

A REFORMA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS NO PROCESSO PENAL À LUZ DOS "AVANÇOS CIENTÍFICOS": O POTENCIAL E OS LIMITES DO DIÁLOGO ENTRE A CIÊNCIA E O DIREITO

Thiago Pinheiro Corrêa¹

Vitor Souza Cunha²

Resumo

O artigo busca discutir a natureza conflituosa do relacionamento entre direito e ciência e apresenta os possíveis riscos que a aproximação entre eles pode gerar. Para ilustrar os possíveis conflitos decorrentes desse relacionamento, o artigo analisa a recente proposta formulada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que sugere alterar o regime jurídico da prova decorrente do reconhecimento de pessoas no processo penal. Valendo-se das categorias teóricas da aproximação fraca e aproximação forte entre direito e ciência, o artigo aponta alguns aspectos problemáticos da proposta feita pelo CNJ que expressam o que denominamos riscos metodológicos e riscos epistêmicos. O trabalho conclui que, a despeito do conflito, é oportuna a aproximação entre direito e ciência, desde que ela seja conduzida com o reconhecimento prévio não só das potencialidades, mas também dos limites e, especialmente, do papel esperado do argumento científico diante dos argumentos jurídico e político.

Palavras-chave: Processo penal. Reconhecimento de pessoas. Direito e ciência. Potencialidades e desafios.

Abstract

The article aims to discuss the conflicting nature of the relationship between law and science and presents the potential risks that their convergence can generate. To illustrate this conflictual relationship, the article analyzes the recent proposal made by the National Council of Justice (CNJ), which aims to change the legal regime of eyewitness identification in criminal proceedings. By employing the theoretical concepts of weak and strong approximation in the relationship between law and science, the article points out some problematic aspects of the CNJ's proposal that express what we call methodological and epistemic risks. The article concludes that while the relationship between law and science can be conflictual, their approximation can be beneficial provided that it is conducted with prior recognition not only of the potential benefits, but also of the limitations, and most importantly, of the expected role of scientific arguments in relation to legal and political arguments.

Keywords: Criminal procedure. Eyewitness identification. Law and science. Potentials and challenges.

¹ Doutorando em Direito pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV Direito Rio). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Procurador da República

² Doutorando em Processo Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Procurador da República

1. INTRODUÇÃO

No final de 2022 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou relatório elaborado pelo Grupo de Trabalho Reconhecimento de Pessoas (GT-RC). O objetivo declarado do GT-RC era o de “superar falhas no reconhecimento de pessoas” e, com isso, “evitar a condenação de pessoas inocentes”.³ O relatório compila os resultados de pesquisas conduzidas por cinco comitês técnicos, sendo que a um desses comitês foi atribuída a responsabilidade de “sugerir uma nova disciplina para o tema no Código de Processo Penal, atualizando a legislação nacional à luz dos avanços científicos na área”.⁴ Para além desse objetivo, haveria ainda outros, que abrangeriam, por exemplo, a confecção de protocolos destinados ao reconhecimento pessoal nas delegacias de polícia e nas varas judiciais. Avaliados tais objetivos em conjunto, conclui-se que o CNJ pretendeu discutir e incentivar a construção de uma verdadeira política pública voltada ao tema.

A iniciativa do CNJ é louvável por duas razões: (i) pelo esforço de atualizar o processo penal brasileiro “à luz dos avanços científicos na área”; para (ii) diminuir, com esses esforços de atualização, a probabilidade da ocorrência de erros no processo penal brasileiro.⁵ Este artigo pretende se debruçar sobre o item (i) e discutir os riscos associados à tentativa de aproximação entre direito e ciência, riscos que aparentemente não foram levados em consideração pelo CNJ ao avaliar o estado da arte das ciências por ele invocadas e ao editar as recomendações sugeridas pelo GT-RC. Nosso objetivo não é o de questionar a viabilidade ou necessidade de incorporação, pelo direito, dos métodos de análise e conclusões das ciências sociais. O que buscamos é sensibilizar as instituições de formulação e aplicação do direito para a necessidade

³ Ambas as expressões constam no título de notícia extraída no sítio eletrônico do CNJ: <<https://www.cnj.jus.br/resolucao-do-cnj-busca-superar-falhas-no-reconhecimento-de-pessoas/>>. Acesso em 9 fev. às 14h33min.

⁴ Outros objetivos foram: (i) diagnosticar “os elementos catalisadores da condenação de inocentes no sistema de justiça criminal brasileiro, avaliando o impacto específico do erro de reconhecimento, com atenção para os novos problemas trazidos pela incorporação de tecnologia e inteligência artificial nessa área, e preocupação especial com as determinações do racismo estrutural; (ii) elaborar “sugestões de protocolos e de melhores práticas para reconhecimento pessoal e fotográfico em sede policial, como guia para controle judicial de possíveis nulidades; (iii) “redigir uma proposta de regulamentação de diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal no país e a sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário”; (iv) “organizar uma publicação técnica e definir ações para capacitação de magistrados e demais autoridades públicas interessadas e popularização do problema do erro de reconhecimento.”

⁵ O objetivo do trabalho era, na verdade, mitigar o potencial cometimento de apenas uma única modalidade de erro, que são as falsas condenações. Não há menções à tentativa de se mitigar o erro materializado pelas falsas absolvições. Para uma análise dessa concepção expandida de erro, ver: (CORRÊA e THEVENARD, 2022).

de que essa aproximação deva ser metodologicamente orientada e, ao mesmo tempo, preocupada com os potenciais riscos que lhe são inerentes. Defendemos que o emprego de dados empíricos e de conclusões científicas, pelo direito, deve ser feita a partir do reconhecimento prévio do potencial, dos limites e do papel das ciências. Eventual otimismo ingênuo que se atribua ao argumento científico tende, no limite, a inviabilizar ou deslegitimar a sua aproximação com o argumento jurídico.

