

Falibilidade no Processo Penal: uma análise sobre mentiras e falsas memórias

Vanessa Rovaron Brandão

Pós-Graduada em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade
Legale (2023). Pós-Graduação em Direito Público pela Faculdade Legale
(2021). Graduação em direito pelo Centro Universitário das Faculdades
Metropolitanas Unidas (2019)

CV Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4758439133938511>

e-mail: vanessarovaron@gmail.com

Revisores: Luciano Moreira Gorrihas (ORCID: 0009-0005-0678-471X; e-
mail: luciano.gorrihas@mpm.mp.br)

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw (ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2505-5502>; CV Lates: <http://lattes.cnpq.br/3119698214921044>; e-mail:
gustavo.kershaw@mppe.mp.br)

Data de recebimento: 07/06/2024

Data de aceitação: 07/11/2024

Data da publicação: 25/11/2024

RESUMO: O presente artigo busca realizar um estudo crítico. A análise sobre mentiras e falsas memórias visa refletir sobre a sua falibilidade e possíveis impactos no Processo Penal para além de sua simples operacionalização. Não se trata de desenvolver um puro alento ao relativismo probatório, mas construir uma visão que possibilita a demonstração e a fundamentação do arcabouço probatório de uma forma a respeitar as particularidades de cada ser humano e o natural apagamento de memória dos depoentes. Com o vultoso aumento de condenações errôneas, com base exclusivamente em reconhecimento de pessoas, voltou-se à necessidade de estudos dentro do Direito Processual Penal. Inauguralmente, o imbróglcio cinge-se diante da (im)possibilidade de aceitação de condenações com base exclusivamente no reconhecimento de pessoas sem seguir o procedimento regular ordenado em lei e a síntese de cognição dos depoentes e sua inalterabilidade para fins de apontar supostos autores de um delito. Não obstante, o presente artigo tem como objetivo demonstrar que as provas testemunhais devem ser baseadas em experiências sensoriais diretas dos declarantes. Ademais, busca-se questionar, sobretudo, a falibilidade do Processo Penal a sua higidez na cadeia de custódia.

PALAVRAS-CHAVE: prova testemunhal; falibilidade; mentiras; falsas memórias.

ENGLISH

TITLE: Fallibility in the Criminal Process: an analysis of lies and false memories.

ABSTRACT: This article seeks to carry out a critical study. An analysis of lies and false memories aims to reflect on their fallibility and possible impacts on the Criminal Process beyond their simple operationalization. It is not a question of developing a pure encouragement of evidential relativism, but of building a vision that makes it possible to demonstrate and substantiate the evidentiary framework in a way that respects the particularities of each human being and the natural erasure of the deponents' memory. With the huge increase in erroneous convictions, based exclusively on the recognition of people, there was a need for studies within Criminal Procedural Law. Initially, the question is about to the (im)possibility of facilitating convictions based exclusively on the recognition of people without following the regular procedure ordered by law and the synthesis of cognition of the deponents and their inalterability for the purposes of alleged perpetrators of a crime. However, the purpose of this article is to demonstrate that testimonial evidence must be based on direct sensory experiences of the declarants. Furthermore, we seek to question, above all, the fallibility of the Criminal Process and its soundness in the chain of custody.

KEYWORDS: testimonial evidence; fallibility; lies; false memories.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Reconhecimento de pessoas e a prova testemunhal – 3 A injustiça por carência e a injustiça por excessos – 4 Mentiras e Falsas Memórias – 5 Efeito Mandela – 6 Conclusões.



1 INTRODUÇÃO

Merece atenta reflexão a frase citada pelo jurista e filósofo francês **Ronald Myles Dworkin**: “Para cada pessoa, há uma interpretação diferente”. De longa data, tal afirmativa nos convida a refletir, na conjuntura histórica, seja por insciência ou tradição, que a falibilidade das mentiras e falsas memórias é constantemente utilizada para fins de condenação.

Com o fito de resolver tais questionamentos, o presente artigo terá um aspecto brevemente analisado: a falibilidade no Processo Penal e suas consequências práticas no indiciamento e persecução penal.

Do ponto de vista ontológico, haverá sim de vergastar: por que seguir procedimentos confiáveis é tão necessário?

Eis, portanto, merece aceso debate acerca do tema. Para alcançar os desígnios propostos, a metodologia utilizada é a pesquisa legislativa, jurisprudencial e bibliográfica, para, com esteio na doutrina nacional e convenções e tratados internacionais, enfrentar os temas propostos.

A Constituição Federal, conforme disposto no artigo 93, inciso IX, estabelece o sistema do livre convencimento motivado, também denominado persuasão racional. Nesse contexto, não se observa uma hierarquia entre os diferentes meios de prova. Assim, todos os meios probatórios são aceitos, desde que respeitadas as diretrizes da legalidade e moralidade.

