado *standard de prova*, que se trata de uma tentativa de definir graus de suficiência probatória a serem considerados no momento da tomada de decisão pelo julgador. Trata-se de um modelo que busca construir paradigmas/parâmetros capazes de dimensionar o necessário para que se possa afirmar que algo está provado.⁷⁶

O autor Ferrer Beltrán⁷⁷ afirma que “a importância de definir com clareza todos os *standards* de prova é crucial, posto que sem eles não se pode pretender uma valoração racional da prova e nem um controle da valoração realizada.” (tradução nossa).⁷⁸

Não obstante a isso, embora reconheça a necessidade de se utilizar *standarts* objetivos, Badaró⁷⁹ argumenta que existe uma enorme dificuldade de estabelecer parâmetros concretos aptos a instrumentalizar os valores a serem utilizados pelo juízo. O Código de Processo Penal não contém os paradigmas a serem considerados para que um fato possa ser dado como provado, tarefa complexa e melindrosa, que não se poderia esperar dos legisladores.

Embora seja difícil (talvez impossível) estabelecer um grau certo e determinado para considerar um fato provado, a defesa de um processo penal garantista passa por exigir que o sistema processual penal adote o modelo de constatação de mais alto nível (nos limites da racionalidade) de confirmação probatória. Logo, o ponto de

⁷⁴ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 64 et seq.

⁷⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*, cit., p. 47

⁷⁶ GONÇALVES, Alana Stefanello. *Valoração da prova no Processo Penal: Aplicabilidade do Standard probatório beyond a reasonable doubt no direito brasileiro*. 2018. p. 24.

⁷⁷ BELTRÁN, Jordi Ferrer. *Prueba y verdad en el derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 152.

⁷⁸ Versão original: “la importancia de definir con claridad todos estos estándares de prueba es crucial, puesto que sin ellos no puede pretenderse una valoración racional de la prueba ni un control de la valoración realizada.”

⁷⁹ BADARÓ, op. cit., p. 237.

convergência de objetivos da presunção de inocência e o *standard de provas* é simples: garantir a diminuição do risco de uma condenação injusta.

2.5 Reconhecimento penal – Natureza jurídica e formalidades

É consenso na doutrina e na jurisprudência que o reconhecimento é meio de prova, já que somente poderá ser elemento de convencimento do magistrado se for realizado nos ditames legais, em todas as suas formalidades.

De acordo com o jurista e professor Guilherme de Souza Nucci⁸⁰, o reconhecimento “É o ato formal e solene pelo qual uma pessoa afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa, para fins processuais penais.” Para ele, o reconhecimento também é meio de prova.

O reconhecimento é um meio de prova oral e pode ser realizada tanto na fase pré-processual quanto na processual, sempre como resultado de uma percepção atual combinada com uma percepção passada da experiência vivida para confirmar ou negar a identidade de coisa ou pessoa que está sendo submetida.⁸¹

É importante destacar que, embora guarde semelhanças com a prova testemunhal (participação das partes, forma elemento de prova e pode ser usado pelo julgador para fundamentar suas decisões), os estudos processuais tratam o reconhecimento como meio de prova independente, tendo em vista suas características específicas⁸². Todavia, ambos se utilizam do processo de rememoração de fatos do passado e, nesse aspecto, muitos debates podem ser travados sobre os dois tipos de meios de provas, como, por exemplo, a ocorrência do fenômeno das falsas memórias.

Para a discussão deste trabalho é essencial a diferenciação entre o reconhecimento formal/típico e o informal, feita por Marcos Eberhardt⁸³. Segundo o jurista, o reconhecimento formal está previsto no CPP e obedece a todas as formalidades desde seu nascedouro, tendo, portanto, valor probatório

⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*, cit., p. 239.

⁸¹ FRAGA, Clarice Lessa de. *A influência das Falsas Memórias no Reconhecimento Fotográfico*. 2020, p. 3-4. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

⁸² LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova*, cit., p. 30.

⁸³ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 191.

necessariamente maior. Já o reconhecimento informal pode ser definido como qualquer identificação realizada aquém das formalidades previstas no estatuto processual penal.

Nucci⁸⁴ lamenta que o reconhecimento informal seja empregado no Brasil em larga escala e, em seu entendimento, a informalidade é regra no judiciário brasileiro e pode acontecer até mesmo durante a audiência de instrução:

Em audiência, a testemunha ou vítima é convidada a dizer se o réu – único sentado no banco apropriado – foi a pessoa que praticou a conduta delituosa. Olhando o acusado, muitas vezes de soslaio, sem atenção e cuidado, responde afirmativamente. Houve reconhecimento formal? Em hipótese alguma. Trata-se de um reconhecimento *informal* e, não poucas vezes, de péssima qualidade.⁸⁵

Diante disso, a possibilidade de erro judiciário decorrente de falha no reconhecimento de pessoas, em qualquer de suas espécies, é majorada pela inobservância das formalidades.

A conceituação de reconhecimento penal apresentada já indica duas espécies nominadas: (i) reconhecimento de pessoas e (ii) reconhecimento de coisas.

O reconhecimento de pessoas pode ser feito tanto pela vítima, por testemunhas e até por acusados (reconhecimento de terceira pessoa). Em regra, utiliza-se para confirmação de autoria, todavia também é permitida a utilização do reconhecimento de testemunhas, para saber se, de fato, ela presenciou o fato delituoso, ou da própria vítima, quando houver dúvida sobre a pessoa que teve seu bem jurídico atingido.⁸⁶

Por sua vez, de acordo com o jurista Eduardo Espínola Filho⁸⁷, o reconhecimento de coisas pode se dar sobre (i) coisas empregadas durante a prática de crimes – instrumentos do crime; (ii) coisas sobre as quais recaiu, diretamente, o fato delituoso; (iii) coisas acidentalmente modificadas ou deslocadas pela ação criminosa, direta ou indiretamente ou (iv) coisas que fizeram parte do teatro da ocorrência.

Basicamente, as formalidades do reconhecimento de pessoas foram estabelecidas pelo artigo 226 do CPP. Já o reconhecimento de coisa, nos termos do

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 240 et seq.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 240.

⁸⁶ AVENA, Norberto. *Processo Penal*, cit., p. 591.

⁸⁷ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*: volume III. Campinas: Bookseller, 2000. p. 191.

artigo 227, segue, no que couber, as mesmas regras estabelecidas para o reconhecimento de pessoas.

A leitura do primeiro inciso do artigo 226 do CPP, revela que o reconhecimento deve ser confirmatório e apenas complementar ao depoimento ou declaração prestados perante autoridade competente. Portanto, a vítima ou testemunha deve, previamente, descrever a pessoa ou coisa que viu, com detalhes que permitam o direcionamento formal do reconhecimento, conforme previsto no Código de Processo Penal, e verificar se o procedimento seguirá em conformidade com a descrição⁸⁸. Segundo Eberhardt⁸⁹, “Com isso, busca-se ter uma maior certeza acerca da validade do reconhecimento posterior, evitando-se que haja influências externas que possam comprometer o que estava previamente armazenado na memória do reconhecedor.”

Realizada a descrição, o CPP estabelece que “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.” (artigo 226, inciso II, do CPP). Doutrinariamente, o debate sobre esse inciso se concentra na expressão “se possível”, sendo que a corrente majoritária interpreta que o legislador se referiu às características semelhantes da pessoa submetida ao reconhecimento. Portanto, com a tal expressão, o CPP não está autorizando que somente uma pessoa seja submetida ao reconhecimento, mas permitindo que se proceda com pessoas que não tenham características semelhantes.⁹⁰ Para Eberhardt⁹¹, “O caminho mais indicado, portanto, é encontrar pessoas semelhantes para participação no ato. Não sendo possível, mesmo assim se procederá ao reconhecimento com outras pessoas presentes no local.”

Em determinadas situações, pode ser necessária a preservação da integridade do reconhecedor, já que o receio de retaliações pode comprometer ou fragilizar o reconhecimento. Sendo assim, o legislador estabeleceu que “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” (artigo 226, inciso III, do

⁸⁸ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. *Direito processual penal esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 360.

⁸⁹ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 192.

⁹⁰ AVENA, Norberto. *Processo Penal*, cit., p. 592.

⁹¹ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 193.

CPP). Percebe-se que, por óbvio, a preservação visual da pessoa do reconhecedor não se aplica ao reconhecimento de coisas⁹².

Realizada a diligência, a autoridade competente deve lavrar auto, que se trata de um registro dos acontecimentos havidos e descrição de qualquer reação que fuja à normalidade, manifestações de dúvidas e a referência à pessoa apontada. Nos termos do inciso IV do artigo 226 do CPP, o auto será assinado pela autoridade, pelo reconhecedor e por duas testemunhas presenciais (testemunhas instrumentárias)⁹³.

Das formalidades descritas acima, surge um importante ponto de debate que, embora não seja o objeto central do presente trabalho, tangencia a discussão e é extremamente relevante para entendermos como o tema das falsas memórias é urgente dentro do sistema judiciário brasileiro: *e se não forem observadas as formalidades do artigo 226 do CPP durante a realização de reconhecimentos?* Essa pergunta será retomada no capítulo 04 deste escrito.

⁹² AVENA, Norberto. *Processo Penal*, cit., p. 594.

⁹³ EBERHARDT, *Provas no Processo Penal*, cit., p. 193.

3. A MEMÓRIA E O FENÔMENO DAS FALSAS MEMÓRIAS

Antes de adentrar, especificamente, no estudo sobre o fenômeno das falsas memórias, é necessário observar alguns aspectos do funcionamento da memória humana. Cumpre-se com isso, a intenção de realizar uma abordagem interdisciplinar do tema, todavia sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, pois se trata de um funcionamento complexo de mecanismos, tanto quando é tratada sob um viés neurológico quanto psicológico.

3.1 Noções gerais

A memória é uma das funções mais fascinantes e complexas da cognição humana. Ela se caracteriza pela capacidade de armazenamento das informações adquiridas pela experiência do mundo e pela sua recuperação e utilização.⁹⁴

Conhecer e entender a memória como um processo multifacetado, baseando-se a neurociência em detrimento do senso comum é essencial ao conhecimento jurídico, de modo a promover um sistema de trabalho interdisciplinar e um processo dialógico entre os diferentes campos do conhecimento. Compreender os mecanismos da mente humana, seus potenciais, limitações, falhas e distorções, buscando minimizar erros se faz imprescindível ao Direito Penal, devido ao seu grande impacto e à sua interferência na liberdade dos indivíduos.⁹⁵

De forma geral, os processos da memória – também chamados de processos mnemônicos – têm início por meio de estímulos externos recebidos pelos órgãos dos sentidos, e eventos internos, como pensamentos e sentimentos. Tais estímulos geram reações bioquímicas desencadeadas nos neurônios desses órgãos, que são codificadas em impulsos elétricos e chegam ao cérebro para processamento.⁹⁶

Os substratos físicos e moleculares desse processo possuem um abundante corpo de conhecimentos em evolução, com importantes avanços recentes atribuídos especialmente ao advento da neuroimagem. Entretanto, é relevante frisar que, apesar

⁹⁴ PURVES, Dale et al. *Neurociências*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 791.

⁹⁵ GORGA, Maria Luiza. *A função da memória na aplicação do direito penal*. Tese (Doutorado) – Curso de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, 2011. p. 02.

⁹⁶ LENT, Roberto. *Cem bilhões de neurônios?: conceitos fundamentais de neurociência*. 2. ed. São Paulo: Atheneu, 2006. p. 647.

de estudada formalmente desde o início do século XX, a memória e seus mecanismos não são plenamente elucidados.⁹⁷

Os processos mentais de formação das memórias são divididos em três etapas. A primeira delas é a aquisição, definida como a entrada de um evento qualquer no cérebro onde inicialmente haverá uma seleção das informações considerando o grau de atenção, intensidade ou motivos desconhecidos. Então, ocorre a retenção daquilo que foi selecionado, para que haja o armazenamento temporário - que pode durar de segundos a anos - mantendo as informações disponíveis à evocação, que é a terceira etapa. Esta, também chamada de lembrança, é a capacidade de acesso à memória armazenada para utilização através de um comportamento ou de um pensamento. O esquecimento, por sua vez, finda o processo de retenção, e depende da utilização, da carga emocional e das associações com outras memórias.⁹⁸

Esses processos geram modificações físicas no cérebro, fortalecendo, modificando ou eliminando conexões neurais, o que se denomina plasticidade neuronal⁹⁹, e alterando o substrato físico da memória de longo prazo - o engrama.¹⁰⁰ De forma geral, o que se sabe a respeito das estruturas envolvidas, é que a retenção temporária das memórias ocorre em estruturas mais centrais do encéfalo, destacando-se o hipocampo, enquanto as memórias de longo prazo são distribuídas e consolidadas em estruturas corticais, as mais externas do cérebro.¹⁰¹

O estudo a respeito da memória é um campo do conhecimento humano em exploração. A neurociência tem avançado na explicação dos aspectos normais ou disfuncionais, conscientes e inconscientes e na compreensão das bases físicas desses processos. Também tem possibilitado enriquecer a maneira como nos observamos enquanto seres humanos, podendo abrir espaço inclusive para repensar o funcionamento de estruturas jurídicas, levando em consideração tal entendimento.

3.2 Tipos de memória

⁹⁷ PURVES, Dale et al. *Neurociências*, cit., p. 791.

⁹⁸ LENT, Roberto. *Cem bilhões de neurônios?*, cit., p. 647.

⁹⁹ Ibid., p. 676.

¹⁰⁰ PURVES, Dale et al. *Neurociências*, cit., p. 794.

¹⁰¹ Ibid., p. 809.

Segundo as lições do neurocientista Dale Purves¹⁰², a memória humana é dividida didaticamente entre duas categorias qualitativas, conhecidas como memória declarativa e memória não declarativa - memória de procedimentos. A diferença entre elas se dá principalmente pela disponibilidade dessa memória à consciência.