A tendência de aproximação, no Brasil, entre direito e ciência é útil e merece aplausos, mas ela não é imune a críticas. O tema, de forma ampla, não é propriamente novo e já foi abordado, no Brasil, sob as perspectivas metodológica (MOLHANO, 2010) e epistemológica (SCHUARTZ, 2009). Este trabalho pretende ir além e problematizar um fenômeno aparentemente novo, que é a construção de políticas públicas, por integrantes do sistema de justiça⁶, com base nessa aproximação.

O artigo se desenvolve da seguinte forma. Além desta introdução, é dividido em duas partes e uma conclusão. A primeira parte será dedicada à exposição dos riscos associados ao “casamento tumultuado” entre direito e ciência (HAACK, 2009). A segunda parte tratará especificamente do relatório do CNJ e problematizará, a partir das conclusões nele contidas, de que forma tais riscos podem se materializar na prática, especialmente para a construção de políticas públicas no âmbito do sistema de justiça criminal.

2. AS PREOCUPAÇÕES METODOLÓGICAS E EPISTEMOLÓGICAS DECORRENTES DA APROXIMAÇÃO ENTRE DIREITO E CIÊNCIA

O senso comum sugere que o jurista⁷ vive em uma espécie de “torre de marfim”. Encastelado, o centro de suas preocupações seria a busca por uma pretensa pureza conceitual trabalhada a partir de ideias puramente abstratas. Absorto em elocubrações teóricas, ele permaneceria inebriado por um dogmatismo sufocante e despreocupado com o mundo à sua volta.⁸ Essa é, claro, uma visão tanto idealizada quanto pejorativa a respeito da atividade jurídica e do trabalho realizado pelo jurista. Mas, mesmo que a representação do “jurista

⁶ Um possível questionamento a respeito da legitimidade das instituições que integram o sistema de justiça, como o CNJ, para elaborar ou propor políticas públicas poderia ser levantado. Essa importante discussão, contudo, não é objeto do presente trabalho.

⁷ Expressão utilizada, aqui, em sentido amplo e que abarca todos os operadores do direito.

⁸ “Umás e outras – críticas e exortações – parecem pretender escapar da pecha tão comumente aplicada aos juristas de fugirem do contato com a realidade empírica e se refugiarem num mundo de abstrações, produzindo um saber “alienado”. (OLIVEIRA, 2004, p. 5.)

encastelado” consista em um evidente exagero retórico, há, nela, algo a ser levado a sério.

Pintada em cores mais suaves, a crítica já foi dirigida, por exemplo, à academia jurídica brasileira, acusada de “negligenciar” a pesquisa empírica (OLIVEIRA, 2004), e às próprias instituições que integram o sistema de justiça, apontadas como pouco responsivas para com a realidade que as envolve (SILVA, 2001). Não por acaso, o próprio *status* científico do direito já foi alvo de questionamentos justamente por conta de sua alegada incapacidade de regular, eficazmente, a vida em sociedade (HOECKE, 2011).

Há boas razões, no entanto, para que o adágio “se não está nos autos, não está no mundo” conserve o seu papel de mero exemplo oferecido em aulas de processo. O direito e especialmente a academia jurídica tendem a ganhar com o diálogo sério, honesto e comprometido com outros ramos do saber. Sociologia, antropologia, economia, psicologia, genética, medicina, programação, história, ciência política e tantas outras áreas do conhecimento podem contribuir decisivamente para a construção de modelos teóricos que auxiliem a compreensão do fenômeno jurídico e para a interpretação – e eventual crítica – de normas jurídicas já positivadas. A noção de que a biblioteca seria o único “laboratório” do jurista deve ser encarada, hoje, com reservas.⁹

A questão relevante passa a ser, nesse contexto, a intensidade desejável da aproximação entre o direito e os outros ramos do saber. Uma aproximação a que chamaremos *forte* representaria a construção de uma “super ciência interdisciplinar” (HOECKE, 2011), responsável pela integração completa e absoluta entre todos os campos do conhecimento. Uma aproximação *fraca*, por outro lado, não pretenderia propriamente a *integração*, mas o estabelecimento ocasional de vínculos entre direito e ciência. Ao jurista caberia selecionar, episodicamente, junto aos demais campos do saber, os *inputs* considerados relevantes e, em seguida, processá-los juridicamente, mediante a confecção de decisões juridicamente vinculantes.¹⁰ Há indícios de que a aproximação, nesses termos (*fraca*), já venha ocorrendo, inclusive no Brasil. Isso poderia ser verificado, por exemplo, no crescente interesse da academia jurídica brasileira pela pesquisa baseada em referências empíricas, ou seja, em evidências sobre o mundo coletadas através de observações e experiências (MOLHANO, 2010)

⁹ A ideia da biblioteca enquanto “laboratório” é atribuída a Christopher Columbus Langdell, reitor da Universidade de Harvard, em discurso dirigido à associação da escola de direito da universidade em 1886. A frase é a seguinte: “[t]he library is the proper workshop of [law] professors and students alike; that is to us all that the laboratories of the university are to chemists and physicists, all that the museum of natural history is to the zoologists, all that the botanical garden is to the botanists” e pode ser encontrada em du Laing (2011, p. 241).

¹⁰ Para os fins do presente trabalho, a “decisão juridicamente vinculante” pode ser uma decisão judicial ou um ato legislativo com força normativa.

conduzidas por outros ramos das ciências sociais em geral. Ao tempo em que permitiria maiores níveis de integração entre o direito e outros campos do conhecimento, essa aproximação fraca preservaria as bases epistemológicas e metodológicas próprias, tanto do direito como dos outros ramos do saber. A relação assumiria natureza instrumental, de forma que os “elementos das ciências sociais podem ser usados mais sistematicamente para sustentar a pesquisa jurídica” (HOECKE, 2010, p. ix). A sociologia, por exemplo, “apareceria como uma espécie de ciência auxiliar da pesquisa sócio-jurídica” (OLIVEIRA, 2004, p. 19), e assim por diante.

As duas modalidades de aproximação geram, contudo, problemas potenciais.

