

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Márcia de Moura Irigonhê

**A Falibilidade do Testemunho: Considerações sobre o Reconhecimento de Pessoas
na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias.**

Florianópolis
2014

Márcia de Moura Irigonhê

**A Falibilidade do Testemunho: Considerações sobre o Reconhecimento de Pessoas
na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias.**

Trabalho de Conclusão apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina,
como requisito à obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da
Rosa.

Florianópolis
2014

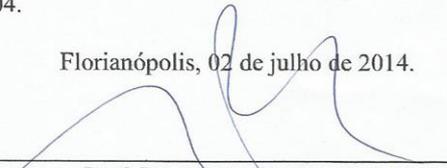


Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “A Falibilidade do Testemunho: Considerações sobre o Reconhecimento de Pessoas na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias”, elaborada pela acadêmica Márcia de Moura Irigohê, defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

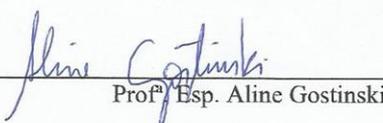
Florianópolis, 02 de julho de 2014.



Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa



Prof. MSc. Juliano Keller do Valle



Prof.^a Esp. Aline Gostinski

Autora: Márcia de Moura Irigohê

Título: A Falibilidade do Testemunho: Considerações sobre o Reconhecimento de Pessoas na Esfera Criminal à Luz das Falsas Memórias.

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Florianópolis, Santa Catarina, 2 de julho de 2014.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Morais da Rosa.

Aos meus pais, Maria da Glória e Francisco, por terem passado cada dia dos últimos 26
anos me ensinando o que é amor de verdade;
A toda a minha família e aos bons amigos, pelo apoio incondicional;
Ao Lennon, filhotinho de quatro patas, por ajudar a fazer da nossa casa um lar.

“Amar o perdido
deixa confundido
este coração.

Nada pode o olvido
contra o sem sentido
apelo do Não.

As coisas tangíveis
tornam-se insensíveis
à palma da mão.

Mas as coisas findas,
muito mais que lindas,
essas ficarão.”

Carlos Drummond de Andrade, *Memória*.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso objetiva problematizar o reconhecimento de pessoas, procedimento disciplinado pelos arts. 226 e 228 do Código de Processo Penal. Busca-se confrontar a doutrina e jurisprudência referentes a este meio de prova com os estudos sobre as falsas memórias, questionando-se o seu valor probatório e a obrigatoriedade da observância do procedimento prescrito em lei. Analisa-se em que medida a realização do reconhecimento pode vir a fomentar falsas memórias e condenações equivocadas, desta forma reproduzindo-se a lógica seletiva do sistema penal.

Palavras-chave: Reconhecimento de Pessoas; Reconhecimento por Fotografia; Falsas Memórias; Processo Penal; Teoria da Prova.

SUMÁRIO

Introdução.....	9
1. Reconhecimento de Pessoas no Sistema Processual Penal Brasileiro.....	11
1.1. A prova no processo penal.....	11
1.2. Os princípios que regem a colheita da prova no processo penal.....	14
1.2.1. Jurisdição.....	14
1.2.2. Estado de inocência.....	15
1.2.3. Contraditório e ampla defesa.....	16
1.2.4. Livre convencimento motivado ou persuasão racional.....	18
1.2.5. Vedação das provas ilícitas.....	22
1.3. O reconhecimento de pessoas.....	25
1.3.1. O reconhecimento fotográfico.....	31
2. As Falsas Memórias.....	34
2.1. Conceito.....	34
2.1.1. Falsas memórias espontâneas.....	36
2.1.2. Falsas memórias sugeridas.....	38
2.2. Os mecanismos da memória.....	40
2.3. Surgimento e evolução das teorias explicativas.....	46
2.3.1. Primeiros estudos.....	46
2.3.2. Teoria Construtivista.....	47
2.3.3. Teoria do Monitoramento da Fonte.....	48
2.3.4. Teoria do Traço Difuso.....	49
2.4. O tema das falsas memórias no Brasil.....	54
3. Reconhecimento Pessoal e Falsas Memórias.....	58
3.1. A memória da testemunha ocular.....	60
3.2. Ocorrência de falsas memórias na linha de reconhecimento e no reconhecimento por fotografia.....	65
3.2.1. O reconhecimento enquanto juízo de percepção precedente.....	66
3.2.2. O reconhecimento enquanto juízo comparativo.....	69
3.2.3. A tendência de confirmação da hipótese incriminatória e o viés do entrevistador.....	72
3.2.4. A influência dos estereótipos raciais.....	76
3.3. Innocence Project.....	82
Considerações finais.....	85
Referências.....	89

INTRODUÇÃO

No seio de um Estado Democrático de Direito, tal qual é – ou propõe-se a ser – o brasileiro, a colheita da prova no processo penal é regida por uma série de limites de ordem principiológica e procedimental, como forma de oferecer-se controle a eventuais abusos praticados no decorrer da formação da hipótese acusatória. Visa-se, com isso, mitigar a probabilidade de submissões ilícitas ao cárcere.

Nesse sentido, ao regular as provas em espécie, o Código de Processo Penal declina uma série de procedimentos a serem observados pelo condutor da colheita da prova ao submeter uma testemunha ocular ao reconhecimento do suspeito de uma investigação ou do acusado de um processo.

Malgrado o texto legal, a flexibilização dos ditames para o reconhecimento de pessoas não constitui prática rara no cotidiano forense. O costume encontra abrigo, por um lado, em amplo entendimento jurisprudencial no sentido de que o procedimento disposto pelo legislador não passa de mera recomendação, passível de decretação de nulidade apenas quando demonstrado prejuízo ao réu; por outro, na lógica binária de que se a testemunha ou informante não tem motivos para mentir, estará necessariamente falando a verdade, não havendo razões para destituir suas palavras de crédito quando realizam um reconhecimento positivo.

O estudo das falsas memórias, nesta senda, constitui verdadeira guinada na forma de entender-se as provas que derivam de afirmações provenientes da memória humana. Desenvolvimentos no campo da neurociência desvelaram, em especial a partir da segunda metade do século XX, que a memória padece de notável falibilidade, podendo incorporar informações falsas através de sugestões externas ou mesmo através de processos mnemônicos endógenos, próprios do funcionamento saudável da mente.

Os reflexos destas descobertas para o tratamento da prova testemunhal são potencialmente vastos, particularmente quando se trata do reconhecimento de pessoas, no qual o reconhecedor aponta o culpado por determinado crime confiando apenas nas informações que sua memória lhe fornece. No presente trabalho, visa-se abordar esses reflexos como forma de repensar o rito do reconhecimento e o discurso jurídico a este respeito.

O primeiro capítulo partirá da noção de processo penal como atividade eminentemente cognitiva, que visa a formação de um juízo de plausibilidade para a formação do convencimento do julgador. Assim, serão discutidos os princípios que

balizam a produção probatória, abordando-os enquanto limites à atuação do Estado investigador, acusador e julgador perante as restrições à liberdade individual. Após, serão abordados especificamente o reconhecimento de pessoas, o reconhecimento fotográfico e os ditames procedimentais para a sua realização, confrontando-os com o discurso jurídico a este respeito.

O capítulo seguinte dedicar-se-á aos estudos sobre as falsas memórias e será iniciado pelo conceito do fenômeno e pela sua classificação entre falsas memórias espontâneas e sugeridas, expondo-se os processos mnemônicos envolvidos. Na sequência, serão realizados aportes sobre o funcionamento da memória humana como um todo, na tentativa de fornecer melhores bases teóricas à elucidação das falsas memórias. Serão, então, abordadas as teorias explicativas e o desenvolvimento histórico do tema, finalizando-se esta parte do trabalho com a descrição do desdobramento do tema no Brasil.

Derradeiramente, o terceiro capítulo realizará uma aproximação entre os anteriores, trazendo o tema das falsas memórias para os aspectos relevantes à memória da testemunha ocular. Na sequência, serão trabalhadas as possibilidades de ocorrência de falsas memórias no reconhecimento presencial e por fotografia, discutindo-se as noções do reconhecimento pessoal enquanto juízo de percepção precedente e comparativo, bem como a exegese de falsas identificações por força do viés do entrevistador. Finalizar-se-á trazendo à baila a influência de estereótipos raciais, em abordagem concomitante com a crítica à seletividade racista promovida pelo sistema penal.

Anotar-se não se desconhecer que, de fato, a maior concentração de escritos sobre as falsas memórias dedica-se aos depoimentos infantis em crimes sexuais, tema que tomou especial relevância e proporção a partir do marcante caso “Escola Base”. Porém, optou-se pela discussão do reconhecimento de pessoas, por entendê-lo tão intrigante quanto, porém menos desvendado que as questões relativas à memória infantil.

1. RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

1.1. A prova no processo penal.

O processo penal, enquanto sistema de atos desencadeados de forma cronológica, consiste na criação de condições para o convencimento do julgador a partir da reconstrução histórica de um fato pretérito¹. Taruffo² compara a atividade do juiz àquela exercida pelo historiador, ao afirmar que ambas possuem como ponto de partida

o problema de reconstruir um fato individual do passado, irrepetível e não diretamente conhecido, de forma que surge para ambos a necessidade de fazer uso das provas que permitam o conhecimento indireto desse fato.

Trata-se, portanto, de atividade eminentemente recognitiva, porquanto o fato, de início, é conhecido somente pelas partes. O papel destas é fazer aportar os fatos com a finalidade de sanar a falta de conhecimento do julgador a respeito do ocorrido e, desta forma, possibilitar a tutela jurisdicional³. Neste ínterim, a atividade probatória assume relevante papel, uma vez que possibilita a reconstrução do fato histórico narrado na peça acusatória, tornando-o cognoscível ao juiz, destinatário da prova por excelência.

Disso, decorre o que Lopes Júnior⁴ denomina o *paradoxo temporal ínsito ao ritual judiciário*:

um juiz julgando no presente (hoje) um homem e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com base na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã). Assim como o fato jamais será real, pois histórico, o homem que praticou o fato não é o mesmo que está em julgamento e, com certeza, não será o mesmo que cumprirá essa pena, e seu presente, no futuro, será um constante reviver o passado.

A reconstrução, no entanto, será sempre incompleta e imperfeita, na exata medida em que não há como restaurar no presente aquilo que se encontra no passado e na memória dos envolvidos⁵. Afirmava Merleau-Ponty⁶, comparando a testemunha a um

¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 535.

² TARUFFO, Michele *apud* DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 49.

³ DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 50.

⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 535.

⁵ DI GESU, Cristina. Prova Penal e Falsas Memórias. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 50.

pintor, que tal ocorre porquanto “faltam ao olho condições de ver o mundo e faltam ao quadro condições de representar o mundo”. Aquilo que chega aos autos do processo penal não constitui senão um fragmento do todo, construído no tempo e modo da atividade probatória, a qual nunca será capaz de abarcar a verdade, porque ensina Carnelutti⁷ que “a verdade está no todo, não na parte; e o todo é demais para nós”.

Dessarte, é possibilitada às partes a produção de provas não para que demonstrem a existência inegável do fato, mas para que edifiquem conjuntos de signos – o parecer dos peritos, o relatório do investigador, os dizeres das testemunhas – construídos no presente a respeito daquilo que já se encontra no plano histórico⁸. Nesta senda, Lopes Júnior, com respaldo em Cordero⁹, critica a distinção entre provas diretas e indiretas, ao considerar que, à exceção dos delitos cometidos no interior da sala de audiência, dos quais tornar-se-á o juiz testemunha, todas as provas são indiretas, pois consistem em signos do fato alegado, estruturados sobre as percepções acerca do ocorrido.

Tais signos são configuráveis de diversas maneiras¹⁰, e levados ao conhecimento do magistrado tais como ordenados e apresentados pelas partes. A estas, caberá formular hipóteses alicerçadas nas configurações possíveis destes signos, e ao julgador, a análise e o acolhimento da configuração que se lhe apresentar mais plausível¹¹.

Trata-se da função persuasiva da prova¹²: busca-se a captura psíquica do juiz, convencendo-o que a versão apresentada consiste na mais aceitável, e não que ela corresponde à verdade real, ou sequer à verdade processual. O juízo prolatado ao final da

⁶ MERLEAU-PONTY, Maurice *apud* LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007. p. 14.

⁷ Tradução livre. Texto original: “la verità è nel tutto, non nella parte; e il tutto è troppo per noi”. CARNELUTTI, Francesco *apud* LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007. p. 14.

⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 536.

⁹ CORDERO, Franco *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 536.

¹⁰ *Idem*. p. 537.

¹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 537.

¹² LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007. p. 14.

persecução criminal não é um juízo de verdade, mas de plausibilidade, conforme assevera Di Gesu¹³:

O problema não está na adjetivação, ou seja, se é “real” ou “processual”, mas sim no próprio substantivo “verdade”, na medida em que a abandonamos como escopo do processo acusatório.

Em oportunidade diversa, a autora leciona, na companhia de Lopes Júnior:¹⁴

No processo acusatório, a “verdade” dos fatos não é elemento fundamental do sistema. O poder do julgador não se legitima pela verdade, tendo em vista que o poder contido na sentença é validado pela versão mais convincente sobre o fato, seja a da acusação ou da defesa. O que importa é o convencimento do julgador.

Cordero¹⁵ ressalta que:

as partes formulam hipóteses; o juiz acolhe a mais provável, com base em determinadas normas, baseado em um conhecimento empírico oposto às fantasias de adivinhação, às êxtases intuitivas ou às cabalas de ciências ocultas.

Logo, “provar” significa induzir o magistrado ao convencimento de que o fato em análise ocorreu de determinado modo, reconstruindo-o no presente através do ordenamento das representações sobre o passado.

Afirma Ávila¹⁶ que “tendo a verdade como meta de indagação, não será necessário regime probatório, eis que, para descobrir a Verdade, não precisamos de regras processuais”. A admissão de que o processo penal não objetiva a busca da verdade real, por outro lado, traz consigo a imprescindibilidade dos limites à atividade probatória. Uma vez que o destaque desloca-se para o convencimento do magistrado, não deve este ocorrer de forma arbitrária, ilícita ou ilegítima, protegendo-se o jurisdicionado de abusos de poder na produção dos elementos de convicção¹⁷.

¹³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 155.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007. p. 14.

¹⁵ CORDERO, Franco *apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 52.

¹⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**: a prova testemunhal em xeque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 46 e grifado no original.

¹⁷ *Idem*. p. 47.

Por este motivo, pauta-se o procedimento criminal, no Estado Democrático de Direito, por uma série de princípios, sobre os quais impende tecer considerações antes de se adentrar no escopo deste trabalho¹⁸.

1.2. Os princípios que regem a colheita da prova no processo penal.

1.2.1. Jurisdição.

O princípio da jurisdição, de origem no Direito anglo-saxão¹⁹, perfectibiliza-se no axioma *nulla poena, nullum crimen, nulla culpa sine iudicio*²⁰, o que significa que a ninguém será aplicada pena sem que haja processo. Este configura função precípua do Poder Judiciário, na medida em que o Estado avoca para si a jurisdição criminal e somente ele pode declarar a existência de um crime e aplicar a sanção correspondente, sendo vedada a autotutela²¹. Desta forma, o princípio da jurisdição é o responsável por instaurar a dialética processual²² e a própria estrutura tríade entre juiz, réu e autor.

Não obstante, além da exigência de um processo tutelado pelo Poder Judiciário, o princípio abarca a vedação do tribunal de exceção. Assim, nas palavras de Pacelli de Oliveira, há a “proibição de se instituir ou de se constituir um órgão do Judiciário exclusiva ou casuisticamente para o processo e julgamento de determinada infração penal”²³. A vedação conecta-se reciprocamente com o princípio da legalidade: este, ao declarar que não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal²⁴, exige que haja um tribunal previamente instituído, bem como que o crime julgado seja definido anteriormente à data de seu cometimento²⁵.

¹⁸ Para a escolha de quais princípios seriam discutidos, foi utilizada como base a obra de DI GESU, Cristina (**Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014), na qual a autora elegeu como princípios relevantes ao processo penal e ao tema das falsas memórias os da jurisdição, estado de inocência, contraditório, ampla defesa e livre convencimento motivado. Acrescentou-se, ainda, a vedação às provas ilícitas, por entender-se que traria pontos importantes ao enfoque deste trabalho.

¹⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37.

²⁰ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 58.

²¹ Idem, p. 59.

²² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 546.

²³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37.

²⁴ Art. 1º do Código Penal e art. 5º, XXXIX, da Constituição da República Federativa do Brasil.

²⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 37.

Particularmente no tocante à prova, vige no sistema processual acusatório, como corolário do princípio em tela, a garantia de serem os julgamentos realizados com fulcro nas provas produzidas no seio do processo e sob a égide do *due process of law*, e não nos elementos informativos colhidos durante a investigação criminal²⁶.

1.2.2. Estado de inocência.

De plano, impende anotar que utilizou-se o termo “estado de inocência” ao invés de “presunção”, devido ao entendimento de parte da doutrina²⁷ no sentido de que o acusado não presume-se inocente; ele de fato o é, e assim deve ser considerado, até que haja em seu desfavor sentença de mérito com trânsito em julgado.

Dito isso, o estado de inocência encontra objetivação expressa no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, o qual determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

O princípio em apreço possui dúplice significado. O primeiro significado refere-se a um dever de tratamento do imputado e divide-se em duas facetas: interna e externa²⁸. No âmbito interno, refere-se a um dever de tratamento por parte do juiz e do acusador e exige, conforme Pacelli de Oliveira²⁹, que

toda privação da liberdade antes do trânsito em julgado deva ostentar natureza cautelar, com a imposição de *ordem judicial* devidamente motivada. Em outras palavras, o estado de inocência (e não a *presunção*) proíbe a antecipação dos resultados finais do processo, isto é, a prisão, quando não fundada em razões de extrema necessidade, ligadas à tutela da efetividade do processo e/ou da própria realização da jurisdição penal.

No contexto externo, conforme Lopes Júnior³⁰, o dever de tratamento do acusado como inocente desdobra-se nos limites “à publicidade abusiva e à estigmatização do acusado”.

²⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 546-546.

²⁷ v.g. OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

²⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 548-549.

²⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 48.

³⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 549.

O segundo significado do estado de inocência possui implicações no âmbito da prova e tem o condão de transferir à acusação o ônus de produzir as provas da existência do fato criminoso e de sua autoria³¹. Havendo dúvida, ela se resolverá peremptoriamente em favor do imputado.

Do estado de inocência, decorre o direito de não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*). Através dele, é permitido ao imputado manter-se em silêncio durante toda a persecução criminal³², sem que isso importe confissão ou prejuízo (expresso) de sua defesa³³, bem como impede-se que ele seja obrigado a produzir ou contribuir com a produção de prova contra si. Esse último impedimento, de exigibilidade de participação compulsória do acusado na colheita da prova, decorre de norma expressamente prevista no art. 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)³⁴, promulgado no Brasil pelo Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992³⁵.

1.2.3. *Contraditório e ampla defesa.*

O contraditório encontra previsão no art. 5º, LV da Carta Magna, o qual expressa que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

³¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 65.

³² Constituição da República Federativa do Brasil, art. 5º, LXIII: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado; [...]

³³ Código de Processo Penal, art. 186: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

³⁴Artigo 8º - Garantias judiciais

[...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; [...]

³⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 42.

Tradicionalmente, o princípio significa, conforme leciona Di Gesu, o “direito de informação e efetiva participação no processo”³⁶, como meio de permitir que a parte tenha ciência dos atos processuais e contribua para o convencimento do magistrado. A doutrina moderna, porém, particularmente a partir de Fazzalari³⁷, vem consolidando uma ampliação do instituto ao apontar que sua efetividade perfectibiliza-se quando houver paridade de armas, ou seja, uma efetiva igualdade processual no tocante ao acesso aos meios lícitos de prova.

O autor italiano salienta a importância do contraditório ao assinalar que, onde não existir a possibilidade de o instituto se realizar, não existirá sequer processo propriamente dito. Para ele³⁸, somente há processo quando

em uma ou mais fases dos *iter* de formação de um ato é contemplada a participação não só – e obviamente – do seu autor, mas também dos destinatários dos seus efeitos, em contraditório, de modo que eles possam desenvolver as atividades que o autor do ato deve determinar, e cujos resultados se possa desatender, mas não ignorar.

O princípio encontra-se intimamente atrelado à imparcialidade do juiz e, em última análise, ao próprio sistema acusatório. Isto porque, para permitir a prolação de decisão imparcial, é imprescindível que o juiz permita a fala de ambas as partes, conhecendo o fato conforme reconstruído pela ótica não somente da narrativa acusatória, como também pela do imputado³⁹.

Dessarte, a presença do contraditório, como corrobora Lopes Júnior⁴⁰, “é uma nota característica do processo, uma exigência política, e, mais do que isso, confunde-se com a própria essência do processo”.

A ampla defesa também está positivada pelo art. 5º, LV da Constituição da República, porém distingue-se do contraditório, ao menos no plano teórico⁴¹.

³⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 68.

³⁷ FAZZALARI, Elio *apud* OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 43.

³⁸ FAZZALARI, Elio *apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 69.

³⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 555.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 44.

Com efeito, enquanto o contraditório limita-se à garantia de informação e participação das partes, a ampla defesa “vai além, impondo a *realização efetiva* dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao acusado”, conforme aponta Pacelli de Oliveira⁴².

Grinover, Fernandes e Gomes Filho⁴³ explicam, sobre a relação entre um e outro princípio, que:

defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados, porquanto é do contraditório (visto em seu primeiro momento, da informação) que brota o exercício da defesa; mas é esta – como poder correlato ao de ação – que garante o contraditório. A defesa, assim, garante o contraditório, mas também por este se manifesta e é garantida.

À vista disso, ambos constituem princípios que permeiam – ao menos idealmente – todas as etapas da ação penal, balizando a produção probatória e respaldando, no momento da prestação jurisdicional, o convencimento do magistrado. No processo penal pátrio, à exceção dos julgamentos proferidos pelo Tribunal do Júri, referido convencimento ocorre mormente através da persuasão racional, sistema adotado precisamente como consequência de abarcar-se o contraditório e a ampla defesa⁴⁴.