Nessa linha, veremos que a identificação equivocada das vítimas ou testemunhas oculares é uma das principais causas de condenações errôneas, que, normalmente, não costumam ocorrer de forma deliberada a fim de

prejudicar a pessoa investigada ou processada pela prática de um delito, mas sim, devido às informações contidas na memória que são suscetíveis a falhas.

Por fim, veremos a necessidade da descrição do autor do delito ser realizada de uma forma livre para fins de assegurar a integridade das informações prestadas e a higidez da cadeia de custódia.

2 RECONHECIMENTO DE PESSOAS E A PROVA TESTEMUNHAL

Um dos questionamentos enfrentados para fins de caracterização do reconhecimento de pessoas e da prova testemunhal é: Qual é o liame entre a injustiça por carência e a injustiça por excessos no Processo Penal?

Com efeito, a obscuridade cinge-se na confiança do reconhecimento de pessoas, prova testemunhal com mentiras e falsas memórias. Assim:

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova pelo qual uma pessoa descreve e confirma a identidade visual de outra. Resulta da comparação entre uma percepção ocular ocorrida e vivida no passado e outra que se dá no momento presente, no ato formal de reconhecimento (Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 8).

De acordo com **Mirabete**, trata-se de meio de prova “pelo qual alguém verifica e confirma a identidade da pessoa ou coisa que lhe é mostrada, com pessoa ou coisa que já viu, que conhece, em ato processual praticado diante da autoridade policial ou judiciária, de acordo com a forma especial prevista em lei” (Távora; Alencar, 2020, p. 904, *apud* Mirabete, 2004, p. 307).

Com fulcro nos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal (Brasil, 1941), buscou-se relacionar os procedimentos adotados no reconhecimento de pessoas e coisas:



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.

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.

É sabido que o reconhecimento de pessoas tem por finalidade identificar o ofendido, o acusado ou testemunhas; e pode ser determinado na fase preliminar ou processual, tanto pela autoridade policial, quanto pelo magistrado, seguindo os preceitos insculpidos no artigo 226 do Código de Processo Penal.

A propósito: “Cabe ao juiz, fundamentadamente, funcionar como filtro, verificando a admissibilidade das provas que almejam ingressar nos autos ou daquelas que ainda estão por ser produzidas” (Távora; Alencar, 2017, p. 659).

Vanessa Rovaron Brandão

A liberdade do magistrado lhe permite avaliar o conjunto probatório em sua amplitude, transcendendo ao formalismo exacerbado. Por sua vez, essa liberdade do julgador não é deliberada, devendo o magistrado, alinhado às provas trazidas aos autos, fundamentar a decisão, o motivo do seu convencimento, com amparo no manancial probatório, assegurando a ampla defesa e contraditório das partes, visando tutelar o bem jurídico e o interesse social. É preciso lembrar que, tenacidade técnica não é pedantismo:

Um olhar sistemático sobre os valores decorrentes do devido processo nos leva a perceber que o sistema jurídico está repleto de instrumentos para mitigar erros judiciais. Muitos desses instrumentos foram desenvolvidos especificamente para diminuir a incidência de distorções na análise probatória, até mesmo na valoração da prova testemunhal (Marmelstein, 2022, p. 226).

E ainda:

Quando as leis são claras e precisas, o dever do juiz limita-se à constatação do fato. Se são necessárias destreza e habilidade na investigação das provas de um delito, se são requeridas clareza e precisão na maneira de apresentar o seu resultado, para julgar segundo esse mesmo resultado, basta o simples bom-senso: guia menos enganador do que todo o saber de um juiz acostumado a só procurar culpados por toda parte e levar tudo ao sistema que adotou segundo os seus estudos (Beccaria, 2015, p. 32).

Em breve análise, mister distinguir o reconhecimento de identificação. O reconhecimento é a identificação empírica. Já a identificação é o reconhecimento científico.

O nosso Código de Processo Penal adotou o sistema simultâneo de reconhecimento de pessoas. Simultâneo porque o procedimento de reconhecimento deve ser realizado com a presença da pessoa a reconhecer



diante da pessoa a ser reconhecida, que por sua vez, deve ser colocada ao lado de outras pessoas com características semelhantes.

Por outro giro, se diversas pessoas devem reconhecer outra, o reconhecimento deve ser sucessivo e isolado, devendo os sujeitos ativos do reconhecimento participar do ato isoladamente, bem como, não devem se comunicar entre si, antes ou depois da realização de cada procedimento de reconhecimento.

Feitos esses apontamentos, vamos analisar as provas testemunhais.