Ao pretender a *integração* entre o direito e, no limite, *todos* os outros ramos que compõem as ciências sociais, a aproximação forte pressuporia, necessariamente, a construção de bases epistemológica e metodológica únicas, capazes de promover a convergência entre modelos teóricos e técnicas (de coleta de dados e avaliação) distintas. Com isso, haveria o risco de que todos os elementos dessa “superciência”, compactados em uma massa monolítica de ideias, modelos e técnicas perdessem as suas próprias identidades (HOECKE, 2011).¹¹ Qual seria o valor e a utilidade do conhecimento produzido a partir daí? Difícil prever.

A despeito de veicular pretensões menos ousadas, a aproximação fraca também é fonte de problemas. O emprego – ainda que episódico e instrumental –, pelo direito, dos elementos colhidos pelas ciências sociais levanta questionamentos de natureza metodológica. Afinal de contas, trabalhar, no e pelo direito, com dados empíricos é – ainda que momentaneamente – ir para *além do direito*. Pressupõe alcançar, coletar, classificar e avaliar fenômenos ocorridos no mundo para “definir conceitos e/ou [para] estabelecer relações de causalidade” entre eles (MOLHANO, 2010, p. 71) e, somente a partir daí, definir, *normativamente*, se tais relações são desejáveis ou não. Trabalhar com o empírico pressupõe o emprego de modelos mentais e métodos que são, a princípio, estranhos ao jurista (OLIVEIRA, 2004, p. 9), de forma que o risco metodológico diz respeito ao emprego potencialmente equivocado de técnicas e métodos (não necessariamente jurídicos) destinados à coleta de dados que venham a embasar decisões jurídicas. O desafio associado a esse risco é de empregar o conjunto de ferramentas posto à disposição pelas ciências sociais “com a finalidade de aprimorar a validade e a confiabilidade

¹¹O alerta é feito por Hoecke, no prefácio do seu livro: “*It would be very difficult, if not impossible, to demarcate a common epistemological framework, within which common methodologies could be worked out for quite diverging research purposes. Moreover, such methods should be so diverse that it would be extremely difficult to combine all the research skills needed, even in a coherent research team. In practice, the adequate research activities will rather be multi-layered, such as legal doctrine using elements of behavioral economics which, in turn, uses elements of evolutionary analysis in law*” (2011, p. ix).

das descrições e explicações dos estudos sobre o mundo legal” (MOLHANO, 2010, p. 71).

O outro risco é de natureza *epistemológica*: a aproximação entre direito e ciência promove uma associação, ainda que efêmera, entre campos sociais que operam a partir de lógicas distintas, que almejam objetivos distintos e cujos produtos finais são, também, distintos. O conceito de "verdade" não transita livremente e sem entraves entre a ciência e o direito e, por conta disso, *provar* algo em termos científicos não significa o mesmo que *provar* algo em termos jurídicos. Desse modo, as ciências “usualmente produzem conhecimentos muito menos seguros, e conclusões muito mais instáveis, que os gerados fora do seu âmbito” (SCHUARTZ, 2009, p. 3).¹² Se a vocação do direito é produzir segurança e estabilidade, a da ciência é gerar um conhecimento *contestável* e, por isso mesmo, potencialmente cambiante e transitório. Nesse ponto, Schuartz alerta que a “possibilidade de circulação pelo interior da Ciência” levaria, potencialmente, à perda da capacidade de controle intersubjetivo das razões argumentativas invocadas em processos jurídico-decisórios. E isso, da perspectiva do direito, representaria menos “benção” do que “maldição” (2009, p. 2).

Concretizados – isolada ou associadamente –, tais riscos podem levar ao comprometimento da aproximação entre direito e ciência, seja porque a metodologia destinada à coleta e avaliação dos dados empíricos falha, seja porque os atores que a promovem deixam de reconhecer, de forma prévia e explícita, a inerente contestabilidade do conhecimento científico que serve de matéria prima ao direito, mesmo aquele produzido de forma metodologicamente adequada. Se a metodologia falha, o argumento científico é inválido. Se o *disclosure* relacionado à natureza e limitações do conhecimento científico não é apresentado, o argumento dele extraído pode, a depender da forma como é introduzido nos processos de produção e aplicação do direito, assumir pretensões de inevitabilidade e inderrogabilidade.¹³ Em ambos os casos, a decisão normativa produzida mediante a incorporação do argumento científico é ilegítima, seja porque produzida a partir de técnicas inadequadas, seja porque associada a falsas pretensões de estabilidade. No ambiente adjudicatório, o comprometimento

¹²A íntegra da bela passagem é: “As doses de segurança e de certeza que se esperam do Direito e supõem como possíveis nos processos de adjudicação são sabotadas cotidianamente e indiferentemente pela Ciência, cujas operações não reduzem, mas ao contrário, aumentam incertezas e usualmente produzem conhecimentos muito menos seguros, e conclusões muito mais instáveis, que os gerados fora do seu âmbito (Luhmann, 1994, p. 325; Haack, 2004).”

¹³No caso da metodologia falha, a ilegitimidade do argumento jurídico decorre da própria invalidade das conclusões científicas que lhe deram suporte. Já a pretensão de inevitabilidade ou inderrogabilidade do argumento científico produzido sem o adequado *disclosure* decorre da postura do agente (institucional, ou não) que se utiliza do primeiro para decidir. Essa postura pode ser não intencional, decorrente de uma visão ingênua a respeito das potencialidades do conhecimento científico.

da aproximação tende a afetar a dimensão argumentativa do processo de aplicação do direito, decorrência da perda da capacidade de controle intersubjetivo das razões oferecidas pelos participantes do processo (SCHUARTZ, 2009). No ambiente legislativo, o comprometimento tende a ser ainda mais perverso porque as pretensões de estabilidade podem mascarar eventuais divergências sobre valores e transformá-las em consensos artificiais. O emprego “honorífico”¹⁴ da ciência pode sonegar, da política, o seu papel de espaço social para a acomodação de dissensos morais (SCHUARTZ, 2008, p. 132). Afinal de contas, se a ciência diz X, há espaço para se discutir Y?