1.2.4. Livre convencimento motivado ou persuasão racional.

Inúmeros foram os sistemas de apreciação de prova conhecidos ao longo dos tempos. Dentre os mais relevantes, destaca-se na história recente do Brasil o sistema da prova legal ou tarifada. Este surgiu com o objetivo declarado de reduzir os excessivos poderes atribuídos ao juiz pelo modelo inquisitorial⁴⁵ e a discrepância entre os julgamentos⁴⁶. A valoração dos elementos probatórios, nesse sistema, era prévia e realizada pelo legislador, o qual fixava uma hierarquia entre os meios de prova e o valor, fixo e imutável, de cada um, sem atentar para as especificidades de cada caso⁴⁷. A única

⁴² Idem. p. 45 e grifado no original.

⁴³ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 556.

⁴⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 359.

⁴⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 338.

⁴⁶ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado [E-book]**. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁴⁷ *Ibidem*.

tarefa que cabia ao julgador, neste âmbito, consistia em realizar o somatório final dos valores das provas e, através dele, determinar a culpa ou inocência do imputado⁴⁸. A força probatória de um único testemunho era considerada nula, em entendimento que perfectibilizou-se no brocardo “*unus testis, nullus testis*”⁴⁹. Esse sistema possui resquícios no sistema processual penal pátrio, observáveis quando são impostos critérios previamente definidos em lei para a produção de alguma prova, o que acarreta limitações ao grau de decisão do juiz⁵⁰. É o caso, por exemplo, do art. 158 do Código de Processo Penal, o qual impõe a realização de exame de corpo de delito para os crimes que deixarem vestígios, não podendo supri-lo a confissão do acusado⁵¹.

A livre convicção ou íntima convicção, por sua vez, significa completo antagonismo à prova tarifada⁵² e consiste na total liberdade conferida ao juiz para valorar a prova, sem a obediência a qualquer critério para tanto, e para tomar sua decisão, sem a necessidade de motivá-la⁵³. Conquanto superado em sede de julgamento de crimes de competência do juízo singular, mesmo por força do art. 93, IX da Constituição Federal⁵⁴, a livre convicção ainda vigora no Tribunal do Júri, onde os jurados não têm o dever de fundamentar suas respostas aos quesitos⁵⁵. O sistema é alvo de críticas por parte da doutrina, a qual entende que o seu problema reside justamente no fato de poder o Conselho de Sentença amparar-se até mesmo em elementos não trazidos aos autos, ou não classificáveis como provas. Nos dizeres de Lopes Júnior⁵⁶,

A “íntima convicção”, despida de qualquer fundamentação, permite a imensa monstruosidade jurídica de ser julgado a partir de qualquer

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 357.

⁵⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 561.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado [E-book]**. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 561.

⁵⁴ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

[...]

IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]

⁵⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 339.

⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 561-562.

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. Isso significa um retrocesso ao direito penal do autor, ao julgamento pela “cara”, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu. E, tudo isso, sem qualquer fundamentação. A amplitude do mundo extra-autos de que os jurados podem lançar mão sepulta qualquer possibilidade de controle e legitimação desse imenso poder de julgar.

Em posição intermediária entre os dois sistemas anteriores, apresenta-se o do livre convencimento motivado ou persuasão racional, vigente para todos os julgamentos em seara penal que não tratem de crimes dolosos contra a vida. Através dele, o juiz decide a causa de acordo com seu convencimento, desde que não se desonere de fundamentá-la, declinando “as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas”, conforme leciona Pacelli de Oliveira⁵⁷.

Nesta senda, muito embora o sistema do livre convencimento motivado não imponha critérios apriorísticos e abstratos de sopesamento das provas, tomando-as todas por relativas, isto não significa que seja dado espaço ao decisionismo⁵⁸. Muito pelo contrário: a decisão há que ser reconhecida como justa⁵⁹, sendo-lhe imprescindível a legitimação externa, na medida em que, ao proceder à fundamentação, estará o juiz “buscando persuadir as partes e a comunidade em abstrato”, nas palavras de Nucci⁶⁰.

O convencimento fundante da decisão, portanto, deve estar respaldado na prova materializada nos autos⁶¹, e não ocorrer pela ausência de impugnação da parte adversária, tal qual ocorre na seara cível⁶², nem alicerçado nas opiniões pessoais do

⁵⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 338.

⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 561-563.

⁵⁹ Ibidem.

⁶⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 357.

⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 303.

⁶² Código de Processo Civil, art. 302: Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

magistrado. Cabe ressaltar que, a rigor, somente constitui prova aquela produzida no seio do procedimento judicial e sob a égide do contraditório e da ampla defesa⁶³. Os elementos informativos colhidos na etapa investigativa, por sua vez, constituem meros indícios aptos a formar a *opinio delicti* do titular da acusação, para que este decida pela instauração ou não do processo criminal, e não podem jamais respaldar, por si sós, o édito condenatório⁶⁴.

Em adoção a este entendimento, o art. 155 do Código de Processo Penal, após a promulgação da Lei n. 11.690/08, reafirmando a adoção do sistema da persuasão racional pelo processo penal pátrio, passou a vigorar com a seguinte redação:

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.

Parágrafo único. Somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições estabelecidas na lei civil.

A inovação legislativa reafirma o contraditório e a ampla defesa como parâmetros balizadores da fundamentação da decisão judicial, uma vez que somente após instaurada a ação é que perfectibilizam-se os preceitos insculpidos na Carta Magna, sendo propiciadas ao imputado a ciência das provas em seu desfavor e a oportunidade de replicá-las e contraprová-las⁶⁵. Neste compasso, comenta Nucci⁶⁶:

[...] a nova disciplina do controle de apreciação da prova integra o sistema da persuasão racional, pois continua a permitir ao magistrado que forme a sua convicção livremente, analisando o conjunto probatório, desde que o faça motivadamente e calcado nos parâmetros constitucionais acerca dos limites ideais para a produção da prova. Esses limites são traçados pelo princípio do contraditório e da ampla defesa, num primeiro momento, vale dizer, as partes têm o direito de

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

⁶³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 304.

⁶⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. pp. 561-547.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 359.

participar da colheita da prova, influenciando na sua formação, dentro de critérios regrados, e o réu tem o direito de se defender da maneira mais ampla possível, tomando ciência, por seu advogado, das provas coletadas e podendo influir para a produção de outras em seu benefício. [...] Por isso, estabelece-se, como regra, dever o julgador basear a formação de sua convicção apreciando livremente a prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório.

1.2.5. Vedação das provas ilícitas.

Cordero explica que a admissibilidade das provas em matéria processual resume-se na máxima: “uma prova é admissível sempre que nenhuma norma a exclua”⁶⁷.

No Brasil, a matéria constitui cláusula pétrea, nos termos do inciso LVI do art. 5º da Constituição Federal, que determina que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. O Código de Processo Penal, por sua vez, regula:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§ 1º São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§ 2º Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

3º Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

Da leitura dos dispositivos, observa-se que nem o Texto Maior, nem a Norma Processual realizaram a distinção reclamada pela doutrina entre prova ilegal, ilegítima e ilícita.

De fato, a prova ilegal constitui o gênero⁶⁸, que se divide nas duas espécies seguintes. São ilegítimas, nos dizeres de Lopes Júnior⁶⁹, as provas cuja obtenção implica a “violação de alguma regra de direito processual penal no momento da sua produção em

⁶⁷ CORDERO, Franco *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 592.

⁶⁸ JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado** [E-book]. 25. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁶⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 593.

juízo, no processo. A proibição tem natureza exclusivamente processual, quando for imposta em função de interesses atinentes à lógica e à finalidade do processo”. Já as provas ilícitas importam vilipêndio a alguma regra de direito material ou à própria Constituição, e são eivadas por vício ocorrido de maneira exterior ao processo⁷⁰. Muito embora sua declaração de ilicitude sirva, em última análise, também a interesses processuais, esta tutela ocorre visando o resguardo de direitos que o ordenamento jurídico confere aos indivíduos, independentemente do processo⁷¹.

Assim, ao proceder à nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal, deixou o legislador de abranger as provas ilegítimas, limitando-se a fazer referência às provas obtidas em desacordo com as normas constitucionais, sejam elas materiais ou processuais, ou com as normas de natureza infraconstitucional material⁷². Tal se justifica porquanto, a rigor, a prova ilegítima sequer fará parte do processo e, se fizer, poderá ser desentranhada tão logo seja percebida a ilegitimidade⁷³. Ademais, tal espécie de prova é passível de repetição, renovando-se o ato de forma a validá-lo⁷⁴.

Há, no entanto, parte da doutrina que considera que o art. 157 da Norma Adjetiva dispensou às provas tratamento unificado, denominando “ilícitas” todas aquelas que violam disposições materiais ou constitucionais⁷⁵. Pacelli de Oliveira e Fischer⁷⁶, por exemplo, ao comentar o dispositivo, asseveram:

Conceito de ilicitude da prova e sua inadmissibilidade: O ato ilícito é aquele praticado em oposição a uma regra de direito, provenha esta de qualquer ramo na disciplina jurídica. Em princípio, a ilicitude é *una*, no sentido de significar uma ofensa ao Direito como um todo. [...] A prova ilícita significa, então, a prova *obtida, produzida, introduzida ou valorada* de modo contrário a determinada ou específica previsão legal.

Os §§ 1º e 2º do dispositivo processual em comento adotam para o tratamento das provas ilícitas a teoria dos “frutos da árvore envenenada”, inspirada no preceito

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado** [E-book]. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 593.

⁷⁴ *Idem*, p. 594.

⁷⁵ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado** [E-book]. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁷⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 313 e grifado no original.

bíblico de que “a árvore envenenada não pode dar bons frutos”⁷⁷. Também denominada “princípio da contaminação”, a teoria teve origem em paradigmático caso julgado nos Estados Unidos em 1920⁷⁸, e a expressão *fruits of the poisonous tree* foi cunhada por magistrado da Suprema Corte daquele país, em decisão na qual afirmava que “proibir o uso direto de certos métodos, mas não pôr limites a seu pleno uso indireto apenas provocaria o uso daqueles mesmos meios considerados incongruentes com padrões éticos e destrutivos à liberdade pessoal”⁷⁹. Desta forma, entende-se que todas as provas obtidas através da árvore, ou seja, a prova eivada por ilicitude, também serão por ela contaminadas, ainda que sejam, por si sós, lícitas⁸⁰.

Cumprе ressaltar que a inadmissibilidade das provas ilícitas é considerada absoluta por relevante número de doutrinadores e encontra certo abrigo na jurisprudência⁸¹. No entanto, corrente diversa, raramente adotada no Brasil em esfera penal, entende que tais provas podem ser admitidas tendo em vista a relevância do interesse público⁸², em casos nos quais haja colisão entre princípios constitucionais, devendo o julgador proceder ao sopesamento dentro dos parâmetros da proporcionalidade⁸³. Terceira corrente, por fim, observa que a vedação às provas ilícitas constitui garantia do indivíduo contra ações abusivas do Estado e, por isso, elas podem ser admitidas quando seu uso no processo ocorrer para fins *pro reo*⁸⁴. Greco Filho pontua que “uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente [...] teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal”⁸⁵.

⁷⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 372.

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 599.

⁷⁹ Idem, p. 600.

⁸⁰ JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado [E-book]**. 25. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 595.

⁸² Ibidem.

⁸³ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado [E-book]**. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁸⁴ Idem, p. 319.

⁸⁵ GRECO FILHO, Vicente *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 597.

1.3. O reconhecimento de pessoas.

Lopes Júnior⁸⁶ leciona que o reconhecimento é o ato no qual

alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer.

Dos ensinamentos de Altavilla⁸⁷, extrai-se que o “reconhecimento é o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-se uma pessoa ou uma coisa quando, vendo-a, se recorda havê-la visto anteriormente”.

O procedimento é regulado pelo Código de Processo Penal dentre os arts. 226 a 228, os quais dispõem:

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

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

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

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

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

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

Art. 227. No reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável.

⁸⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 680.

⁸⁷ ALTAVILLA, Enrico *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 526.

Art. 228. Se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ou de objeto, cada uma fará a prova em separado, evitando-se qualquer comunicação entre elas.

Para os fins deste trabalho, ater-se-á especificamente ao reconhecimento de pessoas, motivo pelo qual não serão tecidos comentários a respeito do citado art. 227.

Com relação ao texto legal, tem-se o inciso I do art. 226 da Norma Adjetiva como forma de averiguar se o reconhecedor tem a mínima condição de realizar o reconhecimento e se possui em sua memória uma imagem fixa da pessoa a ser reconhecida⁸⁸.

Por sua vez, o inciso II do mesmo dispositivo possui interpretação doutrinária e jurisprudencial mais problemática, particularmente por conta da expressão “se possível”. O entendimento majoritário é no sentido de que, havendo possibilidade, devem ser colocadas outras pessoas na companhia daquela a ser reconhecida, recomendação que não expressa carga de obrigatoriedade, ou seja: o reconhecimento individualizado não configuraria, por si só, a desobediência ao preceito legal⁸⁹.

Nesse sentido, há doutrinadores que assinalam que, sendo faticamente possível, a colocação de outras pessoas constitui dever, e não opção da autoridade que realiza o procedimento, justificando-se o reconhecimento individual na inexistência dessa possibilidade⁹⁰.

Há correntes, entretanto, que consideram que a expressão corresponde não à colocação de outras pessoas junto ao suspeito, mas à semelhança física entre elas. Enquanto aquela seria determinação compulsória, esta seria observada dentro das possibilidades e, na falta de indivíduos que contem com as mesmas características físicas daquele a ser reconhecido, colocar-se-ão outras pessoas⁹¹. Para esta linha de

⁸⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 529.

⁸⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado [E-book]**. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

⁹⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 437.

⁹¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 529.

interpretação, o reconhecimento feito de forma individualizada deve ser evitado e, caso realizado, não será digno do *status* de reconhecimento, mas de mera prova testemunhal⁹².

Lopes Júnior⁹³ ressalta que tanto a colocação de outras pessoas junto ao suspeito quanto a semelhança física entre elas e ele estão longe de serem inúteis formalidades, mas condição necessária à própria credibilidade do instrumento probatório, “refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”. O autor anota que, não obstante a omissão do legislador quanto ao número recomendado de indivíduos, este não deve ser inferior a cinco – quatro pessoas mais o suspeito – como forma de reduzir a margem de erro⁹⁴.

Já o inc. III do dispositivo em comento reflete a intenção do legislador de evitar a revitimização do ofendido, que poderá vir a sofrer ameaças, obstando-se a intervenção penal⁹⁵. O parágrafo único do mesmo artigo, contudo, veda que a providência do inc. III seja tomada em juízo, prevalecendo as exigências da ampla defesa do acusado⁹⁶. A proibição constitui alvo de críticas de parte da doutrina, conforme assinala Nucci⁹⁷:

[...] não vislumbramos qual pode ser o interesse do réu em constranger a vítima ou a testemunha, ficando frente a frente com ela na fase do reconhecimento. [...] Não há como se exigir de uma testemunha ou vítima ameaçada que fique frente a frente com o algoz, apontando-lhe o dedo a descoberto e procedendo ao reconhecimento como se fosse algo muito natural.

O inciso IV traz a necessidade de lavratura de auto pormenorizado, que deve conter as reações do reconhecedor e todas as suas manifestações, de modo a se poder analisar “qual o processo mental utilizado para chegar à conclusão de que o reconhecendo é – ou não – a pessoa procurada”, nas palavras de Nucci⁹⁸.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 683.

⁹⁴ *Idem*, p. 682.

⁹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 438.

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 435.

⁹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 531.

⁹⁸ *Idem*, p. 530.

Por fim, o art. 228 veda a realização do reconhecimento coletivo, visando evitar que os reconhecedores influenciem uns aos outros com suas observações⁹⁹.

Quando obedecidas as formalidades legais, o reconhecimento possui natureza jurídica de meio de prova¹⁰⁰. Entende a doutrina majoritária que, quando realizado somente na investigação policial, o procedimento não deverá, por si só, respaldar a condenação; porém, poderá servir-lhe de substrato quando confirmado por outros elementos colhidos em juízo¹⁰¹.

Ao proceder-se à pesquisa sobre o tema, todavia, depara-se com o excerto doutrinário de Jesus¹⁰², o qual enfrenta a questão reproduzindo antigo julgado em que o Supremo Tribunal Federal vincula a validade do reconhecimento enquanto prova não à observância das formalidades, mas à idoneidade dos reconhecedores, ao declarar que “o reconhecimento dos réus, em juízo, por testemunhas idôneas e insuspeitas, desmoraliza a negativa dos réus, que, a prevalecer, tornariam inexplicáveis os reconhecimentos feitos”¹⁰³.

Por outro lado, constitui prática comum no cotidiano forense a realização de “reconhecimentos informais”¹⁰⁴, deixando-se de observar as diretrizes insculpidas na Norma Processual.

Na seara judicial, após a reforma processual penal de 2008, o reconhecimento passou a dever ser realizado em audiência una de instrução, por força da concentração dos atos processuais penais objetivada pelos arts. 400¹⁰⁵ e 531¹⁰⁶ do Códex Processual¹⁰⁷.

⁹⁹⁹⁹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado** [E-book]. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 527.

¹⁰¹ BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado** [E-book]. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰² JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado** [E-book]. 25. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰³ Supremo Tribunal Federal. RCrIm n. 1.312, DJU 7/11/1978, p. 8823; RTJ 88/371.

¹⁰⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 681.

¹⁰⁵ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

¹⁰⁶ Art. 531. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 30 (trinta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das

Tal proceder contribui mais ainda para o abrandamento das determinações processuais para o reconhecimento, particularmente daquela insculpida no art. 226, inciso II do mesmo Diploma.

A prática dos reconhecimentos informais tem sido aceita em nome do livre convencimento motivado¹⁰⁸, e, na doutrina, é agasalhada pelo entendimento de que o ato não é nulo: apenas não receberá a denominação de reconhecimento, constituindo prova meramente testemunhal e submetendo-se à avaliação subjetiva¹⁰⁹.

Há, entretanto, divergências quanto a esta concepção, dentre as quais se destaca o escólio de Lopes Júnior¹¹⁰. Este, referindo-se particularmente aos casos em que, durante a audiência de instrução, o magistrado questiona a testemunha ou informante se reconhece o réu ali presente como o autor do fato, considera a prática como prova ilícita, na medida em que

viola o sistema acusatório (gestão da prova nas mãos das partes); quebra a igualdade de tratamento, oportunidades e fulmina a imparcialidade; constitui flagrante nulidade do ato, na medida em que praticado em desconformidade com o modelo legal previsto; e, por fim, nega eficácia ao direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo.

Na jurisprudência, o tema é costumeiramente tratado através da questão da nulidade. De fato, os julgados recentes vêm consolidando cada vez mais o entendimento no sentido de tratar-se de nulidade relativa, ou seja, aquela cujo prejuízo, por não ser presumido pela legislação – tal qual ocorre com as nulidades absolutas –, demanda demonstração concreta para que enseje a anulação do ato¹¹¹. Enfrenta-se o tema, portanto, através do princípio *pas de nullité sans grief*¹¹², comando fulcral do art. 563¹¹³ do Código de Processo Penal.

testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se, finalmente, ao debate.

¹⁰⁷ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013. p. 436.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 528.

¹¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 681.

¹¹¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 982.

¹¹² *Ibidem*.

Como exemplo, extrai-se de recente manifestação da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO EM QUE NÃO SE CONHECEU DE WRIT IMPETRADO PERANTE ESTA CORTE SUPERIOR. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMA TENTADA. RECONHECIMENTO PESSOAL DO AGENTE. TESE DE NULIDADE, POR INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS A COMPROVAR A AUTORIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Consoante a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no reconhecimento pessoal do agente, a inobservância do disposto no art. 226 do Código de Processo Penal não enseja, em si, nulidade da instrução criminal, mormente quando a sentença fundamenta-se em outras provas constantes nos autos para reconhecer a autoria delitiva.

2. No caso, a comprovação da autoria do ato infracional análogo ao crime de tentativa de homicídio, amparou-se não só no reconhecimento pessoal do Paciente pelas vítimas, o qual foi repetido em juízo, mas também nos depoimentos das testemunhas.

3. A declaração de nulidade do ato processual exige a demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo ao réu - não evidenciado na espécie -, em face do princípio pas de nullité sans grief, insculpido no art. 563 do Código de Processo Penal.

4. Agravo regimental desprovido¹¹⁴.

Ainda, há julgados que vão além da reiteração do entendimento sobre a demonstração de prejuízo, considerando que os preceitos da Norma Processual constituem meras recomendações ao invés de exigências. Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência da Sexta Turma do Tribunal da Cidadania:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. NÃO CONHECIMENTO. ROUBO DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. INOBSERVÂNCIA DO PRECEITO INSCULPIDO NO ART. 226 DO CPP. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

¹¹³Art. 563. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.

¹¹⁴ Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 272.660/ES, rel^a. Min^a. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 22/4/2014, DJe de 30/4/2014.

[...]

3. A jurisprudência desta Corte é remansosa no sentido de que a inobservância das formalidades do reconhecimento pessoal não configura nulidade, notadamente quando realizado com segurança pelas vítimas em juízo, sob o crivo do contraditório, e a sentença vem amparada em outros elementos de prova.

4. Ademais, segundo a mesma orientação jurisprudencial, as disposições inculpidas no art. 226, do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade.

5. Impetração não conhecida¹¹⁵.

1.3.1. O reconhecimento fotográfico.

Questão interessante se delinea acerca do reconhecimento fotográfico, consistente na “produção de prova testemunhal, no curso da qual o depoente identificaria a pessoa a ser reconhecida por meio de fotografias”, segundo o escólio de Pacelli de Oliveira e Fischer¹¹⁶.

O procedimento é utilizado em muitos casos nos quais o réu recusa-se a participar do reconhecimento pessoal, invocando o direito de não produzir prova contra si mesmo¹¹⁷. Bonfim¹¹⁸ ressalta, nesta senda, que “o reconhecimento fotográfico é meio auxiliar de investigação ante a impossibilidade de reconhecimento pessoal e direto”. Para Lopes Júnior¹¹⁹, ele somente deve ser utilizado enquanto ato preparatório do reconhecimento pessoal, substituindo a etapa do art. 226, I do Código de Processo Penal, porém jamais como substitutivo ao ato pessoal ou como prova inominada. Se ausente o imputado, inviável será seu consentimento para o reconhecimento pessoal, pelo que o fotográfico configuraria contorno ilícito ao *nemo tenetur se detegere*¹²⁰.

