

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**O RECONHECIMENTO EQUIVOCADO – UMA ANÁLISE ACERCA DESTE ERRO
JUDICIÁRIO E DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO PARA
MINIMIZAR SUA OCORRÊNCIA**

RAPHAEL OLIVEIRA DE SOUZA

**Rio de Janeiro
2021/ 2º SEMESTRE**

RAPHAEL OLIVEIRA DE SOUZA

**O RECONHECIMENTO EQUIVOCADO – UMA ANÁLISE ACERCA DESTE ERRO
JUDICIÁRIO E DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO PARA
MINIMIZAR SUA OCORRÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. José Rafael Fonseca de Melo.**

**Rio de Janeiro
2021/ 2º SEMESTRE**

CIP - Catalogação na Publicação

SR217r Souza, Raphael Oliveira de
O reconhecimento equivocado - uma análise acerca deste erro judiciário e do Juiz das Garantias como instrumento para minimizar sua ocorrência. / Raphael Oliveira de Souza. -- Rio de Janeiro, 2021. 101 f.

Orientador: José Rafael Fonseca de Melo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2021.

1. Reconhecimento de pessoas. 2. Prova Penal. 3. Reconhecimento Equivocado. 4. Erro Judiciário. 5. Juiz das Garantias. I. Melo, José Rafael Fonseca de, orient. II. Título.

RAPHAEL OLIVEIRA DE SOUZA

**O RECONHECIMENTO EQUIVOCADO – UMA ANÁLISE ACERCA DESTE ERRO
JUDICIÁRIO E DO JUIZ DAS GARANTIAS COMO INSTRUMENTO PARA
MINIMIZAR SUA OCORRÊNCIA**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. José Rafael Fonseca de Melo.**

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador Professor José Rafael Fonseca de Melo

Membro da Banca

Membro da Banca

**Rio de Janeiro
2021/ 2º SEMESTRE**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo analisar a ocorrência de erro judiciário baseado no reconhecimento equivocado de pessoas que culminam na prisão de inocentes e examinar a metodologia utilizada para o reconhecimento de suspeitos da prática de infrações penais. Diante deste cenário, será analisado se há fragilidade na utilização deste procedimento como meio de prova na instrução processual penal e, em havendo, se a atuação do juiz das garantias é instrumento processual eficaz para minimizar a ocorrência desse erro judicial.

Palavras-Chaves: RECONHECIMENTO EQUIVOCADO; PROVA PENAL; ERRO JUDICIÁRIO; JUIZ DAS GARANTIAS.

ABSTRACT

This paper intends to analyze the occurrence of judicial error based on the mistaken eyewitness identification that culminated in the imprisonment of innocent people and to examine the methodology used for the recognition of criminal suspects. In view of this scenario, it will be analyzed if there is fragility in the use of this procedure as criminal evidence in the phase of evidence gathering in criminal procedural and, if so, if the judge of guarantees is effective procedural instrument to minimize the occurrence of this judicial error.

Keywords: MISTAKEN EYEWITNESS IDENTIFICATION; CRIMINAL EVIDENCE; JUDICIAL ERROR; JUDGE OF GUARANTEES.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVAS NO PROCESSO PENAL	13
1.1. Conceito de Prova	13
1.2. Objeto da prova	15
1.3. Atividade probatória	17
1.3.1. Elementos de prova	18
1.3.2. Resultados de prova	19
1.3.3. Fontes de prova	19
1.3.4. Meios de prova	20
1.3.5. Meios de obtenção de prova	24
1.3.6. Investigação preliminar	25
1.3.6.1. Inquérito policial	27
1.3.6.1.1. Valor probatório	30
1.3.6.2. Provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis	33
2. DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS	39
2.1. Natureza jurídica do reconhecimento	40
2.2. Sujeitos do reconhecimento	42
2.3. Momento do reconhecimento	43
2.4. Procedimento do reconhecimento de pessoas	44
2.4.1. Primeira fase do reconhecimento: descrição prévia	44
2.4.2. Segunda fase do reconhecimento: disposição do reconhecendo	45
2.4.3. Terceira fase do reconhecimento: indicação do reconhecendo	47
2.4.4. Quarta fase do reconhecimento: lavratura do auto	49
2.5. A inobservância do procedimento: reconhecimento informal	49
2.6. Reconhecimento por fotografia	57
3. RECONHECIMENTO EQUIVOCADO	61
3.1. A falibilidade da memória humana	61
3.2. Causas do reconhecimento equivocado – Variáveis a estimar	63
3.2.1. Estigmas sociais: sua influência como causa de reconhecimento equivocado	67
3.3. Vícios na realização do reconhecimento - Variáveis do sistema	70
3.4. Espécies de procedimentos e suas possíveis falhas	74
3.5. Fragilidade do reconhecimento pessoal como único meio de prova	77
3.6. Procedimento recomendado: minimização de reconhecimentos equivocados	80
3.7. Da iminente reformulação	83