Numa lacônica colocação, segundo **Claus Roxin**, “provar significa convencer o juiz da certeza da existência de um fato” (Roxin, 2003, p. 185, tradução livre)¹.

Assim, a noção da verdade dos fatos permeia em um leque de opções que se restringe entre o liame da definição de prova e do ato de provar.

Toda pessoa poderá ser testemunha². Testemunha é a pessoa desinteressada que declara em juízo o que sabe sobre os fatos, em face das percepções colhidas sensorialmente. “Ganham relevo a visão e a audição, porém, nada impede que a testemunha amealhe suas impressões por meio do tato e do olfato” (Távora; Alencar, 2020, p. 888).

A prova testemunhal possui como características a judicialidade, a oralidade, a objetividade, a individualidade e a retrospectividade (Santos, 2020).

¹ Texto original: “probar significa convencer al juez sobre la certeza de la existencia de un hecho”.

² Art. 202 do Código de Processo Penal, 1941.

Vanessa Rovaron Brandão

Nesta toada, podemos verificar, por exemplo, que tais requisitos podem, inclusive, aparecer expressamente no Código de Processo Penal:

Art. 209. O **juiz**, quando julgar necessário, poderá **ouvir outras testemunhas**, além das indicadas pelas partes.

Art. 204. O depoimento será prestado **oralmente**, não sendo permitido à testemunha trazê-lo por escrito.
Parágrafo único. Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos.

Art. 210. As testemunhas serão **inquiridas cada uma de per si**, de modo que umas não saibam nem ouçam os depoimentos das outras, devendo o juiz adverti-las das penas cominadas ao falso testemunho. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

Parágrafo único. Antes do início da audiência e durante a sua realização, serão reservados espaços separados para a garantia da **incomunicabilidade** das testemunhas. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

Art. 213. O juiz **não permitirá** que a testemunha **manifeste suas apreciações pessoais**, salvo quando inseparáveis da narrativa do fato.

Art. 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.

Para fins de caracterização das testemunhas, deve-se levar em consideração alguns critérios: se a testemunha presenciou os fatos ou se apenas ouviu dizer.

Aquela testemunha que presenciou os fatos, também chamada de testemunha ocular ou visual, trata-se da testemunha direta. Já a testemunha que não presenciou os fatos, apenas soube que existiram, também conhecida



como testemunha de “ouvi dizer” (*hearsayrule*) ou testemunha auricular, é a chamada testemunha indireta.

Nas palavras do ministro **Rogério Schietti Cruz**, a testemunha de ouvir dizer não deve ter demasiada força probatória:

A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo (Brasil, 2017).

Conforme Beccaria: “A verdade, muitas vezes demasiado simples ou demasiado complicada, tem necessidade de certa pompa exterior para merecer o respeito do povo” (Beccaria, 2015, p. 34).

E continua o autor: “As formalidades, porém, devem ser fixadas, por leis, nos limites em que não possam prejudicar a verdade. De outro modo, seria uma nova fonte de inconvenientes funestos” (Beccaria, 2015, p. 35).

Seguindo pensamento semelhante, o eminente Ministro **Rogério Schietti Cruz**, em relatoria do REsp 1.373.356-BA, julgado em 20/04/2017, aduz que o ponto nodal da discussão da prova testemunhal indireta – por ouvir dizer (*hearsay rule*) – cinge-se à possibilidade da pronúncia ser fundamentada exclusivamente em elemento informativo colhido na fase inquisitorial da persecução penal:

Sobre a temática – já enfrentada na oportunidade em que apreciado o REsp 1.444.372-RS, DJe 25/2/2016 – vale observar que a norma segundo a qual a testemunha deve depor pelo que sabe *per proprium sensum et non per sensum alterius* impede, em alguns sistemas – como o norte-americano – o depoimento da testemunha indireta, por ouvir dizer (*hearsay rule*). No Brasil, embora não haja impedimento legal a esse tipo de depoimento, doutrina aponta que “não se pode tolerar que alguém vá a juízo repetir a *vox*

publica. Testemunha que depusesse para dizer o que lhe constou, o que ouviu, sem apontar seus informantes, não deveria ser levada em conta.” **A razão do repúdio a esse tipo de testemunho se deve ao fato de que, além de ser um depoimento pouco confiável, visto que os relatos se alteram quando passam de boca a boca, o acusado não tem como refutar, com eficácia, o que o depoente afirma sem indicar a fonte direta da informação trazida a juízo.** Assim, a submissão do réu a julgamento pelos seus pares deve estar condicionada à produção de prova mínima e, diga-se, judicializada, na qual haja sido garantido o devido processo legal, com o contraditório e a ampla defesa que lhe são inerentes (Brasil, 2013).