¹¹⁵ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 134.776/RJ, rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, j. em 26/2/2013, DJe de 7/3/2013.

¹¹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 439.

¹¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 683.

¹¹⁸ BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado [E-book]**. 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 683.

¹²⁰ *Ibidem*.

Pacelli de Oliveira e Fischer¹²¹, por sua vez, destituem o valor probatório do meio de prova ao argumentar ser

absolutamente frágil uma prova fundada em semelhante reconhecimento. E mais: desnecessário argumentar nesse sentido. A fotografia está sempre no *passado*. Mas no passado *do fotografado* e não no da testemunha. Assim, a diferença que pode haver entre o que ela (testemunha) presenciou e a fotografia que lhe é apresentada em juízo não pode ser aferida e nem controlada. Condições do tempo (clima), da máquina fotográfica, da pose fotografada, e, enfim, a diversidade entre o *real*, o *passado* da foto e o *passado* da memória da testemunha recomendam a imprestabilidade de semelhante meio de prova.

Já Nucci¹²² não nega o valor do reconhecimento fotográfico, mas assevera que deve ser-lhe atribuído o peso de indício, e não de prova direta. Por não necessariamente refletir a realidade, o meio de prova deve ser analisado com critério e cautela, ressalta o autor, e se for inevitável que assim se proceda, a autoridade que realizar o reconhecimento por fotografia deve tentar seguir os ditames do art. 226, I, II e IV do Código Processual¹²³.

Cumprе anotar que a jurisprudência admite a idoneidade do meio de prova em comento, desde que haja observância do art. 226 da Norma Adjetiva¹²⁴ e, particularmente, se for ele corroborado em solo judicial e não constituir o único elemento a respaldar a condenação. É o que se extrai de julgado do Supremo Tribunal Federal:

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. Precedentes. [...]¹²⁵

¹²¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012. p. 439 e grifado no original.

¹²² NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 527.

¹²³ Ibidem.

¹²⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 684.

¹²⁵ Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 104.404/MT, rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, j. em 21/9/2010, DJe de 30/11/2010.

O entendimento é acompanhado pelo Superior Tribunal de Justiça, que manifestou-se recentemente em acórdão proferido pela sua Quinta Turma:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL. RECONHECIMENTO PESSOAL DO ACUSADO. ARGUIDA INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PREVISTAS NO ART.266 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. [...]

3. A jurisprudência dos Tribunais Pátrios admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico, desde que observadas as formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal, como na hipótese. Com efeito, o reconhecimento fotográfico do réu, quando ratificado em juízo, sob a garantia do contraditório e ampla defesa, pode servir como meio idôneo de prova para fundamentar a condenação. Precedente.

4. "Tendo a fundamentação da r. sentença condenatória, no que se refere à autoria do ilícito, se apoiado no conjunto das provas, e não apenas no reconhecimento por parte da vítima, na delegacia, não há que se falar, in casu, em nulidade por desobediência às formalidades insculpidas no art. 226, do CPP" (HC 156.559/SP, 5.ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJe de 13/09/2010). Precedentes.

5. Segundo a legislação penal em vigor, é imprescindível, quando se fala em nulidade de ato processual, a demonstração do prejuízo sofrido, em consonância com o princípio pas de nullité sans grief, o qual não foi demonstrado na hipótese.

6. Ordem de habeas corpus não conhecida.¹²⁶

¹²⁶ Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 273.043/SP, rel^a. Laurita Vaz, Quinta Turma, j. em 27/3/2014, DJe de 3/4/2014.

2. AS FALSAS MEMÓRIAS.

2.1. Conceito.

Em meados da década de 1950, o neurocirurgião estadunidense Wilder Penfield realizava experimentos envolvendo estímulos elétricos em pacientes epiléticos acordados, antes do início de suas cirurgias, quando deparou-se com curioso fenômeno: alguns desses pacientes, durante as experiências, reportavam fragmentos de pensamentos que assemelhavam-se a lembranças, transmitindo ao cientista a ideia de que tratava-se de memórias há muito armazenadas no cérebro e que estavam sendo descobertas através dos estímulos¹²⁷.

Hoje, o mito de que a memória opera de maneira semelhante a um gravador de vídeo, armazenando imagens aptas a serem recuperadas e retratadas com fidedignidade os acontecimentos, caiu por terra após rápida evolução do campo da neurociência¹²⁸. Longe de ser um armazenamento estático de informações, a memória é atualmente considerada sob perspectiva altamente dinâmica, tal qual referenciada por Loftus¹²⁹:

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

Neste ínterim, a partir das contribuições da ciência moderna e, particularmente, daquela desenvolvida a partir da segunda metade do século XX, passa-se a pensar a memória como uma colcha de retalhos constituída por traços de informações armazenados no Sistema Nervoso Central e recuperados para a reconstrução das lembranças, nem sempre constituindo um quadro fiel ao que foi vivenciado no passado¹³⁰. Esses traços integram uma reduzidíssima parte do que foi visto quando vivida

¹²⁷ LOFTUS, Elizabeth; BERNSTEIN, Daniel M. How to Tell If a Particular Memory Is True or False. **Perspectives on Psychological Science**, 4 (4), Washington, D. C. (Estados Unidos), 2009, p. 370-371.

¹²⁸ LOFTUS, Elizabeth; TINGEN, Ian W.; PATIHIS, Lawrence. Memory myths. **Catalyst**, 23 (3), p 6-8, Salt Lake City (Estados Unidos), 2013, p. 7.

¹²⁹ LOFTUS, Elizabeth. Memórias Fictícias. Trad. de Aristides Isidoro Ferreira. **Lusíada**, n. 3-4, 2006, Lisboa (Portugal), 2006, p. 347-348.

¹³⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 103.

a experiência, e esvaem-se com o tempo, de forma que as lembranças acabam por se construir imbuídas de lacunas¹³¹.

Parte-se do pressuposto, então, de que o ato de recordar, ou seja, de recuperar uma informação que se encontra armazenada no cérebro, não constitui um resgate de imagens fidedignas acerca dos eventos, mas um processo eminentemente construtivo. Loftus¹³² assinala que a característica mais central dos processadores orgânicos de informações reside exatamente na natureza construtiva da percepção e da compreensão. Nós adicionamos ou alteramos o que percebemos para que possamos compreendê-lo, e engajamo-nos nessa tarefa construtiva em todos os níveis, desde a simples percepção sensorial até o processamento de eventos sociais complexos, discursos, narrativas e conversas¹³³.

Desta forma, as inúmeras lacunas da memória são preenchidas por meio deste processo construtivo e podem acabar sendo suplementadas pela incorporação e recordação de informações falsas¹³⁴, advindas de processos mnemônicos naturais ou mesmo por informações externas¹³⁵, dando margem à formação de falsas memórias.

As falsas memórias consistem em uma gama de fenômenos que resultam na lembrança de eventos, ou fragmentos de eventos, que na realidade nunca ocorreram¹³⁶. Falsas informações são armazenadas na memória de longo prazo e posteriormente recuperadas como se tivessem sido vivenciadas da forma na qual se apresentam¹³⁷. Muito

¹³¹ LOFTUS, Elizabeth; TINGEN, Ian W.; PATIHIS, Lawrence. Memory myths. **Catalyst**, 23 (3), p 6-8, Salt Lake City (Estados Unidos), 2013, p. 8.

¹³² LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 196.

¹³³ Ibidem.

¹³⁴STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.) **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 23.

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: reflexão e crítica**. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001, p. 353.

¹³⁷ Ibidem.

embora não constituam uma experiência direta, porquanto jamais foram vividas, as falsas memórias imiscuem-se como verdade para os indivíduos que as apresentam¹³⁸.

Trata-se de hipótese diversa daquela observada quando é contada uma mentira: quando mente, o sujeito recorda-se de diversos elementos, mas decide intencionalmente relatar informações diferentes das que tem por verdadeiras¹³⁹. No caso das falsas memórias, o indivíduo narra fatos que não correspondem com a realidade, porém obra de total boa-fé: age desta forma porque recorda-se de dados falsos, alheio ao fato de que suas lembranças foram modificadas e distorcidas¹⁴⁰. Enquanto a mentira tem base social, a falsa memória é de base mnemônica¹⁴¹.

O fenômeno das falsas memórias pode observar-se por meio de dois processos: espontaneamente ou através de sugestões externas.

2.1.1. Falsas memórias espontâneas.

As falsas memórias podem originar-se espontaneamente por meio de processos de distorções mnemônicas endógenas, ou seja, como corolário do processo normal de funcionamento da memória¹⁴².

Isto ocorre porque, conforme se verá, a memória de largo prazo não se limita ao armazenamento da forma literal como os fatos ocorrem, mas também registra, de forma paralela e, via de regra, mais duradoura, conceitos essenciais que se traduzem em palavras¹⁴³. Com a passagem do tempo após o sujeito codificar um fragmento na memória, ele tende a olvidar a forma superficial com a qual o evento foi-lhe apresentado e a manter somente o significado sumário, modificando o conteúdo da memória¹⁴⁴. Assim, quando o indivíduo é chamado a recordar se viu determinada informação, pode

¹³⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 104.

¹³⁹ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 17.

¹⁴⁰ Ibidem.

¹⁴¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 137.

¹⁴² STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: reflexão e crítica**. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001, p. 354.

¹⁴³ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 71.

¹⁴⁴ Idem, p. 69.

resgatar a essência desta e julgar tratar-se da memória literal, devido à similaridade de significado¹⁴⁵.

Trata-se do processo denominado por Altavilla¹⁴⁶ de “ruminação”, haja vista que

a nova percepção não se fixa numa imóvel chapa fotográfica, mas penetra num órgão eminentemente dinâmico, no qual sofre a influência das percepções anteriores e está sujeita a um contínuo trabalho de deformação, determinando novas aquisições psíquicas.¹⁴⁷

Não por outro motivo, assinala Loftus que, em essência, toda memória é falsa em grau menor (limitando-se a detalhes do acontecimento) ou maior (não possuindo a *mínima* correspondência com a realidade). Enquanto processo inerentemente reconstrutivo, a memória une os fragmentos do passado para formar uma narrativa coerente sobre as experiências de vida, colorida e moldada por conceitos e conhecimentos de mundo¹⁴⁸.

Dessas observações, decorre a afirmação de que as falsas memórias não derivam de um funcionamento patológico das estruturas cerebrais. Ao contrário, cuida-se de fenômeno cotidiano e, sobretudo, inerente aos mecanismos mesmo das mentes mais saudáveis¹⁴⁹.

Ilustrando a amplitude do fenômeno, destaca-se o estudo do antropólogo francês Charles-Arnold Kurr van Gennepe¹⁵⁰, realizado em meados da primeira metade do século XX, o qual, embora empreendido com o intento de investigar a formação das lendas no meio social, possui implicações relevantes para o tema das falsas memórias. O experimento realizou-se no Congresso de Psicologia de Göttingen e teve como

¹⁴⁵STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**. Umuarama (Brasil), n. 5 (2), 2001, p. 180.

¹⁴⁶ALTAVILLA, Enrico *apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 129.

¹⁴⁷Ibidem.

¹⁴⁸LOFTUS, Elizabeth; BERNSTEIN, Daniel M. How to Tell If a Particular Memory Is True or False. **Perspectives on Psychological Science**, 4 (4), Washington, D. C. (Estados Unidos), 2009, p. 373.

¹⁴⁹DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 141.

¹⁵⁰Citado pelo clássico Public Opinion, de Walter Lippmann (1922) e relacionado ao tema das falsas memórias por ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 105-106.

participantes psicólogos, juristas e médicos inscritos no Congresso, ignorantes ao fato de que seriam submetidos a estudo¹⁵¹.

Próximo à sala onde ocorria o Congresso, passava-se um baile de máscaras no qual, repentinamente, a seguinte cena teve início: a porta da sala se abre e adentra um palhaço, correndo como um louco, perseguido por um negro de revólver em punho. Ambos param no meio do salão, agridem-se, o palhaço cai, o negro pula em cima do palhaço e dispara. Ambos retiram-se bruscamente do local. O evento mal dura 20 segundos. O presidente do Congresso, afirmando que o acontecido, sem dúvidas, daria ensejo a inquérito policial, pede a quarenta dos presentes que escrevam um relatório do que viram. Dentre estes, apenas um trazia menos de 20% de erros sobre a cena; quatorze possuíam entre 20 e 40% de erros; doze possuíam entre 40 e 50% e treze, mais de 50%. Não obstante, 24 dos relatórios continham 10% de detalhes que não passavam de pura invenção, percentagem que aumentava em dez dos relatórios e era menor em seis (em proporções que o autor deixa de indicar). Um quarto dos relatórios deveriam ser considerados falsos. A cena, evidentemente, consistia em um teatro controlado e previamente encenado e fotografado, permitindo assim a verificação dos níveis de falsidade¹⁵².

2.1.2. *Falsas memórias sugeridas.*

As falsas memórias também podem engendrar-se como consequência de estímulos, acidentais ou intencionais, externos ao sujeito. Nestes casos, ocorre a sugestão à pessoa de uma informação falsa, a qual não faz parte da sua experiência passada, mas com ela apresenta compatibilidade, tornando-se, desta forma, plausível¹⁵³. Esta plausibilidade, por sua vez, desencadeia um processo inconsciente de aceitação, e subsequente incorporação na memória, da informação incorreta¹⁵⁴.

Nesse contexto, surge o relevante conceito de sugestionabilidade interrogativa, definido por Gudjonsson e Clark como o grau em que, no seio de uma

¹⁵¹ VAN GENNEP, Charles-Arnold Kurr. **La formation des légendes**. Paris: Ernest Flammarion Éditeur, 1929, p. 102.

¹⁵² Idem, p. 102.

¹⁵³STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: reflexão e crítica**. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001, p. 354.

¹⁵⁴STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**. Umuarama (Brasil), n. 5 (2), 2001, p. 180.

relação interpessoal, os sujeitos aceitam as mensagens que lhes são comunicadas e, por conseguinte, alteram seu comportamento ou suas respostas¹⁵⁵. A sugestionabilidade pode apresentar-se até mesmo nas formas mais sutis, tais como em interrogatórios sugestivos ou lendo-se e assistindo-se notícias sobre um fato experimentado¹⁵⁶.

Sobre o tema, revestem-se de especial relevo os estudos desenvolvidos por Elizabeth Loftus e seus colaboradores a partir dos anos 70¹⁵⁷. Afim de verificar a maleabilidade da memória por conta de interferências externas, a neurocientista estadunidense passou a trabalhar com uma pioneira técnica na qual, após uma determinada experiência vivida, é introduzida uma informação falsa compatível com essa vivência¹⁵⁸. A informação – denominada pela cientista de *misleading postevent information*¹⁵⁹ – costuma ser aceita e incorporada à memória por cerca de 25% (vinte e cinco por cento) dos participantes das pesquisas¹⁶⁰, dando robustez ao fenômeno alcunhado por Loftus de *misinformation effect*¹⁶¹ (“efeito da falsa informação”): a incorporação de informações externas à memória, preenchendo lacunas de forma inconsciente e espontânea¹⁶².

Em experimento clássico, contudo, a cientista foi além: a fim de elucidarem a possibilidade de plantar-se uma falsa memória inteira a respeito de um evento que nunca ocorreu, Loftus e Pickrell¹⁶³ lograram fazer com que 25% dos participantes da pesquisa (seis entre um total de vinte e quatro, de idades variadas) “lembrassem” o fato de terem se perdido em um *shopping center*, o que não passava de uma informação enganosa

¹⁵⁵ GUDJONSSON, G. H. CLARK, N. K. *apud* ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal**: a prova testemunhal em cheque. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 117.

¹⁵⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 672.

¹⁵⁷ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 128.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ LOFTUS, Elizabeth; HOFFMAN, Hunter G. Misinformation and Memory: The creation of new memories. **Journal of Experimental Psychology: General**, 117, Washington, D. C. (Estados Unidos), 1989, p. 100.

¹⁶⁰ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 114.

¹⁶¹ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

¹⁶² Nas palavras de Loftus: “Research from the last three decades has established beyond question that information from outside of memory can be incorporated into a convincing ‘memory experience’ (dubbed the *misinformation effect*) as memory gaps are unknowingly and effortlessly filled” (*Ibidem*).

¹⁶³ LOFTUS, Elizabeth; PICKRELL, Jacqueline. The formation of false memories. **Psychiatric Annals**, 25, Thorofare (Estados Unidos), 1995, p. 722.

propositalmente plantada pelas pesquisadoras. Os sujeitos que incorporaram a falsa memória chegaram a descrever detalhes acerca do evento, incluindo em suas “lembranças” especulações sobre quando e como ele teria ocorrido¹⁶⁴.

O procedimento foi aplicado repetidas vezes por Loftus, demonstrando claramente, segundo ela mesma, “que nossos processos reconstrutivos da memória são completamente capazes de plantar memórias inteiramente falsas de eventos”¹⁶⁵. A descrição dos pormenores do acontecimento implantado passou a repetir-se nos estudos da neurocientista e mereceu ser por ela alcunhada de *rich false memories* (“falsas memórias ricas”): lembranças detalhadas de um evento que nunca ocorreu¹⁶⁶.

Para melhor entender-se o fenômeno, necessário se faz realizar breves incursões sobre a maneira como obra a memória humana.

2.2. Os mecanismos da memória.

Conforme bem salienta Ávila¹⁶⁷, dada a complexidade do fenômeno, dificilmente se estabelecerá o que a memória é, mas apenas olhares possíveis sobre ela. Assim, não se pretende esgotar o tema, mas apenas realizar a exposição de pontos que podem ser relevantes para a compreensão das falsas memórias.

O fato de a espécie humana não estar extinta demonstra que a memória, ainda que falível, habitualmente cumpre sua função¹⁶⁸. Porém, a mesma notável capacidade cerebral que permite o armazenamento de conhecimentos elaborados e da história pessoal de cada pessoa também é extremamente vulnerável a esquecimentos e erros¹⁶⁹.

¹⁶⁴Ibidem.

¹⁶⁵ Tradução livre. Texto original: “[...] it was clearly demonstrated that our reconstructive memory processes are thoroughly capable of planting entirely false memories for events”. LOFTUS, Elizabeth; LANEY, Cara. Emotional content of true and false memories. **Memory**, 16 (5), Hove (Inglaterra), 2008, p. 501.

¹⁶⁶ LOFTUS, Elizabeth; BERNSTEIN, Daniel M. How to Tell If a Particular Memory Is True or False. **Perspectives on Psychological Science**, 4 (4), Washington, D. C. (Estados Unidos), 2009, p. 373.

¹⁶⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 82.

¹⁶⁸ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 67-68.

¹⁶⁹ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

Primeiramente, há que se ressaltar que, se a memória define quem somos, também somos aquilo que esquecemos¹⁷⁰. Destaca Virilio¹⁷¹ que

[...] o conteúdo da memória é função da velocidade do esquecimento. Isso quer dizer que a memória é o que resta quando nós esquecemos, e que não há memória sem esquecimento. Porém, a rapidez do esquecimento é mais importante, porque se esquecemos muito rápido, caímos na amnésia, mas se nós não esquecemos ficamos loucos!

Por conseguinte, o esquecimento é um fenômeno fisiológico, e indispensável por seu papel adaptativo¹⁷². A maioria daquilo que é codificado na memória acaba por ser esquecido por falta de reforço. Além disso, dentre o que resta estabelecido na memória, grande parte não passa de fragmentos sobre os quais formamos e evocamos lembranças, havendo poucas memórias inteiras e exatas¹⁷³.

O que resta após o esquecimento divide-se, quanto à duração, em memória de curto e de longo prazo. A de curto prazo dura alguns minutos ou horas e pode ser considerada uma “memória de trabalho”, na qual se conserva o material quando surge a necessidade de realizarem-se elaborações cognitivas de variados tipos, tais como fazer uma conta¹⁷⁴. Consiste em um fluxo de informação que passa sucessivamente por três estágios: inicialmente, é processada por uma série de depósitos sensoriais transitórios. Após, transmite-se para um depósito de curto prazo e de capacidade limitada. Por fim, pode ou não passar para um depósito de longo prazo e de capacidade ilimitada. Quanto mais tempo uma informação permanece no depósito de curto prazo, maior é a probabilidade de passar para o de longo prazo¹⁷⁵.

Já a memória de longa duração é a que permanece por mais de um dia e constitui um acontecimento que muda a estrutura das sinapses e aumenta a sua sensibilidade para um sinal que chega¹⁷⁶. É nela que residem todas as formas de

¹⁷⁰ Idem, p. 84.

¹⁷¹ VIRILIO, Paul *apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 127.

¹⁷² ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 84.

¹⁷³ Idem, p. 89.

¹⁷⁴ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 49.

¹⁷⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 89-91.

¹⁷⁶ Idem, p. 90.

conhecimento que se adquirem ao longo das experiências vividas, desde as ações mais simples e dados mais básicos até os conceitos mais complexos¹⁷⁷. Também é nela que encontra-se a subdivisão entre memória semântica e episódica¹⁷⁸, a qual assumirá especial relevo, conforme se verá, a partir do desenvolvimento da Teoria do Traço Difuso enquanto paradigma explicativo das falsas memórias.

O processo mnemônico de formação das memórias de longo prazo passa por três estágios principais: aquisição, consolidação e evocação¹⁷⁹.

A aquisição nada mais é do que o momento em que a informação chega à memória, armazenando-se inicialmente na memória de curto prazo¹⁸⁰. Porém, um dado vindo do meio nunca integra o sistema cognitivo com a mesma forma e os mesmos detalhes com que se dá na realidade. Ao contrário, ele se modifica e se transforma desde os primeiros instantes, sendo correto dizer que o conteúdo da memória difere da realidade já no seu nível de curto prazo¹⁸¹.

Nesse sentido, impende ressaltar que há uma miríade de fatores a influenciar a forma como o cérebro, em suas regiões do hipocampo e da amígdala¹⁸², selecionará aquilo que será codificado na fase da aquisição. Não se objetiva abarcar a todos; porém, há que se tecer considerações a respeito do papel que o nível de consciência do indivíduo desempenha nesse processo. Os elementos ligados à consciência modulam a aquisição da memória porquanto, se uma pessoa está absorta em estudos ou em trabalho, ou em estado entre o sono e a vigília, ou por qualquer motivo não esteja prestando total atenção no fato presenciado, provavelmente não disporá de recursos cognitivos suficientes para perceber

¹⁷⁷ MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo?* El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 28.