A memória declarativa é assim denominada por sua possibilidade de ser expressada pela linguagem, por estar conscientemente disponível. Exemplos desse tipo de memória são narrar corretamente uma sequência dos eventos do passado ou os detalhes do enredo de um romance e descrever os aspectos visuais de uma sala vista anteriormente. Já a memória não declarativa, de procedimentos, se refere ao aspecto inconsciente da execução de ações, como a habilidade de digitar um telefone, segurar um garfo durante a refeição, pilotar um veículo e respeitar os sinais de trânsito sem que haja um pensamento ativo sobre essas atividades, o que poderia inclusive atrapalhar o seu desempenho correto.¹⁰³

Purves¹⁰⁴ também leciona que outro sistema de classificação possível é de ordem temporal, dividindo a memória de acordo com o tempo no qual ela está efetivamente sendo acessada. Primeiramente há a memória imediata¹⁰⁵ que possibilita manter na consciência as ações realizadas durante o seu andamento, retendo as informações por no máximo alguns segundos, e possui importante relação com a percepção sensorial. Em segundo lugar, há a memória de trabalho, responsável por reter informações por até poucos minutos para um objetivo específico. Por exemplo, discar um número telefônico ditado por outro indivíduo, anotar um endereço novo no GPS, selecionar da geladeira os ingredientes lidos no livro de receitas, procurar uma vaga para estacionar sem repetir a busca em locais já avaliados como inadequados.¹⁰⁶

¹⁰² PURVES, Dale et al. *Neurociências*, cit., p. 791.

¹⁰³ Ibid., p. 791 et seq.

¹⁰⁴ Ibid., p. 792 et seq.

¹⁰⁵ A memória imediata possibilita manter a consciência durante determinadas atividades que consideramos simples e automáticas. Por exemplo, andar de um cômodo a outro da casa, sem se perder, com o objetivo de ir até o banheiro quando sentir vontade. No filme *“Para sempre Alice”* (em inglês *“Still Alice”*), que rendeu o Oscar de melhor atriz a Julianne Moore, a personagem principal, diagnosticada com Alzheimer, em determinada cena se perde em sua própria casa poucos segundos após ter dito que iria ao banheiro. A cena retrata como a memória desempenha papéis simples, mas fundamentais para nossa vida. (STILL Alice. Direção e Roteiro de Wash Westmoreland e Richard Glatzer. 2014. 45min38seg – 47min15seg. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=l2FkQyxJEjg>. Acesso em: 12 set. 2021).

¹⁰⁶ PURVES, op. cit., p. 792 et seq.

Por fim, existe a memória de longo prazo, com duração de dias a anos, ou até de uma vida inteira. Há um fluxo de memórias imediatas e de trabalho que se tornam memórias duradouras, porém a maior parte desses registros se perdem pelo esquecimento, geralmente por mecanismos normais do funcionamento do cérebro.¹⁰⁷

O processo de consolidação de memórias de curto prazo para em memórias de longo prazo é demonstrado a partir um fenômeno denominado de *priming* ou pré-ativação, que é um aspecto fundamental e valioso do cérebro, além de determinante de parte significativa da falibilidade da memória.¹⁰⁸

O efeito do *priming* é passível de demonstração experimental. Sintetizado por Busnello¹⁰⁹, esse efeito se refere à facilitação involuntária ao processamento de determinados eventos devido a estímulos sensoriais anteriores. Em outros dizeres, experiências prévias podem influenciar inconscientemente comportamentos e julgamentos futuros, mesmo que nem sempre de maneira precisa. Por exemplo, devido à grande exposição que a maioria dos adultos de hoje tiveram a imagens de Albert Einstein, é possível identificá-lo até nas caricaturas mais simplificadas.¹¹⁰ Em outro exemplo, citado por Buonomano¹¹¹, após participantes de um experimento serem expostos a perguntas cujas respostas remetem à África e às cores preto e branco, ao serem solicitados a nomear um animal, parte significativa responde “Zebra”. Ou seja, experiências prévias podem influenciar comportamentos, julgamentos e formação de memórias futuras.

3.3 A imperfeição da memória

Como dito anteriormente, o processo mnemônico e seu funcionamento é passível de falhas devido à sua própria complexidade, grande número de etapas e à variedade e quantidade de estruturas neurológicas envolvidas¹¹².

¹⁰⁷ LENT, Roberto. *Cem bilhões de neurônios?*, cit., p. 650.

¹⁰⁸ PURVES, op. cit., p. 794.

¹⁰⁹ BUSNELLO, Rosa Helena Delgado. *Efeito de priming subliminar no acesso ao léxico*. 2007. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 13. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/4805/1/000389409-Texto%2BCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2021.

¹¹⁰ LENT, Roberto. *Cem bilhões de neurônios?*, cit., p. 668.

¹¹¹ BUONOMANO, Dean. *O cérebro imperfeito: como as limitações do cérebro condicionam as nossas vidas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Tradução: Leonardo Abramowicz. p.33.

¹¹² GORGA, Maria Luiza. *A função da memória na aplicação do direito penal*, cit., p.29.

Há estados de saúde e de doença que podem interferir negativamente na habilidade e qualidade da evocação das lembranças. Demências, causadas pelo envelhecimento ou patologicamente pela Doença de Alzheimer, assim como traumatismos, tumores, carências nutricionais, cirurgias, infecções podem gerar quadros de amnésia.¹¹³

Além dos problemas de memória e amnésia patológicos ou condicionados à condição de saúde do indivíduo, é inevitável falhas, em algum grau, na memória de qualquer pessoa. Uma das falhas que é fruto do funcionamento regular da memória decorre do supramencionado efeito *priming*. Gorga¹¹⁴ explica que as condições socioculturais financeiras, as experiências vividas, a educação e o ambiente produzem associações diversas em diferentes indivíduos, levando a uma involuntária busca interna baseada em referências próprias para completar falhas na evocação de determinadas narrativas da vida real. Essas evocações mediadas pelo *priming* incorporam conceitos culturalmente pré-concebidos de determinado indivíduo no relato de um ocorrido, como a aparência, etnia, falas, sotaque.

Uma breve e importante digressão: Ao se falar do *priming* e a influência de conceitos pré-concebidos na formação da memória e, conseqüentemente, na nossa forma de recordação dos fatos, é descuidado não falar sobre a possibilidade de que preconceitos raciais possam influenciar na percepção de mundo. Além disso, é certo que no Brasil, a seletividade penal atinge populações negras, que são mais vulneráveis e suscetíveis a serem escolhidas pelo controle social estatal.¹¹⁵ Segundo levantamento feito pelo Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE) em conjunto com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DPRJ), e divulgado pelo programa de televisão *Fantástico* (TV Globo), os principais atingidos pelo reconhecimento fotográfico equivocado são pessoas negras, cerca de 83% (oitenta e três por cento). Um dado assustador, que reforça ainda mais a existência do efeito *priming*.

Ao pensar esse trabalho, refletiu-se muito sobre fazer um recorte racial e discutir como o racismo estrutural está presente nos erros de reconhecimentos fotográficos, todavia entendeu-se que passar por esse debate mereceria um longo

¹¹³ PURVES, Dale et al. *Neurociências*, cit., p. 799.

¹¹⁴ GORGA, Maria Luiza. *A função da memória na aplicação do direito penal*, cit., p. 48.

¹¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan. 2011. 254 p.

discurso e uma profundidade proporcional à importância do tema. Ao tentar fazer um recorte superficial, haveria uma grande chance de cair em diversos erros e imprecisões.

De volta à linha de raciocínio, outro problema engloba o que Gorga¹¹⁶ chama de “imperfeições da memória”. Citam-se aqui sete mecanismos identificados pela autora, em ordem: transitoriedade da lembrança (já abordada anteriormente), distração (falta de atenção), bloqueio (não evocar a informação no instante), erro de atribuição (dissociação entre a memória consolidada com localização tempo, pessoas relevantes), sugestionabilidade (assimilar informações externas ou viés), filtro de percepção inconsciente (o peso da cultura e história pessoal) e persistência obsessiva (memórias associadas a um peso emocional intenso).

A falha mais recorrente da memória e mais facilmente reconhecida socialmente é o esquecimento. Esquecer torna o aprendizado, a formação e a recuperação de memórias possível. Caso contrário, lembrar-se de tudo implicaria uma imensa dificuldade de concentrar-se em atividades do dia-a-dia devido ao fluxo constante de memórias e ao acúmulo incessante de informações inúteis.¹¹⁷ Por exemplo, em uma simples busca por um objeto perdido dentro de uma casa, se lembrando simultaneamente de todos os detalhes do ambiente, como as cores, a iluminação, as sombras, os cheiros, os objetos espalhados, a posição dos móveis, as manchas nas paredes, em que cada detalhe observado evocaria outras memórias associadas. Procedimentos simples se tornariam tarefas confusas e complexas.

Logo, esquecemos por vários mecanismos, seja pela repressão voluntária ou inconsciente de memórias devido a um evento traumático ou pela extinção da memória, quando o evento desencadeador deixa de existir. Nesses casos, pode haver reativação dessas memórias a depender dos estímulos ou das associações com outras memórias. Já a falta de persistência dos subtipos temporais da memória não é considerada esquecimento de fato, pois possui um papel fisiológico, como na memória imediata, que dura poucos segundos, ou na memória de trabalho, que pode durar algumas horas até que seu objetivo seja alcançado. A perda definitiva de uma memória, o esquecimento real, de acordo com o neurologista Ivan Izquierdo¹¹⁸, em “A

¹¹⁶ GORGA, Maria Luiza. A função da memória na aplicação do direito penal, cit., p. 29.

¹¹⁷ PURVES, Dale et al. *Neurociências*, cit., p. 797.

¹¹⁸ IZQUIERDO, Iván; BEVILAQUA, Lia R. M.; CAMMAROTA, Martín. *A arte de esquecer*. Estudos Avançados, São Paulo. p. 290-294.

Arte de Esquecer" ocorre a não ser que haja repetição das memórias ou um conteúdo emocional forte associado. Então, as conexões neurológicas criadas geralmente se enfraquecem até o desaparecimento.

A memória humana é seletiva por natureza, com tendência a guardar informações parciais, geralmente iniciais e finais, com pouca ênfase ao conteúdo mediano, suscetível aos preenchimentos dados por esses mecanismos¹¹⁹. Isso abre espaço às *falsas memórias*, que podem ser plenamente fabricadas a partir de dados inverídicos ou a partir de criações que partem da seletividade própria dos processos mnemônicos.¹²⁰

3.4 As falsas memórias e seu contexto histórico

Entender o fenômeno das falsas memórias é, talvez, o ponto mais crucial deste trabalho. Com o entendimento que construímos nos tópicos anteriores sobre a memória e a verdade no processo penal percebe-se que não é possível, mesmo com todas as provas, indícios e as versões dos atores envolvido – ofendido, testemunhas, réu – somadas, reproduzir o fato exatamente como ocorreu, pois, tudo se trata de percepções parciais – e por vezes distorcida – da realidade que vivemos¹²¹.

Na década de 1990, o “fenômeno das falsas memórias” ganhou destaque nos Estados Unidos da América (EUA), após a repercussão de vários relatos que falavam sobre memórias de abusos sexuais quando crianças, na maioria dos relatos os abusadores eram os pais. Após tomar grandes dimensões, os estudos apontaram que grande parte dos relatos partiram de mulheres que haviam iniciado procedimentos de psicoterapia e durante os trabalhos foram auxiliadas a buscar eventos “reprimidos” em sua memória. Os profissionais utilizaram-se de técnicas sugestivas (hipnose, imagens mentais etc.) e, involuntariamente, implantaram falsas memórias em pacientes que se mostraram mais frágeis psicologicamente.¹²²

¹¹⁹ LENT, Roberto. *Cem bilhões de neurônios?*, cit., p. 647.

¹²⁰ GORGA, Maria Luiza. *A função da memória na aplicação do direito penal*, cit., p. 29.

¹²¹ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*, cit., p. 120.

¹²² CALLEGARO, Marco Montarroyos. *A construção de falsas memórias*. Revista Neurociências: 2005. p. 145. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/264235658_44_Neurociencias_Volume_2_N_3_maio-junho_de_2005_A_construcao_de_falsas_memorias_Construction_of_false_memories>. Acesso em: 10 set. 2021.

Segundo Stein, o que se entende hoje por falsas memórias é fruto de estudos que começaram no final do século XIX e início do século XX e ganharam força na década de 1990, especialmente dentro do campo forense, com estudos sobre as falsas memórias em testemunhos de crianças¹²³. Hoje, há uma maior clareza das pesquisas e é possível afirmar que “já existem evidências de que as FM podem ser influenciadas por nossos processos cognitivos mesmo de maneira não consciente, ou seja, de forma implícita e que as memórias sobre nossa história pessoal não estão imunes às FM.”¹²⁴

Alguns autores do início do século XX têm grande relevância no estudo das memórias falsas e foram responsáveis por diversos experimentos sobre lembranças de acontecimentos que nunca existiram, como o famoso austríaco Sigmund Freud, o francês Alfred Binet, o alemão Stern e o inglês Bartlett.

Freud estudou sobre erros de memória e em determinado momento chegou à conclusão de que as lembranças poderiam ser recordações de eventos que jamais aconteceram, falsas recordações advindas de desejos primitivos e fantasias da época de infância.¹²⁵

Já Binet empregou esforços nos estudos da sugestibilidade da memória, categorizando a memória em autossugerida (criada a partir de processos internos individuais) e deliberadamente sugerida (proveniente do ambiente externo). Binet teve grande destaque nos estudos em crianças, demonstrando a sua maior tendência sugestiva.¹²⁶

A partir dos estudos de Binet, o alemão Stern fez novos experimentos utilizados de processos mnemônicos livres e sugeridos, obtendo resultados errôneos em grande parte das tentativas com perguntas sugestivamente falsas.¹²⁷ O estudioso alemão demonstrou a possibilidade de confundir a memória de crianças sobre acontecimentos reais com situações imaginárias utilizando encenações realizadas em sala de aula e com perguntas sugestivas.¹²⁸

¹²³ STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 22 et seq.

¹²⁴ Ibid., p. 38.