Resumidamente, nas palavras de **Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar**:

Sendo meio probatório como outro qualquer, o valor da prova testemunhal é relativo. Como o art. 202, do CPP, assegura a liberdade na seleção da testemunha, dizendo de forma genérica que toda pessoa poderá figurar como tal, salvo as hipóteses legalmente estabelecidas, o depoimento infantil e de policiais não devem ser afastados de pronto, cabendo valoração de acordo com o contexto probatório (Távora; Alencar, 2020, p. 71).

Recentemente, em pesquisas do Superior Tribunal de Justiça, vislumbraram-se resistências à jurisprudência sobre o reconhecimento de pessoas:

Em 2023, das 377 decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que revogaram a prisão provisória ou absolveram os réus devido a falhas no seu reconhecimento como autores de crimes, 281 – ou 74,6% do total – tiveram como fundamento a existência de erros na identificação por meio de fotografias (Pesquisa [...], 2024).

Os dados foram coletados pelo gabinete do Ministro **Rogério Schietti Cruz** e têm como fundamento as decisões monocráticas e colegiadas proferidas no âmbito da Quinta e da Sexta Turmas, no período compreendido entre 1º de janeiro e 31 de dezembro de 2023.



Conforme estudo: “ao longo de 2023, foram analisados 4.942 casos em que a defesa questionava o procedimento adotado no reconhecimento pessoal de suspeitos, resultando em 268 acórdãos e 4.674 decisões monocráticas. Em 377 desses julgamentos, houve a revogação da prisão provisória ou a absolvição do réu” (Pesquisa [...], 2024).

Nos casos que foram revistos pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2023, em geral, as instâncias de origem haviam entendido que o artigo 226 do Código de Processo Penal traria apenas uma “recomendação” e não uma “obrigatoriedade”, de modo que o descumprimento do dispositivo legal não motivaria a declaração de nulidade da prova colhida.

Em verdade, o ideal de aplicação de justiça, partindo, manifestamente, dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, em “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” (Brasil, 1988, Inciso LV, art. 5º).

3 A INJUSTIÇA POR CARÊNCIA E A INJUSTIÇA POR EXCESSOS

Ab initio, visando compreender o alcance da injustiça por carência e da injustiça por excessos, podemos salientar que a Constituição Federal de 1988, remontando à *Magna Charta Libertatum de 1215*, de suma importância no direito anglo-saxão incorporou ao nosso ordenamento jurídico o princípio do devido processo legal.³

³ Art. 5º, LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil, 1988 – LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Vanessa Rovaron Brandão

De igual modo, o artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Humanos, certifica que:

Todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Eis um teorema geral, que pode ser muito útil para calcular a certeza de um fato e principalmente o valor dos indícios de um delito:

Quando as provas de um fato se apoiam entre si, isto é, quando outros indícios do delito não se sustentam senão uns pelos outros, quando a força de várias provas depende da verdade de uma só, o número dessas provas nada acrescenta nem subtrai à probabilidade do fato: merecem pouca consideração porque, destruindo a única prova que parece certa, derrubais todas as outras.

Mas quando as provas são independentes, isto é, quando cada indício se prova à parte, quanto mais numeroso forem esses indícios, tanto mais provável será o delito, porque a falsidade de uma prova em nada influi sobre a certeza das restantes (Beccaria, 2015, p. 31).

A começar, convém frisar que **Alexandre de Moraes**, em sua obra, aduz:

Inovando em relação às antigas Cartas, a Constituição atual referiu-se expressamente ao devido processo legal, além de fazer-se referência explícita à privação de bens como matéria a beneficiar-se também dos princípios próprios do direito processual penal (Moraes, 2023, p. 256).

E na opinião de Beccaria:

Da mesma forma, não se deve admitir com precipitação a acusação de uma crueldade sem motivos, porque o homem só é cruel por interesse, por ódio ou por temor. O coração



humano é incapaz de um sentimento inútil; todos os seus sentimentos são o resultado das impressões que os objetos causaram sobre os seus sentidos (Beccaria, 2015. p. 35-36).

Destarte, mostra-se necessário um estudo crítico sobre injustiça por carência e injustiça por excessos. Vejamos:

Justiça e injustiça são questões atinentes ao campo da razão prática. É a justiça de qualidade, afecção, bondade, autorrealização, ou o quê? É ela, aristotelicamente, virtude ética, e nada mais. Seu campo é o da ponderação entre dois extremos, o da injustiça por carência e o da injustiça por excesso. Com esse apelo ao virtuosismo, reclama-se maior espaço para a atuação da *prudentia*, e dos demais atributos da racionalidade humana, o que, em todos os sentidos, tem sido subestimado pelo homem moderno. Talvez seja uma forma de se retomar a valorização do problema da justiça como um problema genuinamente humano, ou mais, puramente humano (Bittar; Almeida, 2015, p. 178).