¹⁷⁸ Idem, p. 30-31.

¹⁷⁹ GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. *As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal*. p. 4336.

¹⁸⁰ MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo?* El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 33.

¹⁸¹ Idem, p. 49.

¹⁸²

tudo quanto está acontecendo ao seu redor, e a informação relativa ao episódio não será codificada na memória de um modo adequado¹⁸³.

Particularmente quanto à atenção, esta constitui um dos fatores-chave para a aquisição da memória, haja vista que tende-se a recordar daquilo que, no momento do fato presenciado, mais chamou a atenção. Desta forma, se o sujeito concentra-se em um objeto, propositalmente ou acidentalmente, tende a perceber muito bem a ele e a uma pequena área ao redor dele, enquanto o resto passa quase que inadvertido¹⁸⁴. Portanto, somente aquilo que acaba por ser objeto de atenção é elaborado de forma que possa ser codificado, compreendido, representado na memória de longo prazo e posteriormente recordado¹⁸⁵.

Este mecanismo de desvio de atenção é o responsável por um curioso fenômeno denominado *weapon effect*: pesquisas demonstram que quando ameaçadas por uma arma de fogo, as pessoas tendem a possuir uma lembrança muito precisa do artefato bélico, mas vaga e muito pouco precisa acerca dos outros elementos do episódio, máxime do rosto da pessoa que apontava a arma. Disso, resulta que o testemunho relativo à arma reveste-se de elevada confiabilidade, enquanto o depoimento global sobre o acontecido merece escasso crédito¹⁸⁶.

Outrossim, também o tempo exerce influência na qualidade da aquisição da lembrança, na medida em que, quanto mais prolongada a exposição de uma testemunha a determinado acontecimento, maior será a qualidade dos elementos armazenados. Altavilla¹⁸⁷ leciona que

o tempo necessário para a percepção e para o discernimento é também necessário à conservação, e é natural que se o estímulo prolongar a sua ação sobre o centro da percepção, mais segura será, em igualdade de condições, a conservação das imagens formadas e dos seus derivados.

Feitas essas ressalvas, é na fase da aquisição que as memórias são muito mais suscetíveis à facilitação, pelo efeito, por exemplo, de determinadas drogas, ou à inibição,

¹⁸³ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 20.

¹⁸⁴ Idem, p. 34.

¹⁸⁵ Idem, p. 35.

¹⁸⁶ Idem, p. 19.

¹⁸⁷ ALTAVILLA, Entico *apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 170.

tal como ocorre pelo efeito amnésico de algum traumatismo craniano¹⁸⁸. Isto indica que há um processo de consolidação depois da aquisição, por meio do qual as memórias passam de um estado lábil a um estável¹⁸⁹.

É na consolidação, portanto, que ocorre a transição de uma memória de curto prazo para uma de longo prazo¹⁹⁰. Porém, algumas memórias serão melhor consolidadas do que as outras e, desta forma, mais ou menos fáceis de serem extintas¹⁹¹. Nesta etapa, embora ainda haja esquecimento, ele se dá de forma mais lenta do que na fase da aquisição, porquanto já há um armazenamento na memória de longa duração¹⁹².

Por fim, o estágio da evocação é quando é produzida a recordação de algo que se encontra armazenado na memória de longo prazo, o que pode se dar com sucesso ou fracasso, devido a uma aquisição defeituosa ou ao próprio processo mnemônico de recordar¹⁹³. A incapacidade de lembrar-se de uma informação, no entanto, nem sempre significa que ela não esteja na memória, mas pode representar somente uma inacessibilidade momentânea¹⁹⁴.

A explicação para tanto reside no fato de que, dentre as características próprias do processo de evocação, encontra-se a de que o próprio ato de recordar-se pode modificar a lembrança¹⁹⁵. Isto ocorre porque tal ato representa também um estreitamento da memória, na medida em que, ao se recordar um elemento, há que se eliminar a lembrança de outros que, em consequência, restam momentaneamente esquecidos. O efeito, conhecido como *retrieval-induced forgetting* – traduzível como “esquecimento induzido pela recuperação” – foi desvelado por experimentos em psicologia cognitiva realizados com listas de palavras e deixa claro que a evocação da memória funciona

¹⁸⁸ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. **Estudos avançados**, v. 3, n. 6, São Paulo (Brasil), 1989, p. 94.

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 92.

¹⁹¹ IZQUIERDO, Ivan. Memórias. **Estudos avançados**, v. 3, n. 6, São Paulo (Brasil), 1989, p. 97.

¹⁹² GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. **As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal**. p. 4336.

¹⁹³ Idem, p. 4337.

¹⁹⁴ Ibidem.

¹⁹⁵ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 55.

como uma espécie de “funil”, o qual impossibilita que se possa recordar de uma vez todo aquele conteúdo processado pela memória na fase da aquisição¹⁹⁶.

Para que um dado se converta em lembrança, deve ser recuperado e utilizado para algum fim. Sem a possibilidade de recordar-se o conteúdo da memória, pode-se dizer que a lembrança não existe¹⁹⁷. Nesse sentido, Ávila¹⁹⁸ discorre sobre a indissociabilidade entre a evocação e a memória:

Memória é o ato de vasculhar a memória ou é, em primeiro lugar, a energia dedicada à formação da memória? Uma memória só se forma quando é solicitada. Em seu estado inativo, não é detectável. Portanto, não é possível separar o ato de recuperação e a própria memória. Assim, fragmentos de uma única lembrança estão armazenados em diferentes redes de neurônios espalhadas por todo o cérebro. Todos os fragmentos são reunidos a partir do momento em que evocamos essa lembrança.

O processo de evocação, portanto, consiste em uma união reconstrutiva de fragmentos que, deixando momentaneamente outros excertos de memória esquecidos, forma um episódio mnemônico que se pode chamar de lembrança. Nas palavras de Mazzoni¹⁹⁹,

Nos dias de hoje, os resultados de numerosos trabalhos sobre a recuperação indicam, de modo bastante unânime, que o ato de recuperar lembranças da memória não é um ato do tipo passivo no qual se reativa uma imagem, uma clara fotografia de um acontecimento, senão um ato no qual se reativam diversas informações, remendadas e reorganizadas, de modo que criam um acontecimento mental que poderia ser chamado “lembrança”. A memória seria, pois, fundamentalmente, um processo do tipo reconstrutivo e não uma simples recuperação.

O estudo a respeito do funcionamento da memória tal como se o entende hoje é demasiado recente, tendo apenas em meados do século XX evoluído da ideia de que os mecanismos mnemônicos trabalhavam armazenando imagens estáticas, tais como uma

¹⁹⁶ Ibidem.

¹⁹⁷ Idem, p. 54.

¹⁹⁸ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 84.

¹⁹⁹ Tradução livre. Texto original: “A día de hoy, los resultados de numerosos trabajos sobre la recuperación indican, de modo bastante unánime, que el acto de recuperar recuerdos de la memoria no es un acto de tipo pasivo en el que se reactiva una imagen, una clara fotografía de un suceso, sino que es más bien un acto en el que se reactivan diversas informaciones, remendadas y organizadas, de modo que crean un suceso mental que podría ser llamado “recuerdo”. La memoria sería, pues, fundamentalmente, un proceso de tipo reconstructivo y no una simple recuperación.” MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 58-59.

máquina fotográfica²⁰⁰. Hoje em dia, dentre a comunidade científica, a noção de que a memória é um processo essencialmente reconstrutivo e dinâmico é paradigmática e já não há mais dúvidas acerca da existência do fenômeno das falsas memórias²⁰¹. Há certa divergência, todavia, nas tentativas de explicar, com uma sólida base teórica, por que motivo e de que maneira ele ocorre na mente humana²⁰², o que conduz ao próximo tópico.

2.3. Surgimento e evolução das teorias explicativas.

2.3.1. Primeiros estudos.

Na França do final do século XIX, o caso de um parisiense chamado Louis, de 34 anos, que apresentava lembranças de acontecimentos que nunca haviam ocorrido, passou a intrigar os cientistas, particularmente psicólogos e psiquiatras. Em estudos contemplando a situação de Louis, o termo “falsas lembranças” foi pioneiramente utilizado pelo psicólogo Théodule-Armand Ribot²⁰³.

Já no início do século XX, Sigmund Freud revisou sua teoria da repressão, a qual apontava que memórias de eventos traumáticos vivenciados na infância poderiam ser reprimidas e emergir em algum momento da vida adulta. A ideia foi abandonada pelo pai da Psicanálise: em carta a Wilhelm Fliess, ouvinte clássico de suas teorias, Freud descreve suas descobertas no sentido de que as supostas lembranças descritas por seus pacientes poderiam ser somente recordações de um desejo primitivo ou de uma fantasia de infância e, portanto, falsas²⁰⁴.

Os primeiros estudos a versar especificamente sobre as falsas memórias originaram-se nas pesquisas do pedagogo e psicólogo francês Alfred Binet, no ano de 1900, no país de origem do cientista. Foi também Binet quem, pela primeira vez, categorizou a sugestão da memória em dois tipos: autossugerida e deliberadamente

²⁰⁰ LOFTUS, Elizabeth; TINGEN, Ian W.; PATIHIS, Lawrence. Memory myths. **Catalyst**, 23 (3), Salt Lake City (Estados Unidos), 2013, p. 7.

²⁰¹STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**. Umuarama (Brasil), n. 5 (2), 2001, p. 180.

²⁰² Ibidem.

²⁰³STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org) **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 23.

²⁰⁴ Ibidem.

sugerida, em classificação que viria a ser posteriormente desenvolvida por Elizabeth Loftus sob os termos “espontânea” e “sugerida”²⁰⁵. Binet ateve-se aos estudos de sugestionabilidade de falsas memórias em crianças e teve sua metodologia replicada por William Stern, na Alemanha, em 1910²⁰⁶.

O pioneiro nos estudos de falsas memórias em adultos, por sua vez, foi Frederic Bartlett, em meados de 1932. O psicólogo britânico descreveu a recordação como um processo eminentemente reconstrutivo, em que a compreensão e a cultura na qual estão inseridos os indivíduos interfere de maneira relevante no que é lembrado. Bartlett também ressaltou a importância das expectativas individuais para a compreensão dos fatos pretéritos: em experimento clássico, apresentou a universitários ingleses uma lenda proveniente dos indígenas norte-americanos, na qual muitos dos fatos narrados eram estranhos à lógica ocidental. Ao solicitar que os universitários recordassem a lenda, o psicólogo constatou que os fatos eram reconstruídos de acordo com as suposições ocidentais hegemônicas, de forma que adicionavam-se à história original detalhes relacionados à cultura dos participantes da pesquisa²⁰⁷.

Após essas contribuições, desenvolveram-se três teorias explicativas das falsas memórias, todas com origem nos Estados Unidos da América: a Construtivista, a do Monitoramento da Fonte e a do Traço Difuso.

2.3.2. Teoria Construtivista.

Para os teóricos do Construtivismo, a memória é inacurada, ou seja, suscetível a mudanças e construída ao longo da vida, a partir da interpretação que as pessoas fazem sobre os eventos²⁰⁸. Assim, o que resulta do processo de reconstrução é o significado que foi atribuído pela pessoa à experiência, e não a experiência propriamente dita²⁰⁹. Cada nova informação é reinterpretada e reconstruída de acordo com vivências prévias e conhecimentos sobre o assunto, que integram-se ao evento vivido como se parte

²⁰⁵ Ibidem.

²⁰⁶ Ibidem.

²⁰⁷ Ibidem.

²⁰⁸ ALVES, Cíntia Marques. **Efeitos do tipo de item e do monitoramento da fonte na criação e persistência de falsas memórias**. 2006, p. 27.

²⁰⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 138.

integrante dele fossem²¹⁰. Nesses termos, para a escola Construtivista, as falsas memórias “são elaborações com uma base semântica, uma vez que refletem o significado que o indivíduo abstrai do evento”, nas palavras de Stein e Neufeld²¹¹.

Contudo, a Teoria Construtivista alicerça-se sob o pressuposto de que a nova memória, formada sobre a base semântica, sobrepõe a memória inicial, fazendo com que as informações literais se dissipem e seja preservado somente o significado²¹². É precisamente a ideia de memória única que rendeu as críticas mais ferrenhas ao Construtivismo: estudos subsequentes demonstraram que a memória possui natureza dual, armazenando paralelamente traços literais e semânticos. Enquanto estes tendem a ser mais duradouros, aqueles são mais facilmente esquecidos, mas ainda podem manter-se na memória e ser recuperados após certo tempo²¹³.

Desta forma, herda-se do Construtivismo a noção de que os traços de essência podem interferir nas recordações, rechaçando-se, todavia, o entendimento de que referidos traços eliminem por completo a memória original do evento²¹⁴.

2.3.3. Teoria do Monitoramento da Fonte.

A fonte de uma informação refere-se ao local, pessoa ou situação de onde ela provém. A Teoria do Monitoramento da Fonte enfatiza a distinção entre a fonte verdadeira da memória recuperada – o acontecimento propriamente dito – e outras fontes, que podem ser internas, tais como pensamentos e sentimentos, ou externas, consistentes em outros eventos vivenciados²¹⁵.

²¹⁰STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**. Umuarama (Brasil), n. 5 (2), 2001, p. 181.

²¹¹ Ibidem.

²¹²STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 28.

²¹³ Idem, p. 29.

²¹⁴ ALVES, Cíntia Marques. **Efeitos do tipo de item e do monitoramento da fonte na criação e persistência de falsas memórias**. 2006, p. 28.

²¹⁵STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 31.

Para essa corrente, proposta em 1993 por Marcia Johnson, Shahin Hashtroudi e D. Stephen Lindsay²¹⁶, tanto a fonte verdadeira quanto as demais podem manter-se intactas e ser igualmente recuperadas²¹⁷. As falsas memórias, por sua vez, ocorrem não quando a lembrança é distorcida, mas quando há um julgamento equivocados sobre qual a fonte da informação lembrada, ou seja, atribuem-se pensamentos, imagens e sentimentos decorrentes de uma fonte erroneamente a outra²¹⁸.

Dentre as críticas em relação à Teoria do Monitoramento da Fonte, a principal delas é a de não enfrentar a questão das distorções da memória, atribuindo sua falsidade apenas a um erro de decisão a respeito da fonte de origem de uma informação²¹⁹.

2.3.4. Teoria do Traço Difuso.

Desenvolvida em meados da década de 1980 por Charles Brainerd e Valerie Reyna, a Teoria do Traço Difuso – originalmente em inglês, *Fuzzy Trace Theory* (FTT) – é hoje considerada a que melhor explica o fenômeno das falsas memórias²²⁰, dada sua contemporaneidade e consistência²²¹.

A FTT preconiza que a memória relativa aos acontecimentos divide-se em dois sistemas distintos²²²: a memória episódica ou literal e a memória semântica ou de essência²²³. Ambas diferem basicamente em relação ao conteúdo e à precisão de detalhes²²⁴.

²¹⁶ ALVES, Cíntia Marques. **Efeitos do tipo de item e do monitoramento da fonte na criação e persistência de falsas memórias**. 2006, p. 28.

²¹⁷ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 139.

²¹⁸ Ibidem.

²¹⁹STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 32.

²²⁰ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 138.

²²¹STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 33.

²²² Idem, p. 33.

²²³ A denominação eleita na língua portuguesa para cada tipo de memória varia entre os autores. DI GESU (*Op. Cit.*), STEIN (*Op. Cit.*) e ALVES (*Op. Cit.*) utilizam-se dos termos “de essência” e “literal”, enquanto ÁVILA (*Op. Cit.*) e MAZZONI (*Op. Cit.*) falam em “semântica” e “episódica”. No original em inglês, BRAINERD e REYNA empregam os nomes *verbatim* para a

A primeira, normalmente muito útil à vida cotidiana, refere-se à lembrança de episódios, dos quais se conhece a localização no espaço e no tempo²²⁵. Envolve a capacidade de fazer livre referência a estes acontecimentos, sendo a memória utilizada para evocar experiências pessoais²²⁶. A segunda, por outro lado, é mais genérica e conserva somente o significado das informações através de esquemas interligados de conceitos, relegando as coordenadas espaço-temporais²²⁷.

Estes esquemas constituem estruturas organizadas de conhecimentos, ativáveis de acordo com os estímulos externos ou com os próprios processos mentais, que incluem crenças e expectativas a respeito de todos os objetos cognoscíveis. Tais estruturas são necessárias ao bom funcionamento do mecanismo cognitivo por permitirem a interpretação do que se vê, bem como a redução, em frações manejáveis, da ampla variedade de informações que nos é apresentada²²⁸. Loftus e Davis²²⁹ conceituam:

Os esquemas seletivamente direcionam a atenção para informações relevantes e úteis; facilitam o processo de percepção, reconhecimento e entendimento de informações novas; direcionam a integração das novas informações com as antigas; emprestam estrutura e significado para experiências e eventos; guiam buscas e recuperações de informações; e fornecem o fundamento de processos de avaliação, resolução de problemas, antecipação do futuro, estabelecimento de metas e elaboração e realização de planos.

memória episódica e *gist* para a semântica (v.g. BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. Fuzzy-trace theory and false memory: New frontiers. **Current Directions in Psychological Science**, Washington, D. C. (Estados Unidos), 11 (5), 2002). Entretanto, observa-se que o contraste parece constituir meramente uma questão de escolha entre os termos, porquanto os conceitos fornecidos para ambas as classes de memórias não apresentam divergências.

²²⁴ ALVES, Cíntia Marques. **Efeitos do tipo de item e do monitoramento da fonte na criação e persistência de falsas memórias**. 2006, p. 33.

²²⁵ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 30.

²²⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 88.

²²⁷ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 31.

²²⁸ LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 196.

²²⁹ Tradução livre. Texto original: “Schemas selectively direct attention to relevant and useful information; facilitate the processes of perception, recognition, and understanding of incoming information; direct integration of new information with old; lend structure and meaning to experiences and events; guide information searches and retrieval; and provide the foundation for evaluative processes, problem-solving, anticipation of the future, setting goals, and making and carrying out plans.” Ibidem.

Para exemplificar o funcionamento dos traços literais e de essência, pode-se imaginar situação na qual o sujeito recorda-se de uma árvore tendo em sua memória o fato de haver visto, no dia anterior (tempo), à frente de um bar (espaço), uma árvore específica. Trata-se da memória episódica. Porém, ao mesmo tempo em que este evento é lembrado, a pessoa também possui em sua memória o conceito de árvore, não como uma planta específica que se viu em determinado lugar e hora, mas como uma ideia abstrata que inclui as características que façam com que um objeto seja uma árvore. Cuida-se, neste caso, da memória semântica²³⁰.

Desta forma, o que se recorda não é simplesmente o conteúdo dos acontecimentos que se vivencia, como também a interpretação que a eles é dada no momento da aquisição da memória²³¹. A relevância da capacidade de interpretar o ocorrido é tamanha que, se não é possível atribuir ao fato nenhuma interpretação dotada de sentido, torna-se quase impossível a lembrança, pois tudo não passará de aleatoriedades sem sentido²³².

Observa-se, nesse contexto, a persistência da ideia de que os traços de essência de um acontecimento podem interferir nas recordações. Porém, a diferença da FTT em relação às demais teorias desenvolvidas anteriormente reside na noção de que a memória não é una, mas formada por representações independentes, literais e de essência²³³.

Disso, decorrem os cinco princípios básicos da FTT, conforme postulados por Charles Brainerd e Valerie Reyna.

O primeiro princípio diz respeito ao caráter paralelo do armazenamento da informação. Isto significa que os eventos vivenciados dão origem tanto à memória semântica quanto à episódica, e ambas são processadas simultaneamente no Sistema Nervoso Central²³⁴.

²³⁰MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 31.

²³¹ Idem, p. 44.

²³² Ibidem.

²³³STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 34.

²³⁴ Ibidem.

Como corolário do armazenamento separado, o segundo princípio apregoa que as memórias literal e de essência são recuperadas de forma paralela e independente, de forma que a recuperação de uma não leva à de outra²³⁵.

A terceira premissa refere-se ao julgamento das informações quando os sujeitos são expostos à tarefa de recordação ou de reconhecimento. Assim sendo, nas palavras de Stein²³⁶,

[...] haveria um julgamento da veracidade do traço da memória recuperado de tal forma que traços literais são recuperados corretamente por um processo de julgamento da identidade da informação, induzindo a uma rejeição da informação de essência (p. ex., lembro que comi um hambúrguer com queijo e não um cachorro quente, ainda que ambos sejam essencialmente lanches).

Portanto, a memória semântica respalda as falsas memórias, na medida em que possibilita que informações episódicas falsas sejam incorporadas por serem condizentes com a essência do acontecimento²³⁷. Por outro lado, o terceiro princípio da FTT conduz à compreensão de que a memória literal suprime as falsas memórias através da neutralização da familiaridade de sentido, quer no nível de elementos individuais – p. ex. saber que trata-se de um lanche ao invés de outro –, quer por meio de estratégias cognitivas gerais – optar-se por não aceitar nenhuma informação diferente daquela que se tem na memória literal, a não ser que haja prova dela²³⁸.

O quarto princípio versa sobre a diferença entre os traços literais e os de essência no tocante à sua manutenção na memória ao longo do tempo. Enquanto a memória literal possui caráter mais efêmero e, portanto, é mais suscetível a efeitos de interferência, a memória semântica é caracteristicamente mais duradoura e robusta²³⁹.

²³⁵ Idem, p. 35.

²³⁶ Idem, p. 35-36.

²³⁷ BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. Fuzzy-trace theory and false memory: New frontiers. **Current Directions in Psychological Science**, Washington, D. C. (Estados Unidos), 11 (5), 2002, p. 166.

²³⁸ Ibidem.

²³⁹ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 36.

Esta premissa assume particular relevância porquanto explica que, ao contrário do que sugere o senso comum, as falsas memórias podem ser altamente persistentes e, dentro de certas condições, até mais duradouras do que as verdadeiras²⁴⁰.