4. JUIZ DAS GARANTIAS	86
4.1. O sistema processual penal acusatório.....	86
4.2. A instituição do Juiz das Garantias	87
4.3. Suspensão da criação do Juiz das Garantias	90
4.4. O reconhecimento de pessoas à luz do Juiz das Garantias	91
CONCLUSÃO	94
REFERÊNCIAS	97

INTRODUÇÃO

Segunda-feira, aproximadamente às 20h, em uma rua de pouco movimento, uma mulher que aguardava no ponto de ônibus pra embarcar no transporte público é surpreendida por um homem, magro, aproximadamente 1,70 cm de altura, moreno, olhos castanhos e usando um boné, que, após ameaçá-la com uma faca, subtrai seu telefone e demais pertences e foge correndo na direção oposta ao fluxo de veículos da via. Após o assalto, a vítima vai à delegacia de polícia e relata o ocorrido, ocasião em que descobre que um homem com as mesmas características, há pelo menos dois meses, tem realizado diversos roubos naquela região, sempre no mesmo horário e da mesma forma.

Dias depois, a vítima é chamada à delegacia e informada que o criminoso havia sido preso, sendo necessário que realize o reconhecimento do suspeito. A mulher então é levada a uma sala da delegacia para que indique o suspeito que a roubou. Na sala ao lado estão três homens, de igual similitude com homem que praticou o delito, e dispostos lado a lado; estes homens possuem as mesmas características daquele criminoso e seguram uma placa de identificação numerada. Assim, por uma janela com vidros espelhados em que os suspeitos não conseguem enxergar a pessoa do outro lado do vidro, após analisá-los por alguns segundos, a vítima aponta ao policial que o homem que a roubou é o que segura a placa de número três.

O suspeito indicado é levado a uma cela e horas depois conduzido ao fórum, onde será interrogado por um juiz. Na sala de audiência, além do juiz estão presentes o promotor de justiça e uma defensora pública. O suspeito então se senta à frente do juiz, ficando ao seu lado um policial. A defensora pública se dirige ao suspeito e os dois conversam reservadamente por cerca de dois minutos. O juiz então pergunta ao suspeito o seu nome e o indaga se ele tem conhecimento do crime de que é acusado; que responde que se chama Tício e relata que estava dormindo quando, por volta das 6h, policiais adentraram em sua residência anunciando sua prisão e acusando-o de ter praticado roubos de telefone naquele bairro. O homem se defende alegando que sempre trabalhou e que nunca havia sido preso.

Em seguida o juiz passa a palavra ao promotor que lê a indicição, na qual consta que foram realizados dez roubos todos nas mesmas circunstâncias e em locais próximos, onde em um destes lugares uma câmera de segurança flagrou a ação, na qual se percebe que o suspeito

possui as mesmas características de Tício. Além disso, das sete vítimas que fizeram o reconhecimento, quatro apontaram Tício como o criminoso. Assim, o ministério público pede a prisão preventiva do suspeito. Conclui o promotor. A defensora pública inicia sua fala destacando que, embora as características físicas de Tício sejam parecidas com as do suspeito nas filmagens, isto não é suficiente para indicar a autoria do crime e ressalta que o indiciado, apesar de se encontrar em situação de desemprego, é primário e nunca se envolveu com atividade ilícita e finaliza pedindo o relaxamento da prisão. Em menos de cinco minutos, a decisão está tomada: Mantenho a prisão preventiva do indiciado! Encerra o juiz.