Por óbvio, entrevê-se que pelo passar do tempo ou até mesmo cegadas pelo instinto de justiça, pode haver mentiras ou falsas memórias por parte dos depoentes, distanciando a verdade da realidade, e, por isso, revelando a destrutividade humana por algum descuido ou esquecimento.

Em sentido estrito, não se trata de pensá-las como antagônicas e tampouco dissociá-las, mas de considerá-las partes integrantes de acordo com a sua complexidade no liame da justiça e do direito, sem que venham ser as provas apenas testemunhais propensas a mentiras e falsas memórias, a condenar inocentes, justificando-se, apenas, se todos os requisitos em lei estiverem preenchidos em sua integralidade.

Encetamos com essa breve análise e para cabal compreensão entre a lei processual penal e as causas de justificação, que dialogando com as fontes de provas, também reitera-se o compromisso de construção da justiça de uma forma não autoritária do olhar, mas sim, fundada na construção da ampla

defesa e contraditório, como garantia constitucional, no âmbito interno, ao princípio da não culpabilidade insculpido na Carta Magna de 1988.⁴

“Para além das garantias constitucionais, existem regras processuais específicas que reforçam a preocupação do sistema jurídico com a qualidade epistêmica da prova, inclusive da prova testemunhal” (Marmelstein, 2022, p. 228).

Contextualiza-se: “Todos esses problemas merecem que se procure resolvê-los com essa precisão geométrica que triunfa da destreza dos sofismas, das dúvidas tímidas e das seduções da eloquência” (Beccaria, 2015, p. 21).

De maneira concorde, em sua obra, **Arthur Cogan**, procurador de justiça aposentado e ex-corregedor geral do Ministério Público, aduz o importante papel desempenhado pelos promotores de justiça na busca da verdade materialmente possível: “A justiça busca a verdade no processo. De igual modo, o Promotor. E, uma vez que a verdade se manifesta, através das provas colhidas na instrução processual, impõe-se ao Promotor reconhece-la, ainda que em desabono da tese da acusação” (Cogan, 2016. p. 26).

Aduz, ainda, em sua obra:

Que o Promotor de Justiça jamais se utilize de ardis, sofismas ou artimanhas para impedir que o pronunciamento da justiça contrarie a sua pretensão. No duelo judiciário, o Promotor deve ter a nobreza de abater suas armas, em homenagem à verdade e à justiça (Cogan, 2016. p. 26).

Urge entender que:

⁴ Art. 5º, LVVII da Constituição Federal, 1988 – “(...) LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (...)”.



[...] aquele que comete injustiças é o ímpio. Pois dado que a natureza do conjunto universal tem feito os seres racionais para ajudar uns aos outros, de maneira que favorecesse uns aos outros, segundo seu mérito, sem que nenhum caso se prejudicasse (Aurélio, 2021, p. 92).

Neste ponto, inegavelmente, vem à baila que toda e qualquer condenação deve ser guiada pelo conjunto probatório. Nesta toada, devemos recordar que “o reconhecimento de pessoas é uma prova dependente da memória humana, e, portanto, passível de falhas” (Conselho Nacional de Justiça, 2023, p. 17).

Atual a lição de **Arthur Cogan**: “Que não se procure a condenação do réu como êxito pessoal, mas tão só como um imperativo ditado pela lei” (2016, p. 27).

Nesta toada, “o discernimento permite ao homem domar seus instintos e vencer suas temeridades” (Bittar; Almeida, 2015, p. 185).

Não há dúvida de que a lei é o parâmetro de conduta do cidadão. Deste modo, a limitação da sua liberdade só poderá ser condicionada mediante previsão legal.

Não por outra razão, o objetivo primacial do Ministério Público não é a condenação do réu, mas sim, a realização da justiça pautada estritamente no princípio da legalidade. “O Promotor de Justiça deve procurar, por certo, a condenação do infrator. Mas, se os elementos de convicção, colhidos no processo, não lhe endossarem o libelo, cabe-lhe aceitar sem subterfúgios a realidade” (Cogan, 2016, p. 26).

Superado este ponto, cabe ao Poder Judiciário o papel de análise e aplicação da lei penal e lei processual penal, velando pelas garantias individuais que deverão ser analisadas face ao caso concreto no momento oportuno. Para **Beccaria**:

As formalidades e criteriosas procrastinações são necessárias nos processos criminais, ou porque não deixam nada à arbitrariedade do juiz, ou porque fazem compreender ao povo que os julgamentos são feitos com solenidade e segundo as regras, e não na precipitadamente ditados pelo interesse; ou, finalmente, porque a maior parte dos homens, escravos do hábito, e mais inclinados a sentir do que a racionar, fazem assim uma ideia mais augusta das funções do magistrado (2015, p. 34).