Observou-se anteriormente que as falsas memórias espontâneas originam-se no processo mental no qual, com o passar do tempo após o sujeito vivenciar determinado acontecimento, ele tende a recuperar apenas a lembrança referente ao significado e esquecer-se da forma superficial com a qual o evento foi-lhe apresentado. Isto se explica na medida em que a memória episódica tende a dissipar-se mais rapidamente do que a semântica, tornando-se inacessível ou perdida. Por este motivo, o indivíduo acaba por recuperar os traços de essência, deles inferindo o que acreditará ter acontecido no evento²⁴¹. Como esta inferência nem sempre corresponderá à realidade, tem-se que reside na memória semântica a maior fonte das falsas memórias²⁴². Isto, por sua vez, explica a estabilidade das falsas memórias, uma vez que originadas em representações mnemônicas particularmente persistentes: os traços de essência²⁴³.

De outra banda, em se tratando de falsas memórias sugeridas, a maior velocidade com que os traços literais se dissipam dá margem ao processo de *impairment*²⁴⁴ da lembrança verdadeira. Este pode significar um enfraquecimento dos traços, uma nebulosidade ou um empobrecimento intrínseco da memória literal²⁴⁵, consistindo naquilo que uma geração mais recente de estudiosos do tema vem denominando de uma “desintegração” de características (“*disintegration of features*”)²⁴⁶.

²⁴⁰ BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. Fuzzy-trace theory and false memory: New frontiers. **Current Directions in Psychological Science**, Washington, D. C. (Estados Unidos), 11 (5), 2002, p. 167.

²⁴¹STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. *In*: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.) **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 34.

²⁴² BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. Fuzzy-trace theory and false memory: New frontiers. **Current Directions in Psychological Science**, Washington, D. C. (Estados Unidos), 11 (5), 2002, p. 167.

²⁴³ Ibidem.

²⁴⁴ LOFTUS, Elizabeth; HOFFMAN, Hunter G. Misinformation and Memory: The creation of new memories. **Journal of Experimental Psychology: General**, 117, Washington, D. C. (Estados Unidos), 1989, p. 101.

²⁴⁵Tradução livre. Texto original: “[...] a weakening of memory traces, or a clouding of memory, or an intrinsic impoverishment of memory”. Ibidem.

²⁴⁶ BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie *apud* LOFTUS, Elizabeth; HOFFMAN, Hunter G. Misinformation and Memory: The creation of new memories. **Journal of Experimental Psychology: General**, 117, Washington, D. C. (Estados Unidos), 1989, p. 101.

Qualquer que seja o mecanismo, tem-se que quando inserida uma informação falsa exógena, esta pode imiscuir-se na enfraquecida ou já inexistente memória literal verdadeira e passar a ser lembrada como se verdadeira fosse²⁴⁷. Esta incorporação da *misleading information*, por sua vez, tem lugar na medida em que, contrastada com a memória semântica, a falsa informação revela-se condizente e é aceita pelo juízo de plausibilidade da informação, consubstanciado no terceiro princípio da FTT²⁴⁸.

Por fim, a quinta premissa da FTT refere-se ao fato de que a aquisição, retenção e recuperação dos traços semânticos e literais é aperfeiçoada ao longo do desenvolvimento da criança para a vida adulta²⁴⁹. Particularmente no que se refere aos traços semânticos, isto se deve ao fato de que tanto a capacidade de processar os significados de itens individuais quanto a de conectar um significado e outro melhoram²⁵⁰. Por outro lado, na terceira idade, ambas essas capacidades diminuem, mas a mitigação mais brusca ainda se apresenta na memória literal²⁵¹.

2.4. O tema das falsas memórias no Brasil.

As coordenadas fornecidas pelas teorias explicativas das falsas memórias foram acolhidas na literatura jurídica nacional principalmente por quatro autores, os quais constituem os maiores expoentes para o estudo do tema e de suas implicações jurídicas no Brasil: Lilian Milnitsky Stein, Aury Lopes Júnior, Cristina Di Gesu e Gustavo Noronha de Ávila.

Lilian Milnitsky Stein, embora tenha dedicado sua formação acadêmica à área da psicologia, fornece importantíssimas contribuições para os reflexos das falsas memórias na seara jurídica. Em 1994, a pesquisadora deu início ao doutorado em

²⁴⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 35.

²⁴⁸ BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. Fuzzy-trace theory and false memory: New frontiers. **Current Directions in Psychological Science**, Washington, D. C. (Estados Unidos), 11 (5), 2002, p. 166.

²⁴⁹ STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 36.

²⁵⁰ BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. Fuzzy-trace theory and false memory: New frontiers. **Current Directions in Psychological Science**, Washington, D. C. (Estados Unidos), 11 (5), 2002, p. 166.

²⁵¹ *Ibidem*.

Psicologia Cognitiva na Universidade do Arizona, nos Estados Unidos²⁵², berço dos principais estudos e escolas sobre as falsas memórias, dedicando ao fenômeno a tese denominada “Memory Falsification in Children: A Developmental Study of Spontaneous and Implanted False Memories”²⁵³. Desde então, vem contribuindo com os estudos de psicologia do testemunho através de uma série de artigos e experimentos científicos no campo das falsas memórias, chegando a ter publicado com Charles Brainerd e Valerie Reyna²⁵⁴, precursores da Teoria do Traço Difuso. Dentre os diversos estudos, destacam-se aqueles realizados com listas de palavras associadas, através dos quais verificou ser possível a implantação de falsas memórias através deste procedimento²⁵⁵. O histórico de pesquisas de Stein culminou com a organização de livro de expressivo impacto para a área das ciências jurídicas, de nome “Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas”²⁵⁶, onde são expostas todas as bases neurocientíficas do fenômeno, bem como o avanço das pesquisas e teorias explicativas. O livro preocupa-se com a retomada das raízes da pesquisa sobre o assunto na Psicologia Aplicada²⁵⁷ e as possibilidades de sua aplicação na área jurídica, enfatizando a necessidade de adoção de técnicas para reduzir erros na persecução penal.

Aury Lopes Júnior²⁵⁸ realiza aportes sobre as falsas memórias na seção de seu clássico “Direito Processual Penal” em que aborda as provas em espécie admitidas na seara penal, pouco após discutir a ilusão de objetividade do testemunho. O tema é proposto pelo autor como uma das “inúmeras variáveis que afetam a qualidade e a confiabilidade da prova testemunhal”²⁵⁹, em exposição que menciona os experimentos de

²⁵² Fonte: *Curriculum lattes*. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4781124P4>>

²⁵³ Ibidem.

²⁵⁴ BRAINERD, C. J.; STEIN, Lilian Milnitsky; REYNA, V. F. On the development of conscious and unconscious memory. **Developmental Psychology**, EUA, v. 34, n.-, p. 342-357, 1998. Fonte: *Curriculum lattes*. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4781124P4>>

²⁵⁵ v.g. STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: reflexão e crítica**. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001, p. 353-366.

²⁵⁶ STEIN, Lilian Milnitsky (Org). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

²⁵⁷ BRAINERD, C. J. Prefácio, *In*: STEIN, Lilian Milnitsky (Org). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 17.

²⁵⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 670-680.

²⁵⁹ Idem, p. 670.

Elizabeth Loftus e as explicações fornecidas pela obra de Cristina Di Gesu²⁶⁰. Lopes Júnior problematiza o demasiado valor atribuído à palavra da vítima em sede de crimes sexuais, confrontando-o com a probabilidade de contaminação da prova pela implantação de falsas memórias²⁶¹. Para exemplificar, utiliza-se do intrincado “Caso Escola Base”, no qual uma investigação policial mal conduzida e o apelo midiático foram fundamentais à inflação da imaginação das testemunhas e produziram consequências devastadoras para as partes envolvidas. A medida proposta pelo autor para amenizar o problema é a redução de danos, sugerindo para tanto a adoção de medidas alvitradas por Di Gesu²⁶². Na companhia desta pesquisadora, Lopes Júnior também escreveu artigo²⁶³ de nome “Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos”, publicado em três periódicos científicos no ano de 2007²⁶⁴, no qual são fornecidas noções introdutórias sobre a memória humana e as falsas memórias e discute-se a necessidade de medidas redutoras de danos na coleta da prova testemunhal.

Cristina Di Gesu, por sua vez, vem desenvolvendo pesquisas sobre o tema desde o início de sua especialização em Ciências Penais, no ano de 2006²⁶⁵. Sua dissertação de mestrado, sob a orientação do prof. Dr. Nereu José Giacomolli, intitulou-se “Prova Penal e Falsas Memórias” e deu origem a livro homônimo²⁶⁶. Na obra, Di Gesu parte de uma explanação a respeito da memória enquanto fenômeno de viés neurológico, filosófico e social, culminando com a abordagem do tema das falsas memórias através dos experimentos de Elizabeth Loftus e das teorias explicativas²⁶⁷, com a ressalva de ser a Teoria do Traço Difuso a que melhor abarca o fenômeno²⁶⁸. Os aportes são confrontados de maneira até então inédita²⁶⁹ com a questão da prova penal e do cotidiano forense, ressaltando a grande valia da adoção de medidas de redução de danos

²⁶⁰ Idem, p. p. 670-680.

²⁶¹ Ibidem.

²⁶² DI GESU, Cristina *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 679.

²⁶³ LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 14-16.

²⁶⁴ Fonte: *Curriculum lattes*. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=K4762158U3>>

²⁶⁵ Fonte: *Curriculum lattes*. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=W4890063>>

²⁶⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁶⁷ Ibidem.

²⁶⁸ Idem, p. 138.

²⁶⁹ Conforme o comentário de LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 671

para a melhora na qualidade técnica da prova testemunhal, como forma de mitigar as possibilidades de contaminação desta²⁷⁰.

Já Gustavo Noronha de Ávila dedicou às falsas memórias seu doutorado em Ciências Criminais entre os anos de 2006 e 2009²⁷¹. Em 2013, após uma série de publicações e palestras proferidas sobre o assunto²⁷², o autor presenteou os leitores brasileiros com a primeira edição do livro “Falsas Memórias e Sistema Penal: A prova testemunhal em xeque”²⁷³, de leitura obrigatória para os interessados nos reflexos do estudo do fenômeno para a criminologia. Através de uma leitura sobre as falsas memórias pelo viés das neurociências e da psicologia forense, com especial desvelo aos estudos de Loftus e seus colaboradores, Ávila aborda os processos de criminalização em face dos indivíduos em geral e, particularmente, daqueles vítimas de condenações respaldadas em falsas memórias²⁷⁴. A tarefa é realizada junto a ponderações sobre a maneira como o enfrentamento do fenômeno das falsas memórias pode contribuir para as leituras minimalista e abolicionista do sistema penal e vice-versa, concluindo-se com a denúncia de que a insuficiência da narrativa é ignorada pela justiça criminal, causando a inflação da fraturada cultura punitivista²⁷⁵.

Ressalte-se que o tema é proposto por todos os autores não como uma forma de solução dos problemas inerentes ao testemunho e à atividade probatória no sistema processual penal. Busca-se, ao contrário, uma forma de repensar o sistema criminal como um todo e refletir sobre a nocividade com a qual a utilização inadvertida dos seus meios, em especial a prova testemunhal, pode afetar a realidade de todos aqueles que nele se envolvem.

²⁷⁰ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

²⁷¹ Fonte: *Curriculum lattes*. Disponível em: <<http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.do?id=W329735>>

²⁷² Idem.

²⁷³ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

²⁷⁴ Ibidem.

²⁷⁵ Ibidem.

3. RECONHECIMENTO PESSOAL E FALSAS MEMÓRIAS.

Na noite de 10 de fevereiro de 2014, a copeira Dalva Moreira da Costa estava em um ponto de ônibus no Bairro de Todos os Santos, na Zona Norte do Rio de Janeiro, quando foi abordada por um homem negro, de camiseta preta e cabelo no estilo *black power*, o qual empurrou-a com força, subtraiu-lhe a bolsa e evadiu-se do local. Na sequência, a vítima foi acudida por policial e puseram-se ambos a procurar pelo sujeito. Avistaram subindo as escadas de um viaduto um homem cujos tom de pele, cor de camiseta e corte de cabelo condiziam com os do autor do crime. Imediatamente, a vítima reconheceu o homem como aquele que a havia roubado momentos antes, não obstante ele não estivesse carregando nenhum dos pertences subtraídos²⁷⁶. Foi, então, lavrado auto de prisão em flagrante e o sujeito foi parar na Cadeia Pública Juíza de Direito Patrícia Acioli, em São Gonçalo, na região metropolitana do Rio de Janeiro²⁷⁷.

Assim que divulgado, o fato alcançou notória repercussão na imprensa e em redes sociais. O motivo: o atuado chamava-se Vinícius Romão de Souza, psicólogo que havia trabalhado como ator na telenovela Lado a Lado, transmitida entre os anos de 2012 e 2013 na Rede Globo de Televisão²⁷⁸. Em 25 de fevereiro de 2014, concomitantemente a uma campanha empreendida por familiares e amigos do ator pedindo a sua liberação, foi concedida a Vinícius a liberdade provisória, condicionada ao cumprimento de medidas cautelares diversas da prisão²⁷⁹.

Logo após, aportou aos autos novo depoimento fornecido à Polícia Judiciária pela vítima. Esta afirmou que o local onde foi cometido o crime não era bem iluminado, motivo pelo qual viu apenas por alguns instantes o rosto daquele que a assaltara. A copeira admitiu que, após a repercussão do caso, teve a sensação de que poderia ter se enganado ao reconhecer Vinícius²⁸⁰. O reconhecimento de Vinícius não passou, portanto,

²⁷⁶ Fonte: decisão que concedeu a liberdade provisória, disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.042153-1&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>> Acesso em: 7 de junho de 2014.

²⁷⁷ Fonte: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2014/02/preso-por-engano-ator-vinicius-romo-e-libertado.html>> Acesso em: 7 de junho de 2014.

²⁷⁸ Ibidem.

²⁷⁹ Fonte: decisão que concedeu a liberdade provisória, disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.042153-1&acessoIP=internet&tipoUsuario=>>> Acesso em: 7 de junho de 2014.

²⁸⁰ Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2014-fev-26/justica-rio-janeiro-concede-liberdade-provisoria-ator>> Acesso em: 7 de junho de 2014.

daquilo que a literatura sobre o tema denomina “falso alarme”²⁸¹, ou seja, um falso reconhecimento positivo.

Com a retratação da vítima e acolhendo-se parecer do Ministério Público Estadual, foi determinado pelo Juízo o arquivamento do feito em 11 de março de 2014, ante a ausência de justa causa para o exercício da ação penal²⁸².

Da análise perfunctória do caso, não há como se realizar afirmações sobre a eventual causa do erro cometido pelo aparato punitivo do Estado em face de Vinícius sem que se incorra em leviandade. Mas o fato traz inevitáveis questionamentos, insuscetíveis a uma resposta definitiva, porquanto multifacetados: se fosse outro o tom de pele do ator, estaria ele sujeito à mesma probabilidade de ser erroneamente identificado como o autor de um crime? Quantas e quais são as pessoas que, invisíveis e despidas da sorte de serem relativamente conhecidas em escala nacional, aportam ao cárcere e nele se mantêm devido a reconhecimentos equivocados? E, se há equívocos, por que motivos uma parte significativa dos reconhecedores consigna ter plena convicção ao realizar o ato?

A prisão de Vinícius Romão de Souza escancara aquilo que por não raras vezes resulta velado na práxis forense brasileira: o fato de que o testemunho, longe de ser um relato objetivo, constitui uma experiência perceptiva²⁸³ imbuída de imperfeições, desenvolvidas em um processo mnemônico contaminável por vivências construídas no seio de relações sociais.

Parte-se desta premissa para, à luz dos estudos sobre as falsas memórias, realizar-se apontamentos à discussão sobre a maneira como determinados procedimentos utilizados para realizar-se o reconhecimento de pessoas podem dar margem ao pleno advento das falibilidades do testemunho e, em última análise, constituir mais um fator de contribuição para a famigerada seletividade do sistema penal.

Antes de se adentrar na questão, ressalte-se não se olvidar que, a rigor, as vítimas de crimes, que frequentemente são os únicos reconhecedores do processo, não

²⁸¹MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 149.

²⁸² Fonte: decisão que determinou o arquivamento, disponível em: <<http://www4.tjrj.jus.br/consultaProcessoWebV2/consultaMov.do?v=2&numProcesso=2014.001.042153-1&acessoIP=inter net&tipoUsuario=>>> Acesso em: 8 de junho de 2014.

²⁸³ CORDERO, Franco *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 662.

prestam o compromisso de dizer a verdade ao qual alude o art. 203²⁸⁴ do Código de Processo Penal e, por este motivo, a elas é conferido o *status* processual de informantes ao invés de testemunhas. Porém, por questões de clareza e, especialmente, por tratar-se de abordagem de matérias que afetam de maneira comum a memória das testemunhas e dos informantes, aludir-se-á a ambos como “testemunhas”, termo que se elegeu para referir-se à prova oral em sentido amplo.

3.1. A memória da testemunha ocular.

Loftus e Steblay²⁸⁵ ressaltam que há cinco princípios essenciais sobre o funcionamento da memória aptos a fornecer uma primeira compreensão sobre a performance das testemunhas oculares.

O primeiro deles relaciona-se intimamente ao tempo e consiste na perda de memória (*memory loss*)²⁸⁶. O psicólogo alemão Hermann Ebbinghaus, pioneiro na investigação empírica dos processos de esquecimento²⁸⁷, já apontava em seus primeiros estudos, desenvolvidos a partir de 1885, que quanto maior o tempo transcorrido entre a aquisição e a evocação, menor a probabilidade de o indivíduo recordar-se²⁸⁸.

Uma das contribuições mais conhecidas de Ebbinghaus reside na chamada curva de esquecimento (Figura 1). Através dela, o pesquisador propôs que a maior parte do olvido ocorre nos primeiros momentos após a aquisição, com uma subsequente diminuição da taxa até o ponto em que determinadas informações não são mais esquecidas²⁸⁹.

²⁸⁴Art. 203. A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

²⁸⁵LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 145-147.

²⁸⁶Idem, p. 146.

²⁸⁷PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 1, 2003.

²⁸⁸MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 97.

²⁸⁹PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 1, 2003.

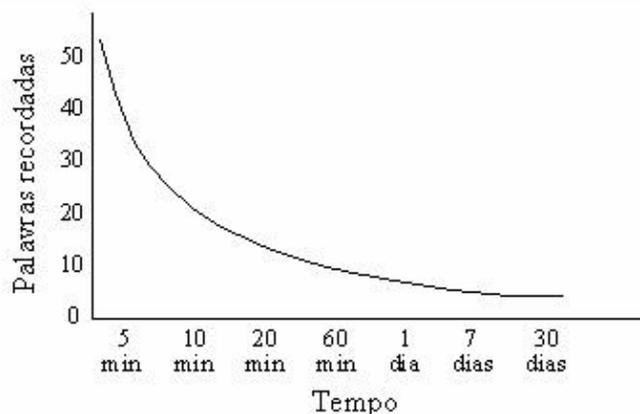


Figura 1. Curva hipotética do esquecimento segundo Ebbinghaus. Fonte: PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. *Psicologia USP*, São Paulo, v. 14, n. 1, 2003.

Posterioros estudos realizados no campo da neurociência demonstraram que a aplicabilidade da curva de Ebbinghaus não possui caráter universal, uma vez que o esquecimento pode, por vezes, ocorrer de maneiras mais lentas dependendo da informação a ser lembrada²⁹⁰. Conforme já discutido, quando trata-se da memória de essência, as informações tendem a ser mantidas no cérebro de forma mais duradoura do que a literal. Entretanto, trabalha-se ainda com a ideia de que a memória se desvanece com o tempo²⁹¹, sendo certo que as impressões visuais tendem a durar menos do que a memória historicamente elaborada²⁹². Da mesma forma, paralelamente ao esquecimento, ocorre um progressivo aumento da vulnerabilidade à incorporação de informações falsas²⁹³.

Este ampliação na contaminação pelo decurso do tempo ocorre na medida em que, aliado ao esquecimento, tem-se o contato da testemunha com informações posteriores sobre o evento vivenciado, de forma a ocorrer a confusão entre aquilo que foi adquirido pela memória no curso do acontecimento e aquilo que foi incorporado

²⁹⁰ Ibidem.

²⁹¹ LOFTUS, Elizabeth; HOFFMAN, Hunter G. Misinformation and Memory: The creation of new memories. *Journal of Experimental Psychology: General*, 117, Washington, D. C. (Estados Unidos), 1989, p. 103.

²⁹² CORDERO, Franco *apud* DI GESU, Cristina. *Prova Penal e Falsas Memórias*. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 159.

²⁹³ LOFTUS, Elizabeth; HOFFMAN, Hunter G. Misinformation and Memory: The creation of new memories. *Journal of Experimental Psychology: General*, 117, Washington, D. C. (Estados Unidos), 1989, p. 103.

posteriormente²⁹⁴, mesclando-se as informações na montagem que o Sistema Nervoso Central posteriormente construirá a título de “lembrança”.

Particularmente no que se refere à colheita da prova testemunhal, Ávila salienta que a influência do tempo é tal que poderia ensejar até mesmo a reflexão sobre o próprio conceito de prova repetível²⁹⁵, porquanto o produzido em solo judicial não se trata de mera repetição daquilo que foi dito tempos atrás no procedimento investigativo, dadas as inúmeras contaminações.

Por conta da importância do tempo transcorrido após o fato criminoso sobre o esquecimento e a qualidade da prova testemunhal, uma das mais discutidas medidas de redução de danos quanto à falsificação da lembrança consiste na razoável duração do processo²⁹⁶, princípio insculpido expressamente no art. 5º, LXXVIII²⁹⁷ da Constituição da República.

O segundo princípio essencial de Loftus e Steblay²⁹⁸ consiste na construção da memória (*memory construction*). Trata-se da noção de que um evento experienciado é adquirido e codificado pela memória de forma incompleta e, posteriormente, recordado através de um processo construtivo que preenche as lacunas deixadas pela memória verdadeira com informações estranhas ao evento original²⁹⁹. Esse preenchimento ocorre de forma endógena, pela via dos esquemas oriundos da memória de essência, ou exógena, através da sugestão de falsas informações, de forma que, segundo Loftus e Steblay³⁰⁰, “as crenças, desejos e a imaginação de uma pessoa podem abastecer a lembrança incorreta, e informações de fontes externas exacerbam falsas recordações”.