Ocorre que a filmagem que captou um dos roubos mostrava a silhueta do criminoso, que de fato era parecido com Tício, mas era insuficiente para afirmar sua identidade. Entretanto, esta filmagem do assalto foi divulgada em redes sociais onde os usuários passaram a divulgá-la junto com uma foto de Tício, indicando ser ele o homem que aparece na filmagem do assalto. Assim, quando as vítimas realizaram o reconhecimento na delegacia não o fizeram comparando-o com a real identidade do criminoso que as vitimou, mas sim com base na fotografia que foi divulgada nas redes sociais, desta forma, elas ao se depararem com a presença de Tício na sala de reconhecimento o indicavam, pois o reconheciam da foto e não do dia do crime. Tício foi mandado ao presídio e o processo prosseguiu, baseando-se nos reconhecimento das vítimas; por fim, foi condenado a sete anos de prisão. Após um ano preso lhe foi concedido um *habeas corpus* e agora Tício recorre da sentença em liberdade.

Este caso é hipotético, mas não foge à realidade. Vários são os casos em que os Tribunais brasileiros condenaram pessoas inocentes apenas com base no reconhecimento de pessoas realizado com base em fotografia de um único suspeito; o que põe em xeque sua utilização como um procedimento confiável para se fundamentar a condenação criminal de uma pessoa.

Guilherme de Souza Nucci conceitua o reconhecimento de pessoas como "o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa".¹ O reconhecimento é frequentemente utilizado para que a vítima ou a testemunha indique a pessoa contra a qual recai a suspeita de realização de determinada infração penal.

¹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834.

O reconhecimento, portanto, tem como fundamento um elemento extremamente subjetivo e impreciso: a memória humana. Isto porque, como indicam medicina e ciência, a mente não é capaz de memorizar precisamente fatos e pessoas sem sofrer distorções, tanto fruto de processos internos quanto externos. Ademais, as pesquisas em psicologia confirmam inquestionavelmente “que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais).”²

Portanto, “as informações evocadas pela memória são suscetíveis à modulação e a falhas, na medida em que influenciadas por emoções e variações no nível de consciência e no estado de ânimo das pessoas”.³ Logo, fica evidente que o reconhecimento de pessoas, inevitavelmente, estará suscetível à falibilidade da memória humana, especificamente quanto à formação de falsas memórias, isto é, “lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento. São memórias que vão além da experiência direta e que incluem interpretações ou inferências ou, até mesmo, contradizem a própria experiência”.⁴

Partindo desta premissa e considerando que a instrução processual tem por finalidade a obtenção de provas a fim de se alcançar a verdade real no processo penal, questiona-se, sobretudo, se o reconhecimento de pessoas é efetivamente capaz de como único meio de prova em um processo criminal esclarecer a verdade dos fatos a ponto de culminar na condenação de uma pessoa. Até por que muitas são as condenações baseadas apenas no reconhecimento.

Apesar de toda a subjetividade que cerca o reconhecimento de pessoas, este, ainda, é um dos principais meios de prova que embasam condenações, visto que grande parte das decisões judiciais considera que a palavra da vítima é merecedora de especial credibilidade, sob a justificativa de que o ofendido não conhece seu agressor e, portanto, não haveria motivo em mentir e deixar o verdadeiro criminoso impune em substituição a um inocente; e com base nessa justificação se dá um valor excessivo à palavra da vítima. “Esse raciocínio não deveria

² STEIN, Lilian Milnitsky e NYGAARD, Maria Lúcia Campani. **A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais** in Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 43, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho de 2003. p.153.

³ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 2a ed. – Porto Alegre: Artmed, 2011, p. 9.

⁴ ALVES, Cíntia Marques; LOPES, Ederaldo José. **Falsas Memórias: questões teórico-metodológicas**. vol.17 n.º.36. Ribeirão Preto: Paideia, 2007, p. 46.

encontrar acolhida no Judiciário, pois baseia-se no senso comum e contraria todas as descobertas científicas das últimas décadas”⁵.