3. A PROVA DECORRENTE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS: O QUE A CIÊNCIA TEM A DIZER AO DIREITO?

Os dois tipos de riscos que decorrem da aproximação entre o direito e a ciência são ilustrados por alguns aspectos da proposta do Comitê Técnico 4 do GT-RC, que sugeriu mudanças legislativas, vale lembrar, com o declarado objetivo de atualizar o reconhecimento de pessoas à luz “do desenvolvimento científico nessa área”.

Não há nenhuma pretensão de analisar com a necessária profundidade, nos limites desse trabalho, cada aspecto que julgamos controverso na proposta de alteração da lei. Antes disso, o que se pretende é algo mais singelo, mas não menos importante. O que se busca é demonstrar como a frutífera relação entre a ciência e o direito é mais complexa, conflituosa e arriscada do que parece. Para tanto, é possível agrupar em dois conjuntos os aspectos da proposta legislativa que expressam, cada qual à sua maneira, os riscos anteriormente apontados. O primeiro conjunto diz respeito ao emprego inválido do conhecimento científico, o que compromete as inferências causais utilizadas como premissas das propostas de mudanças normativas. Trata-se de um tipo de risco de natureza metodológica. O segundo conjunto, especialmente delicado no campo legislativo, relaciona-se com o emprego do conhecimento científico como justificativa para legitimar a tomada de decisões moralmente controversas. No campo das controvérsias morais, a ciência pouco tem a contribuir na construção de soluções, que devem ser idealmente resolvidas na esfera política. Nesse caso, verifica-se um risco epistemológico.

Começemos com o primeiro grupo.

No debate jurídico sobre o reconhecimento pessoal, são comuns as referências a dois bancos de dados de registros de exonerações nos Estados Unidos: o *Innocence Project* e o

¹⁴Empregado, aqui, em sentido pejorativo, tal qual o faz Haack (2009).

National Registry of Exonerations. Por meio de tais registros de exoneração é possível ter acesso aos dados estatísticos de milhares de casos de pessoas inocentes injustamente condenadas, algumas das quais chegaram a passar décadas no cárcere.

Não é comum, entretanto, o cuidado metodológico na apresentação dos dados e na realização de inferências com base neles. O Comitê Técnico 4 equivocou-se ao afirmar que “de acordo com dados do *Innocence Project* norte-americano, mais de 70% das condenações errôneas nos Estados Unidos são produtos de reconhecimentos mal conduzidos.”

Essa informação é fundamental para os tomadores de decisões políticas avaliarem as propostas de mudanças na legislação e a própria urgência na tomada de providências. Parece intuitivo supor que os legisladores, naturalmente responsivos aos reclamos sociais, desejem solucionar com absoluta prioridade um imbróglio de tal magnitude, apontado pelo GT-RC como “uma das principais causas de erro judiciário” (2022, p. 90). O problema é que esse é um fato empírico não verdadeiro. Não há provas de que o reconhecimento seja a principal causa de erros na justiça criminal; tampouco há evidências que apontem que 70% dos casos de condenações injustas nos Estados Unidos sejam produto de reconhecimentos mal feitos. Como entender esse equívoco?

O equívoco decorre da indevida extrapolação de conclusões alcançadas a partir da análise de um universo não representativo. Ou seja, pretendeu-se oferecer uma inferência causal para *toda a justiça criminal*, mas com base em dados que não diziam respeito a toda ela. A amostra empregada para a extração das conclusões é limitada. Tais bancos de registros tratam, única e exclusivamente, de casos em que houve exonerações, e não de todos os casos criminais. Inclusive, como observa Gross (2017, pp. 769–773) em trabalho dedicado ao tema, o que se pode extrair da análise dos dados desses registros de exonerações é que a frequência dos fatores causais associados a condenações falsas varia imensamente de um tipo de crime para outro. Desse modo, falar sobre “causas principais” ou mesmo “causas” de falsas condenações é muito semelhante a falar sobre causas de doenças: ainda que o excesso de cigarro possa contribuir para o câncer, tem pouco a ver com a doença de Parkinson. É um caso clássico de problema relacionado à validade externa do estudo. Ainda que ele tenha sido cuidadosamente planejado e corretamente executado (qualidade conhecida como validade interna), pode lhe faltar a qualidade da validade externa, que se refere à capacidade de os resultados serem aplicáveis a outras populações ou em contextos diferentes daqueles nos quais o estudo foi realizado. No caso dos erros judiciais, a propósito, essa generalização indevida dos

dados de registros de exonerações já foi apontada por inúmeros pesquisadores.¹⁵

Dois outros argumentos apontam o desacerto dessa premissa de fato usada pela proposta do GT-RC. O primeiro, bastante intuitivo, é que não há evidências de que o reconhecimento seja utilizado, nos Estados Unidos, em uma parcela expressiva dos casos. A evidência disponível aponta o inverso: essa prova é usada de forma marginal, mesmo em casos de crimes violentos (DUKE; LEE; PAGER, 2007, pp. 3–4). Como, então, um meio probatório pouco utilizado seria responsável por 70% dos casos de condenações de inocentes? O segundo, e mais robusto argumento, decorre dos resultados de pesquisas que empregaram métodos de análise estatística para tentar prever variáveis que aumentam a probabilidade de condenações falsas. A conclusão de um dos mais influentes estudos empíricos sobre erros no processo penal (GOULD *et al.*, 2014) aponta que condenações falsas estão relacionadas mais a falhas sistêmicas do que a causas individuais.

Não deixa de ser irônico, como bem percebido por Schauer e Spellman (2013, p. 26), que algumas tentativas de trazer aportes científicos para o direito utilizem premissas científicas tão frágeis. O emprego de conclusões científicas baseadas em metodologias questionáveis (risco metodológico), a exemplo da afirmação de que o reconhecimento é uma das principais causas de condenações injustas na justiça criminal, aumenta substancialmente o segundo dos riscos que apontamos: o de se presumir como incontestável o argumento científico e, via de consequência, como inevitável o argumento jurídico dele decorrente (risco epistemológico). Em qualquer um dos casos, dificulta-se o debate político, comprometendo-se uma das funções primordiais da tomada de decisões coletivas. É esse o elemento central do segundo grupo de aspectos que reputamos problemático.