Para fins de análise do direito probatório, em regra, devemos perquirir a verdade dos fatos por intermédio de elementos que possam contribuir com a formação do convencimento do magistrado, obtendo assim a sua finalidade, a condenação ou absolvição.

É, em poucas palavras, a falibilidade probatória – admitir que o reconhecimento de pessoas sem seguir o procedimento regular previsto em lei pode ensejar uma descredibilidade da prova produzida perante o julgador. Isso pode comprometer a higidez da cadeia de custódia, implicando, inclusive, nulidade absoluta prejudicando o seu controle epistêmico.

Em verdade, como diria **Edilson Vitorelli e Gustavo Osna** (2023, p. 140):

[...] em todo processo, civil ou penal, a verdade dos fatos não é o valor mais elevado. A verdade é importante, mas apenas dentro dos limites da legalidade. O sistema prefere, como regra, que seja produzida uma sentença errada (no sentido de contrária àquilo que, de fato aconteceu), mas baseada em elementos legais, do que uma decisão correta, mas fundada em provas ilegais.



4 MENTIRAS E FALSAS MEMÓRIAS

O cérebro humano pode gravar diversas situações que nunca ocorreram como se fossem lembranças verdadeiras. Eis que, neste sentido, à luz do processo penal podem trazer consequências nefastas.

Nas palavras de **Salvador Dalí**: “a diferença entre as recordações falsas e as verdadeiras é a mesma que existe entre as jóias: são sempre as falsas que parecem mais reais, mais brilhantes”.

Devemos recordar que o nosso cérebro é o órgão responsável pelo armazenamento de nossas experiências de vida, formando o que chamamos de memória. Entrementes, o processo de construção da nossa memória não é linear, podendo haver falhas em seu armazenamento. Esses erros no processamento da nossa memória chamamos de falsas memórias.

Assim, se uma pessoa relata uma experiência ou acontecimento que jamais existiu, pode não ser uma mentira, quando o evento de fato não é verdadeiro, mas sim, um defeito no processo de retenção de informações e armazenamento em sua memória.

Deste modo, quando há de fato uma mentira, a pessoa possui consciência disso e, por diversas vezes, visa obter algum tipo de vantagem com essa mentira.

Almeja-se, neste afã, compreender-se quando a testemunha relata acontecimentos, naturalmente estamos diante de provas, devendo ser valoradas e utilizadas com estrita legalidade, sob pena de ofensa ao princípio da presunção da inocência e ampla defesa e contraditório.

Daí compreende-se o motivo da afronta aos princípios insculpidos no texto constitucional em caso de não cumprimento da cadeia de custódia

Vanessa Rovaron Brandão

em sua integralidade, salvaguardando, assim, a higidez das provas testemunhais e, posteriormente, vem à baila, caso não seja cumprida, inclusive uma fonte de violação dos direitos humanos.

Nesta toada, naturalmente, o princípio da dignidade humana recairá como um princípio matriz de todos os outros direitos fundamentais.

Insculpida como fundamento da República Federativa do Brasil, a dignidade da pessoa humana traz a máxima efetividade a todos os outros direitos fundamentais e deve ter eficácia direta, sobretudo, no princípio da presunção da inocência, positivado no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal de 1988, cuja redação aduz que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (Brasil, 1988, Art. 5º, LVII).

Com isso, o agir do Estado, há de induzir a observância dos procedimentos descritos no artigo 226 do CPP, notadamente necessários, para fins de que haja um reconhecimento fotográfico ou mesmo presencial do autor do delito, totalmente acertado, da melhor maneira, que não olvide princípios jurídicos e sociológicos fundamentais que permeiam o arcabouço da ampla defesa e contraditório, bem como, se coadune com a matriz garantista do processo penal, voltando-se à busca da verdade materialmente possível da forma mais precisa e tenaz, assegurando, assim, a melhor acuidade possível na identificação dos acusados.

De maneira concorde, em sede do Habeas Corpus nº 652.284-SC (Brasil, 2021), o Excelentíssimo Ministro Relator **Reynaldo Soares Da Fonseca**, salientou que:

4. Uma reflexão aprofundada sobre o tema, com base em uma compreensão do processo penal de matiz garantista voltada



para a busca da verdade real de forma mais segura e precisa, leva a concluir que, com efeito, o reconhecimento (fotográfico ou presencial) efetuado pela vítima, em sede inquisitorial, não constitui evidência segura da autoria do delito, dada a falibilidade da memória humana, que se sujeita aos efeitos tanto do esquecimento, quanto de emoções e de sugestões vindas de outras pessoas que podem gerar “falsas memórias”, além da influência decorrente de fatores, como, por exemplo, o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor; o trauma gerado pela gravidade do fato; o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos); estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo, etnia etc.).