¹²⁵ Ibid., p. 23.

¹²⁶ Ibid., p. 23.

¹²⁷ Ibid., p. 23.

¹²⁸ OLIVEIRA, Helena Mendes; ALBUQUERQUE, Pedro; SARAIVA, Magda. *O Estudo das Falsas Memórias: Reflexão Histórica*. Temas em Psicologia. 2018. p. 1.765. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tpsy/a/vkbwp5cdyQpYFrk6yLTMq3S/>>. Acesso em: 11 set. 2021.

Bartlett fez experimentos complexos que exploravam os processos de memorização em adultos. Sua contribuição mais importante foi a descrição de que as recordações são um processo de reconstrução que se baseiam em esquemas mentais, conhecimentos prévios, a capacidade de compreensão da realidade e a influência cultural nas lembranças.¹²⁹

Os estudos pioneiros desses autores, portanto, marcaram o início do estudo e a construção de conceitos básicos no entendimento da falsificação da memória humana. Todavia, foi a psicóloga cognitiva norte-americana Elisabeth Loftus que se tornou uma referência na discussão, já que adotou a técnica chamada de *Procedimento de Sugestão de Falsa Informação ou Sugestão*¹³⁰, em que, logo após determinada experiência, é apresentada ao indivíduo participante uma informação falsa resultando na diminuição de percepções verdadeiras e significativo aumento de falsas.¹³¹

Loftus iniciou seus estudos na década de 1970 e ao longo de sua carreira realizou centenas de experiências, com mais de vinte mil pessoas, focada, principalmente em constatar como a informação pode distorcer a memória, com manipulação das lembranças, por vezes de maneira completamente previsíveis, o que ficou conhecido como o *paradigma da desinformação*¹³².

Mesmo nos dias de hoje, o conceito de falsas memórias não é consensual, já que existem muitos paradigmas e diferentes abordagens e aplicações. Assim, a abordagem das FM na atuação de um psicólogo ou de um psiquiatra é completamente diferente da abordagem desejada para um jurista. Embora isso possa ser óbvio, trata-se de um destaque importante quando tal conceito e abordagem são inseridos no contexto do processo penal e podem impactar a liberdade de um indivíduo. Na maioria das vezes, a ocorrência de uma FM pode não gerar danos consideráveis, mas no processo penal reveste-se de uma importância enorme, razão pela qual a psicologia

¹²⁹ STEIN, op. cit., p. 23.

¹³⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. *Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas*. 2002. p. 353-354 Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/prc/a/dcwngNySpxtXsHgrpX6fvxrK/>>. Acesso em: 11 set. 2021.

¹³¹ SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. *Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias*. 2012. p. 09. Disponível em: Acesso em: 11 set de 2021.

¹³² OLIVEIRA, Helena Mendes; ALBUQUERQUE, Pedro; SARAIVA, Magda. *O Estudo das Falsas Memórias: Reflexão Histórica*, cit., p. 1.765.

forense é a principal área de pesquisa deste fenômeno, especialmente nos casos de testemunha ocular criminal.¹³³

3.5 Compreendendo o fenômeno

Uma condenação penal errônea é algo extremamente grave, já que envolve toda a extensão do poder punitivo do Estado e atinge frontalmente bens jurídicos supremos como a liberdade e dignidade humana moral e física do indivíduo, além de depreciar o próprio sistema democrático constitucional, na medida que abala a confiança da sociedade para com o Estado e suas instituições. Portanto, é essencial compreender o fenômeno e saber como pode ocorrer dentro do processo penal para evitar condenações pautadas nas Falsas Memórias¹³⁴.

Referência no estudo desse fenômeno, especialmente relacionado com as implicações jurídicas, Lilian Milnitsky Stein¹³⁵ explica que as falsas memórias não decorrem de uma mentira, simulação ou pressão social, mas sim de um fenômeno mnemônico, uma lembrança. É comum que, ao abordar esse fenômeno, haja relutância em deslegitimar aquilo que está sendo contado pela testemunha ou vítima, sob o argumento de que é uma tentativa defensiva do réu de atacar aquela versão sem que haja motivos para mentira ou distorção dos fatos, diante do interesse ou do sofrimento experimentado. Todavia, conforme explica Haridyane Santos e Lopes Jr¹³⁶:

o interesse não é “descobrir mentiras”, até porque, não se tem como distinguir com certeza as memórias reais das falsas memórias, ou seja, não há o que se falar em mentira quando trata-se desse assunto, por que no caso em questão, a pessoa não sabe se aquilo realmente aconteceu ou não, por isso o nome, falsas memórias.

¹³³ Ibid., p. 1.771.

¹³⁴ No ramo do Direito a problemática das falsas memórias não é discussão exclusiva do campo penal. No Direito das Famílias, a discussão sobre FM associada a chamada síndrome de alienação parental tem ganhado força, principalmente após entrada em vigor da Lei nº 12.318 de 2010. Segundo Conrado Paulino da Rosa (*Direito de Família Contemporâneo*. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p.568.), o alienador pode, aproveitando-se da sugestibilidade do infante, criar falsas memórias repetindo críticas a respeito do alienado, numa clara demonstração de desejo de vingança que acaba atingindo diretamente o menor envolvido.

¹³⁵ STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias*, cit., p. 25 et seq.

¹³⁶ SANTOS, Haridyane Oliveira dos; LOPES JR., Aury. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro: problematização na valoração e as falsas memórias*. 2020. p. 21. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/haridyane_santos.pdf>. Acesso em: 11 set de 2021.

Os processos de reconhecimento, especialmente aqueles que a parte figura como vítima, envolvem uma carga emocional que não pode ser desconsiderada. Segundo o estudo realizado em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada do Ministério da Justiça ¹³⁷, “as memórias com uma forte carga emocional possuem maior vividez, portanto, as pessoas tendem a lembrá-las com maior confiança.” No entanto, o mesmo estudo também afirma que, em virtude dessa confiança, tende-se a julgá-las como memórias mais próximas a realidade, quando na verdade o grau de certeza que as pessoas demonstram ter, nem sempre são indicadores de sua fidedignidade e o Poder Judiciário não deve usar a confiança da testemunha como fundamento de precisão no momento da valoração probatória. ¹³⁸

Assim, podem ocorrer situações em que a testemunha ou vítima do delito demonstre confiança plena na memória que detém, contudo acabam realizando uma avaliação equivocada do que testemunharam. Nessa linha, o grau de certeza de um reconhecimento ou testemunho está mais relacionado ao momento e procedimento de recordação, do que ao momento de formação da memória no momento do fato. ¹³⁹

De acordo com Stein¹⁴⁰, a memória pode sofrer distorções endógenas (processos internos) e distorções originadas a partir de falsas informações oferecidas externamente (processo externos). Assim, a autora sugere uma taxonomia das falsas memórias, a partir da origem do processo: falsas memórias espontâneas e falsas memórias sugeridas.

As FM espontâneas, também chamadas de autossugeridas, ocorrem quando a falsificação é fruto de um processo interno do próprio funcionamento da memória, sem qualquer interferência de uma fonte externa. ¹⁴¹ Um exemplo simples do cotidiano: é comum precisarmos recordar onde deixamos algo que perdemos, termos certeza da última vez que o vimos, mas logo em seguida descobrir que está em local completamente diferente, sem a menor possibilidade daquela lembrança que nos parecia certa ser verdadeira.

Já as lembranças sugeridas, Stein¹⁴² explica que elas advêm de informações externas à nossa mente, mas que a sugestão da informação acaba sendo aceita como

¹³⁷ BRASIL. Ministério da Justiça. *Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Ipea, 2015. P. 23.

¹³⁸ Ibid., 2015. p. 23 et seq.

¹³⁹ Ibid., 2015. p. 24.

¹⁴⁰ STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias*, cit., p. 25.

¹⁴¹ Ibid., p. 25.

¹⁴² Ibid., p. 26.

verdadeira ou incorporando à memória original, ocorrendo o que ela chama de *efeito da sugestão de falsa informação*. A tendência, ao deparar-se com informações sabidamente falsas, é imaginar situações propositais, quando na verdade pode decorrer de situações aleatórias, sem qualquer intenção espúria. Como no exemplo supramencionado ocorrido na década de 1990 nos EUA, até mesmo tentativas de tratamentos psicológicos podem servir como sugestões para a criação de falsas memórias.

De acordo com Stein¹⁴³, a produção de falsas memórias é mais intensa quando parte da sugestão de informação falsa do que através de processo mnemônico espontâneo. Para provar esse ponto, a autora recorre ao *procedimento experimental de sugestão da falsa informação* de Loftus, que era realizado em três etapas, que será apresentado detalhadamente a seguir.

A primeira etapa é a chamada “fase de estudo”, estágio em que é adquirida a informação e armazenada, para posterior recuperação. A informação é chamada de material-alvo ou material-original e o recebimento é o processo de codificação. O material alvo pode ser recebido, nos estudos de falsas memórias, por meio verbal (palavras, frases, histórias) ou não verbal (fotos, sequência numérica, encenações).¹⁴⁴ Também é importante, dentro da fase de estudo a forma de apresentação do material-alvo, podendo ser visual e auditiva, formas que podem impactar de forma diferente no desempenho da memória.¹⁴⁵

A segunda etapa procedimental de investigação das FM é o chamado “intervalo de retenção”, período de armazenamento do material-alvo em que duas tarefas podem ser realizadas para interferir ou não nesta etapa: a distração e a sugestão de falsa informação. A tarefa de distração pode ser qualquer atividade, mesmo que nada tenha a ver com o material-alvo. Já a tarefa de sugestão pode ocorrer logo em seguida a uma distração ou muito tempo depois do ocorrido, e tem o objetivo de interferir e prejudicar a fase de retenção da informação do material-alvo.¹⁴⁶

São muitas variáveis envolvidas no processo de sugestionabilidade do material alvo, e o impacto na criação das falsas memórias depende diretamente de fatores como a apresentação das informações, as instruções dadas aos participantes, a

¹⁴³ STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias*, cit., p 54.

¹⁴⁴ Ibid., p. 45.

¹⁴⁵ Ibid., p. 51.

¹⁴⁶ Ibid., p. 53.

capacidade imaginativa, a repetição e até mesmo o método utilizado pelo pesquisador. Fora dos experimentos, a introdução de manipulações pode ser feita por qualquer pessoa, inclusive por autoridades, terapeutas ou outras testemunhas oculares.¹⁴⁷

Já a última fase é chamada de “Fase de teste”, momento em que a memória é testada sobre as informações obtidas ao longo das duas fases anteriores. A tentativa, portanto, é resgatar o material-alvo, permitindo que o pesquisador observe o impacto da manipulação no desempenho mnemônico. Para tanto, o pesquisador deve estar atento a variáveis, que Stein chama de medidas do teste de memória, que incluem a quantidade de informações corretas que o participante se recorda, o tempo de reação para responder as perguntas ou assinalar as alternativas, a idade do participante e o grau de certeza demonstrado em cada uma das respostas.¹⁴⁸

Dentre todas as variáveis apresentadas por Stein¹⁴⁹, destaca-se a que se refere a avaliação quando ao grau de certeza que cada participante assinalou sobre suas respostas. Segundo a autora, “As pesquisas têm mostrado que as FM são recuperadas com altos índices de certeza”.

Em seu livro texto “Neurociências”, Purves também se vale do Procedimento de Palavras Associadas para exemplificar a falibilidade desse processo *regular* da memória: As palavras *bala, azeda, açúcar, amargo, bom, mel, torta, bolo* são apresentadas a um grupo de estudantes. Após alguns instantes, apresenta-se outra lista aos mesmos estudantes pedindo para que relacionem quais estavam na lista anterior. Surpreende que aproximadamente 50% (cinquenta por cento) dos estudantes relataram que a palavra “doce” constava na primeira lista, apenas por força de associação entre essas palavras, evidenciando a realidade da sugestibilidade inconsciente do cérebro.¹⁵⁰

A partir desses resultados experimentais, é possível pensar a repercussão destes dados científicos no processo penal, eis que durante toda a persecução penal existem diversos estímulos e possíveis sugestões que podem alterar a reconstrução do que foi vivido pela vítima ou testemunha. Logo após o momento do delito, podem ocorrer sugestões não intencionais por parte de policiais, delegados, terceiros ou até

¹⁴⁷ STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias*, cit., p. 55.

¹⁴⁸ *Ibid.*, p. 61.

¹⁴⁹ *Ibid.*, p. 61.

¹⁵⁰ PURVES, Dale et al. *Neurociências*, cit., p. 794.

pelas próprias partes, muitas vezes imbuídos de um sentimento de justiça e busca pelo esclarecimento do fato.

Nesse sentido é que aparecem os reconhecimentos fotográficos, os catálogos de suspeitos, as fotos pela internet, os retratos-falados: uma sugestão, que pode macular irreversivelmente a memória. Segundo Seger e Lopes Jr.¹⁵¹,

há uma associação, ainda que inconsciente, entre uma visão prévia do acusado (por fotografia, retrato-falado etc.) e o seu reconhecimento formal, ou até entre dois atos de reconhecimento subsequentes, inclinando-se a testemunha a reconhecer como autor do crime aquele que previamente observou, independentemente de ter sido ele ou não quem a testemunha percebeu no momento do delito.

Diante disso, e de tudo que foi exposto sobre a memória e as falsas memórias, é possível afirmar que a sugestionabilidade tem papel central na discussão. Ou seja, se a compreensão das falsas memórias se faz necessária para evitar que condenações tenham como base esse tipo de lembrança e acabem por aprisionar alguém injustamente, o sistema judiciário deve estar atento às sugestões que podem acontecer e adotar meios de controle e fiscalização de procedimentos que ocorrem à margem da lei e dos princípios constitucionais.

Além disso, Stein¹⁵² explica que na abordagem feita nas entrevistas sobre o fato podem surgir diversas ocasiões de sugestionabilidade:

A importância dada à entrevista reside no fato de que é por meio dela que os depoimentos são coletados, sejam de crianças ou de adultos. Desse modo, tanto o tipo de entrevista que é realizada como a forma e as circunstâncias em que é conduzida, são determinantes para a qualidade de um testemunho. **É no contexto da entrevista que costuma ser observado o fenômeno da sugestionabilidade, embora não exclusivamente.** (Grifo nosso).