O segundo conjunto de problemas na proposta do GT-RC é também resultado, talvez inevitável, do casamento entre o direito e a ciência. O conhecimento científico, com a reconhecida – e merecida – superioridade epistêmica, por vezes confunde o debate político sobre questões que estão fora do escopo da ciência. Quem, afinal, ousaria discordar de alegados “consensos” científicos? A ciência, entretanto, não tem capacidade de oferecer respostas a perguntas que não lhe dizem respeito.

Apesar das limitações do saber científico, no debate sobre o reconhecimento pessoal não raramente se misturam a coleta de dados empíricos e argumentos científicos com questões valorativas, muitas vezes sem que fique clara a fronteira que separa as dimensões descritiva e normativa. É o caso, em grande medida, da proposta legislativa apresentada pelo GT-RC. O

¹⁵Apenas a título de exemplo, ver Norris *et al.* (2020), Acker (2017) e Zalman e Carrano (2013)

seu relatório final aponta um fim que considera desejável: a redução do risco de falsos positivos¹⁶ por meio de uma determinada alteração (proposta pelo GT) no procedimento destinado à produção da prova decorrente do reconhecimento pessoal. O que mais chama a atenção, no entanto, não diz respeito à proposta em si, mas à sua justificação: o GT conclui que a forma como o reconhecimento é conduzido, nos termos do Código de Processo Penal brasileiro, é “desatualizada e lacunosa” *na medida em que* a sua disciplina não teria acompanhado o “progresso científico” vinculado à “pesquisa científica sobre o erro de reconhecimento”.¹⁷

Mas o que diz a ciência, afinal, a respeito do tema?

Há, de fato, muitos estudos científicos atrelados à psicologia que testam hipóteses relacionadas ao reconhecimento pessoal mediante avaliação do funcionamento da memória humana. Nesses estudos, um conceito recorrentemente empregado é o de *discriminability*. Trata-se da medida empregada para avaliar a capacidade de os participantes classificarem corretamente os suspeitos inocentes e culpados em sua verdadeira categoria (WIXTED; MICKES, 2018, p. 9). Sendo assim, é possível falar em falsos positivos, quando inocentes são reconhecidos, e falsos negativos quando culpados deixam de sê-lo.

A afirmação peremptória de que a legislação brasileira não teria acompanhado o “progresso científico” sugere ao leitor do relatório que a alteração no procedimento de reconhecimento seria inevitável, eis que “baseada na ciência”. Ao empregar esse argumento, no entanto, o GT-RC deixa de se posicionar a respeito de três questões importantes e que materializam o risco epistêmico decorrente da aproximação entre direito e ciência. Deixa de reconhecer, em primeiro lugar, a inexistência de evidências científicas que apontem o método perfeito de reconhecimento, o que significa que, ao menos para a ciência, não existe método infalível, capaz de reduzir a zero o risco de erro (de falsos positivos e falsos negativos). Deixa de reconhecer, em segundo lugar, que ainda que houvesse tal método infalível, a palavra final a respeito de sua efetiva implementação não é (ou não deve ser) oferecida pela ciência. Afinal de contas, ainda que a pesquisa científica tenha evidentes pontos de contato com questões políticas (*policy questions*), a manutenção de sua natureza “científica” pressupõe a sua

¹⁶ Ao não levar em consideração os possíveis *trade-offs* decorrentes da redução – especialmente o provável incremento de falsas absolvições –, o GT sugere, ainda que implicitamente, que essa modalidade de risco não seria relevante. Esse debate, contudo, não é objeto deste artigo.

¹⁷ A íntegra da passagem é: “A pesquisa científica sobre o erro de reconhecimento avançou significativamente nas últimas quatro décadas. Contrasta com esse progresso científico, contudo, a disciplina legal sobre o procedimento, previsto no art. 266 do Código de Processo Penal, que é desatualizada e lacunosa” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 109).

neutralidade política (Haack, 2012, p. 90).¹⁸ Por fim, deixa de reconhecer, em terceiro lugar, que muitas das propostas por ele sugeridas materializam um *trade-off*: Dificultar o reconhecimento de inocentes (seja por que método for) frequentemente pode tornar mais onerosa a identificação de culpados, o que, por conseguinte, aumenta a probabilidade de falsas absolvições.¹⁹

O *trade-off* concernente à alocação do risco de erros, questão eminentemente política, aparece em diversos aspectos da proposta. A quantidade de pessoas no alinhamento (*line-up*) e o grau de semelhança entre os seus componentes, por exemplo, expressam a opção entre proteger mais ou menos o suspeito inocente ao preço de dificultar, também mais ou menos, a identificação de culpados. O que a ciência tem a falar sobre esse dilema? Muito pouco. Mesmo a proposta de tratar como irrepetível o reconhecimento pessoal não escapa do problema político de como distribuir o risco de erros. É verdade que está demonstrado que a repetição do procedimento de reconhecimento aumenta a probabilidade de erros; mas é também verdade que toda e qualquer identificação realizada espontaneamente pelo reconhecedor, seja em pesquisas em redes sociais, seja vendo o suspeito em matérias jornalísticas, é considerada um reconhecimento que contaminará o subsequente (WELLS *et al.*, 2020, p. 26). Pesquisas também demonstram que testemunhas em geral e vítimas de crimes sexuais costumam conversar com familiares e parentes antes de realizar o reconhecimento, o que igualmente aumenta o risco de contaminação da memória (WADE; NASH; LINDSAY, 2018). Do ponto de vista da psicologia, a “contaminação é contaminação” e ocorre independente de decorrer de um procedimento policial falho ou de outro meio, provocando como efeito a redução da confiabilidade da prova (DOUGLASS; SMALARZ, 2019, p. 113). O que fazer no caso de uma vítima de um crime sexual grave identificar, em uma matéria jornalística, o responsável pelo crime sofrido? A forma como o GT-RC pretende aplicar a premissa científica da contaminação da memória levaria à conclusão de que nesse caso hipotético o ato de reconhecimento não deveria mais ser realizado, aumentando a probabilidade de absolvição de uma pessoa culpada por um crime gravíssimo. O evidente desconforto com essa solução apenas demonstra que a