Embora a falsa memória seja um dos pontos mais cruciais para o cometimento de erros judiciais, é a inobservância dos critérios legais na execução do procedimento a circunstância que produz maior reflexos na contaminação do reconhecimento. O Artigo 226 do Código de Processo Penal disciplina as regras para a realização do reconhecimento de pessoas, estabelecendo a forma em que o ato deverá ocorrer. Entretanto, ainda que o Código estabeleça uma série de formalidades para a realização deste procedimento, o que se verifica na realidade é uma praxe totalmente desconectada das orientações e diretrizes estabelecidas pela Lei Processual, transformando o ato formal de reconhecimento em um procedimento que raríssimas vezes o rito legal é observado.

Diante disso, o presente trabalho propõe-se a analisar, por meio de pesquisas bibliográficas, os fatores que podem influenciar na confiabilidade do reconhecimento de pessoas, analisando, desse modo, sua possível fragilidade como prova. Neste ponto, é importante citar que não há a pretensão de abordagem profunda aos temas relacionados à psicologia do testemunho.

Dessa forma, e para que sejam mais bem esclarecidos os temas relacionados, primeiramente, será feita uma abordagem acerca das noções da teoria geral da prova e a caracterização do reconhecimento de pessoas como meio de prova. Ato contínuo, serão apontados alguns conceitos relacionados à psicologia do testemunho; chegando-se, então à análise do reconhecimento de pessoas, suas características e procedimentos.

Ao final, será examinada a relevância na instituição do juiz das garantias como um instrumento viável a minimizar a incidência de erro judiciário proveniente do reconhecimento equivocado. Visto que, em sua origem, o juiz das garantias tem por fundamento ser o magistrado responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal; logo, encontra fundamental correspondência e relevância com o tema ao se considerar que grande parte dos reconhecimentos equivocados baseia-se em um procedimento realizado sem a observância dos ditames legais.

⁵ INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Prova de reconhecimento e erro judiciário**. São Paulo. 1. ed., jun. 2020. p. 7. Disponível em: < <https://www.innocencebrasil.org>>. Acesso em: jan.2022.

1. NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVAS NO PROCESSO PENAL

Antes de abordar o estudo acerca do reconhecimento de pessoas, cumpre, preliminarmente, analisar alguns aspectos sobre as provas no âmbito do processo penal.

1.1. Conceito de Prova

O processo penal tem por finalidade a busca da verdade acerca de fatos supostamente antijurídicos e que estão sub judice, os quais, mediante a adequada persecução penal, buscar-se-á esclarecê-los a fim de se chegar a uma sentença, que culminará na absolvição do agente infrator ou em sua condenação. A ação criminal, portanto, é o instrumento pelo qual o Estado se vale para reconstruir e apurar os fatos a fim de formar a convicção do Estado-Juiz quanto à autoria e materialidade do ato criminoso.

O Juiz, de certo, não presenciou os fatos que lhes foram postos pelo titular do direito de ação, logo, sua atuação é recognitiva; ou seja, é através da reconstrução dos fatos passados que o magistrado buscará obter a verdade mais próxima do que realmente ocorreu; desta forma, não se pode falar que o processo penal busca conhecer a verdade real dos fatos, pois, esta jamais voltará a ser real, visto que os fatos foram maculados pela ação do tempo.

Tem-se, por conseguinte, a razão pela qual Aury Lopes Junior ensina que o processo penal não se desenvolve sobre a realidade dos fatos ocorridos, mas sim sobre os indícios que devidamente comprovam a realização destes fatos. O processo penal, portanto, é “um instrumento de retrospecção, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato”.⁶

Esta reconstrução do fato passado (crime), entretanto, será feita através das provas trazidas pelas partes aos autos do competente processo; cuja finalidade é instruir o julgador se houve ou não a prática e a existência do crime, possibilitando-lhe a formação de seu convencimento, ainda que as tenham sido apresentadas pela perspectiva da parte que as produziu.

⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020. p. 556.

Desta forma, conclui-se que o processo penal não busca a verdade real, mas a reconstrução de fatos da forma mais verossímil possível e que estão plenamente comprovados conforme o conjunto probatório instruído na ação penal proposta; o que se pode dizer, então, ser uma “verdade processual” e juridicamente válida, compreendida como “o estágio mais próximo possível da certeza”⁷, uma vez que foi reproduzida dentro dos princípios do contraditório e da ampla defesa, perante um juiz competente e sob todas as garantias legais.