No entanto, não é somente a *sugestão* que pode ser fator de formação de falsas memórias. Ávila¹⁵³, arrola o que entende como principais fatores:

sugestão por terceiro, insistência na pergunta (repetição), utilização de palavras associadas (diferenças semânticas sutis), o julgamento moral, a pressão social, o histórico pessoal do inquirido e possíveis traumas. Todas

¹⁵¹ SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. *Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias*. 2012. p. 15. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 11 set de 2021.

¹⁵² STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas memórias*, cit., p. 172 et seq.

¹⁵³ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 161.

passíveis de ocorrer tanto na fase policial, quanto na judicial propriamente dita.

Embora seja possível afirmar que o fenômeno das falsas memórias pode ocorrer em qualquer fase do *persecutio criminis*, o procedimento policial – por sua atuação temporalmente mais próxima do crime e por seus traços inquisitoriais – tem se demonstrado determinante na falsificação da memória, com práticas de repetição, sugestão e, por vezes, coação.¹⁵⁴ Pouco se sabe como são realizadas as coletas de testemunhos nas delegacias, qual a forma adotada e quais os registros são obrigatórios. Desta maneira, não há como saber quando é proposital ou quando é, simplesmente, uma falha sistêmica originada pela falta de parâmetros.

Mesmo nos casos não propositais, todas as formas elencadas como fatores de sugestão de falsas memórias podem ocorrer – como veremos mais detalhadamente adiante – durante um reconhecimento realizado por meio de fotos e álbuns de suspeitos, modalidade que sequer é regulamentada por Lei, mas é prática comum em todo o território nacional.

¹⁵⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*, cit., p. 162.

4. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E FALSAS MEMÓRIAS

Diante dessa delimitação e de tudo que foi apresentado, já é possível uma discussão qualificada do reconhecimento fotográfico, suas implicações diretas na dignidade da pessoa humana e as medidas que podem ser adotadas para a redução de danos.

4.1 O valor probatório do reconhecimento fotográfico e sua incidência jurisprudencial

Ao se deparar com uma ação penal em curso em que o único elemento probatório disponível é a palavra da vítima ou testemunha dizendo que reconhece, a partir de uma fotografia, a autoria delitiva de determinada pessoa, qual deveria ser o posicionamento do Magistrado que atua no feito? E na hipótese de a prova em questão ter sido obtida à margem do que prevê a legislação penal? É comum que processos criminais tenham como únicas provas disponíveis lembranças resgatadas durante um depoimento ou declaração.¹⁵⁵ Também é comum, como veremos em diversas jurisprudências, a aceitação de elementos probatórios que não seguiram o previsto na Lei.

Como explica Eberhardt¹⁵⁶, a realização do reconhecimento fotográfico é prática mais comum durante a fase pré-processual, especialmente por policiais. Ocorre geralmente nos casos em que a vítima ou testemunha não conseguem fazer apontamentos suficientes para trazer o suspeito à reconhecimento pessoal. Assim, a autoridade se vale de fotos diversas para que se possa apontar o suspeito dentre os indivíduos mostrados.

Em entrevista concedida à rádio CBN¹⁵⁷, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Rogério Schietti admitiu que o reconhecimento equivocado representa uma porcentagem expressiva dos erros do judiciário e que as prisões cautelares decorrentes desses erros precisam ser combatidas. Ainda afirmou que um grupo de trabalho foi criado no Conselho Nacional de Justiça (CNJ) para pensar como o Judiciário pode trabalhar para evitar erros decorrentes especificamente do reconhecimento fotográfico.

¹⁵⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*, cit., p. 126.

¹⁵⁶ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 195.

¹⁵⁷ *Entrevista concedida por Schietti, Rogério*. Entrevista Jornal da CBN [09.2021]. Entrevistador: Milton Jung. Rio de Janeiro, 2021. (10min23segs).

Uma das razões para que essa espécie de reconhecimento seja vetor de tantas decisões errôneas por parte do judiciário é a absoluta ausência de previsão legal para a realização de tal procedimento. Portanto, o entendimento que predomina é que se trata de uma espécie *inominada*¹⁵⁸ de reconhecimento e não se confunde com o reconhecimento formal de pessoas previsto no artigo 226 do CPP.¹⁵⁹

Segundo Mariângela Lopes¹⁶⁰, o reconhecimento por meio de fotografia é uma forma subsidiária do reconhecimento de pessoas. Trata-se, portanto, de um meio de prova utilizado quando não for possível a identificação por outros meios.

A doutrina e a jurisprudência têm se posicionado pela licitude do reconhecimento fotográfico para a composição do conjunto probatório referente à autoria delitiva, já que não está em dissonância com qualquer norma de ordem constitucional ou legal. O posicionamento majoritário é que, embora não exista lei expressa sobre essa espécie, é possível sua utilização se estiver em consonância com as outras provas de autoria carreadas nos autos. A recente jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (TJMG) tem se posicionado exatamente nesse sentido:

EMENTA: RECONHECIMENTO DO ACUSADO- MÉRITO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – [...] O reconhecimento fotográfico configura meio de prova válido, especialmente quando confirmado em juízo e reforçado pelos demais elementos probatórios produzidos. Devidamente comprovadas a autoria e a materialidade do crime, a confirmação da condenação é medida que se impõe [...]. (Trecho).¹⁶¹

O STF também tem entendimento nessa linha:

EMENTA: HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. ALEGADA NULIDADE DO PROCESSO POR CONTER RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO SEM A PRESENÇA DO PACIENTE. I - O reconhecimento fotográfico do acusado, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e da ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para lastrear o édito condenatório. Ademais, como na hipótese dos autos, os testemunhos prestados em juízo descrevem de forma detalhada e segura a participação do paciente no roubo [...]. (Trecho).¹⁶²

¹⁵⁸ O jurista Aury Lopes Jr. (*Direito Processual Penal*, cit., p. 490) adota o entendimento de que o reconhecimento fotográfico somente pode ser mero ato preparatório para o reconhecimento pessoal, pois se trata de uma variação não prevista pelo CPP e que não observa as garantias judiciais.

¹⁵⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*, cit., p. 243.

¹⁶⁰ LOPES, Mariângela Tomé. *O reconhecimento como meio de prova*, cit., p.133.

¹⁶¹ TJMG. DJ 09 de setembro de 2021. *AP 1.0672.18.019984-2/001*, Relator Desembargador Henrique Abi-Ackel Torres.

¹⁶² STF. DJ 21 de setembro de 2010. *HC nº 104404*, Primeira Turma, Relator Dias Toffoli.

Alinhado à jurisprudência, o posicionamento doutrinário de aceitação dessa espécie de meio de prova se apoia no princípio da busca da verdade e da liberdade das provas¹⁶³. Nesse sentido, para suprir o silêncio normativo e consolidar o reconhecimento fotográfico como meio de prova válido, autores como Renato Brasileiro¹⁶⁴, Marcos Eberhardt¹⁶⁵, Guilherme de Souza Nucci¹⁶⁶, Edilson Mougenot Bonfim¹⁶⁷, Nestor Távora¹⁶⁸ e Cristina Di Gesu¹⁶⁹ entendem ser imprescindível seguir, por analogia, as formalidades do artigo 226 do CPP.

Embora a jurisprudência e a doutrina, majoritariamente, aceitem essa espécie de reconhecimento, existem muitos posicionamentos que buscam reduzir a potencialidade da carga probatória ou até mesmo rechaçar sua existência, demonstrando a fragilidade e/ou as possíveis violações de direitos do uso de fotos para o reconhecimento.

Huertas Martin¹⁷⁰ defende que a validade probatória do reconhecimento fotográfico deve ser reduzida, justamente porque as experiências do judiciário têm demonstrado que é um meio de prova com grande chance de erros, especialmente quando a fotografia passa a ser amplamente difundida nos canais de comunicação como televisão, internet e jornais¹⁷¹. Pacelli¹⁷² adota posicionamento semelhante ao defender que o reconhecimento por fotografia jamais pode ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoas, pois é evidente que existem mais dificuldades de correspondência entre a foto e a pessoa.

¹⁶³ BRASILEIRO, Renato. *Manual de Processo Penal*: volume único. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 140.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 140.

¹⁶⁵ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p. 196.

¹⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Provas no processo penal*, cit., p. 243.

¹⁶⁷ BONFIM, Edilson Mougenot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva Educação. 2012. p. 203.

¹⁶⁸ TÁVORA, Nestor. *Curso de Direito Processual Penal*. Salvador: JusPODIVM, 2015.

¹⁶⁹ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*, cit., p. 158.

¹⁷⁰ MARTINS, Huertas. *El Sujeto Pasivo del Proceso Penal como Objeto de la Prueba*. Barcelona: Bosh, 1999. p. 243

¹⁷¹ Um exemplo recente ocorreu em junho 2021 durante a perseguição à Lázaro Barbosa, que gerou grande comoção nacional e uma caçada que durou 20 dias. Com a divulgação de fotos do foragido em todos os canais de comunicação do país, um homem no Mato Grosso do Sul foi sequestrado e espancado após ser confundido com Lázaro (R7, Portal. *Homem é espancado no MS após ser confundido com Lázaro Barbosa*. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/cidades/homem-e-espancado-no-ms-apos-ser-confundido-com-lazaro-barbosa-23062021>. Acesso em: 20 set. 2021). Outro caso envolveu o cantor maranhense Vinícius Borges que também foi confundido com o criminoso perseguido e teve que registrar boletim de ocorrência na Polícia Civil da cidade de Sorriso, no Mato Grosso. (R7, Portal. *Cantor abre boletim de ocorrência por ser confundido com Lázaro*. 2021. Disponível em: <https://noticias.r7.com/cidades/cantor-abre-boletim-de-ocorrencia-por-ser-confundido-com-lazaro-23062021>). Acesso em: 20 set 2021).

¹⁷² PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*, cit., p. 352.

Na visão de Eberhardt¹⁷³, na maioria das vezes, a fotografia não corresponde fielmente à realidade e permite que graves equívocos ocorram, atingindo pessoas normalmente “fichadas” (já que a polícia tem a foto do indivíduo). Assim, defende que o reconhecimento por fotos não tem qualquer conteúdo de prova, podendo ser usado apenas como indício capaz de dar início a investigações policiais:

O mais correto é que, havendo o reconhecimento fotográfico, a autoridade policial expeça um chamamento ao suspeito para o fim de prestar esclarecimentos ou até mesmo submeter-se – caso concorde – ao reconhecimento pessoal, não se olvidando que este deverá ser ratificado na fase judicial, sob o crivo do contraditório.¹⁷⁴

Posição mais antagônica à jurisprudência e à doutrina majoritária é adotada pela Defensoria Pública do Estado de São Paulo (DPESP)¹⁷⁵, que defende a absoluta vedação do CPP ao reconhecimento não presencial. Os argumentos para tal posicionamento são: i) que inexistente previsão legal; e ii) que o inciso IV do artigo 226 do CPP exige a presença da pessoa chamada ao reconhecimento e das testemunhas, vedando assim o reconhecimento por foto, sem a presença do acusado e sem a possibilidade de exercer sua defesa ou impugnar os atos. Nesse sentido, a DPESP, no II Encontro Estadual, aprovou a Tese nº 13 com a seguinte súmula: “O reconhecimento fotográfico não pode ser admitido no processo penal, sobretudo sem a observância do art. 226 CPP.”

As divergências quanto ao valor probatório ocorrem, basicamente, em razão da fragilidade do reconhecimento fotográfico, mesmo quando seguidos os procedimentos do artigo 226 do CPP. Aqui, Fraga¹⁷⁶ adverte que, com a visualização da fotografia pela vítima ou testemunha perde-se a dimensão visual oferecida pelo reconhecimento pessoal, já que a imagem pode estar desatualizada, sem nitidez completa, sem a coloração verdadeira devido à impressão e até mesmo em preto e branco. Tudo isso diminui consideravelmente a credibilidade do reconhecimento.

¹⁷³ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p.195.

¹⁷⁴ EBERHARDT, Marcos. *Provas no Processo Penal*, cit., p.196.

¹⁷⁵ REIS, Gustavo Augusto Soares dos. *Tese nº 13 da DPE/SP*. 2008. Aprovada no II Encontro Estadual da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=60991&idModulo=9706>>. Acesso em: 19 set. 2021.

¹⁷⁶ FRAGA, Clarice Lessa de. *A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico*. 2020, p. 8. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

Além disso, Di Gesu¹⁷⁷ também alerta para o chamado *efeito foco na arma*:

Se por algum motivo o ofendido ou testemunha não conseguiu, no momento da prática delituosa, captar a imagem do suspeito – devido ao efeito ‘foco na arma’; porque ele estava com o rosto coberto por touca ou capacete; ou porque não obteve contato direto com aquele envolvido, dentre outras diversas moduladoras que concorrem para piorar a qualidade da identificação, tais como o tempo da exposição da vítima ao crime e ao contato com o agressor, a gravidade do fato, o intervalo de tempo entre o delito e a realização do reconhecimento, as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos), as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo), a natureza do delito, entre outros – poderá fixar na memória a fotografia anteriormente vista, sendo induzido a posterior reconhecimento pessoal.

Nessa mesma linha, Aury Lopes Jr.¹⁷⁸ também destaca a importância de se atentar ao efeito *foco na arma*, pois entende como decisivo para a não fixação das características físicas do autor do delito, “pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma”¹⁷⁹. Ou seja, a presença da arma – aspecto central da violência e tensão no momento do delito – distrai a vítima para outros detalhes importantes do momento, sendo fator responsável por diminuir a capacidade de posterior reconhecimento.

Além disso, não se pode olvidar da possibilidade de modificações fisionômicas que podem ocorrer, até mesmo poucos minutos após o delito, como raspar a barba, cortar ou mudar a cor do cabelo, trocar de roupa etc.¹⁸⁰ Essas inúmeras variáveis quando ignoradas pelos operadores do direito são grandes brechas para erros e descrédito do judiciário.