¹⁸ A íntegra da passagem é a seguinte: “*results from the sciences frequently have a bearing on questions of policy: environmental science might tell us what the consequences of damming this river would be, medical science at what stage human fetus becomes viable, social-scientific studies the consequences of changing tax incentives in this way or that, of increasing the number of charter schools, of abolishing the death penalty, or, etc. But though a good deal of scientific work is policy-relevant, scientific inquiry – if it is to be genuine inquiry, and not what is oxymoronically called “advocacy research” – is policy neutral*”

¹⁹ Ou seja, a presunção do GT-RC de que as alterações propostas poderiam reduzir as condenações equivocadas e, ao mesmo tempo, reduzir as absolvições equivocadas (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2022, p. 109) não se sustenta.

preocupação com a evitação da contaminação da memória – e em última análise com um nível ótimo de confiabilidade da prova – é apenas uma entre as muitas questões a serem analisadas. Não é demais lembrar que o parlamento e o processo legislativo são, respectivamente, o *locus* e o método mais adequado para proceder a essa análise.

O risco epistemológico se concretiza, ainda, na proposta de exclusão automática da prova que resulta do reconhecimento que deixou de observar alguma formalidade proposta. Segundo o GT-RC, a escolha pela exclusão da prova decorre do fato de que “é impossível se confiar em resultados obtidos com inobservância a critérios assentados há décadas e utilizados para preservar a eficácia e legitimidade do sistema de justiça criminal”. Trata-se aqui, também, de uma manifestação de preferência política. A confiabilidade da prova não é uma qualidade binária, mas variável. Ela expressa-se mais como um contínuo ou escala, que tem em um dos dois extremos – inalcançáveis, diga-se – a prova absolutamente não confiável e no outro a plenamente confiável. Não por outra razão, em trabalho dedicado à questão da confiabilidade do reconhecimento pessoal, Alcaíno Arellano (2014, p. 586) observa que, como algum grau de sugestividade sempre ocorrerá nos reconhecimentos pessoais, o desafio é determinar quando essa prova é mais confiável do que sugestiva. Wells e Quinlivan (2009, p. 19), por exemplo, ponderam que em algumas situações a força da memória do reconhecedor é capaz de superar os fatores que tornam o procedimento de reconhecimento sugestivo.

Em suma, para determinar a confiabilidade da prova decorrente do reconhecimento, não basta definir se algum ato do procedimento ou do protocolo científico deixou de ser observado. O verdadeiro desafio é tentar posicionar a prova na escala de confiabilidade epistêmica e deliberar se aquela posição é suficiente para os fins legais pretendidos. A difícil questão da determinação da confiabilidade, portanto, é definir o quão confiável é suficientemente confiável. Essa questão, eminentemente política, é encoberta pela proposta do GT-RC, que se assenta em uma concepção científica de confiabilidade de prova equivocada.²⁰

Outra proposta digna de menção é o tratamento a ser dispensado ao reconhecimento

²⁰ Não pretendemos sugerir que a solução para a inobservância de aspectos do procedimento deva ser diversa da exclusão da prova sugerida. É bem verdade que muitos países, que também levam em conta os estudos científicos mais modernos, optaram por rejeitar, com fundamentos sólidos, a proposta de exclusão automática do reconhecimento que não segue rigorosamente os achados da ciência. Mas o processo penal brasileiro pode seguir, se assim desejarem os representantes da sociedade, um caminho distinto. Trilhar esse caminho exige, porém, a apresentação de premissas verdadeiras e o enfrentamento político adequado do conflito entre os interesses de efetividade da persecução penal e de proteção do acusado. Mascaram o conflito moral apenas o esconde, mas não faz com que ele desapareça. Sobre debates no direito comparado relacionados ao tema, ver, a título de exemplo, Rosenthal (2020), que faz uma minuciosa análise sobre a rejeição das regras de exclusão automática (*per se exclusionary rules*) no processo penal norte-americano e Skalon, San Roque e Beaudry (2020), que observa que Estados Unidos, Canadá e Austrália têm optado por adotar medidas de salvaguarda e rejeitar a exclusão automática dos reconhecimentos sugestivos.

fotográfico. Apesar de não ser o propósito do trabalho discutir a questão de fundo, é oportuno mencionar que estudos recentes têm demonstrado, de forma reiterada, que não há superioridade inferencial do reconhecimento presencial em comparação ao fotográfico.²¹ Em outras palavras, não há evidências *conclusivas* de que o reconhecimento presencial leve, necessariamente, a uma maior *discriminability*. Não obstante, a proposta do GT-RC prevê a aplicação excepcional e subsidiária do reconhecimento fotográfico, mesmo que a sua implementação seja menos custosa do que a do reconhecimento presencial.²² Um tomador de decisões desavisado pode supor que a preferência pelo reconhecimento pessoal em relação ao fotográfico fundamenta-se no “progresso científico”, quando na verdade não passa de manifestação de preferência – no caso, a preferência dos integrantes do GT-RC.

O caso do debate sobre o reconhecimento pessoal mostra como é fecunda e complexa a relação entre o saber científico e o direito. A notável contribuição da ciência, nesse campo, é apontar que, em determinadas e específicas condições, há probabilidades (maiores ou menores) de haver erros no processo de reconhecimento, erros que podem materializar falsos positivos *ou* negativos. O que a ciência não diz, contudo, é qual a intensidade desejável da tolerância diante dos riscos de concretização desses erros. E essa, com efeito, não é a tarefa da ciência: é o direito, com fundamento em uma prévia decisão política, por meio do estabelecimento de regras e institutos processuais, o responsável pela alocação desses riscos, que são inescapáveis à adjudicação. A ciência não tem compromisso com nenhuma forma de distribuição desses erros. Ela se preocupa com a relação entre meios e fins, e não com a definição dos fins desejáveis (HAACK, 2012, p. 90).