“O processo, portanto, produzirá uma certeza do tipo jurídica, que pode ou não corresponder à verdade da realidade histórica (da qual, aliás, em regra, jamais se saberá), mas cuja pretensão é a de estabilização das situações eventualmente conflituosas que vêm a ser o objeto da jurisdição penal”.⁸

Sendo então a prova o elemento através do qual será feita a reconstrução do fato, é necessário conceituá-la. A palavra “prova” origina-se do latim *probatio*, o qual deriva o verbo provar – *probare* –, cujo significado é o de “ensaiar, verificar, examinar, reconhecer por experiência, aprovar, estar satisfeito com algo, persuadir alguém a alguma coisa ou demonstrar”⁹. Tem, assim, na linguagem cotidiana, o significado de demonstrar a veracidade de uma afirmação. “No campo jurídico, podemos conceituar prova como sendo o meio instrumental de que se valem os sujeitos processuais (autor, juiz e réu) de comprovar os fatos da causa, ou seja, os fatos deduzidos pelas partes como fundamento do exercício dos direitos de ação e de defesa.”¹⁰

Percebe-se que há substancial diferença ao conceito semântico do termo prova em relação à acepção comum e ao seu significado jurídico. No contexto jurídico, a palavra prova designa os elementos e atividades de que se valem as partes de um processo de comprovar a existência e a prática (ou não) de um fato tipicamente penal, com fundamento no exercício dos direitos de ação e de defesa, destinados a formar a convicção do juiz a fim de se obter uma sentença mais justa possível. Portanto, “as provas são os materiais que permitem a

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal? Um falso problema**. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. *Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo*, 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 9.

⁸ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. – 24. ed. – São Paulo: Atlas, 2020. p. 417.

⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Op cit.* p. 683.

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 739.

reconstrução histórica e sobre os quais recai a tarefa de verificação das hipóteses, com a finalidade de convencer o juiz (função persuasiva)”.¹¹

Segundo Paulo Rangel, a prova consiste então nos elementos pelos quais se faz a reconstrução do fato criminoso ocorrido, sendo-as destinadas a instruir o julgador para formação de sua convicção acerca daquele fato. “A prova, assim, é a verificação do *thema probandum* e tem como principal finalidade (ou objetivo) o convencimento do juiz. Tornar os fatos, alegados pelas partes, conhecidos do juiz, convencendo-o de sua veracidade. Portanto, o principal destinatário da prova é o juiz”.¹²

No mesmo sentido, Aury Lopes Junior afirma que:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através – essencialmente – das provas, o processo pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recongnitiva, a partir da qual se produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (*story of the case*) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de modos de construção do convencimento do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.¹³

Desse modo, as provas compreendem o meio que possibilitará a reconstrução do fato delituoso, sendo-as destinadas a formar a convicção do julgador e tendo por finalidade a busca da verdade judicial, de acordo com o que for construído nos autos sob a égide do devido processo legal.

1.2. Objeto da prova

Como visto, o processo penal se destina à busca da verdade judicial pela reconstrução histórica de determinado fato através das provas. Há, portanto, um fato controvertido ao qual se busca conhecer a verdade e sobre o qual deve recair a obtenção das provas, a fim de esclarecê-lo e, conseqüentemente, formar a convicção do julgador acerca da sua existência ou não.

¹¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 558.

¹² RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 740.

¹³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 557.

Assim, “o objeto da prova é a coisa, o fato, o acontecimento que deve ser conhecido pelo juiz, a fim de que possa emitir um juízo de valor. São os fatos sobre os quais versa o caso penal. (...) É a verdade dos fatos imputados ao réu com todas as suas circunstâncias.”¹⁴

Em outras palavras, o objeto da prova é o fato sobre o qual se centrará a produção das provas visando à reconstrução do fato histórico. Gustavo Badaró observa, entretanto, que o objeto da prova não se trata apenas da apuração simplesmente do fato em si, mas de se conhecer a “verdade processual” acerca da alegação sobre ele:

(...) o objeto da prova é sempre a alegação de um fato e não o fato em si mesmo. Os fatos, em si mesmos, são acontecimentos que têm existência no mundo real. O fato ocorreu ou não, existiu ou não, não comportando adjetivações ou valorações. Aquilo que existe na realidade não pode ser verdadeiro ou falso; simplesmente existe. Verdadeiros ou falsos só podem ser nossos conhecimentos, nossas percepções, nossas opiniões, nossos conceitos ou nossos juízos a respeito de um objeto.