No que se refere à ocorrência de condenações com base somente no reconhecimento fotográfico, embora possa parecer impossível diante da afirmação reiterada da jurisprudência contrária à condenação com prova única, em 2019 o STF anulou condenação baseada unicamente na afirmação da vítima de que reconheceu por fotografia o autor do delito. Tal caso foi objeto de análise no *Habeas Corpus (HC) nº 172.606*¹⁸¹, que teve como relator o Ministro Alexandre de Moraes, tendo sido decidido pela absolvição e soltura do acusado, já que:

¹⁷⁷ DI GESU, Cristina. *Prova Penal e falsas memórias*, cit., p. 159

¹⁷⁸ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*, cit., p. 491.

¹⁷⁹ *Ibid.*, p. 493.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 491.

¹⁸¹ STF. DJ 31 de julho de 2019. *HC 172606/SP* – Relator: Min. Alexandre de Moraes.

A presunção de inocência condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio¹⁸².

Segundo o relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial do CONDEGE e da DPRJ, entre maio de 2012 e julho de 2020, 90 pessoas foram presas com base apenas em uma fotografia, permanecendo encarcerada em média 281 dias (aproximadamente 9 meses).

Além da hipótese de o reconhecimento fotográfico ser a única prova dos autos, ocorre frequentemente a convalidação de reconhecimentos que ignoraram a formalidade prevista no artigo 226 do CPP. Sobre isso, Norberto Avena questiona e logo em seguida dá seu parecer: “E se não foram observadas as formalidades do art. 226 do CPP? Isto implica mera irregularidade, não invalidando o ato, tampouco afetando seu poder de convencimento.”¹⁸³

Nessa esteira, é prática reiterada afirmar que o que prescreve o artigo mencionado é mera recomendação legal e sua inobservância é uma irregularidade incapaz de anular o reconhecimento e/ou considerá-lo como obtenção ilegal de prova, seja ele fotográfico ou até mesmo pessoal.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - PRELIMINAR - NULIDADE RECONHECIMENTO FOTOGRAFICO - VIOLAÇÃO AO ART.226, DO CPP - MERA RECOMENDAÇÃO - PRELIMINAR AFASTADA - MÉRITO - LATROCÍNIO TENTADO - ART.157, §3º, II, C/C ART.14, II, DO CP - AUTORIA DUVIDOSA - PROVA INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO - IN DUBIO PRO REO - ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. - **Eventual inobservância dos regramentos do reconhecimento não pode ser confundida com a obtenção ilegal de prova, mesmo porque as disposições insculpidas no art.226 do CPP configuram uma mera recomendação legal e não uma exigência.** - Para a prolação de um decreto penal condenatório, é indispensável prova robusta que dê certeza da existência do delito e seu autor. Assim, não se vislumbrando provas cabais de que o apelante tenha sido um dos responsáveis pelo crime, deve-se invocar o princípio "in dubio pro reo" para absolver o mesmo.¹⁸⁴ (Grifo nosso).

Em simples pesquisa no sítio do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG) utilizando os termos “reconhecimento”, “fotográfico” e “recomendação” e filtrando para

¹⁸² STF. DJ 31 de julho de 2019. *HC 172606/SP* – Relator: Min. Alexandre de Moraes.

¹⁸³ AVENA, Norberto. *Processo Penal*, cit., p. 593.

¹⁸⁴ TJMG, DJ 20 de abril de 2021. *AP 1.0720.19.002936-6/001*, Relator Desembargador Jaubert Carneiro Jaques.

decisões publicadas a partir do primeiro dia do ano de 2021 até o dia 22 de fevereiro do mesmo ano, foram encontrados 12¹⁸⁵ acórdãos que adotavam tal posicionamento.

Na decisão proferida na Apelação Criminal 1.0443.18.004071-1/001¹⁸⁶ no dia 12 de agosto de 2021, o TJMG afirmou:

Nos termos do entendimento do col. STJ, a inobservância das formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal para o reconhecimento do acusado não é causa de nulidade, uma vez que não se trata de exigência, mas de meras recomendações a serem observadas na implementação da medida.

Embora o entendimento de que o artigo 226 do CPP era uma mera recomendação e não uma exigência a ser seguida seja amplamente utilizado pelos Tribunais do Brasil, como veremos, esse tema vem sendo alterado pelas turmas criminais do STJ.

Tal mudança teve início no ano de 2020, na 6ª Turma do STJ, no HC 598.886/SC, de relatoria do Ministro Rogério Schietti, oportunidade em que julgou que: (i) o reconhecimento fotográfico é apto apenas para identificar o réu e fixar a autoria do delito, desde que observadas as formalidades do artigo 226 do CPP, que são garantias judiciais mínimas do acusado e não meras recomendações do legislador; (ii) o valor probatório do reconhecimento é carregado de subjetivismo e potenciais falhas, sendo causa de inúmeros erros do judiciário; (iii) a inobservância do procedimento legal enseja nulidade da prova e não é elemento idôneo para fundamentar uma sentença condenatória, mesmo que se confirmado em juízo; (iv) o reconhecimento fotográfico é ainda mais problemático quando realizado com a utilização de simples álbum de suspeitos ou fotos retiradas de redes sociais; (v) é necessário a adequação da compreensão dos Tribunais sobre o tema e as consequências dos erros procedimentais; e por fim, (vi) deve-se exigir que as forças

¹⁸⁵ Pesquisa realizada em 22 de setembro de 2021 no site do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.do>>. Acórdãos encontrados: 1) Apelação Criminal 1.0193.20.000107-4/001; 2) Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.142247-2/000; 3) Apelação Criminal 1.0443.18.004071-1/001; 4) Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.129514-2/000; 5) Apelação Criminal 1.0452.19.005372-1/001; 6) Apelação Criminal 1.0223.17.007188-8/001; 7) Habeas Corpus Criminal 1.0000.21.069922-9/000; 8) Apelação Criminal 1.0123.20.000045-3/001; 9) Apelação Criminal 1.0720.19.002936-6/001; 10) Apelação Criminal 1.0027.20.000025-8/001; 11) Apelação Criminal 1.0297.17.000092-3/001; 12) Apelação Criminal 1.0079.16.029535-2/001;

¹⁸⁶TJMG. DJ 17 agosto de 2021. AP 1.0443.18.004071-1/001, 8ª CÂMARA CRIMINAL Relator(a): Des.(a) Anacleto Rodrigues. p. 01.

policiais se comprometam com os procedimentos legais para a utilização do meio de prova.¹⁸⁷

Embora seja uma jurisprudência importante, ainda remanesceu a divergência com a 5ª Turma do STJ, que mantinha o entendimento de aceitação do reconhecimento fotográfico como meio de prova válido, ainda que realizado em desconformidade com o regramento disposto no CPP. Essa divergência teve fim em 03 maio de 2021, quando a 5ª Turma apreciou o HC 652.284/SC – relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca – e se alinhou ao entendimento consagrado pela 6ª Turma. Destaca-se o seguinte trecho da ementa:

A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei". Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação. 3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer que "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".¹⁸⁸

Não há dúvidas que são jurisprudências importantes, que ainda encontram resistência de Tribunais como o TJMG, já que mesmo após a consolidação desse entendimento no STJ, os magistrados de piso continuam decidindo por ignorar a legislação.

Em outros casos, constatada a irregularidade cometida na fase policial, os magistrados admitem a ratificação do reconhecimento em juízo, alegando que nessa fase é possível a garantia do contraditório e ampla defesa. Nesse ponto, Badaró¹⁸⁹ faz uma reflexão chave para este trabalho:

Mesmo que tal prova, com resultado positivo, seja anulada, é de se questionar a possibilidade se repetir tal ato posteriormente, segundo o rito adequado, **em virtude do grande potencial de sugestibilidade** que a que a prova ilegitimamente produzida causa. No segundo ato de reconhecimento, **a vítima provavelmente reconheceria o acusado não porque se lembraria**

¹⁸⁷ STJ. DJ 27 de outubro de 2020. HC 598.886, Relator Ministro Rogério Schietti Cruz, passim.

¹⁸⁸ STJ. DJ 27 de abril de 2021. HC 652.284, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. p. 02.

¹⁸⁹ BADARÓ, Gustavo. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 398.

dele na cena delitiva, porque se recordaria dele no reconhecimento ilegítimo anterior. (Grifo nosso).

Como demonstrou-se no capítulo anterior, a ocorrência de falsas memórias é complexa e envolvem muitas variáveis. Todavia, a aceitação de posterior convalidação de um ato ilegítimo é ignorar evidente sugestão da memória de vítimas e testemunhas que comparecem em juízo – na maioria das vezes – meses depois do delito e com as imagens mentais do momento do fato e do reconhecimento por fotografia entrelaçadas. Nesse momento, o reconhecimento seria feito pelo juiz, figura que simboliza imparcialidade, mas que com perguntas confirmatórias pode ser vetor de agravamento ou produção de sugestionabilidade.¹⁹⁰

Nessa linha, Di Gesu¹⁹¹ alerta para o “efeito compromisso”, que ocorre quando a primeira identificação incorreta, geralmente após analisar diversas outras fotografias, macula qualquer outra identificação futura, devido à tendência em manter, inconscientemente, o compromisso anterior. Em outras palavras, a imagem da identificação incorreta passa a dominar a memória do identificador, de modo que quando for realizar o reconhecimento pessoal manterá idêntica percepção, tendo em vista a imagem fotográfica que gravou em sua mente.

Diante da irregularidade escancarada, a busca pela verdade se confunde com a violação de direitos fundamentais do indivíduo.

4.2 O reconhecimento fotográfico como violação de direitos

O episódio “Memória”, primeiro da série-documentário “Explicando a Mente” – originalmente “The mind, Explained” – produzido pela Netflix faz um breve relato da história de Jennifer Thompson, que em 1984 foi brutalmente violentada por um homem que invadiu sua casa, a ameaçou com uma faca e a estuprou. Segundo Jennifer, em relato concedido a um canal de televisão norte-americano mais de duas décadas depois do fato, na data do crime 7 policiais a levaram para uma sala e a entregaram uma foto dizendo “Imaginávamos que fosse ele”. O homem que aparecia na fotografia

¹⁹⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*, cit., p.19.

¹⁹¹ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*, cit., p. 160.

mostrada à vítima era Ronald Cotton, que foi reconhecido como autor do crime e condenado com base nesta prova. Cotton só foi liberado da prisão 11 anos depois, quando exames de DNA provaram que Jennifer havia sido estuprada por outro homem.¹⁹² No trecho do documentário, a vítima sabendo que Ronald Cotton era inocente anos depois afirma:

Àquela altura, a imagem de Ronald já tinha contaminado, por assim dizer, minha memória original daquela noite, então... o rosto do meu estuprador tinha virado Ronald Cotton. A tal ponto que, mesmo vendo o verdadeiro criminoso na minha frente... eu não tinha memória dele. (informação verbal).¹⁹³

A informação oferecida à Jennifer Thompson na data do crime criou uma falsa memória sugerida que impactou a vida e a dignidade humana de Ronald Cotton de maneira incomensurável. No documentário, é visível que a vítima jamais teve a intenção de colocar um inocente na prisão, mas devido ao processo mnemônico influenciado tinha certeza de que aquele era seu agressor.

Em agosto de 2021, o TJMG usou a seguinte argumentação para condenação baseada em reconhecimento fotográfico: “A palavra da vítima de assalto merece crédito **quando não se vislumbra qualquer motivo para incriminação de um inocente**, estando em consonância com as demais provas dos autos.” (Grifo nosso).¹⁹⁴ Tal argumentação se baseia na ideia de que vítima somente reconheceria erroneamente se estivesse mal-intencionada e desconsidera a hipótese de equívoco ou falha da memória do reconhecedor. É necessário reafirmar que “A falsa memória não é uma mentira, não se confunde com a deliberada intenção de faltar com a verdade.”¹⁹⁵ Portanto, não se trata de questionar a índole da vítima, mas de entender o processo das falsas memórias – o que se fez no capítulo anterior – e adotar a postura garantista de defesa dos direitos fundamentais do acusado.

¹⁹² *THE Mind, Explained* (Season 1) (Original). Produção de Adam Cole e Marie Cascone. S.I.: Netflix, 2019. (100 min.), color. Narração de Emma Stone. Episódio “Memória”. Netflix: 15min33seg – 16min25seg.

¹⁹³ *THE Mind, Explained* (Season 1) (Original). Produção de Adam Cole e Marie Cascone. S.I.: Netflix, 2019. (100 min.), color. Narração de Emma Stone. Informações fornecidas por Jennifer Thompson e reproduzida pelo documentário “Explicando a mente”: 16min02seg - 16min19seg.

¹⁹⁴ TJMG. DJ 18 de agosto de 2021. AP 1.0210.20.001016-8/001, 4ª CÂMARA CRIMINAL, Relator: Des. Doorgal Borges de Andrada.

¹⁹⁵ MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. *Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, 2012, p.411.

Como dito anteriormente, a produção de falsas memórias decorre de um processo regular da memória humana. O verdadeiro erro está nas mãos do próprio Estado, que o pratica no exercício de sua função, e causa danos irreversíveis ao ofendido.¹⁹⁶ Colocar uma pessoa na prisão, simplificando o entendimento de Eugênio Raúl Zaffaroni¹⁹⁷, é conferir um *status* de criminoso e um “alto nível de *vulnerabilidade ao poder punitivo*”, levando o indivíduo à situação de completa marginalização.