Certamente vale seguir nesse particular os pertinentes ensinamentos de Taslitz (2006, p. 271): a forma como a ciência é usada pelo direito é tão importante quanto o que ela ensina. Objetivos políticos e científicos podem convergir, mas frequentemente divergem. O desafio é tentar tornar cada vez mais claros os limites e pretensões de cada um.

4. CONCLUSÃO

²¹Nesse sentido, ver Rubínová *et al* (2021) e Costello, Hoplight e Lombardo (2020).

²²Albright e Garret (2022, p. 569), em recente artigo, ponderam que há diversas razões que explicam a tendência atual de substituição de alinhamentos presenciais por fotográficos. Entre outras: no caso do uso de fotos é mais fácil encontrar pessoas semelhantes (*fillers*) para serem colocadas ao lado do suspeito; os suspeitos podem se recusar a participar dos procedimentos presenciais; os comportamentos não controláveis (posturas e expressões faciais, por exemplo) dos participantes do alinhamento podem provocar vieses e influenciar a percepção da pessoa a reconhecer.

O atual estágio de aproximação (fraca, a nosso ver) entre o direito e os demais campos do conhecimento alcançou, no Brasil, um ponto de não retorno. As pesquisas empíricas no direito são, hoje, uma realidade e é importante que assim o seja. Acreditamos, sinceramente, que esse é um contexto absolutamente saudável, na medida em que há muito espaço para a pesquisa empírica séria relacionada à justiça criminal. Um exemplo do impacto positivo que a incorporação de referências empíricas e científicas ao mundo do direito pode acarretar é a tomada de consciência crítica a respeito de realidades que pareçam, aos olhos do presente, absolutamente naturais ou, até mesmo, inexistentes. Serão as pesquisas empíricas atreladas ao direito que abrirão os olhos da sociedade a respeito, por exemplo, de eventual inefetividade da justiça criminal ou, ainda, de possíveis atuações sistematicamente desvirtuadas dos seus atores. Conhecer como a justiça criminal brasileira é executada na prática, no dia a dia das salas de audiência, tribunais e presídios é uma tarefa nobre da academia jurídica brasileira. As críticas que ela vier a dirigir ao funcionamento da justiça criminal, se procedentes, podem levar à sensibilização dos tribunais superiores e, até mesmo, de legisladores, o que pode resultar na modificação de precedentes e em reformas legislativas. Não se deve subestimar o impacto da pesquisa acadêmica séria e comprometida.

O esforço do CNJ em buscar fundamentos empíricos e científicos para as suas decisões é, portanto, absolutamente louvável. Pretender “superar falhas no reconhecimento de pessoas” e, com isso, “evitar a condenação de pessoas inocentes” é um objetivo relevante e que a sociedade, de forma geral, deve encampar. Para isso, direito e ciência não só podem como devem, cada um, contribuir com a sua parte. E se esse papel for desempenhado em conjunto, tanto melhor. Mas, se a aproximação (fraca) entre direito e ciência for, de fato, o caminho a ser trilhado, há que se ter atenção para os perigos e tentações que dela podem decorrer.

A incorporação do argumento científico, pelo direito, deve vir acompanhada de cautelas adicionais, sob pena de as inferências normativas extraídas dessa aproximação serem inválidas ou, pior, assumirem contornos de uma pretensa inevitabilidade e inderrogabilidade. Se a ciência nos transmite humildade por meio do provisório, o direito busca nos oferecer segurança por meio do perene. Ao se pretender criar ou interpretar o direito a partir do conhecimento científico deve-se cuidar para que esse processo não promova – ainda que não intencionalmente – a cristalização de consensos temporários ou artificiais por meio do deslocamento do enfrentamento de dissensos morais para campos sociais outros que não a política. É preciso saber o que perguntar da ciência, ter consciência a respeito do tipo de respostas que ela pode oferecer e exercer a humildade para reconhecer até onde, legitimamente, pode-se avançar a

partir do conhecimento que ela nos proporciona.

REFERENCIAS

ACKER, J. R. Taking Stock of Innocence: Movements, Mountains, and Wrongful Convictions. **Journal of Contemporary Criminal Justice**, 1 fev. 2017. v. 33, n. 1, p. 8–25. Disponível em: <<https://doi.org/10.1177/1043986216673008>>. Acesso em: 5 jul. 2022.

ALBRIGHT, T. D.; GARRETT, B. L. The Law and Science of Eyewitness Evidence. **Boston University Law Review**, 2022. v. 102, n. 2, p. 511–630. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/bulr102&div=14&start_page=511&collection=usjournals&set_as_cursor=0&men_tab=srchresults>.

ALCAÍNO ARELLANO, E. La confiabilidad como estándar para evaluar la calidad de los reconocimientos de imputados. **Política criminal**, 2014. v. 9, n. 18, p. 564–613. Disponível em: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S0718-33992014000200009&lng=es&nrm=iso&tlng=es>. Acesso em: 31 ago. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Grupo de Trabalho “Reconhecimento De Pessoas”. Brasília: CNJ, 2022. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2022/12/relatorio-final-gt-sobre-o-reconhecimento-de-pessoas-conselho-nacional-de-jusica.pdf>>. Acesso em: 2 fev. 2023.

CORRÊA, T. P.; THEVENARD, L. O problema do erro e o dilema decisório da Justiça Criminal. In: PORTO, Antônio Maristrello; SEIXAS, Luiz Felipe Monteiro (org.). **Perspectivas da análise econômica do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022. p. 299-341.

COSTELLO, A. J.; HOPLIGHT, B.; LOMBARDO, M. Comparing Corporeal Lineups to Photo Arrays. **Journal of Criminal Justice and Law**, 1 dez. 2020. v. 4, n. 1, p. 40–66. Disponível em: <<https://jcjl.pubpub.org/pub/v4-i1-costello-hoplight-lombardo-lineups-arrays/release/1>>. Acesso em: 3 fev. 2023.

DOUGLASS, A. B.; SMALARZ, L. Post-identification Feedback to Eyewitnesses: Implications for System Variable Reform. Em: BORNSTEIN, B. H.; MILLER, M. K. (Org.). **Advances in Psychology and Law: Volume 4**. Advances in Psychology and Law. Cham: Springer International Publishing, 2019, p. 101–135.