²⁹⁴ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 180.

²⁹⁵ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 72.

²⁹⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 170.

²⁹⁷ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²⁹⁸ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. *Eyewitness Identification and the Legal System*. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

²⁹⁹ *Ibidem*.

³⁰⁰ Tradução livre. Texto original: “An individual’s beliefs, desires, and imagination can fuel misremembering and information from external sources will exacerbate false recollection.” *Ibidem*.

Devido à natureza construtiva da memória, Mazzoni enfatiza que embora a memória mais utilizada no testemunho seja a episódica, haja vista que seus indicadores temporais e espaciais são fundamentais à instrução, também a memória semântica interfere na narrativa testemunhal, porquanto interage com a episódica dando-lhe forma e conteúdo³⁰¹.

Esse contexto conduz ao terceiro princípio apontado por Loftus e Steblay³⁰², consistente no já discutido efeito da falsa informação (*misinformation effect*), ou seja, o fenômeno da aceitação e incorporação de informações exógenas, preenchendo-se lacunas da memória. À vista disso, as autoras assinalam que não somente aquelas informações explicitamente sugeridas, mas também as mais sutis e não intencionais formas de comunicação, verbal ou não verbal, por parte de terceiros também podem afetar a memória das testemunhas³⁰³. Isto se deve mormente ao fato de que a experiência das testemunhas oculares não é somente um fenômeno mnemônico, mas também uma vivência que reflete diversas forças e interações sociais³⁰⁴, passível de contaminação, intencional ou não, de acordo com o viés do entrevistador, a influência midiática, a manutenção de estereótipos reforçados socialmente³⁰⁵, dentre outros elementos.

Dessa afirmação, decorre o quarto princípio, referente à influência social (*social influence*)³⁰⁶. Esta, por sua vez, desdobra-se nas facetas normativa e informativa.

A influência social normativa (*normative social influence*) cuida das expectativas que uma pessoa pode transmitir sobre a outra a respeito de quais os comportamentos apropriados e esperados em determinada situação³⁰⁷. O ponto é relevante quando se fala em reconhecimento de pessoas, na medida em que pode ser incutida na testemunha ocular a pressão para que, apresentada a uma linha de

³⁰¹ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 33.

³⁰² LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

³⁰³ Ibidem.

³⁰⁴ Ibidem.

³⁰⁵ v. g. DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³⁰⁶ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

³⁰⁷ Ibidem.

reconhecimento, identifique um dos sujeitos apresentados como o autor do crime investigado, por ser este o comportamento esperado na ocasião³⁰⁸.

O fator encontra ainda maior impacto quando se trata de crianças, pois estas são testemunhas que possuem uma maior tendência em corresponder às pressões ou expectativas do adulto entrevistador sobre o que deveria ocorrer³⁰⁹. Isto faz com que os reconhecimentos realizados por crianças acabem frequentemente não passando de falsos alarmes, ainda que sejam apresentadas na linha somente pessoas jamais vistas pela criança³¹⁰.

Já a influência social informativa (*informational social influence*) ocorre quando não há uma resposta óbvia sobre qual o comportamento adequado a determinada situação à qual o indivíduo é exposto, o que faz com que ele observe as atitudes dos outros enquanto fontes de informação para guiar sua atitude. Assim, introduzem-se informações aparentemente úteis para aquele que as recebe³¹¹. Da mesma forma que a influência social normativa, a informativa contribui para enviesar o reconhecimento pessoal, através da possibilidade de que a atitude ou as instruções fornecidas pelo investigador façam com que a testemunha creia que o sujeito que perpetrou o crime em apuração encontra-se dentre os apresentados na linha de reconhecimento, o que pode induzir o reconhecimento errôneo³¹².

O derradeiro princípio refere-se à confiança (*confidence*) da testemunha ocular³¹³. Bruce Behrman e Regina Richards³¹⁴ verificaram que testemunhas confiantes são, em média, mais precisas do que aquelas menos confiantes, podendo estar corretas em

³⁰⁸Ibidem.

³⁰⁹ LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 15.

³¹⁰ MAZZONI, Giuliana. ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 88.

³¹¹ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

³¹² STEBLAY, Nancy Mehrkens. Social Influence in Eyewitness Recall: A Meta-Analytic Review of Lineup Instruction Effects. **Law and Human Behavior**. Washington, D. C. (Estados Unidos), 1997, v. 21, n. 3, p. 283-297.

³¹³ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

³¹⁴ BEHRMAN, Bruce; RICHARDS, Regina *apud* ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 135

cerca de 80% do tempo. Porém, enquanto a alta confiança pode relacionar-se com a precisão, os níveis mais baixos de confiança também são sujeitos à maleabilidade pelo fornecimento, por parte de autoridades tidas como dignas de crédito, de informações posteriores ao evento testemunhado³¹⁵. Nesse sentido, estudos demonstram³¹⁶ que uma testemunha que recebe comentários (*feedback*) confirmatórios após, por exemplo, fornecer uma declaração ou identificar um sujeito na linha de reconhecimento, tende a passar a se mostrar significativamente mais convicta sobre aquilo que afirmara³¹⁷. Não obstante, a testemunha cuja escolha de reconhecimento é “confirmada” pela autoridade tende a relatar uma memória retrospectiva distorcida nos aspectos atinentes aos componentes do crime, alegando ter prestado uma maior atenção ao seu autor do que realmente prestou³¹⁸.

Quando se trata da avaliação subjetiva da prova para a formação do juízo condenatório ou absolutório, a confiança costuma ser percebida pelos julgadores como um importante indicador de precisão no relato fornecido³¹⁹. Entretanto, a testemunha que já possuía uma alta confiança desde o início não se diferencia, aos olhos de quem vê, da testemunha cuja confiança fora inflada pela falsa informação, o que faz com que o aumento manipulado da confiança exerça influência sobre a credibilidade dos testemunhos posteriores³²⁰.

3.2. Ocorrência de falsas memórias na linha de reconhecimento e no reconhecimento por fotografia.

No curso dos interrogatórios e da produção de prova testemunhal, ou de qualquer outra que dela derive, tal qual o reconhecimento de pessoas, o que se assiste é a uma interação entre o modo e conteúdo das perguntas, por um lado, e as características da

³¹⁵LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

³¹⁶ v. g. MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 22-23.

³¹⁷LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 146.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. *In*: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 210.

³²⁰ *Ibidem*.

memória humana, por outro³²¹. A alta maleabilidade da memória faz com que ela esteja sujeita à fácil modificação por meio de interferências externas provenientes da má condução da colheita da prova, fazendo com que o relatado pela testemunha possa encontrar-se eivado pela ocorrência de falsas memórias³²².

Dessarte, não há dúvidas de que o modo de exame da memória e de realização do reconhecimento pode incidir fortemente no próprio conteúdo do que a testemunha pode declarar e reconhecer³²³. Dentre as diversas formas através das quais a contaminação da memória pode ocorrer, buscou-se tecer comentários a respeito das que se julgou mais relevantes ao reconhecimento pessoal enquanto meio de prova, com a ressalva de que a amplitude e complexidade do tema enseja a inviabilidade de seu esgotamento neste espaço.

3.2.1. O reconhecimento enquanto juízo de percepção precedente.

Ponderou-se que o reconhecimento pessoal é o ato consistente na realização de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada³²⁴, em que a testemunha é levada a analisar as feições da pessoa que lhe é apresentada e, recordando o que havia percebido em determinado contexto empírico, compara as duas experiências³²⁵. Trata-se, portanto, de um juízo de percepção precedente³²⁶.

Parte-se do pressuposto de que, se durante a elucidação de um ilícito penal, a testemunha reconhece um indivíduo, assim procede por tê-lo visto no momento da perpetração do crime apurado. Entretanto, a percepção precedente pode não necessariamente referir-se ao fato de ter a testemunha sido apresentada ao sujeito a ser reconhecido porque o viu cometendo um crime. Ao contrário, se por algum motivo a testemunha não conseguiu assimilar na memória as feições do autor no momento em que este cometia um fato criminoso³²⁷, qualquer contato com as feições do investigado em momento anterior ao reconhecimento pode criar na memória da testemunha ocular o juízo

³²¹ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 80.

³²² Ibidem.

³²³ Idem, p. 22.

³²⁴ ALTAVILLA, Enrico *apud* NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 526.

³²⁵ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 680.

³²⁶ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 156.

³²⁷ Idem, p. 159.

de identidade necessário para que o reconheça, cumprindo o papel de *misleading information* e fomentando uma falsa memória oriunda de sugestão externa³²⁸.

Isto ocorre porque o ato de evocação da memória é realizado no presente com vistas a reconstruir o passado, o que culmina, segundo Altavilla³²⁹, na situação em que “a experiência passada, que deixou suas impressões na nossa memória, completa continuamente a nossa experiência presente”.

Para ilustrar, Buckhout³³⁰ realizou um experimento perante 141 estudantes, à frente dos quais fez simular-se um crime de roubo. Após sete semanas, pediu aos participantes que reconhecessem o assaltante dentre um grupo de seis fotografias. Como resultado, 60% deles realizaram uma identificação incorreta, sendo que 40% selecionaram um sujeito que estava presente no crime encenado, mas não passava de mero espectador. Houve, portanto, uma “transferência inconsciente”, que ocorre quando a testemunha indica uma pessoa que viu em momento concomitante ou próximo ao do crime e a ela transfere a autoria³³¹.

Nesse contexto, o próprio reconhecimento fotográfico, enquanto procedimento preparatório do presencial, pode desempenhar o papel de informação enganosa. Isto porque, quando confrontada com a linha de reconhecimento, pode a testemunha recordar-se da fotografia que lhe foi apresentada, e não infalivelmente do autor do crime³³², vindo a realizar o reconhecimento com respaldo em uma percepção precedente que não corresponde à desejada pela investigação. Trata-se do fenômeno por vezes denominado *photo-biased identification*, que pode ser entendido em português, grosso modo, como “identificação enviesada pela fotografia”³³³.

³²⁸ LOFTUS, Elizabeth. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. **Memory**, 21 (5), Hove (Inglaterra), 2013, p. 588.

³²⁹ ALTAVILLA, Enrico *apud* DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 158.

³³⁰ BUCKHOUT, Robert *apud* LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 687-688.

³³¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 687.

³³² DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 159.

³³³ Tradução livre. LOFTUS, Elizabeth. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. **Memory**, 21 (5), Hove (Inglaterra), 2013, p. 588.

Stein, Neufeld e Brust³³⁴ trazem um exemplo dessa possibilidade, oriundo de um caso real:

Chamado para fazer uma corrida, um taxista foi vítima de um assalto, no qual sofreu ferimentos e foi levado ao hospital. O investigador do caso mostrou ao taxista, que ainda estava em fase de recuperação, duas fotografias de suspeitos. O taxista não reconheceu os homens apresentados nas fotos como sendo algum dos assaltantes. Passados alguns dias, quando foi à delegacia para realizar o reconhecimento dos suspeitos, ele identificou dois deles como sendo os autores do assalto. Os homens identificados positivamente eram aqueles mesmos das fotos mostradas no hospital. Os suspeitos foram presos e acusados pelo assalto. Ao ser questionado em juízo sobre seu grau de certeza de que os acusados eram mesmo os assaltantes, o taxista declarou: “eu tenho mais certeza que foram eles, do que meus filhos são meus filhos!” Todavia, alguns meses depois, dois rapazes foram presos por assalto em uma cidade vizinha, quando interrogados, confessaram diversos delitos, incluindo o assalto ao taxista.

O processo de criação de percepções anteriores pode, também, encontrar aliada na exploração midiática dos fatos criminosos. Loftus e Davis³³⁵ mencionam que talvez a cobertura midiática dos processos criminais seja a maior fonte de falsas informações na memória das testemunhas. Leciona Ávila³³⁶ que a mídia, em seu anseio por culpados, “imprime a memória, a marca com o senso comum de conteúdo punitivista”. Desta forma, eventual exploração da imagem daquele que encontra-se investigado em solo policial pela suposta prática criminosa pode levar a testemunha a reconhecê-lo enquanto autor, por ter avistado sua figura na mídia e crer tê-lo feito no momento da perpetração do ilícito.

Outrossim, a realização do reconhecimento presencial após o fotográfico pode dar azo ao chamado “efeito compromisso”. Este ocorre quando a pessoa, apresentada a uma série de fotografias, elege o sujeito incorreto. Após, quando convidada a realizar o reconhecimento presencial, existe um risco em persistir no erro, devido à

³³⁴STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz; BRUST, Priscila Goergen. Compreendendo o fenômeno das falsas memórias. In: STEIN, Lilian Milnitsky (Org.) **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010, p. 22.

³³⁵LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 208.

³³⁶ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 67.

tendência de manter o compromisso anterior, ainda que hajam surgido dúvidas sobre a exatidão do reconhecimento³³⁷.

Destaque-se que, por incidência do princípio da persuasão racional, a repetição da prova em juízo acaba por conferir-lhe maior credibilidade e a aptidão a respaldar a decisão jurisdicional, balizando o contraditório e a ampla defesa como limites mínimos ao convencimento do magistrado³³⁸. Todavia, quando está-se diante do reconhecimento positivo devido a uma percepção precedente errônea, cumpre questionar se está-se diante de um problema que não somente é insanável pela simples repetição da prova, como também pode por ela ser exacerbado: a testemunha reconhece o réu em juízo porque sua percepção remete-a ao reconhecimento realizado em delegacia, e não à vivência de ter presenciado o crime.

Nesse sentido, merece destaque o fenômeno por vezes chamado *freezing effect*³³⁹, ou “efeito congelamento”, consistente no fato desvelado por estudos no sentido de que, uma vez que a testemunha fornece a sua versão daquilo que aconteceu, tende a prender-se ao relatado. À medida em que o tempo passa, torna-se progressivamente menos provável que a testemunha mude ou volte atrás em uma identificação ou afirmação³⁴⁰. Ou seja, a partir do momento em que é realizado o reconhecimento positivo em delegacia, consolida-se a memória, e esta consolidação passa a moldar a experiência futura da testemunha, mitigando a própria repetibilidade da prova.

3.2.2. O reconhecimento enquanto juízo comparativo.

Conforme se observou no Capítulo 1, o sistema processual penal brasileiro prevê que a pessoa a ser reconhecida será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela guardem semelhança³⁴¹. Ressalvados os casos em que o suspeito é colocado

³³⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 688.

³³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 359.

³³⁹ LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 210.

³⁴⁰ Ibidem.

³⁴¹ Código de Processo Penal, art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: [...]

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

sozinho para ser reconhecido, tem-se que a Norma Processual pátria elegeu a clássica linha de reconhecimento simultânea (*lineup* simultâneo) como forma de apresentação dessas pessoas ao reconhecedor, na qual todas as pessoas ou fotografias são exibidas ao mesmo tempo e a testemunha escolhe qual, dentre elas, perpetrou o crime assistido³⁴².

A linha de reconhecimento simultânea vem sendo alvo de críticas sistemáticas pelos estudiosos da memória ante a possibilidade de constituir uma indução exógena de falsas memórias, precisamente pelo motivo de que utiliza-se de uma espécie de juízo comparativo ou relativo³⁴³. Isto significa que, apresentada a um *lineup* simultâneo, a testemunha confronta as pessoas exibidas entre si e seleciona, dentre elas, a que mais se parece com a recordação que possui do autor do crime³⁴⁴.

Quando se trata de uma linha de reconhecimento na qual o verdadeiro autor do crime está presente, tem-se, de fato, maior probabilidade de haver uma identificação positiva e correta³⁴⁵. O problema reside em saber se a testemunha conseguirá identificar a ausência do verdadeiro autor do crime nas *lineups* onde ele não estiver presente, por ser o suspeito pessoa diferente do perpetrador³⁴⁶. Isto porque a testemunha pode acabar engajando-se no propósito de escolher uma das pessoas apresentadas, ao invés de realizar uma cuidadosa avaliação no sentido de saber se o ofensor está mesmo dentre elas³⁴⁷. Mazzoni³⁴⁸ assinala que um estudo meta-analítico apresentado em 2001 na convenção anual da *Psychonomic Society* revelou que, quando o verdadeiro culpado não se encontra entre as pessoas apresentadas no *lineup* clássico, a porcentagem de ocorrência de falsos alarmes beira os 76%.

³⁴² MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 149.

³⁴³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 157.

³⁴⁴ *Ibidem*.

³⁴⁵ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 148.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 149.

Uma interessante pesquisa de campo empreendida pelo psicólogo estadunidense Gary L. Wells³⁴⁹, já em 1993, também revela a amplitude da ocorrência de falsos alarmes no *lineup* simultâneo. Após a encenação de um crime, os participantes-testemunhas foram apresentados a uma de duas versões da linha de reconhecimento: com o perpetrador presente ou ausente. Os reconhecimentos foram realizados por fotografia. Em todos os casos, os participantes recebiam uma informação como forma de precaução, no sentido de que o autor do crime encenado poderia ou não estar presente na linha. Como resultados, quando o ofensor encontrava-se dentre as pessoas mostradas às testemunhas, 54% delas o selecionaram, enquanto 21% optaram por não realizar nenhuma escolha. Porém, quando o ofensor estava ausente, 68% dos participantes mesmo assim escolheram uma das pessoas apresentadas, a maioria das quais optando pela fotografia que mais se assemelhava ao autor, atribuindo a “culpa” a um terceiro inocente.

Não obstante o processo mental de realização de um juízo comparativo entre as pessoas apresentadas, a linha de reconhecimento simultânea também padece de problema ensejado pela influência social normativa: costuma ter-se como implícito que, se a investigação policial recorre à linha de reconhecimento, o faz por crer ter encontrado o culpado, e não antes³⁵⁰. Esta informação, aparentemente útil, é conhecida pela testemunha, a qual empreenderá todo o seu esforço cognitivo para reconhecer uma das pessoas apresentadas e, assim, colaborar com a investigação³⁵¹.

Para evitar essa sorte de danos, tem sido recomendado o fornecimento de advertência prévia ao reconhecedor no sentido de que o autor do fato poderá não estar presente entre os sujeitos que lhe são mostrados³⁵². Adotando-se esta medida, legitima-se um eventual não reconhecimento e pode ser afastada a possibilidade de um juízo relativo, atrelando-se a confiabilidade do reconhecimento à liberdade do reconhecedor quanto a eventuais falsas expectativas³⁵³.

³⁴⁹ WELLS, Gary L. *apud* LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149.

³⁵⁰ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 149.

³⁵¹ *Ibidem*.

³⁵² LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 690.

³⁵³ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 161.

Porém, a psicologia judicial tem apontado para o reconhecimento sequencial como o mais seguro e confiável³⁵⁴. Nesse modelo, as pessoas são apresentadas à testemunha uma de cada vez, com intervalos breves de tempo. A cada exibição, pergunta-se à testemunha se foi aquela pessoa o autor do fato, antes de mostrar-se a próxima³⁵⁵, e recomenda-se a ela que compare cada aparição com a memória do culpado e não com as demais³⁵⁶, de forma a substituir-se o juízo comparativo por um absoluto³⁵⁷.

Dados cumulativos recentes³⁵⁸ têm revelado que, em comparação com o *lineup* simultâneo, o procedimento sequencial produz uma média de 8% menos identificações corretas, mas também uma percentagem de 22% menos falsos alarmes. Tais resultados têm sido atribuídos à eliminação do juízo comparativo, bem como à utilização de um maior padrão de julgamento, por parte das testemunhas, ao analisarem as faces uma a uma³⁵⁹. Assim, a utilização de um formato sequencial pode ser interpretada através de uma análise de custo-benefício³⁶⁰, cabendo a cada sistema criminal ponderar se lhe sai mais caro um número menor de culpados condenados ou de inocentes livres.

3.2.3. A tendência de confirmação da hipótese incriminatória e o viés do entrevistador.

Outro aspecto fomentador de falsas informações no reconhecimento deve-se ao próprio processo de raciocínio humano, dessa vez do entrevistador, e consiste no fato de que o homem tende espontaneamente a confirmar sua hipótese, ainda que sem a consciência dessa sua peculiaridade³⁶¹. Uma explicação para tanto reside no funcionamento esquemático da memória de essência: os esquemas de conceitos enviesam a busca e a interpretação das informações que chegam aos indivíduos, de forma que

³⁵⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 689.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 150.

³⁵⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 689.

³⁵⁸ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149.

³⁵⁹ MECKLENBURG, Sheri H.; MALPASS, Roy S.; EBBESEN, Ebbe. The Illinois pilot program on sequential double blind identification procedures. *In*: **Report to the Legislature of the State of Illinois**. Springfield: State of Illinois, 2006, p. I.

³⁶⁰ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149.

³⁶¹ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 84.

busca-se constantemente a consistência com os esquemas mentais ativados e aplicáveis ao caso³⁶². Assim, quando o ser humano é posto em situação na qual deverá testar uma hipótese, os esquemas de conhecimento influem nos processos decisórios da memória³⁶³, apresentando-se a tendência em direcionar a busca por informações que confirmem a hipótese e prejudicar a exploração de dados divergentes³⁶⁴.

Esse processo reflete-se, indubitavelmente, na prática forense, através da propensão, por parte daquele que interroga o imputado e colhe as declarações das testemunhas, em explorar unicamente a hipótese acusatória, induzindo os questionamentos³⁶⁵. E, considerando-se que a persecução criminal tem, por vezes, seu alicerce inicial nas palavras da vítima, as primeiras declarações desta podem influenciar expressivamente a investigação subsequente, fazendo com que os agentes de polícia construam determinadas *lineups*, escolham particulares fotografias e entrevistem específicas testemunhas, na busca pela veracidade da tese acusatória³⁶⁶.

Não é por outro motivo que, superado o mito da neutralidade axiológica, trabalha-se atualmente com a ideia de que a colheita da prova oral nas investigações criminais sofre a inegável influência do viés do entrevistador, fenômeno descrito por Di Gesu³⁶⁷:

Quando o entrevistador está convicto da ocorrência de determinado acontecimento, molda sua entrevista, a fim de obter respostas condizentes com suas convicções. São, portanto, desprezadas as respostas incompatíveis com a hipótese inicial ou, então, as respostas são reinterpretadas com o intuito de serem adaptadas a ela. Importante destacar a total ausência de exploração de demais teses, ou seja, não são formulados questionamentos alternativos às alegações acusatórias.