Na mesma linha de uma criminologia crítica, a marginalização e vulnerabilidade de pessoas atingidas pelo *jus puniendi* estatal – além da própria marginalização que pode decorrer da cor, classe, etnia, religião etc. – pode ser fator irreversível de um *status* de ex-presidiário ou criminoso eterno, que poderá alijar o indivíduo de qualquer oportunidade social e o impede de continuar sua vida normalmente.¹⁹⁸

A crítica sobre o sujeito marcado como criminoso pela sociedade e pelo Estado pode ser melhor entendida a partir da “Teoria do Etiquetamento” (em inglês *labeling approach*), cuja principal referência bibliográfica é o livro *Outsiders*, de 1963, escrito por Howard Saul Becker¹⁹⁹. Aquele que pratica a conduta delituosa, além de enfrentar a reação jurídico-estatal, enfrenta também uma reação social e, como consequência disso, lhe é atribuído o rótulo de criminoso, passa a sofrer a estigmatização e lhe sobra apenas a criminalidade. Zaffaroni²⁰⁰ explica que:

Essa rotulação coloca a pessoa em outro status, que impede de continuar sua vida normal: desde o *não te juntes* até a desqualificação em qualquer atividade competitiva da vida corrente. Foi condicionada a ele uma carreira, conforme a etiqueta que se lhe foi colocada.

Em outros dizeres, o indivíduo estigmatizado – o *outsider*, como denominou Becker – encontra uma série de dificuldades de retorno à sua vida normal, como dificuldade de retornar ao mercado de trabalho, distanciamento de amigos e familiares e papel social eterno de suspeito.

Portanto, um erro de reconhecimento fotográfico – o que vimos ser algo completamente factível – é algo que simplesmente destrói a dignidade daquele que

¹⁹⁶ BIZ, Artur Manoel. O caso dos irmãos naves: o erro judicial de araguari. 2012. TCC (Graduação) - Curso de Direito, FEMA, Assis, 2012. p. 24. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300909.pdf>>. Acesso em: 19 set 2021.

¹⁹⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Rio de Janeiro: Revan, 2013. Tradução: Sérgio Lamarão. p. 316.

¹⁹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*, cit., p. 139.

¹⁹⁹ Ibid., p. 139.

²⁰⁰ Ibid., p. 139.

foi preso injustamente, mesmo que seja por apenas um dia. Nessa esteira, Di Gesu²⁰¹ afirma:

As consequências de um depoimento mal colhido ou induzido em erro são imensuráveis, custando a vida e a liberdade das pessoas, sem falar de toda a estigmatização sofrida pelo sujeito passivo por tão somente responder a um processo criminal.

O Poder Judiciário não pode arriscar a vida de um inocente pela falta de procedimentos investigativos mais apurados. Conforme afirma Alexandre da Luz²⁰²:

condenar um inocente não é a função do processo penal, que visa defender e resguardar as garantias e direitos individuais fundamentais de quem é réu, já que o aparato acusatório do Estado é enorme e o acusado nesta relação se torna a parte mais fraca da balança.

Diante da possibilidade de ocorrência das falsas memórias, um magistrado que se pautar pelos princípios do *in dubio pro reo* e pelo estado de inocência adota uma postura precaucional e impede condenações injustas.²⁰³

Por ausência da precaução, muitos podem ter sido condenados injustamente e talvez nunca saberemos. É necessário que, na prática, o sistema penal tolere mais um culpado não responsabilizado do que um inocente tendo sua dignidade ferida irremediavelmente.

4.3 Os álbuns de suspeitos e redes sociais

Uma pessoa que for vítima de um roubo hoje e que se dirija a uma delegacia do país, provavelmente será colocada diante de um álbum de fotos de inúmeros indivíduos previamente selecionados pelos policiais, prática absolutamente rotineira. Para o delegado de polícia Filipe Morais²⁰⁴ a criação e manutenção de álbuns

²⁰¹ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*, cit., p. 203.

²⁰² DA LUZ, Alexandre Salum Pinto. *A formalidade do reconhecimento pessoal e o perigo de sua relativização*: pelo cumprimento integral do artigo 226, do CPP. JusBrasil, 2015. n.p. Disponível em: <<https://bitlybr.com/saUeFZX9>>. Acesso em: 21 set. 2021.

²⁰³ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Política não criminal e processo penal*: a intersecção a partir das falsas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - UFRGS, Porto Alegre, 2014. p. 18. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/download/51816/31974>>. Acesso em: 20 set. 2021.

²⁰⁴ MORAIS, Filipe de. Sobre a criação e manutenção de álbuns de fotografias criminais no âmbito de unidades de polícia judiciária. 2017. Parecer técnico. Disponível em:

fotográficos para auxílio da atividade policial é uma medida discricionária da Autoridade Policial e está em harmonia com a atividade pública que exerce, a salvaguarda de bens jurídicos contra as agressões delitivas.

Todavia, Licínia Rossi²⁰⁵ explica que:

Legalidade no direito privado não se confunde com legalidade no direito público. Para o direito privado, adota-se um critério de não contradição à lei: é lícito ao particular realizar todas as condutas, excetuadas aquelas que por lei estão proibidas. **A legalidade no direito público estabelece que o administrador só pode fazer o que a lei autoriza ou determina;** pauta-se, assim, num critério de subordinação à lei. (Grifo nosso).

Se a administração pública, no exercício de sua função, só pode fazer aquilo que a lei autoriza, conseqüentemente, a discricionariedade deve ser compreendida como um poder jurídico limitado à lei.²⁰⁶ Sendo assim, tratar a adoção de álbuns de suspeitos em delegacias como mera discricionariedade da autoridade policial vai de encontro com a noção de legalidade e respeito às garantias fundamentais dos indivíduos etiquetados como suspeitos. Afinal, qual o critério utilizado pelas forças de segurança e qual a razão para que alguém passe a integrar o rol de fotografias do álbum de suspeitos?

Ter sua foto em um álbum desse tipo significa poder ser reconhecido a qualquer momento como o autor de um delito. Em pesquisa na internet é possível encontrar muitas histórias, majoritariamente de jovens negros, que foram reconhecidos por fotografias que estavam – aleatoriamente – inseridas em catálogos policiais.

É o caso de Luiz Carlos da Costa Justino, jovem negro de 23 anos, violoncelista integrante da Orquestra de Cordas da Grota, em Niterói/RJ, que teve mandado de prisão expedido pela 2ª Vara Criminal de Niterói, por supostamente ter praticado um assalto, e foi preso em uma blitz policial mesmo comprovando com vídeos e fotos que, no momento do delito, estava se apresentando com sua orquestra a pelo menos nove quilômetros de distância, com dezenas de testemunhas a seu favor. Luiz Carlos foi reconhecido por meio de uma foto que compunha um álbum de suspeitos da 79ª Delegacia de Polícia (DP), mesmo não tendo nenhuma anotação em sua folha de

<<https://jus.com.br/pareceres/61912/sobre-a-criacao-e-manutencao-de-albuns-de-fotografias-criminais-no-ambito-de-unidades-de-policia-judiciaria>>. Acesso em: 22 set. 2021.

²⁰⁵ ROSSI, Licínia. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 70.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 80.

anteriores ou registros de ocorrência na polícia.²⁰⁷ Como sua fotografia passou a constar em um álbum policial? E como foi permitida a decretação da prisão sem qualquer investigação prévia e relatório policial?

Cerca de nove meses depois, a justiça não só absolveu sumariamente Luiz Carlos como também determinou que a 79ª DP retirasse a foto do jovem artista do álbum de suspeitos. Em sua decisão de revogação da preventiva, o Magistrado André Luiz Nocollit afirmou: “Por que um jovem negro, violoncelista, que nunca teve passagem pela polícia, inspiraria ‘desconfiança’ para constar em um álbum? Como essa foto foi parar no procedimento?”.²⁰⁸

A retirada da fotografia de álbuns policiais é algo que o vidraceiro Jamerson Gonçalves de Andrade, de 33 anos, também tenta a mais de 2 anos. Ele foi preso injustamente pela primeira vez em 2017 acusado do assassinato de um policial na Zona Norte do Rio de Janeiro, permanecendo em cárcere por 1 mês e 11 dias. Mesmo com o processo arquivado em maio de 2018, dois anos depois, sem qualquer outra anotação criminal, foi reconhecido como autor de um roubo por meio de uma fotografia, na mesma região do Rio de Janeiro. Jamerson sabe que sua foto segue sendo rotineiramente mostrada para vítimas de roubos, conforme declarou em entrevista para o Jornal O Globo²⁰⁹ e sofre com a possibilidade de ser preso a qualquer momento por crimes que não cometeu:

Tenho medo que aconteça novamente. Apesar de eu ter comprovado que não cometi o crime, minha fotografia está num álbum na delegacia e segue sendo mostrada para vítimas de roubos. Por isso, fico sempre pensando em como posso produzir provas sobre a minha rotina, para poder provar que eu não estava naqueles lugares.

Esse é mais um, dentre tantos, que são colocados constantemente como uma sugestão de memória de vítimas e testemunhas. Mesmo produzindo álbuns diariamente

²⁰⁷ MOURÃO, Giovanni. *Conheça a história do músico niteroiense preso por engano*: Luiz Justino sonha em fazer faculdade de música e ter um violoncelo próprio. 2020. Matéria do Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/conheca-historia-do-musico-niteroiense-presos-por-engano-24633888>>. Acesso em: 22 set. 2021.

²⁰⁸ RODAS, Sérgio. *Justiça do Rio absolve músico preso com base em reconhecimento por foto*. 2021. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jun-10/musico-presos-base-reconhecimento-foto-absolvido>>. Acesso em: 22 set. 2021.

²⁰⁹ SOARES, Rafael. *Preso duas vezes injustamente, vidraceiro é solto pela Justiça*: 'Morro de medo que aconteça de novo': ele foi acusado de ter matado um policial militar no méier. Ele foi acusado de ter matado um policial militar no Méier. Matéria do Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/preso-duas-vezes-injustamente-vidraceiro-solto-pela-justica-morro-de-medo-que-aconteca-de-novo-24287055>>. Acesso em: 23 set. 2021.

é possível que alguém o reconheça por sua foto na delegacia e que ele tenha que novamente provar sua inocência, em longos e dolorosos processos.

A dificuldade de retirar a foto de um álbum de suspeitos em uma delegacia fica evidente no caso de Tiago Vianna Gomes, de 27 anos. Mesmo absolvido de oito acusações pelo STJ – todas com base em apenas uma única foto – a defesa não obteve êxito em retirar sua fotografia do banco de dados criado pela 57ª DP (Nilópolis).²¹⁰

O uso desregrado e indevido de imagens encontra terreno fértil nas redes sociais e na circulação de fotos em grupos de conversas. Fotos retiradas de perfis pessoais ou de terceiros, bem como fotos tiradas por policiais em abordagens diversas, podem passar a circular em grupos de conversas em aplicativos como o WhatsApp, Telegram ou semelhantes e compor álbuns virtuais ou impressos, sem nem mesmo ser registrada qualquer ocorrência policial.

Bárbara Querino de Oliveira, modelo e dançarina negra, conhecida como Baby, foi condenada a 5 anos e 4 meses de prisão, acusada de ter participado de um assalto em setembro de 2019. Ela também foi reconhecida por meio de fotos, neste caso uma foto tirada em 2017 por policiais após operação realizada em seu bairro. A partir desse dia, mesmo tendo sido liberada da abordagem sem ser “fichada”, a foto de Bárbara passou a circular em grupos de WhatsApp e repassadas para um programa de TV sensacionalista como se fosse a foto de uma assaltante de veículos. Além disso, a mensagem que circulava em diversas redes solicitava às vítimas que fossem até a delegacia, caso reconhecessem a suposta assaltante, colocada como integrante de uma quadrilha da região.

A convocação informal que circulou na internet gerou dois processos contra a jovem, por fatos ocorridos em 10 de setembro de 2017, dia em que estava em Guarujá a trabalho, cerca de noventa e cinco quilômetros do local do crime. Uma das pessoas que a reconheceu teria afirmado aos policiais que achou Bárbara “bem familiar por causa dos cabelos”. Absolvida pelo TJSP em 2020 pelas duas acusações, ficou 1 ano e 8 meses presa.

O caso de maior repercussão ocorreu também por informações de redes sociais e ocorreu em razão de um assalto em 2014, que teve seu desfecho somente

²¹⁰ LINO, Mariene. *Reconhecimento por foto causa série de prisões injustas pelo Brasil*. Matéria do Portal Metrópoles. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/como-o-reconhecimento-por-foto-ocasionou-prisoes-injustas-pelo-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2021.

no final de agosto de 2021. Foi o caso do produtor musical Ângelo Gustavo Pereira Nobre, atualmente com 29 anos, que foi preso no dia 02 de setembro de 2020 acusado de roubar um carro no bairro Catete, zona sul do Rio de Janeiro, em outubro de 2014, em concurso com outras 5 pessoas²¹¹

A história do produtor cultural ganhou notoriedade nacional após campanha “Justiça para Inocentes”, promovida pela Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária da OAB no Rio de Janeiro, conjuntamente com a rede Mídia Ninja e o Coletivo 342Artes. Em vídeo produzido pela campanha, o músico, escritor e produtor Caetano Veloso²¹² narra a história de Ângelo Gustavo, que foi reconhecido através de uma “investigação” feita pela vítima no Facebook. Ocorreu que ao recuperar os pertences da vítima em 2015, a polícia encontrou também o documento de uma outra pessoa, de nome João, que foi apontada como um dos assaltantes. Em pesquisa na rede social do acusado, a ofendida encontrou o perfil de Ângelo em uma das “curtidas” e o apontou como participante do assalto. Somente com essa informação a polícia pediu a prisão preventiva.

Ângelo Gustavo não tinha qualquer anotação policial, contava com diversas testemunhas que estavam com ele na hora do crime em uma missa de um amigo que havia falecido e se recuperava de cirurgia recente – cerca de 1 mês antes do crime – decorrente do diagnóstico de pneumotórax espontânea. Mesmo assim, foi condenado em segunda instância a 6 anos, 2 meses e 7 dias de prisão e a condenação transitou em julgado.²¹³ Após condenado, em 02 de setembro de 2020 foi chamado a comparecer na delegacia para “prestar esclarecimento sobre o caso”, ocasião em que compareceu espontaneamente e foi preso.