DU LAING, Bart. Promises and Pitfalls of Interdisciplinary Legal Research: The Case of Evolutionary Analysis in Law. In: (org.). **Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline**. Bloomsbury Publishing, 2011. p. 241-256.

DUKE, S.; LEE, A.; PAGER, C. A Picture’s Worth a Thousand Words: Conversational versus Eyewitness Testimony in Criminal Convictions. **American Criminal Law Review**, 1 jan. 2007. v. 44, n. 1, p. 1–52. Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/829>.

GOULD, J. B. *et al.* Predicting Erroneous Convictions. **Iowa Law Review**, 2014. v. 99, n. 2, p. 471–522. Disponível em: <<https://ilr.law.uiowa.edu/print/volume-99-issue-2/predicting-erroneous-convictions/>>. Acesso em: 14 dez. 2021.

GROSS, S. R. What We Think, What We Know and What We Think We Know About False Convictions. **Ohio State Journal of Criminal Law**, 2017. v. 14, n. 2, p. 753–786. Disponível em: <<https://kb.osu.edu/handle/1811/80788>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

HAACK, S. Irreconcilable Differences-The Troubled Marriage of Science and Law. **Law & Contemp. Probs.**, v. 72, p. 1, 2009.

———. Six Signs of Scientism. **Logos & Episteme**, 1 fev. 2012. v. 3, n. 1, p. 75–95. Disponível em: <https://www.pdcnet.org/pdc/bvdb.nsf/purchase?openform&fp=logos-episteme&id=logos-episteme_2012_0003_0001_0075_0095>. Acesso em: 10 maio 2022.

HOECKE, M. V. Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline? *In:* (org.). **Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline**. Bloomsbury Publishing, 2011. p. 1-18.

———. *Methodologies of Legal Research: Which Kind of Method for What Kind of Discipline*. Bloomsbury Publishing, 2011.

NORRIS, R. J. *et al.* Thirty Years of Innocence: Wrongful Convictions and Exonerations in the United States, 1989-2018. **Wrongful Conviction Law Review (WCLR)**, 2020. v. 1, n. 1, p. 2–58. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/wclr1&i=5>>. Acesso em: 26 jun. 2021.

OLIVEIRA, L. Não fale do Código de Hamurábi! A pesquisa sócio-jurídica na pós-graduação em Direito. *In:* (org.). **Sua excelência o comissário: e outros ensaios de Sociologia Jurídica**. Rio de Janeiro: Letra Legal, 2004. p. 137-167.

ROSENTHAL, L. Eyewitness Identification and the Problematics of Blackstonian Reform of the Criminal Law. **Journal of Criminal Law and Criminology**, 1 jan. 2020. v. 110, n. 2, p. 181–243. Disponível em: <<https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol110/iss2/3>>. Acesso em: 24 abr. 2021.

RUBÍNOVÁ, E. *et al.* Live Presentation for Eyewitness Identification is Not Superior to Photo or Video Presentation. **Journal of Applied Research in Memory and Cognition**, 1 mar. 2021. Culture & Memory. v. 10, n. 1, p. 167–176. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S221136812030070X>>. Acesso em: 11 ago. 2022.

SCHAUER, F.; SPELLMAN, B. A. Is Expert Evidence Really Different. **Notre Dame Law Review**, 2013. v. 89, n. 1, p. 1–26. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/tndl89&id=11&div=4&collection=journals>>.

SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo jurídico, racionalidade decisória e malandragem. **Revista De Direito Administrativo**, 2008, v. 248, p. 130–158.

———. Interdisciplinaridade e adjudicação: caminhos e descaminhos da ciência no direito. **bibliotecadigital.fgv.br**, v. p. 2009.

SILVA, C. A. Promotores de Justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 16, p. 127-144, 2001.

SKALON, A.; ROQUE, M. S.; BEAUDRY, J. L. An Interdisciplinary and Cross-national Analysis of Legal Safeguards for Eyewitness Evidence. *Em*: MILLER, M. K.; BORNSTEIN, B. H. (Org.). **Advances in Psychology and Law: Volume 5**. Advances in Psychology and Law. Cham: Springer International Publishing, 2020, p. 137–178.

TASLITZ, A. E. Eyewitness Identification, Democratic Deliberation, and the Politics of Science. **Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal**, 2006. v. 4, n. 2, p. 271–326. Disponível em: <https://heinonline.org/HOL/Page?public=true&handle=hein.journals/cardplp4&div=24&start_page=271&collection=usjournals&set_as_cursor=5&men_tab=srchresults>.

WADE, K. A.; NASH, R. A.; LINDSAY, D. S. Reasons to Doubt the Reliability of Eyewitness Memory: Commentary on Wixted, Mickes, and Fisher (2018). **Perspectives on Psychological Science: A Journal of the Association for Psychological Science**, maio. 2018. v. 13, n. 3, p. 339–342.

WELLS, G. L. *et al.* Policy and procedure recommendations for the collection and preservation of eyewitness identification evidence. **Law and Human Behavior**, fev. 2020. v. 44, n. 1, p. 3–36. Disponível em: <<http://doi.apa.org/getdoi.cfm?doi=10.1037/lhb0000359>>. Acesso em: 3 abr. 2021.

———; QUINLIVAN, D. S. Suggestive eyewitness identification procedures and the Supreme Court’s reliability test in light of eyewitness science: 30 years later. Germany: **Law and Human Behavior**, 2009. v. 33, n. 1, p. 1–24.

WIXTED, J. T.; MICKES, L. Theoretical vs. empirical discriminability: the application of ROC methods to eyewitness identification. **Cognitive Research: Principles and Implications**, 14 mar. 2018. v. 3, n. 1, p. 9. Disponível em: <<https://doi.org/10.1186/s41235-018-0093-8>>. Acesso em: 9 maio 2022.

ZALMAN, M.; CARRANO, J. Sustainability of Innocence Reform. **Albany Law Review**, 2013. v. 77, n. 3, p. 955–1004. Disponível em: <<https://heinonline.org/HOL/P?h=hein.journals/albany77&i=977>>