Cumprе assinalar que o viés do entrevistador não se observa somente através da inserção de informações enganosas nos questionamentos, mas também nos

³⁶²LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 201.

³⁶³ MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 84.

³⁶⁴ Idem, p. 202.

³⁶⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 135.

³⁶⁶LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 212.

³⁶⁷ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 177.

comportamentos mais sutis, tais como sorrisos, movimentos de cabeça ou tom de voz, exercendo-se influência direta sobre a resposta³⁶⁸ ainda que, eventualmente, não se deseje tal resultado de forma consciente.

No tocante ao reconhecimento de pessoas, o intercâmbio de informações entre entrevistador e testemunha pode constituir campo para uma perigosa influência interpessoal³⁶⁹. As psicólogas Sarah Greathouse e Margaret Kovera³⁷⁰ realizaram estudo no qual exploraram o efeito que se ocasionava sobre as testemunhas quando o administrador da linha de reconhecimento possuía ciência de quem era o suspeito. Manipulando o conhecimento do administrador, a forma de apresentação da linha de reconhecimento e as instruções fornecidas às testemunhas, as pesquisadoras concluíram que existe uma maior probabilidade de que os reconhecedores escolham, dentre a linha de reconhecimento, o suspeito da investigação – o qual não necessariamente é o autor do crime – quando o administrador do procedimento sabia a identidade do suspeito, fornecia instruções tendenciosas e optava pelo *lineup* simultâneo.

Quando se trata de processo penal, o viés do entrevistador encontra certo controle nas regras para a produção da prova, dentre as quais destaca-se o contraditório³⁷¹. O problema reside na investigação pré-processual, na qual as provas são realizadas mormente sem qualquer controle pela defesa³⁷²; e agrava-se, quanto ao reconhecimento pessoal, quando se considera que é precisamente nesta etapa procedimental que as testemunhas reconhecem o suspeito pela primeira vez, consolidando-se a memória e sujeitando-se eventual repetição da prova aos efeitos “compromisso” e “congelamento”.

Com vistas a reduzir os danos ocasionados tanto pela linha de reconhecimento simultânea quanto pelo viés do entrevistador durante a investigação,

³⁶⁸ Idem, p. 178.

³⁶⁹ LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149.

³⁷⁰ GREATHOUSE, Sarah M.; KOVERA, Margaret B. *apud* LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149.

³⁷¹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 178.

³⁷² Ibidem.

pesquisadores têm indicado o denominado *double-blind sequential lineup*³⁷³, termo traduzível como “linha de reconhecimento sequencial duplo-cega”³⁷⁴ e que designa uma série de regras representativas das boas práticas na condução de reconhecimentos fotográficos e pessoais, com destaque ao *lineup* simultâneo e à ausência de conhecimento sobre quem é o suspeito por parte do administrador da produção da prova. Os ditames são sintetizados por Loftus e Steblay³⁷⁵:

Uma linha de reconhecimento consiste em pelo menos seis membros, cinco dos quais são preenchedores desconhecidos à testemunha ocular, e todos são escolhidos de forma a corresponderem à descrição da testemunha sobre o perpetrador.

A posição do suspeito na linha de reconhecimento é determinada de maneira aleatória.

Uma instrução para a testemunha adverte que o perpetrador pode ou não estar na coleção de fotografias a ser mostrada (uma informação “imparcial” ou “preventiva”).

A sequência completa de linhas de reconhecimento é mostrada para a testemunha, e a testemunha é instruída de que a série completa será mostrada. Mudanças nas decisões da testemunha são gravadas.

A testemunha não está ciente de quantas fotografias há na sequência.

As fotografias são apresentadas uma de cada vez, com uma decisão feita antes de examinar-se a próxima.

A testemunha não está autorizada a “voltar” na sequência ou posicionar fotografias uma ao lado da outra.

³⁷³LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149-150.

³⁷⁴ Tradução livre.

³⁷⁵ Tradução livre. Texto original: “A lineup consists of at least six members, five of whom are fillers unknown to the eyewitness, and all are chosen to match the witness’s description of the perpetrator./ The suspect’s position in the lineup is determined in a random manner./ An instruction to the witness advises that the perpetrator may or may not be in the collection of photos to be displayed (an ‘unbiased’, or ‘cautionary’ instruction)./ The complete sequence of lineups is shown to the witness, and the witness is instructed that the complete series will be shown. Witness decision changes are recorded./ The witness is unaware of how many photos are in the sequence./ Photos are presented one at a time, with a decision made before examining the next./ The witness is not allowed to ‘go back’ over the sequence or to place photos next to one another./ The officer displaying the photos does not know which photo depicts the suspect./ The witness is informed that the lineup administrator does not know which photo, if any, is the suspect./ An assessment of witness confidence is taken at the time of the identification and before feedback from police or others.” LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. *In*: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 149-150.

O policial exibindo as fotografias não sabe qual fotografia retrata o suspeito.

A testemunha é informada de que o administrador da linha de reconhecimento não sabe qual foto é do suspeito, se alguma delas o é.

Uma avaliação da confiança da testemunha é tomada no momento da identificação e antes dos comentários dos policiais ou de terceiros.

3.2.4. A influência dos estereótipos raciais.

Longe de ser uma realidade objetiva, tal como preconizava a escola positivista, a criminalidade passou a ser entendida pelo pensamento criminológico atual como uma definição do “outro”, que acaba por ser generalizado no seio do intercâmbio de papéis sociais³⁷⁶. Dentro do marco sociológico do *labelling approach*, Howard Becker³⁷⁷ esclarece que o dito “comportamento criminoso” não passa de uma forma de “desvio”, sendo o desviante (*outsider*) alguém que presumivelmente infringiu uma regra imposta por um processo social, e de quem não se espera viver de acordo com as normas estipuladas pelo grupo. O desvio, porém, não reside somente na natureza do ato de infringir uma regra, enquanto categoria ontológica pré-constituída, mas também, e principalmente, na reação do grupo social ao comportamento dito desviante³⁷⁸. Leciona Becker³⁷⁹ que

grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a pessoas particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.

É cediço que toda sociedade possui uma estrutura de poder político e econômico, do qual alguns grupos encontram-se mais próximos e outros mais marginalizados³⁸⁰. E esse processo de marginalização e centralização do poder enseja uma teia ampla e complexa de controle social, que se manifesta desde as formas mais difusas e veladas, como a mídia e a família, até as formas mais específicas e explícitas,

³⁷⁶ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 181.

³⁷⁷ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008 (1928), p. 15.

³⁷⁸ Idem, p. 26.

³⁷⁹ Idem, p. 21-22 e grifado no original.

³⁸⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral**. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 61.

como o sistema penal³⁸¹, relegando a prisão à sua função bruta de “depósito” dos indesejáveis³⁸². Nessa perspectiva, o controle social trabalha constantemente através da imposição de regras e na consequente construção de comportamento desviante, sendo certo que grupos cuja posição social é dotada de maior poder possuem uma maior capacidade de criar e aplicar suas regras aos grupos mais marginalizados³⁸³. Particularmente quanto ao controle social consolidado no sistema penal, a persecução aos ditos delinquentes foca-se, portanto, não naqueles que praticam crimes, mas naqueles que recebem o estigma de delinquentes³⁸⁴.

Essa estigmatização manifesta-se por um duplo processo: em primeiro lugar, passa-se pela tipificação legal daquelas condutas que, dentre as diversas praticáveis, são dignas da definição de “crime”. Em segundo, pela escolha de quais atores, dentre todos os que praticam tais condutas, serão merecedores do estigma de “criminosos”³⁸⁵. Derivam-se, desta forma, duas categorias: a criminalização primária, consistente na tipificação de determinados comportamentos, e a secundária, perfectibilizada na escolha de quais agentes serão efetivamente investigados ou processados pelo Estado penal. A soma de uma e outra dá origem ao fenômeno da seletividade do sistema penal³⁸⁶.

Dessarte, a análise da criminalidade enquanto categoria passa necessariamente pela análise das relações sociais de poder e submissão, a fim de alcançar as razões políticas da criminalização³⁸⁷. Dentre elas, assume especial relevância o racismo, que encontra-se, especialmente nos países da América Latina, em um processo de ocultação que perpassa as relações sociais, operando para a subjugação dos segmentos vulneráveis³⁸⁸.

³⁸¹ Idem, p. 61-62.

³⁸² WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 115.

³⁸³ BECKER, Howard Saul. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008 (1928), p. 29.

³⁸⁴ ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Sistema Penal: a prova testemunhal em xeque**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 185.

³⁸⁵ Idem, p. 188.

³⁸⁶ Idem, p. 189.

³⁸⁷ FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**, p. 21.

³⁸⁸ Idem, p. 30.

O aclamado sociólogo Florestan Fernandes³⁸⁹ observava que vive-se no Brasil, em tempos pós-Abolição da Escravatura, um “dilema brasileiro”, fenômeno sociológico essencialmente político e de raízes econômicas, sociais e culturais. Tal dilema consubstancia-se no contraste entre as normas ideais, moldadas por um *ethos* democrático e um discurso de democracia racial, e os comportamentos efetivos do brasileiro, exclusivistas e tendentes à subalternização do negro e do mulato³⁹⁰.

Assim, apesar de dizer-se marco historicamente superado da criminologia, o “criminoso nato” de Cesare Lombroso ainda habita o imaginário de muitos, particularmente ao considerar-se um país com níveis elevados de desigualdades sociais e pouca distribuição de renda, tal qual o Brasil³⁹¹.

Nesta senda, pretende-se discutir a existência de pesquisas que indicam que o reconhecimento de pessoas, enquanto prova para a formação de um juízo condenatório, também dota-se, por vezes, de elementos que o fazem ser mais um dentre tantos mecanismos de controle e punição da população das etnias menos favorecidas pelo poder. Na prática, o que se observa é que os estereótipos culturais, tais como a cor, acabam por influenciar fortemente na percepção dos delitos, fazendo com que as testemunhas tendam a reconhecer em função desses estereótipos³⁹².

Mazzoni³⁹³ conceitua o estereótipo como “uma forma de juízo sobre um grupo de pessoas que elimina as diferenças entre os indivíduos pertencentes ao grupo e potencializa os possíveis elementos comuns”. E é no âmbito dos estereótipos que os processos mnemônicos ativados no momento da aquisição da memória de um fato e do posterior reconhecimento de seu autor encontram a mais nevrálgica relação com processos políticos, econômicos e sociais de dominação racial.

Os esquemas de conceitos da memória semântica são construídos ao longo da vivência humana, com base em experiências e aprendizagens, e são os responsáveis pela

³⁸⁹ FERNANDES, Florestan. **O Negro no Mundo dos Brancos**. 2. ed. rev.. São Paulo: Global, 2007, p. 289.

³⁹⁰ Idem, p. 288.

³⁹¹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 687.

³⁹² Ibidem.

³⁹³ Tradução livre. Texto original: “Un estereotipo es una forma de juicio sobre un grupo de personas que elimina las diferencias entre los individuos pertenecientes al grupo y potencia los posibles elementos comunes.” MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 45.

interpretação do mundo ao nosso redor³⁹⁴. Desta forma, é na memória semântica que residem os estereótipos, os quais não passam de esquemas de conhecimento que afetam um grupo específico, atuando como um “filtro” através do qual se criam as informações que os sujeitos recebem sobre indivíduos pertencentes a grupos sociais diferentes do seu³⁹⁵. Portanto, ao se deparar com o conceito de determinado grupo – “negro”, “branco”, “brasileiro”, etc. –, o sujeito ativa em sua memória as características que entende ligadas a este grupo, e nos termos delas interpretará a experiência que virá com aquele conceito³⁹⁶.

Nesse sentido, os estereótipos atuam enquanto criadores de preconceitos, ou seja, conceitos que se formulam a respeito de situações concretas antes de se ter uma experiência direta sobre elas, como por exemplo, julgar a um indivíduo, sem conhecê-lo pessoalmente, com base no que se pressupõe saber sobre determinado grupo ao qual supõe-se que ele pertence³⁹⁷. Por este motivo, informações e comportamentos que confirmam os estereótipos têm uma maior probabilidade de serem notados e lembrados do que aqueles que os contradizem³⁹⁸.

Quando se trata de reconhecimento pessoal, a memória para os rostos pode ser moldada por processos interpretativos derivados dos esquemas³⁹⁹, e quando está-se perante indivíduos cuja “raça” é considerada diferente da sua pela pessoa que o observa, a memória dos rostos tende a aproximar-se cada vez mais de características tidas como típicas do grupo observado⁴⁰⁰.

Estudos empreendidos nos Estados Unidos da América relacionando o reconhecimento de pessoas aos estereótipos construídos socialmente desvelaram

³⁹⁴LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. *In: TOGLIA, M. P. et al (Eds.) Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events*. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 196.

³⁹⁵ MAZZONI, Giuliana. *¿Se puede creer a un testigo?* El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 46.

³⁹⁶ Ibidem.

³⁹⁷ Idem, p. 45.

³⁹⁸LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. *In: TOGLIA, M. P. et al (Eds.) Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events*. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 199.

³⁹⁹ Idem, p. 202.

⁴⁰⁰ CORNEILLE, Olivier; BRÉDART, Serge; HUART, Johanne; BECQUART, Emilie. When Memory Shifts Toward More Typical Category Exemplars: Accentuation Effects in the Recollection of Ethnically Ambiguous Faces. *Journal of Personality and Social Psychology*. Washington, D. C. (Estados Unidos), vol. 86, n. 2, 2004, p. 236.

importante fenômeno, estudado com maior acuidade a partir de meados da década de 1970⁴⁰¹. Trata-se do *own race bias* (“viés da própria raça”⁴⁰²), também conhecido como *cross-race effect* (“efeito do cruzamento de raça”⁴⁰³) ou *other-race effect* (“efeito da outra raça”⁴⁰⁴), o qual consiste no fato de que, quando um membro de uma raça⁴⁰⁵ é posto em situação na qual deverá reconhecer um membro de raça diferente, há uma maior probabilidade de erro do que se estivesse sendo realizado um reconhecimento entre pessoas da mesma raça⁴⁰⁶.

O efeito foi demonstrado pela primeira vez em 1969 por Roy Malpass e Jerome Kravitz⁴⁰⁷, os quais trataram da memória para rostos brancos e negros. Desde então, numerosas publicações vêm demonstrando tratar-se de fenômeno robusto, ocorrido em toda a sorte de contatos interracialis, e de relevantes implicações práticas⁴⁰⁸. Jessica

⁴⁰¹ MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C.; Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review. **Psychology, Public Policy and Law**, 2001, v. 7, n. 1, p. 4.

⁴⁰² Tradução livre.

⁴⁰³ Tradução livre.

⁴⁰⁴ Tradução livre.

⁴⁰⁵ Conquanto grande parte dos estudos sobre o tema utilize-se do termo “raça”, sabe-se que este conceito, em sua acepção tradicional, há muito destituiu-se de sua carga explicativa nas teorias antropológicas. Com efeito, para além da definição de pertença respaldada em fenótipos ou características biológicas, a antropologia passou a substituir a noção de “raça” pela de “grupo étnico”, mais fluida, relacional e, sobretudo, de origem social, ligada a uma auto identificação que possui o condão de organizar a interação entre as pessoas (BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. *In*: POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade, seguido de Grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth**. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.). Entretanto, rejeitar-se a utilização do termo “raça” não significa, de qualquer forma, negar-se ou sequer amenizar-se o racismo enquanto resistente e lancinante força política, nem olvidar-se o fato de que fenótipos e comportamentos ainda encontram-se intrinsecamente relacionados a conceitos raciais no imaginário popular, estruturando relações e fundamentando exclusões. Neste ínterim, observa-se da metodologia dos estudos de que aqui se trata que o termo “raça” é utilizado como forma de designar uma série de fenótipos tradicionalmente tratados como pertencentes a determinado grupo étnico, tais como cor da pele e formato dos olhos, chegando-se ao resultado de que quando o reconhecedor possui uma série de fenótipos que fazem com que ele seja identificado pela sociedade como “branco”, por exemplo, reconhecerá de maneira menos exata aqueles cujo fenótipo faz com que sejam classificados como “negros”. Assim, quando emprega-se aqui o termo “raça”, tal proceder é feito por fidedignidade ao descrito nas pesquisas e mediante a ressalva, desde logo, que a designação refere-se a conjuntos de traços fenotípicos, sem se olvidar as críticas ao conceito.

⁴⁰⁶ LOFTUS, Elizabeth. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. **Memory**, 21 (5), Hove (Inglaterra), 2013, p. 588.

⁴⁰⁷ MALPASS, Roy S.; KRAVITZ, Jerome. Recognition for faces of own and other race. **Journal of Personality and Social Psychology**. Washington, D. C. (Estados Unidos), vol. 13, n. 4, 1969, p. 330-334.

⁴⁰⁸ MARCON, Jessica L.; SUSA, Kyle J.; MEISSNER, Christian A. Assessing the influence of recollection and familiarity in memory for own- versus other-race faces. **Psychonomic Bulletin & Review**, 16(1), 200, p. 99.

Marcon, Kyle Susa e Christian Meissner⁴⁰⁹, por exemplo, verificaram a ocorrência do *own-race bias* em reconhecedores de origem hispânica perante rostos hispânicos e negros.

No ano de 2001, após cerca de trinta anos de estudos sobre o tema, Christian Meissner e John Brigham⁴¹⁰ realizaram meta-análise de dados referentes a 39 artigos de pesquisa empírica, envolvendo 91 amostras independentes e aproximadamente 5 mil participantes. Via de regra, os resultados indicaram um padrão “espelho”: por um lado, o reconhecimento de rostos da própria raça costuma contar com um número maior de acertos, em comparação com rostos de raças diferentes; por outro, a proporção de falsos alarmes também diminui⁴¹¹. Porém, é em reconhecedores brancos que o fenômeno se manifesta de forma mais acentuada, particularmente no alto número de falsos alarmes⁴¹².

A quantidade e qualidade de contato interétnico desempenha importante papel no fenômeno. Demonstrou-se, por exemplo, que adolescentes e crianças que, na época da segregação racial nos Estados Unidos, viviam em bairros nos quais havia convivência entre raças distintas tendem a reconhecer melhor os rostos de outra raça do que aqueles que viviam em vizinhanças segregadas⁴¹³. As explicações fornecidas pelos pesquisadores para esta influência do contato com outras raças na qualidade do reconhecimento residem na mitigação da probabilidade de fornecimento de respostas baseadas em estereótipos, no aumento da chance de que os reconhecedores procurem as diferenças individuais e na redução da complexidade percebida pelos indivíduos em relação aos rostos não familiares de outras raças⁴¹⁴.

Embora ainda haja dissenso sobre os mecanismos sociais e cognitivos responsáveis pelo *cross-race effect*, uma abordagem bastante aceita é a do hábito de percepção⁴¹⁵ (*perceptual learning*), conceituado como uma melhora na habilidade de

⁴⁰⁹ Ibidem.

⁴¹⁰ MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C.; Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review. **Psychology, Public Policy and Law**, 2001, v. 7, n. 1, p. 3-35.

⁴¹¹ Idem, p. 21.

⁴¹² Ibidem.

⁴¹³ v. g. FEINMAN; ENTWISTLE, *apud* MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C.; Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review. **Psychology, Public Policy and Law**, 2001, v. 7, n. 1, p. 8.

⁴¹⁴ Ibidem.

⁴¹⁵ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 175.

extrair-se informações do ambiente, a qual resulta da prática e da experiência com determinados estímulos ambientais⁴¹⁶. Esta explicação fornece sentido ao fato de que os reconhecimentos interracialis contam com mais acertos e menos erros quando se trata de reconhecedor que possui contato constante com a outra raça a ser reconhecida⁴¹⁷, uma vez que a percepção daquela raça não será algo que fugirá de sua rotina.

Dessa discussão, resta evidente o prejuízo proporcionado ao investigado por uma operação policial em ser colocado sozinho perante o reconhecedor, tal qual é praxe na rotina forense brasileira, quando um e outro pertencerem a etnias diferentes. A menor capacidade, por parte da testemunha, em perceber as diferenças entre os rostos daqueles cujos fenótipos diferem dos seus pode constituir terreno fértil à sugestão externa de uma falsa memória, haja vista que, sendo-lhe apresentado um sujeito sozinho, de outra etnia, pode o reconhecedor identificar um sujeito inocente enquanto autor do crime que presenciou, simplesmente porque sua cognição não o permite perceber rostos diferentes da maneira como deveria. Talvez tenha sido este o caso que vitimou Vinícius Romão de Souza. Talvez tenha sido este o caso que submeteu ao cárcere algum outro, ou vários, dos quase trezentos mil negros e pardos cumprindo penas privativas de liberdade no Brasil⁴¹⁸.

Esta colocação é de especial relevo quando recorda-se ser o Brasil um país que padece de um magistral esforço, tão negado no plano do discurso quanto reproduzido no plano da prática, em etiquetar a população negra como delinquente e promover seu encarceramento. Eventuais deficiências no reconhecimento, particularmente se devidas a uma dificuldade de percepção alicerçada em um racismo estrutural, devem ser tratadas com a seriedade digna de um Estado Democrático de Direito, sob pena de pura e simples criminalização da cor da pele.

3.3. Innocence Project.

⁴¹⁶ MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C.; Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review. **Psychology, Public Policy and Law**, 2001, v. 7, n. 1, p. 9.

⁴¹⁷ Ibidem.

⁴¹⁸ Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. InfoPen. **Relatórios Estatísticos - Analíticos do sistema prisional de cada Estado da Federação**. Categoria: Brasil. Dez./2012. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View={D574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896}&BroserType=NN&LangID=pt-br¶ms=itemID%3D%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D%3B&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>> Acesso em: 13 de junho de 2014.

Nos Estados Unidos da América, fundou-se em 1992 a organização não-governamental *Innocence Project*, voltada a prestar assistência jurídica a pessoas que foram condenadas antes da existência do teste de DNA⁴¹⁹. O Projeto utiliza-se de ações de exoneração, procedimento análogo à revisão criminal brasileira, para requerer a realização de perícias com DNA e, assim, reverter eventuais condenações falsas.