Após a repercussão, o TJRJ, em Revisão Criminal (RevCr) ajuizada pela defesa de Ângelo, reconheceu a série de erros processuais e a condenação com base apenas no reconhecimento fotográfico pela internet, absolvendo Ângelo e expedindo

²¹¹ BARROS, Gisele. *Família diz que produtor está preso injustamente há 15 dias após reconhecimento por foto*. 2020. Matéria do Jornal Extra no Portal G1. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/familia-diz-que-produtor-esta-preso-injustamente-ha-15-dias-apos-reconhecimento-por-foto-24645564.html>>. Acesso em: 23 set. 2021.

²¹² *JUSTIÇA para os inocentes - Conheça a história de Ângelo Gustavo*. Realização: OAB-RJ, Mídia Ninja e 342Artes. Intérpretes: Caetano Veloso. [S.I.], 2020. (4 min. 45 segundos), YouTube. Série: Justiça para inocentes Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IRYZ0JOAYKE&list=PLmsK4TGRR2BHNz02hg1QLw4dBXsdPZPnU&index=1>>. Acesso em: 23 set. 2021.

²¹³ RODAS, Sérgio. *TJ-RJ absolve produtor cultural condenado com base em foto encontrada na internet*. 2021. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-03/tj-rj-absolve-produtor-cultural-condenado-base-foto-internet>>. Acesso em: 23 set. 2021.

alvará de soltura, após exatamente 363 dias preso. A relatora da RevCr, Desembargadora Maria Angélica Guerra Guedes, afirmou em sua decisão que:

A ninguém interessa a condenação de um inocente, afinal, quando deixamos que um cidadão cumpra pena por um crime que não cometeu, somos forçados a reconhecer que o sistema de justiça falhou. Impossível conceber um Estado Democrático de Direito que não tenha o bem comum como pressuposto e, ao mesmo tempo, objetivo. Privar um cidadão inocente de sua liberdade sem dúvida atenta contra o bem comum, e fere a segurança jurídica, conquanto legítima injustiça.²¹⁴

A partir de inúmeras histórias que podem ser contadas sobre o reconhecimento fotográfico a partir de catálogos de suspeitos em delegacias, várias são as indagações sem resposta sobre esse método extrajudicial, afinal não há qualquer normativa dispondo sobre sua utilização, sua existência não está vinculada a nenhum banco de dados oficiais, não há como saber a partir de qual momento a autoridade policial tem a obrigação de excluir a foto de determinada pessoa e não há como saber como a foto pode ir parar nesse rol de suspeitos. Sua utilização corre à margem da lei e, por sua afronta direta à dignidade de todos os integrantes desses álbuns, a prática deve ser banida das delegacias do país.

4.4 Em busca da redução de danos

Diante de todas as problemáticas envolvendo a produção de falsas memórias, o reconhecimento fotográfico e sua fragilidade probatória, existem duas possibilidades, que levam a propostas diferentes a serem apresentadas.

A primeira possibilidade é o abandono do reconhecimento fotográfico como meio de prova. Esse caminho é uma pretensão baseada na ampla garantia dos direitos fundamentais de acusados e uma tentativa de que ninguém seja exposto a processo ou prisão por um procedimento completamente eivado de falhas e descumprimento sistemático da lei. Certamente, esse posicionamento enfrentaria grande resistência, posto que se trata de uma prática aceita por boa parte da doutrina

²¹⁴ TJRJ, DJ 02 de setembro. *RevCr* nº 0069552-52.2020.8.19.0000, Relatora Desembargadora Maria Angélica G.G. Gudes.

e ainda pela jurisprudência, já que, não raro, pretensão garantistas penais chocam com a cultura do punitivismo exacerbado.²¹⁵

Subsidiariamente, como segunda possibilidade, é necessário pensar na redução dos danos causados pela continuidade da prática, já que não há perspectivas de que o caminho adotado a médio/curto prazo seja o primeiro apontado. Trata-se, portanto, de pensar alternativas ao sistema que é seletivo, desigual e etiquetador.

O aspecto mais basilar – e talvez o mais difícil – é a modificação da cultura policial de descumprimento dos protocolos legais e inobservância dos estudos desenvolvidos para melhorar a coleta de dados, a inteligência investigativa e, conseqüentemente, a persecução criminal. Segundo Gustavo Noronha de Ávila²¹⁶, o não cumprimento de protocolos indicados para evitar a ocorrência de sugestibilidade de testemunhas é um desafio a ser enfrentado:

Os pesquisadores gastam enorme tempo trabalhando nos detalhes e protocolos de estudo, para assegurar que os dados sejam coletados em um formato não enviesado. Na medida em que esses protocolos não forem seguidos, isto torna a interpretação dos dados difícil, na melhor das hipóteses, porque acrescenta uma enorme quantidade de erros sistemáticos.

Reconhecimentos seguros e que possam elevar o valor probatório deste meio dependem diretamente de uma atenuação da cultura punitivista do sistema penal, em especial das forças policiais²¹⁷. Existe uma naturalização social do cárcere como a principal e única forma de punição e redução da criminalidade, e a polícia acaba sendo protagonista de em uma busca da verdade descompromissada com a denúncia de injustiças e opressões, muito influenciada pela posição inquisitorial que ocupa no sistema judiciário.²¹⁸

Além disso, inexistente qualquer treinamento para policiais ou outros servidores públicos para evitar a sugestibilidade de vítimas ou testemunhas²¹⁹. Lopes Jr. e Joselton Correia apontam que só seria possível um reconhecimento com menor nível

²¹⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*, cit., p. 207.

²¹⁶ *Ibid.*, p. 158.

²¹⁷ *Ibid.*, p. 170.

²¹⁸ KANT DE LIMA, Roberto. *Polícia e exclusão na cultura judiciária*. Tempo Social; Rev. Social. USP, São Paulo, 1997. p. 169.

²¹⁹ ÁVILA, op. cit., p. 158.

de contaminação e indução de falsas memórias caso a dimensão prática policial fosse capacitada.²²⁰

A entrevista cognitiva é uma das possibilidades a serem pensadas, caso haja um compromisso em adotar práticas de redução de danos que reconheçam a existência das falsas memórias, os perigos da sugestibilidade no processo penal e a importância de se adotar técnicas adequadas durante a coleta de informações oriundas da memória humana. Segundo Stein²²¹, trata-se de uma técnica de entrevista, desenvolvida por Ronald Fisher e Edward Geiselman em 1984, que tem o objetivo de extrair depoimentos ricos em informações precisas e detalhadas, com base em conhecimentos da Psicologia Social e da Psicologia Cognitiva. Conforme explica Di Gesu²²², a entrevista cognitiva é composta por quatro técnicas gerais, resumidas da seguinte forma:

- a) **Reinstauração do contexto**: esta técnica consiste em reconstruir “mentalmente” o cenário do crime, através de aspectos físicos e pessoais.
- b) **Informar sobre tudo**: requer-se à testemunha que conte tudo o que recorda, incluindo as informações parciais ou aparentemente irrelevantes.
- c) **Mudança de perspectivas**: solicita-se a testemunha sair de sua posição de fala, ou seja, que se coloque em outro lugar da cena do crime e que informe o que teria visto nessa nova posição, objetivando-se recuperar o maior número de detalhes.
- d) **Diferente ordem**: demanda que a testemunha lembre do fato seguindo ordens diferentes, v.g., do fim para o começo. (Grifo nosso)

Somadas às gerais, existem as técnicas complementares, que auxiliam o entrevistador na recordação dos detalhes específicos da memória, como nomes, objetos, conversas, aparência etc. O procedimento demonstra a alta capacidade de obter informações mais fidedignas e diminuir os riscos de criação de falsas memórias. Adotar procedimento no sistema judiciário brasileiro, demandaria alto custo de tempo e treinamento de pessoas²²³. Todavia, Di Gesu²²⁴ defende que “nessa relação custo benefício, acreditamos serem os benefícios maiores, considerando, como já referimos em oportunidades anteriores, ser a prova oral um dos principais meios utilizados no processo penal brasileiro.”

²²⁰ LOPES JUNIOR, Aury; CORREIA, Joselton Calmon Braz. *Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal...* 2019. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal>>. Acesso em: 23 set. 2021.

²²¹ STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas memórias, cit., p. 240.

²²² DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*, cit., p. 202.

²²³ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*, cit., p. 203.

²²⁴ *Ibid.*, p. 203.

Embora defenda que a entrevista cognitiva é um importante instrumento de redução de danos, Ávila²²⁵ alerta que ela não é capaz de resolver todos os problemas decorrentes das falsas memórias, já que inexoravelmente dependerá da resolução de problemas crônicos do sistema penal, além, é claro, da vontade do próprio agente entrevistador em abdicar da carga punitivista existente dentro de si.

Além das técnicas cognitivas, Ávila aponta que a gravação das entrevistas feitas, tanto na fase pré-processual quanto na fase judicial, como forma de verificação posterior da forma como foram realizadas as perguntas e quais foram as reações dos entrevistados, a colheita dos depoimentos em prazo mínimo, como forma de diminuir o esquecimento e o descarte de depoimentos contaminados, são alternativas de redução de danos mais viáveis, do ponto de vista do custo, já que independem da capacitação apurada de servidores.²²⁶

É certo que, em qualquer caminho adotado, a atuação não se limitará aos investigadores, mas todos os atores envolvidos na persecução criminal. Logo, a preparação para lidar com a falsificação da lembrança precisa vir de um trabalho conjunto entre profissionais da psicologia e psiquiatria, juízes, delegados, promotores, defensores públicos e diversos outros servidores públicos, bem como advogados que devem atuar incansavelmente a favor das garantias judiciais. Essa é outra forma de atuação para reduzir danos.

Em tempos de negacionismo científico, o avanço de políticas criminais precisa estar pautado em contribuições advindas de pesquisas científicas diversas. No caso do reconhecimento fotográfico, a melhoria das técnicas de colheita das informações pode custar a vida e a dignidade de alguém.

²²⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Falsas Memórias e Sistema Penal*, cit., p. 301.

²²⁶ *Ibid.*, p. 75 et seq.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A existência do processo penal se justifica pela tentativa de garantir que a responsabilização criminal recairá sobre a pessoa que realmente cometeu o delito. Caso contrário, o Estado Democrático de Direito daria lugar ao completo arbítrio e a possibilidade de que qualquer pessoa responda por um delito, contanto que alguém responda. Essa lógica punitivista não pode ter espaço no processo penal brasileiro e todas as possibilidades reconhecidas pelo direito como potenciais geradoras de injustiças devem ser combatidas. Sentimento de impunidade, insegurança e medo não podem orientar as políticas criminais de modo a passarem por cima de direitos básicos dos acusados.

Foi com esse pensamento que se realizou uma análise da dignidade humana como princípio norteador de toda atividade estatal, especialmente as atividades que visem identificar corretamente a autoria de delitos. Sendo assim, os caminhos que podem conduzir à consagração da “verdade” e reconstrução do fato criminoso, jamais devem representar o retorno a práticas inquisitoriais que desconsiderem a vida, a integridade física e moral, direitos de liberdade, autonomia, igualdade etc., todos direitos consagrados pela CRFB/1988 e por inúmeros tratados internacionais.

Aliada ao compromisso com os princípios e garantias judiciais, especialmente os que dizem respeito às provas penais, a pesquisa propôs uma análise interdisciplinar da mente humana, para entender que as falsas memórias decorrem de processos mnemônicos regulares e absolutamente normais, mas que mecanismos como a sugestionabilidade, as percepções inconscientes advindas da nossa história e cultura e a repetição podem favorecer a falsificação da memória em níveis que comprometam qualquer utilização de testemunhas oculares em processos judiciais.

Especialmente a sugestionabilidade, como vetor de criação de falsas memórias, leva à discussão jurisprudencial e doutrinária sobre o valor probatório do reconhecimento fotográfico. Embora essa espécie de reconhecimento tenha sido aceita majoritariamente, por diversos anos, como lícita e idônea, a jurisprudência – especialmente o STJ – tem se encaminhado para uma mudança paradigmática do entendimento, justamente pelo avanço científico das técnicas de identificação de falsas memórias e pela consolidação de decisões mais próximas dos ditames garantistas da Constituição de 1988.

A realização do reconhecimento fotográfico sem seguir qualquer procedimento – o que por analogia deveria seguir o disposto no artigo 226 do CPP – é prática frequente na fase pré-processual, e além de ser uma evidente sugestão à memória, impede a realização de um novo procedimento que observe o que orienta o CPP, já que a visão da fotografia contamina a memória sobre o fato e eleva a possibilidade de uma falsa memória. Portanto, não se trata, somente, de questionar a prova realizada na fase inquisitorial em termos de contraditório e ampla defesa, mas também contestar a utilização de uma prova ilícita, que tem sido o motivo da condenação de muitos inocentes.

Ronald Cotton, Ângelo Gustavo, Luiz Carlos da Costa Justino, Jamerson Gonçalves, Bárbara Querino de Oliveira e Tiago Vianna Gomes são alguns nomes dentre as milhares de pessoas, no Brasil e no mundo, que foram vítimas da má gestão de um meio de prova e pela inobservância dos ditames legais. Conseqüentemente, tiveram suas vidas comprometidas eternamente e, mesmo que recebam uma indenização estatal pelo erro judiciário – o que eles têm o direito constitucional de receber –, as feridas às suas dignidades como seres humanos jamais cicatrizarão.

Mesmo assim, insiste-se na recuperação de memórias com qualidade mínima, como se as vidas humanas, expostas em redes sociais ou em álbuns nas delegacias, pudessem fazer parte de uma tentativa e erro da lembrança e, na dúvida, se decidisse pela condenação.

Diante disso, trabalhou-se com duas possibilidades: o fim do reconhecimento fotográfico como meio de prova idôneo a subsidiar a cognição do magistrado ou adoção de políticas sérias de redução de danos, com respeito às normas vigente, interpretando-as para além de meras recomendações, investimento em capacitação de profissionais envolvidos na investigação, especialmente para aplicar técnicas da entrevista cognitiva, bem como o comprometimento e sensibilidade daqueles que se envolvem, de alguma maneira, com o funcionamento da persecução penal.