Os “fatos” debatidos no processo são enunciados sobre os fatos do mundo real, isto é, aquilo que se diz em torno de um fato: é a enunciação de um fato e não o próprio fato. Em consequência, o objeto da prova não é o próprio fato. O que se prova são as alegações dos fatos feitas pelas partes como fundamentos da acusação e da defesa. O que pode ser verdadeiro ou falso, verídico ou inverídico, ou “probo”, são as alegações sobre o fato.¹⁵

No mesmo sentido Juarez Tavares e Rubens Casara afirmam que:

Em geral, costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos. Todavia, o juízo de verdadeiro ou falso não recai sobre o fato em si, mas sobre a proposição/afirmação/enunciado relativo à existência do fato. Em outras palavras, o que se prova é a hipótese acusatória descrita na denúncia (o acontecimento naturalístico) ou as alegações dos fatos formuladas por uma das partes. Isto está claro, porque se a prova busca fundar uma afirmação mais provável acerca da verdade, ou seja, da relação entre enunciado e o dado empírico, seu objeto não pode ser esse dado empírico, mas, principalmente, o enunciado que se faz sobre ele.

É que todo dado empírico só tem relevância quando se veja inserido em sua explicação. Um dado empírico existe por si mesmo, mas seu significado não decorre dessa sua existência, senão da afirmação de que existe.

Convém observar, porém, que a existência do fato deve ser o pressuposto de qualquer enunciado. Assim, na execução dos meios de prova sobre a explicação acerca da afirmação sobre o objeto, o fato é também relevante e será mais relevante quando tenha idoneidade para justificar a emissão de um enunciado sobre ele.¹⁶

¹⁴ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 740.

¹⁵ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 159-160.

¹⁶ CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e verdade**. – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020. p. 23.

Paulo Rangel destaca que se deve diferenciar objeto da prova e o objeto de prova:

Entretanto, não podemos confundir o objeto da prova com objeto de prova. Este significa que fatos ou coisas devem ser provados, pois os fatos notórios não necessitam ser provados, como, por exemplo, se o dia 25 de dezembro é ou não Natal. Por fato notório entendemos aquele que é do conhecimento de qualquer pessoa medianamente informada, v. g., que Lampião foi o rei do cangaço no Brasil.

Assim, saber qual o objeto de prova é saber o que se precisa provar: o fato ou o direito. Por exemplo: é necessário provar ao juiz que o Código Penal não tipifica como crime o incesto? É necessário provar ao juiz que o CPP admite liberdade provisória vinculada sem fiança (cf. art. 310) para o crime de homicídio simples? A resposta é negativa, pois o juiz conhece o direito (*Iura novit curia*).¹⁷

A diferença, portanto, está entre saber o que necessita de comprovação de veracidade; pois somente os fatos que necessitam ser provados serão objetos da prova e levados à cognição do juiz.

“Partindo dessa assertiva, e tendo em vista a própria falibilidade dos enunciados, tem-se que admitir que alguns dados não podem ser objeto de prova. Em primeiro lugar, não são objeto de prova as alegações sobre fatos impertinentes e irrelevantes”¹⁸. Igualmente, os fatos notórios, pois se supõe um conhecimento prévio da sociedade, ou seja, um fato de conhecimento geral; os fatos axiomáticos ou intuitivos, quando já se tem um determinado grau de certeza sobre algo e, por isso dispensa a prova; as presunções legais, aquelas presunções absolutas ou relativas que decorrem da própria lei; e os fatos inúteis, que são fatos que, embora possam ser verdadeiros, em nada contribuem para acareação da veracidade dos fatos; todos estes são dispensáveis como objeto de prova.

1.3. Atividade probatória

O processo penal é um instrumento de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico, sendo as provas o meio através dos quais se fará essa reconstrução. Entretanto, as provas não se constituem de elementos interdependentes, do contrário, são verdadeiros mecanismos e atividades interligados pelo que se denominam de “atividade probatória”.