Os dados apresentados pelo projeto são alarmantes e demonstram um padrão claro. Somente nos Estados Unidos, a organização logrou exonerar mais de 310 condenados⁴²⁰. Dentre estas condenações de inocentes, 73% se deveram, no todo ou em parte, a reconhecimentos pessoais equivocados, contribuição significativamente maior do que a má condução da ciência forense (49%), as falsas confissões (27%) e erros de informantes (18%)⁴²¹.

Ademais, dentre estes 73% de casos onde o reconhecimento pessoal exerceu seu papel para a condenação de inocentes, o Projeto afirma que ao menos 40% das identificações eram interracialis: o suspeito de uma raça, a vítima de outra, em claro corolário do *cross-race effect*. Não há dados quanto a não vítimas. E acrescenta: até junho de 2014, dentre o número total de 316 condenados exonerados, 198 eram afro-americanos, quantia maior do que a soma de todos os outros, dos quais 94 eram caucasianos, 22 latinos e 2 asiáticos⁴²².

Para minimizar os reconhecimentos falsos e seus malfadados efeitos, o *Innocence Project* passou a recomendar que as jurisdições adotassem uma gama de procedimentos⁴²³:

⁴¹⁹LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 148.

⁴²⁰Fonte: INNOCENCE PROJECT. **DNA exonerations nationwide**. Disponível em: <http://www.innocenceproject.org/Content/DNA_Exonerations_Nationwide.php>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

⁴²¹Ibidem.

⁴²²Ibidem.

⁴²³ Tradução livre. Texto original: “**Blind administration:** Research and experience have shown that the risk of misidentification is sharply reduced if the police officer administering a photo or live lineup is not aware of who the suspect is./ **Lineup composition:** “Fillers” (the non-suspects included in a lineup) should resemble the eyewitness’ description of the perpetrator. The suspect should not stand out (for example, he should not be the only member of his race in the lineup, or the only one with facial hair). Eyewitnesses should not view multiple lineups with the same suspect./ **Instructions:** The person viewing a lineup should be told that the perpetrator may not be in the lineup and that the investigation will continue regardless of the lineup result. They

Administração cega: Pesquisas e a experiência têm mostrado que o risco de identificações falsas é bruscamente reduzido se o policial administrando um reconhecimento fotográfico ou presencial não está ciente de quem é o suspeito.

Composição da linha de reconhecimento: “Preenchedores” (os não-suspeitos incluídos na linha de reconhecimento) devem assemelhar-se à descrição da testemunha ocular sobre o perpetrador. O suspeito não deve destacar-se (por exemplo, não deve ser o único membro de sua raça na linha de reconhecimento, ou o único com barba). A testemunha ocular não deve ver múltiplas linhas de reconhecimento com o mesmo suspeito.

Instruções: A pessoa vendo uma linha de reconhecimento deve ser informada que o perpetrador pode não estar na linha e que a investigação continuará independentemente do resultado do reconhecimento. Também deve ser informada de que não deve procurar orientações do administrador.

Declarações de confiança: Imediatamente após o procedimento de reconhecimento, a testemunha ocular deve fornecer uma declaração, em suas próprias palavras, articulando o nível de confiança na identificação.

Gravação: Os procedimentos de identificação devem ser gravados em vídeo sempre que possível – isso protege suspeitos inocentes de qualquer má condução pelo administrador da linha de reconhecimento, e ajuda a perseguição mostrando aos jurados que o procedimento foi legítimo.

Porém, muito embora largamente recomendadas em esfera internacional, as medidas de redução de danos preconizadas por iniciativas como as do Innocence Project ainda não encontram abrigo no cotidiano forense e no ordenamento jurídico brasileiros, onde continua-se a tratar o tema pela abordagem da nulidade.

should also be told not to look to the administrator for guidance./ **Confidence statements:** Immediately following the lineup procedure, the eyewitness should provide a statement, in his own words, articulating the level of confidence in the identification./ **Recording:** Identification procedures should be videotaped whenever possible – this protects innocent suspects from any misconduct by the lineup administrator, and it helps the prosecution by showing a jury that the procedure was legitimate.” Fonte: INNOCENCE PROJECT. **Eyewitness identification.** Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org/fix/Eyewitness-Identification.php>>. Acesso em: 13 de junho de 2014.

CONSIDERAÇÕES FINAIS.

O reconhecimento de pessoas constitui, frequentemente, elemento de convicção fundamental à formação do juízo condenatório. Sendo ou não sendo tal prova colhida de acordo com todos os ditames procedimentais objetivados pelo legislador, a situação com a qual se depara o julgador é a de que a testemunha ou informante apontou para determinado indivíduo e reconheceu-o como o autor do crime presenciado. A análise desta conjuntura costuma ser submetida ao pensamento binário típico da tradição racionalista da qual o Direito é herdeiro direto: se o reconhecedor não possui motivos para mentir ou incriminar falsamente a terceiro, estará falando a verdade.

A aquiescência com esse pressuposto enseja, por sua vez, a consolidação do majoritário entendimento jurisprudencial no sentido de que eventual inobservância do procedimento previsto em Lei para o reconhecimento de pessoas deve vir acompanhada de comprovação do prejuízo para que a prova seja declarada nula, tratando-se de eiva relativa e sujeita ao brocardo *pas de nullité sans grief*. Nesse sentido, uma vez descartada a hipótese de a testemunha estar mentindo, viria ela a reconhecer a mesma pessoa independentemente da forma adotada para o reconhecimento, porquanto não haverá de identificar outro senão o autor dos fatos.

Porém, entre a verdade fidedigna e a mentira deliberada, surge o tema das falsas memórias enquanto espinha dorsal da prova testemunhal e de toda a atividade probatória que dela derive, tal qual o reconhecimento de pessoas. Há, de fato, uma série de falibilidades da memória humana que vigoram no momento de reconhecer, passíveis de agravamento pela má condução do meio de prova, que fazem com que a incidência de reconhecimentos errôneos, não obstante a boa-fé do reconhecedor, seja alarmante.

O despreparo do administrador da prova, podendo enviesar sua colheita para o resultado desejado; a influência sobre a percepção que exercem os estereótipos do “criminoso” criados e mantidos socialmente; e a possibilidade de contaminação da memória por qualquer influência externa, ainda que alheia à vontade das partes, tornam o reconhecimento um meio de prova indigno da confiança que lhe é depositada.

Na presença incessante desses fatores, a flexibilização sistemática das normas procedimentais para o reconhecimento de pessoas não deve ser tratada como nulidade relativa, nem deve o *status* de mera recomendação ser atribuído aos preceitos que

regulam este meio de prova. No Brasil, o ainda relativamente escasso debate sobre o tema fez com que, desde a promulgação do Código de Processo Penal, em outubro de 1941, não houvesse qualquer inovação legislativa no sentido de rever a metodologia (por vezes) adotada para a colheita do meio de prova em comento. Disso, resulta que sequer a rígida observância do determinado nos escassos dispositivos legais que regulam a matéria revelar-se-ia apta a eliminar os falsos alarmes.

De fato, o que a Norma Adjetiva prevê é uma linha de reconhecimento simultânea, preservando-se o juízo comparativo empregado pelo reconhecedor, em detrimento do juízo absoluto utilizado no procedimento sequencial. Por outro lado, há omissão quanto a eventuais influências originadas por parte do administrador da produção da prova, bem como sequer discute-se a possibilidade de a percepção precedente empregada no reconhecimento remeter o reconhecedor a qualquer contato anterior com as feições do suspeito, tal qual no reconhecimento fotográfico, e não necessariamente no momento da consumação do crime.

Por fim, a falibilidade na percepção, derivada de um racismo estrutural, que permeia as relações sociais, os imaginários coletivos e os contatos interétnicos, velado no plano do discurso pelo mito da democracia racial, constitui problema que sequer é sanável através de inovações legislativas se estas não estiverem acompanhadas de uma mudança radical da tendência à subalternização das etnias menos favorecidas.

De outro norte, embora o procedimento previsto no ordenamento jurídico brasileiro para o ato de reconhecimento não baste para a eliminação das inúmeras formas de criação de falsas memórias, é certo que a forma prevista em Lei para sua realização constitui uma garantia, ainda que não saneadora da totalidade dos potenciais problemas.

A prática constante do reconhecimento individualizado é de praxe no cotidiano forense, respaldada na redação do art. 226, inciso II do Código de Processo Penal, que determina 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”. Com base no texto legal, os reconhecimentos individualizados são aceitos enquanto meio de prova, arguindo-se que a expressão “se possível” os permite e que sua nulidade depende da demonstração de prejuízo. Olvida-se, assim, as frequentes situações em que a colocação de outras pessoas junto ao suspeito é faticamente possível, porém não realizada, o que por si só encontra

desacordo com o dispositivo legal. De fato, embora o reconhecimento em juízo depreenda-se com maior dificuldade para tanto, o tumultuado ambiente de uma delegacia de polícia, imbuído de pessoas aptas a prestarem-se ao procedimento, faz com que o elevado número de reconhecimentos individualizados cause, ao menos, estranheza.

Nesta senda, se no reconhecimento feito de acordo com os ditames processuais, a possibilidade de implantação de falsas memórias já é considerável, maior ainda é o perigo quando se trata de reconhecimentos informais, particularmente os individualizados. Nesses casos, ocorre uma potencialização dos problemas enfrentados pelo meio de prova, na medida em que o viés do entrevistador e a influência social forneçam à testemunha mais motivos ainda para acreditar que aquela única pessoa que está-lhe sendo exibida é, de fato, o autor do crime, bem como agrava-se a dificuldade em perceber diferenças entre as feições da pessoa apresentada e do perpetrador, em especial se tratar-se de um reconhecimento interracial.

A indução, portanto, é inquestionável, fazendo com que facilmente se implante na memória da testemunha a informação de que o autor do crime corresponde ao sujeito da investigação. Assim, após o reconhecimento positivo, guiam-se os demais procedimentos investigativos para a formação da culpa em torno do investigado e instaura-se a ação penal. Nesta, sujeitam-se os demais atos aos efeitos “compromisso” e “congelamento” e à influência crescente do tempo sobre a memória, podendo restar para a testemunha não mais a lembrança das feições do autor do crime, mas apenas a informação de que o acusado é aquele que havia sido reconhecido como o perpetrador. Dessarte, mitigam-se cada vez mais as probabilidades de a testemunha retificar suas afirmações e pode o juízo condenatório apresentar-se formado desde a investigação policial, em situação incompatível com os pilares do sistema acusatório.

Por todos esses motivos, tem-se que o prejuízo na realização do reconhecimento informal não depende de comprovação, mas presume-se pela própria existência do ato. E mais: em se tratando de prova que interferirá, diretamente e indubitavelmente, no convencimento do magistrado sobre a autoria, não basta a decretação de sua nulidade, persistindo o registro do procedimento nos autos. Ao contrário, o reconhecimento informal revela-se digno *status* de prova ilícita, sequer devendo ser admitido nos autos e, caso admitido, desentranhado assim que constatada sua existência, juntamente às demais provas a ele atreladas.

Ante todo o exposto, conclui-se que o meio de prova referente ao reconhecimento de pessoas é merecedor de profunda reavaliação, considerando-se os aportes das falsas memórias, tanto no tocante ao seu tratamento doutrinário jurisprudencial quanto em relação às disposições legislativas a seu respeito. Busca-se, assim, uma dentre tantas formas possíveis de redução da privação daquele que constitui um dos bens mais caros à vida humana: a liberdade.

REFERÊNCIAS.

ALVES, Cíntia Marques. **Efeitos do tipo de item e do monitoramento da fonte na criação e persistência de falsas memórias.** 2006. Dissertação de Mestrado (Programa de Pós Graduação em Psicologia Aplicada). Universidade Federal de Uberlândia. Orientador: Ederaldo José Lopes. Disponível em: <<http://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/1501/1/EfeitosTipoItem.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2014.

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas Memórias e Processo Penal:** desconstruindo o papel da testemunha. Palestra ministrada em 30 de outubro de 2013, no Auditório do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina, por ocasião da XVII Semana Jurídica. Debatedor: Alexandre Morais da Rosa.

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

ÁVILA, Gustavo Noronha de; GAUER, Gabriel José Chittó. **“Falsas” Memórias e Processo Penal: (Re)discutindo o Papel da Testemunha.** Trabalho apresentado na VI Semana de Extensão, Pesquisa e Pós Graduação (SEPesq) da Universidade Ritter dos Reis. Disponível em: <http://www.uniritter.edu.br/eventos/sepesq/vi_sepesq/arquivosPDF/27981/2405/com_identificacao/sepesq-com-identificacao.pdf> Acesso em: 13 de março de 2014.

BARTH, Fredrik. Grupos étnicos e suas fronteiras. *In:* POUTIGNAT, Philippe; STREIFF-FENART, Jocelyne. **Teorias da etnicidade, seguido de Grupos étnicos e suas fronteiras de Fredrik Barth.** São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998. Trad. de Elcio Fernandes.

BECKER, Howard Saul. **Outsiders:** estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2008 (1928). Trad. de Maria Luiza de Borges.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Código de Processo Penal Anotado [E-book].** 4. ed. atual.. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAINERD, Charles; REYNA, Valerie. Fuzzy-trace theory and false memory: New frontiers. **Current Directions in Psychological Science**, Washington, D. C. (Estados Unidos), 11 (5), 2002, p. 164-169. Disponível em: <<http://www.unt.edu/rss/class/mike/5640/articles/fuzzytrace.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2014.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Acesso em 18 de maio de 2014.

BRASIL. **Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.** Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Acesso em 18 de maio de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848**, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Acesso em 18 de maio de 2014.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Acesso em 18 de maio de 2014.

BRASIL. **Lei n. 5.869**, de 11 de janeiro de 1973. Código de Processo Civil. Acesso em 19 de maio de 2014.

CORNEILLE, Olivier; BRÉDART, Serge; HUART, Johanne; BECQUART, Emilie. When Memory Shifts Toward More Typical Category Exemplars: Accentuation Effects in the Recollection of Ethnically Ambiguous Faces. **Journal of Personality and Social Psychology**. Washington, D. C. (Estados Unidos), vol. 86, n. 2, 2004, p. 236-250.

DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2. ed. ampl. e rev.. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FERNANDES, Florestan. **O Negro no Mundo dos Brancos**. 2. ed. rev.. São Paulo: Global, 2007.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo Negro Caído no Chão: O sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro**. Dissertação de Mestrado. (Direito) – Universidade de Brasília. Orientadora: Ela Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/5117/1/2006_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf> Acesso em: 13 de junho de 2014.

GIACOMOLLI, Nereu José; DI GESU, Cristina. **As Falsas Memórias na Reconstrução dos Fatos pelas Testemunhas no Processo Penal**. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília/DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008, p. 4334-4356. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/brasil/06_191.pdf> Acesso em: 27 de maio de 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance. **As Nulidades no Processo Penal**. 12. ed. rev. e atual.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HORRY, Ruth; WRIGHT, Daniel B.; TREDoux, Colin G. Recognition and context memory for faces from own and other ethnic groups: A remember-know investigation. **Memory & Cognition**. v. 38, n. 2., 2010, p. 134-141.

INNOCENCE PROJECT. Disponível em: <<http://www.innocenceproject.org>>. Acesso em: 13 de março de 2014.

IZQUIERDO, Ivan. Memórias. **Estudos avançados**, v. 3, n. 6, São Paulo (Brasil), 1989, p. 89-112. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340141989000200006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 de maio de 2014. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141989000200006>.

JESUS, Damásio de. **Código de Processo Penal Anotado [E-book]**. 25. ed.. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOFTUS, Elizabeth. Eyewitness testimony in the Lockerbie bombing case. **Memory**, 21 (5), Hove (Inglaterra), 2013, p. 584-590. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Loftus_LockerbieBombing_Memory2013.pdf?uniq=-mf2d70> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth. Memórias Fictícias. Trad. de Aristides Isidoro Ferreira. **Lusiada**, n. 3-4, 2006, Lisboa (Portugal), 2006, p. 335-350. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Loftus_Lusiada_Portuguese06.pdf?uniq=fvdrlv> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth; BERNSTEIN, Daniel M. How to Tell If a Particular Memory Is True or False. **Perspectives on Psychological Science**, 4 (4), Washington, D. C. (Estados Unidos), 2009, p. 370-374. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Bernstein_Loftus_TrueFalseMem_POPS09.pdf?uniq=nr3oz0> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth; DAVIS, Deborah. Internal and External Sources of Misinformation in Adult Witness Memory. In: TOGLIA, M. P. *et al* (Eds.) **Handbook of eyewitness psychology (vol. I): Memory for events**. Mahwah (Nova Jérsei): Erlbaum, 2007, p. 195-237. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Davis_Loftus_Misinformation_HandbookChapScan07.pdf?uniq=e418yu> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth; HOFFMAN, Hunter G. Misinformation and Memory: The creation of new memories. **Journal of Experimental Psychology: General**, 117, Washington, D. C. (Estados Unidos), 1989, p. 100-104. Disponível em: <<https://webfiles.uci.edu/eloftus/Loftus%26Hoffman89.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth. LANEY, Cara. Emotional content of true and false memories. **Memory**, 16 (5), Hove (Inglaterra), 2008, p. 500-516. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Laney_Loftus_EmotionalFalseMem_Memory08.pdf?uniq=-794hub> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth; PICKRELL, Jacqueline. The formation of false memories. **Psychiatric Annals**, 25, Thorofare (Estados Unidos), 1995, p. 720-725. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Loftus_Pickrell_PA_95.pdf?uniq=kvhr2k> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth; STEBLAY, Nancy K. Eyewitness Identification and the Legal System. In: SHAFIR, Eldar (Ed.). **The Behavioral Foundations of Public Policy**. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 145-162.

LOFTUS, Elizabeth; TINGEN, Ian W.; PATIHIS, Lawrence. Memory myths. **Catalyst**, 23 (3), Salt Lake City (Estados Unidos), 2013, p. 6-8. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/Patihis_MemoryMyths_Catalyst2013.pdf?uniq=113dkp> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOFTUS, Elizabeth; WADE, Kimberley A.; SHARMAN, Stefanie J.; GARRY, Maryanne; MEMON, Amina; MAZZONI, Giuliana; MERCKELBACH, Harald. False claims about false memory research. **Consciousness and Cognition**. Warwick (Reino Unido), n. 16 (1). 2007. Disponível em: <https://webfiles.uci.edu/eloftus/WadeOnPezdek_C%26C07.pdf?uniq> Acesso em: 25 de maio de 2014.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES JÚNIOR, Aury; DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo (Brasil), ano 15, n. 175, jun. 2007, p. 14-16.

MALPASS, Roy S.; KRAVITZ, Jerome. Recognition for faces of own and other race. **Journal of Personality and Social Psychology**. Washington, D. C. (Estados Unidos), vol. 13, n. 4, 1969, p. 330-334.

MARCON, Jessica L.; SUSA, Kyle J.; MEISSNER, Christian A. Assessing the influence of recollection and familiarity in memory for own- versus other-race faces. **Psychonomic Bulletin & Review**, 16(1), 200, p. 99-103.

MAZZONI, Giuliana. **¿Se puede creer a un testigo?** El testimonio y las trampas de la memoria. Madrid: Editorial Trotta, 2010. Trad. de José Manuel Revuelta López.

MECKLENBURG, Sheri H.; MALPASS, Roy S.; EBBESEN, Ebbe. The Illinois pilot program on sequential double blind identification procedures. *In: Report to the Legislature of the State of Illinois*. Springfield: State of Illinois, 2006. Disponível em: <<http://eyewitness.utep.edu/documents/illinoispilotstudyoneyewitnessid.pdf>> Acesso em: 10 de junho de 2014.

MEISSNER, Christian A.; BRIGHAM, John C.; Thirty years of investigating the own-race bias in memory for faces: A meta-analytic review. **Psychology, Public Policy and Law**, 2001, v. 7, n. 1, p. 3-35.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. rev., ampl. e atual.. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 4. ed. rev. e atual. até dezembro de 2011. São Paulo: Atlas, 2012.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Pacto de San José da Costa Rica**. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969. Acesso em 19 de maio de 2014.

PERGHER, Giovanni Kuckartz; STEIN, Lilian Milnitsky. Compreendendo o esquecimento: teorias clássicas e seus fundamentos experimentais. **Psicologia USP**, São Paulo, v. 14, n. 1, 2003. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-65642003000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de junho de 2014.
<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-65642003000100008>.

STEBLAY, Nancy Mehrkens. Social Influence in Eyewitness Recall: A Meta-Analytic Review of Lineup Instruction Effects. **Law and Human Behavior**. Washington, D. C. (Estados Unidos), 1997, v. 21, n. 3, p. 283-297. Disponível em: <<http://web.augsburg.edu/~stebly/lineupinstructionanalysis.pdf>> Acesso em: 13 de junho de 2014.

STEIN, Lilian Milnitsky (Org). **Falsas memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artes Médicas, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. **Psicologia: reflexão e crítica**. Porto Alegre (Brasil), v. 14, n. 2, 2001, p. 353-366. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=18814210>> Acesso em: 25 de maio de 2014.

STEIN, Lilian Milnitsky; NEUFELD, Carmem Beatriz. Falsas memórias: Porque lembramos de coisas que não aconteceram? **Arquivos de Ciências da Saúde da UNIPAR**. Umuarama (Brasil), n. 5 (2), 2001, p. 179-185. Disponível em: <revistas.unipar.br/saude/article/download/1124/987> Acesso em: 25 de maio de 2014.

VALENTINE, Tim; PICKERING, Alan; DARLING, Stephen. (2003). Characteristics of eyewitness identification that predict the outcome of real lineups. **Applied Cognitive Psychology**, Nova Jérsei (Estados Unidos), n. 17, p. 969-993. Disponível em: <<http://www.valentinemoore.co.uk/trv/MetIDstudyWeb.pdf>> Acesso em: 25 de maio de 2014.

VAN GENNEP, Charles-Arnold Kurr. **La formation des légendes**. Paris: Ernest Flammarion Éditeur, 1929. Disponível em: <http://classiques.uqac.ca/classiques/gennep_arnold_van/formation_des_legendes/formation_des_legendes.pdf> Acesso em: 25 de maio de 2014.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. Trad. de André Telles.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: A nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Trad. de Eliana Aguiar.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte geral**. 2. ed. rev. e atual.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.