Em nenhum desses caminhos poderá ser aceito a perpetuação de dor e sofrimento decorrentes do despreparo do sistema penal para lidar com um fenômeno comprovado cientificamente e com reflexos diretos em provas de autoria: as falsas memórias.

REFERÊNCIAS

ABELLÁN, Marina Gascón. **Los hechos en el derecho**: bases argumentales de la prueba. 3. ed. Madrid: Marcial Pons, 2010. 232 p.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1.434 p.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 317 p.

_____. **Política não criminal e processo penal**: a intersecção a partir das falsas memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal - Ufrgs*, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 15-28, fev. 2014. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/redppc/article/download/51816/31974>>. Acesso em: 20 set. 2021.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Epistemologia judiciária e prova penal**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. 304 p.

_____. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARCELLOS, Ana Paula de. Normatividade dos princípios e o princípio da dignidade da pessoa humana na Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, v. 221, p. 159–188, 2000. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47588>>. Acesso em: 17 set. 2021.

BARROS, Gisele. Família diz que produtor está preso injustamente há 15 dias após reconhecimento por foto. 2020. **Jornal Extra - Portal G1**. Disponível em: <<https://extra.globo.com/casos-de-policia/familia-diz-que-produtor-esta-preso-injustamente-ha-15-dias-apos-reconhecimento-por-foto-24645564.html>>. Acesso em: 23 set. 2021.

BARROSO, Luís Roberto. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo**: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, 2010. 39 p.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. **Prueba y verdad en el derecho**. 2. ed. Barcelona: Marcial Pons, 2005. 111 p.

BIZ, Artur Manoel. **O caso dos irmãos naves**: o erro judicial de Araguari. 2012. 41 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Fundação Educacional do Município de Assis, Assis, 2012. Disponível em: <<https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0911300909.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília/DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. **Pacto de São José da Costa Rica**. Promulgado pelo Decreto nº 678 de 06 de novembro de 1992. Brasília/DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 set. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão HC nº 165.371/MG**, Quinta Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio Bellize. Brasília, DF, 04 de junho de 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão HC nº 117.446**, Primeira Turma. Relator (a): Ministra Rosa Weber, Brasília, DF, 11 de março de 2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão HC nº 79.812/SP**. Relator: Min. Celso de Mello, DF, 16 de fevereiro de 2001.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão HC nº 93782/RS**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, DF, 17 de outubro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão HC nº 85.327/SP**. Relator: Min. Gilmar Mendes, DF, 20 de outubro de 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão HC nº 98.579/SP**. Relator: Rel. p/ acórdão Min. Celso de Mello, DF, 30 de abril de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão HC nº 91952/SP**. Relator: Min. Marco Aurélio, DF, 19 de dezembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão ADI nº 3510/DF**. Relator: Min. Ayres Britto, DF, 29 de maio de 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão HC nº 598.886**. Sexta Turma Criminal. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, DF, 27 de outubro de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão HC nº 117446**. Relatora: Min. Rosa Weber, DF, 27 de abril de 2014.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Acórdão HC 652.284**. Quinta Turma Criminal. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, DF, 27 de abril de 2021.

BRASILEIRO, Renato. **Manual de Processo Penal: volume único**. Salvador: JusPODIVM, 2019. 1.905 p.

BUONOMANO, Dean. **O cérebro imperfeito: como as limitações do cérebro condicionam as nossas vidas**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. Tradução: Leonardo Abramowicz. 325 p.

BUSNELLO, Rosa Helena Delgado. **Efeito de priming subliminar no acesso ao léxico**. 2007. Dissertação (Mestrado), Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande

do Sul, Porto Alegre, 2007. p. 13. Disponível em: <<https://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/4805/1/000389409-Texto%2BCompleto-0.pdf>>. Acesso em: 17 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 887 p.

CALLEGARO, Marco Montarroyos. A construção de falsas memórias. **Neurociências**, São Paulo, v. 2, n. 3, p. 144-150, 2005. Bimestral. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/264235658_44_Neurociencias_Volume_2_N_3_maio-junho_de_2005_A_construcao_de_falsas_memorias_Construction_of_false_memories>. Acesso em: 10 set. 2021.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. São Paulo: Pillares, 2009. Tradução de Carlos Eduardo Trevelin Millan. 50 p.

CARROLL, Lewis. **As aventuras de Alice**: Através do Espelho e o que Alice encontrou lá. São Paulo: Zahar, 2013. 448 p. (Clássicos Zahar). Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges.

CBN. **Entrevista concedida por Schietti, Rogério**. Entrevista Jornal da CBN [09.2021]. Entrevistador: Milton Jung. Rio de Janeiro, 2021. (10min23segs).

CHAVES, Rômulo Ventura de Oliveira Lima; MORAIS, Anamaria Pereira. **O efeito priming e os olhos do direito: uma análise sobre a necessidade da atenção da comunidade jurídica às técnicas de pré-ativação**. Revista de Pesquisa e Educação Jurídica, Fortaleza, v. 6, n. 2, p. 116-136, dez. 2020. Semestral. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/347924424_O_EFEITO_PRIMING_E_OS_OLHOS_DO_DIREITO_UMA_ANALISE_SOBRE_A_NECESIDADE_DA_ATENCAO_DA_COMUNIDADE_JURIDICA_AS_TECNICAS_DE_PRE-ATIVACAO>. Acesso em: 11 set. 2021.

DA LUZ, Alexandre Salum Pinto. A formalidade do reconhecimento pessoal e o perigo de sua relativização: pelo cumprimento integral do artigo 226, do CPP. JusBrasil, 2015. n.p. Disponível em: <<https://bitlybr.com/saUeFZX9>>. Acesso em: 21 set. 2021.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. 244 p.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no processo penal**: análise crítica, doutrinária e jurisprudencial. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018. 275 p.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Anotado**: volume III. Campinas: Bookseller, 2000. 702 p.

ESTRELA, Wallace. **O princípio da verdade real no âmbito do Processo Penal**. 2017. Disponível em: <<https://wallacestrela.jusbrasil.com.br/artigos/456090513/o-principio-da-verdade-real-no-ambito-do-processo-penal>>. Acesso em: 12 set. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 764 p. Título original: Diritto e ragione. Tradução: Alexis Couto de Brito et al.

FRAGA, Clarice Lessa de. **A influência das falsas memórias no reconhecimento fotográfico**. 2020. 29 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020. Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2020/08/clarice_fraga.pdf>. Acesso em: 11 set. 2021.

FRANCO, João Honório de Souza. **Indenização do erro judiciário e prisão indevida**. 2012. 307 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-22042013-085935/publico/Versao_Corrigida_Joao_Honorio_de_Souza_Franco.pdf>. Acesso em: 15 set. 2021.

GONÇALVES, Alana Stefanello. **Valoração da prova no processo penal: aplicabilidade do standard probatório beyond a reasonable doubt no direito brasileiro**. 2018. 67 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/25714/1/Alana%20Stefanello%20Gon%c3%a7alves.pdf>>. Acesso em: 11 set. 2021.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; REIS, Alexandre Cebrian Araújo. **Direito processual penal esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2017. 884 p. (Coleção esquematizado).

JUSTIÇA para os inocentes - Conheça a história de Ângelo Gustavo. Realização: OAB-RJ, Mídia Ninja e 342Artes. Intérpretes: Caetano Veloso. [S.l.], 2020. (4 min. 45 segundos), YouTube. Série: Justiça para inocentes Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=IRYZ0JOAYKE&list=PLmsK4TGRR2BHNz02hg1QLw4dBXsdPZPnU&index=1>>. Acesso em: 23 set. 2021.

KANT DE LIMA, Roberto. **Polícia e exclusão na cultura judiciária**. Tempo Social; Rev. Social. USP, São Paulo, 9(1): 169-183, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. 1905 p.

LINO, Mariene. **Reconhecimento por foto causa série de prisões injustas pelo Brasil**. Matéria do Portal Metrôpoles. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/como-o-reconhecimento-por-foto-ocasionou-prisoas-injustas-pelo-brasil>>. Acesso em: 23 set. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. 1159 p.

LOPES JUNIOR, Aury; CORREIA, Joselton Calmon Braz. **Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal....**2019. Revista Consultor Jurídico.

Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal>>. Acesso em: 23 set. 2021

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro**. 2011. 209 f. Tese (Doutorado) - Curso de Doutorado em Direito, Faculdade de Direito da USP, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-10092012-160242/publico/TESE_DOUTORADO_FINAL_MARIANGELA_TOME_LOPES.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7879435>>. Acesso em: 22 set. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Acórdão AP 1.0672.18.019984-2/001**. Oitava Câmara Criminal. Relator: Desembargador Henrique Abi-Ackel Torres, BH, 09 de setembro de 2021.

_____. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Acórdão AP 1.0720.19.002936-6/001**. Sexta Câmara Criminal. Relator: Desembargador Jaubert Carneiro Jaques, BH, 20 de abril de 2021.

MORAIS, Filipe de. **Sobre a criação e manutenção de álbuns de fotografias criminais no âmbito de unidades de polícia judiciária**. 2017. Parecer técnico. Disponível em: <https://jus.com.br/pareceres/61912/sobre-a-criacao-e-manutencao-de-albuns-de-fotografias-criminais-no-ambito-de-unidades-de-policia-judiciaria>. Acesso em: 22 set. 2021.

MOURÃO, Giovanni. **Conheça a história do músico niteroiense preso por engano: Luiz Justino sonha em fazer faculdade de música e ter um violoncelo próprio**. 2020. Matéria do Jornal O Globo. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/bairros/conheca-historia-do-musico-niteroiense-preso-por-engano-24633888>>. Acesso em: 22 set. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no processo penal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. 310 p.

OLIVEIRA, Helena Mendes; ALBUQUERQUE, Pedro; SARAIVA, Magda. **O Estudo das Falsas Memórias: Reflexão Histórica**. Temas em Psicologia, [S.L.], v. 26, n. 4, p. 1763-1773, 2018. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/tpsya/vkbpw5cdyQpYFrk6yLTMq3S/>>. Acesso em: 11 set. 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 1220 p.

PRAZERES, Leandro. **STJ julga indenização a homem estupro após ser preso por crime que não cometeu**. 2018. Site Uol Cotidiano. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/06/26/stj-julga-indenizacao-a-homem-estupro-apos-ser-preso-por-crime-que-nao-cometeu.htm>>. Acesso em: 16 set. 2021.

PURVES, Dale *et al.* **Neurociências**. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2010. 912 p. R7, Portal. **Homem é espancado no MS após ser confundido com Lázaro Barbosa**. 2021. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidades/homem-e-espancado-no-ms-apos-ser-confundido-com-lazaro-barbosa-23062021>>. Acesso em: 20 set. 2021

R7, Portal. **Cantor abre boletim de ocorrência por ser confundido com Lázaro**. 2021. Disponível em: <<https://noticias.r7.com/cidades/cantor-abre-boletim-de-ocorrencia-por-ser-confundido-com-lazaro-23062021>>. Acesso em: 20 set 2021.

REIS, Gustavo Augusto Soares dos. **Tese nº 13 da DPE/SP**. 2008. Aprovada no II Encontro Estadual da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Disponível em: <<https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Conteudos/Materia/MateriaMostra.aspx?idItem=60991&idModulo=9706>>. Acesso em: 19 set. 2021.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. **Acórdão RevCri nº 0069552-52.2020.8.19.0000**. Quarta Câmara Criminal. Relatora Desembargadora Maria Angélica G.G. Gudes, RJ, 02 de setembro de 2021.

RODAS, Sérgio. **TJ-RJ absolve produtor cultural condenado com base em foto encontrada na internet**. 2021. Revista Consultor Jurídico. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-03/tj-rj-absolve-produtor-cultural-condenado-base-foto-internet>>. Acesso em: 23 set. 2021.

ROSA, Conrado Paulino da. **Direito de Família Contemporâneo**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. 847 p.

SANTOS, Haridyane Oliveira dos; LOPES JR., Aury. **A prova testemunhal no processo penal brasileiro: problematização na valoração e as falsas memórias**. 2020. 30 p. Artigo (Graduação). Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2021/01/haridyane_santos.pdf>. Acesso em: 11 set de 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 158 p.

_____. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SEGER, Mariana da Fonseca; LOPES JR., Aury. **Prova Testemunhal e Processo Penal: A fragilidade do relato a partir da análise da subjetividade perceptiva e do fenômeno das falsas memórias**. 2012. 23 p. Artigo (Graduação). Disponível em: <https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2018/09/mariana_seger.pdf>. Acesso em: 11 set de 2021.

SILVA, De Plácido e. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscilla Vasques Gomes. **Vocabulário Jurídico**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 2.262 p.

SOARES, Rafael. Preso duas vezes injustamente, vidraceiro é solto pela Justiça: 'Morro de medo que aconteça de novo': ele foi acusado de ter matado um policial militar no Méier. Ele foi acusado de ter matado um policial militar no Méier. **Jornal O Globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/rio/preso-duas-vezes-injustamente-vidraceiro-solto-pela-justica-morro-de-medo-que-aconteca-de-novo-24287055>>. Acesso em: 23 set. 2021.

STEIN, Lilian Milnitsky (org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010. 264 p.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando Falsas Memórias em Adultos por meio de Palavras Associadas**. 2002. p. 353-366. Disponível em: <<https://www.scielo.br/ij/prc/a/dcwgNySpxtXsHgrpX6fvxrK/>>. Acesso em: 11 set. 2021

STILL Alice. Direção de Wash Westmoreland e Richard Glatzer. Roteiro: Wash Westmoreland e Richard Glatzer. 2014. (101 min.), color. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=l2FkQyxJEjg>>. Acesso em: 12 set. 2021.

THE Mind, Explained (Season 1) (Original). Produção de Adam Cole e Marie Cascone. S.I.: Netflix, 2019. (100 min.), color. Narração de Emma Stone.

TONINI, Paolo. **A Prova no Processo Penal Italiano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 316 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013. Tradução: Sérgio Lamarão. 320 p.