Segundo Gustavo Badaró a “atividade probatória significa o conjunto de atos praticados para a verificação de um fato. É a atividade desenvolvida pelas partes e, subsidiariamente,

¹⁷ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 741.

¹⁸ CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. Op. cit. p. 23.

pelo juiz, na reconstrução histórica dos fatos.”¹⁹ Neste mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima ensina que a atividade probatória “consiste no conjunto de atividades de verificação e demonstração, mediante as quais se procura chegar à verdade dos fatos relevantes para o julgamento”.²⁰

No mecanismo da atividade probatória distinguem-se componentes que integram a constituição do conjunto probatório, são eles: elementos de prova, fontes de prova e meios de prova.

1.3.1. Elementos de prova

Elementos de prova são os dados que, por serem produzidos mediante contraditório, corroboram com a reconstrução do fato histórico por possuírem significativo valor probatório e, por isso, podem ser considerados na fundamentação de determinada decisão pelo magistrado ou na sentença.

Nas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

Elementos de prova (*evidence*, em inglês) são todos os dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa. Deve ser empregado no plural – elementos de prova ou elementos probatórios –, pois o convencimento judicial, em princípio, resulta de mais de um, ou seja, de uma pluralidade de informações. Funcionam, assim, como elementos de prova a declaração de uma testemunha sobre determinado fato, a opinião emitida por perito sobre a matéria de sua especialidade, o conteúdo de um documento juntado aos autos, etc.²¹

Os elementos de prova são os dados extraídos da fonte de prova e que serão passíveis de valoração pelo juiz, pois, como são colhidas durante o curso da ação penal e sob os princípios do contraditório e da ampla defesa, servem para formar a convicção do julgador. São os dados utilizados pelo juiz ao realizar sua atividade recognitiva. É o caso das declarações das testemunhas, das informações contidas em um documento, do laudo pericial etc.. É com base nos elementos de prova que se desenvolve o processo intelectual do juiz e é formado o resultado da prova.

¹⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 385.

²⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 655.

²¹ *Ibidem*. p. 658.

1.3.2. Resultados de prova

Como visto, os elementos de prova são os dados conforme apresentados ao juiz, isto é, sem que o tenha formado qualquer juízo de valor sobre tais dados. Quando o magistrado analisa estes elementos de prova e conclui pela “credibilidade da fonte e a atendibilidade do elemento obtido”²² surge, então, o resultado da prova. Assim, o resultado da prova somente será obtido se o juiz tiver em mãos elementos de prova, introduzidos através da realização de meios de prova.

Portanto, “é o resultado da prova (*proof*, em inglês) obtido não apenas pelo somatório dos elementos de prova, como também por meio de uma atividade intelectual do magistrado, que permite estabelecer se a afirmação ou negação do fato é verdadeira, ou não”²³. Significa dizer, que o resultado e prova é a percepção que o magistrado tem sobre determinado elemento de prova.

1.3.3. Fontes de prova

Fonte de prova refere-se aos indivíduos ou objetos de onde se podem obter os elementos de prova; “decorrem do fato em si, independentemente da existência do processo. Ocorrido o fato, tudo aquilo que puder servir para esclarecer algo sobre a existência desse fato pode ser considerado como fonte de prova”.²⁴

Por isso, conforme ensina Renato Brasileiro de Lima, podem ser classificadas em “reais” ou “pessoais”:

A expressão fonte de prova é utilizada para designar as pessoas ou coisas das quais se consegue a prova, daí resultando a classificação em fontes pessoais (ofendido, peritos, acusado, testemunhas) e fontes reais (documentos, em sentido amplo). Cometido o fato delituoso, tudo aquilo que possa servir para esclarecer alguém acerca da existência desse fato pode ser conceituada como fonte de prova. Derivam do fato delituoso em si, independentemente da existência do processo, ou seja, são anteriores a ele, sendo que sua introdução no feito se dá através dos meios de prova. Exemplificando, suponha-se que determinado crime tenha sido praticado dentro de uma sala de aula. Todas as pessoas que presenciaram o cometimento do delito serão consideradas fontes de prova. Essas pessoas poderão ser levadas à apreciação do

²² BADARÓ, Gustavo Henrique. 2018. Op. cit. p. 386.

²³ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit.. p. 658.