Nas palavras do Ministro Rogerio Schietti Cruz, as fotografias apresentam uma maior propensão a resultar em reconhecimentos equivocados:

Via de regra, foi possível observar que o uso de imagens despadronizadas, extraídas de redes sociais e desatualizadas, foi acompanhado de práticas nada confiáveis. Algumas delas: ausência de tomada de descrição prévia do autor, show up (exibição de uma única foto), envio prévio de foto por WhatsApp ao reconhecedor e repetição do procedimento em juízo – a partir da qual, longe de poder corrigir a nulidade, deixam-se inocentes desprotegidos (Pesquisa [...], 2024).

Nesse contexto:

É mais fácil banir do que controlar impulsos passionais, é mais fácil não os admitir do que mantê-los em ordem quando acolhidos; pois quando estes se estabelecem em nossa mente, são mais poderosos que aquele que o controla, e de maneira alguma se deixarão enfraquecer ou restringir (Aurélio *et al.*, 2022, p. 57).

Há, por fim, nesse sentir, uma paradigmática frase de **Cesare Beccaria**: “uma testemunha só não basta porque, negando o acusado o que a testemunha afirma, não há nada de certo e a justiça deve então respeitar o direito de cada um ser inocente” (Beccaria, 2015, p. 35).

5 O EFEITO MANDELA

Pergunta-se: podemos considerar falsas memórias o fato de diversas pessoas recordarem, coletivamente, de algo que não ocorreu?

Vamos lá! Chamamos as falsas memórias coletivas do efeito Mandela. Essa denominação se deu pelo fato de diversas pessoas pensarem que Nelson Mandela havia morrido na prisão. Entretanto, esse fato não ocorreu. Nelson Mandela foi libertado em meados de 1990, sendo, posteriormente, presidente da África do Sul. Por fim, apenas, em 5 de dezembro de 2013, veio a falecer por complicações pneumológicas.

As falsas memórias existem de fato, mas não são apenas um fenômeno individual. Multidões inteiras também podem se lembrar de coisas incorretamente – isso é o que se convencionou chamar de efeito Mandela (Köhn, 2024).

Inclusive, após passados 23 anos, após a data da sua suposta morte e sua morte real, diversas pessoas acreditavam que imagens do seu funeral tinham circulado nos veículos midiáticos.

Não obstante, o meio jurídico perpassa no tema – efeito Mandela – com a finalidade de realizar a investigação desse fenômeno nas provas testemunhais.

Aventa-se: é possível plantar falsas memórias por meio de histórias distorcidas ou questionamentos direcionados e diversas pessoas chegarem ao mesmo equívoco, mesmo em um sentido manifestamente contrário à situação?



Na verdade, mesmo que pareça inacreditável, acontecem situações em que diversas pessoas se recordem coletivamente de determinadas experiências, mesmo que inexistentes. Isso é chamado de efeito Mandela.

A falsa memória sugerida é aquela que combina uma memória verdadeira com sugestões vindas de outras pessoas. Nesse sentido, foi feito um estudo para comprovar que é possível sugestionar a lembrança do indivíduo (Faculdade Volpe Miele, a2021).

Por isso, chega-se ao ponto de afirmar, que o cérebro humano não registra lembranças como uma máquina fotográfica, sendo altamente sugestionável, por vezes, tão pouco confiável.

Deste modo, dentro do liame do direito de punir do Estado, há de se rememorar a estrita observância dos procedimentos descritos no artigo 226 do CPP, para fins de que haja um reconhecimento fotográfico ou presencial acertado, garantindo a busca da verdade materialmente possível, assegurando, sempre, ao acusado o direito à ampla defesa e contraditório.

Por fim, em aquiescência de palavras: “tenho certeza de que, no dia em que a humanidade fizer a opção de retornar aos braços, ao aconchego de seu Criador, já não haverá mais a necessidade do Direito Penal” (Greco, 2020).

6 CONCLUSÕES

1. Na conjuntura humana, para cada pessoa há uma interpretação diferente.
2. A justiça busca a verdade materialmente possível no processo penal.

3. O dilema que permeia a caracterização do reconhecimento de pessoas e da prova testemunhal no âmbito do Processo Penal reside na complexa intersecção entre a injustiça por carência e a injustiça por excessos.
4. A confiança depositada no ato de reconhecimento, frequentemente cerceada pela possibilidade de mentiras e falsas memórias, revela um campo minado de incertezas que pode comprometer a integridade da justiça.
5. A condenação com base em provas testemunhais é uma realidade fenomênica cada vez mais combatida e alardeada, conquanto, ainda está distante de ser um problema resolvido.
6. Manifestamente, no plano teórico, doutrinário, jurisprudencial, das ciências humanas e sociais, busca-se a proteção do direito à ampla defesa e contraditório, pautado no princípio da presunção da inocência, até que sobrevenha sentença penal condenatória transitada em julgado.
7. A descrição do autor do delito deve ser realizada de uma forma livre para fins de assegurar a integridade das informações prestadas e a higidez da cadeia de custódia.
8. O ser humano não é suscetível a sentimentos despropositados; cada emoção é uma resposta às experiências e percepções que lhe são apresentadas.
9. No entendimento aristotélico, a justiça é reconhecida como uma virtude ética fundamental, que deve ser minuciosamente explorada e compreendida.



10. O reconhecimento de pessoas tem por finalidade identificar o ofendido, o acusado ou testemunhas e pode ser determinado na fase preliminar ou processual, tanto pela autoridade policial, quanto pelo magistrado.
11. O reconhecimento é a identificação empírica. A identificação é o reconhecimento científico.
12. A valoração dos indícios de um delito deve visar ao alcance pretendido, combatendo, contudo, a injustiça por carência e a injustiça por excessos.
13. A busca da verdade materialmente possível deve contribuir para a formação de convencimento do magistrado.
14. A condenação do réu não é a busca de um êxito pessoal, mas tão somente um imperativo ditado pela lei.
15. O cérebro humano pode gravar diversas situações que nunca existiram como se fossem lembranças verdadeiras, que à luz do processo penal, podem trazer consequências nefastas.
16. Experiências ou acontecimentos que jamais existiram podem não ser uma mentira, mas sim, um defeito no processo de retenção de informações e armazenamento: falsas memórias.
17. Por fim, a situações em que diversas pessoas se recordam coletivamente de determinadas experiências, mesmo que inexistentes, chamamos de efeito Mandela.

REFERÊNCIAS

AURÉLIO, Marco. *Meditações*. São Paulo: Camelot, 2021.

AURÉLIO, Marco; Sêneca; Epiteto *et al.* *365 Reflexões Estoicas*. São Paulo: Camelot Editora, 2022.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro, 2015.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*. São Paulo: Atlas, 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. (5 de outubro de 1988). Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. *Decreto-Lei n° 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 28 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n° 652.284-SC* (2021/0076934-3), relator: ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=125129142&tipo=5&nreg=202100769343&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210503&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.373.356-BA*, 2013, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, por unanimidade, julgado em 20/4/2017, DJe 28/4/2017. Disponível em:



<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27201300972922%27.REG>. Acesso em: 21 jun. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.674.198-MG*, 2017. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1663370&num_registro=201700075026&data=20171212&formato=HTML. Acesso em: 21 jun. 2024.

COGAN, Arthur. *Cesar Salgado: o promotor das Américas*. São Paulo: APMP – Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *O que você precisa saber sobre o reconhecimento de pessoas*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/08/cartilha-reconhecimento-de-pessoas-v14-2023-07-31.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2024.

GRECO, Rogério. *Código Penal: Comentado*. Niterói, RJ: Impetus, 2020.

FACULDADE VOLPE MIELE. *Falsas memórias: por que lembramos de situações que não ocorreram?* a2021. Disponível em: <https://blog.fvm.edu.br/2023/03/07/falsas-memorias-por-que-lembramos-de-situacoes-que-nao-ocorreram/#:~:text=Esses%20erros%20no%20processamento%20da,o%20evento%20n%C3%A3o%20%C3%A9%20verdadeiro>. Acesso em: 21 jun. 2024.

KÖHN, Hinnerk. *Lembrança falsa: o efeito Mandela*. *Revista Humboldt*. Alemanha. Goethe Institut, 2020. Disponível em: <https://www.goethe.de/prj/hum/pt/deu/21931772.html>

MARMELSTEIN, George. *Testemunhando à injustiça: Ciência da prova testemunhal e das injustiças inconscientes*. 3. ed. Salvador: Juspodvim, 2022.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 307.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional* (39. ed.). São Paulo: Atlas, 2023.

Vanessa Rovaron Brandão

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. 25. ed. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

PESQUISA no STJ mostra ainda resistências à jurisprudência sobre o reconhecimento de pessoas. *STJ Notícias*. 17/05/2024. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2024/17052024-Pesquisa-no-STJ-mostra-ainda-resistencia-a-jurisprudencia-sobre-reconhecimento-de-pessoas.aspx>. Acesso em: 10 set. 2024.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de direito processual penal*. 12 ed., rev. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

UNICEF. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 28 jun. 2024.

VITORELLI, Edilson; OSNA, Gustavo. *Introdução ao processo civil e à resolução de conflitos*. 2. ed. São Paulo: Editora Juspodivm. 2023.