²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. 2018. Op. cit. p. 386.

juiz, o que se dará pela sua introdução no processo pelos meios de prova, *in casu*, pela prova testemunhal.²⁵

As fontes de prova designam as pessoas ou coisas das quais se pode conseguir a prova (o elemento de prova), isto é, de onde se provém a informação sobre o fato passado. Nas fontes pessoais, as informações são extraídas diretamente pelas pessoas relacionadas ao fato, por exemplo, a testemunha, o acusado, a vítima etc.. Nas fontes reais os dados são provenientes de coisas ou objetos dos quais se possam retirar alguma informação do fato, por exemplo, uma arma utilizada em um homicídio, um veículo envolvido em um acidente, uma gota de sangue deixada na cena do crime etc..

1.3.4. Meios de prova

Os meios de prova são os instrumentos ou atividades através dos quais as fontes de prova ingressam no processo e, por serem realizados com a aquiescência do juiz e sob o crivo do contraditório, produzem elementos de prova que serão introduzidos aos autos e poderão ser considerados para fundamentação de decisões e sentença. “São, em síntese, os canais de informação de que se serve o Juiz”²⁶.

Segundo definição de Gustavo Badaró:

Os meios de prova são "as atuações judiciais com as quais as fontes se incorporam ao processo. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são levadas para o processo. Assim, a testemunha de um fato é a fonte de prova, enquanto suas declarações em juízo são o meio de prova. O documento e uma fonte de prova, a sua incorporação ao processo é o meio de prova. O livro contábil é a fonte de prova, enquanto a perícia contábil é o meio de prova. O meio de prova, portanto, somente existe no processo. Já as fontes de prova são anteriores e extraprocessuais.”²⁷

As fontes de prova têm como destinatários as partes, pois são elas que tem o ônus de provar as suas alegações sobre os fatos. O juiz não é destinatário das fontes de prova, mas tão-somente dos meios de prova. Os meios de prova, enquanto instrumentos pelos quais as fontes de prova ingressam no processo e possibilitam o convencimento da veracidade ou falsidade das alegações fáticas, tem por destinatário o juiz. Em suma, as fontes destinam-se às partes e os meios ao juiz. Cabe às partes buscar as fontes elevá-las ao processo, enquanto o juiz deve receber e valorar os meios de prova para conhecer os fatos da causa.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit.. p. 659.

²⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini; et al.. **As nulidades no processo penal**. – 12. ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 114.

²⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. 2003. Op. cit. p. 166.

É através, portanto, dos meios de prova que “se oferece ao juiz meios de conhecimento, de formação da história do crime, cujos resultados probatórios podem ser utilizados diretamente na decisão”.²⁸

Gustavo Badaró aponta relevada distinção entre os conceitos quanto aos sujeitos que podem dispor das fontes dos que tem disponibilidade sobre os meios de prova:

Segundo Sentís Melendo, a grande utilidade da distinção entre meios e fonte de prova diz respeito distribuição da iniciativa probatória entre as partes e o juiz. As partes tem disponibilidade sobre as fontes de prova, visto que são elas, e não o juiz, quem melhor conhece como provar os fatos alegados. Contudo, no momento que a existência de uma fonte de prova chega ao conhecimento do juiz, poderá ele determinar que seja produzido o meio de prova a ela relativo.

Em síntese, as partes teriam disponibilidade sobre as fontes de prova, podendo deixar de levá-las ao conhecimento do juiz, se assim lhes aprouver. Em tal caso, sem as fontes, não há que se falar em meio de prova. Por outro lado, não caberia ao juiz averiguar ou buscar fontes de prova, sob pena de perder a sua imparcialidade e desnaturar a sua verdadeira função. Porém, tendo chegado aos autos informações sobre fontes de provas, o juiz poderá determinar, de ofício, a realização do meio de prova que achar pertinente e adequado para que tais fontes sejam incorporadas ao processo. Trata-se de critério útil, que permite adequadamente solucionar questões ligadas ao tema.

Merece reparo, porém, a conclusão de que as fontes de prova destinam-se apenas as partes. As fontes podem ser utilizadas por quem as conheça, sejam as partes ou o juiz. Na verdade, o que não parece adequado é que o juiz saia averiguando e buscando fontes, pois, neste caso, transformar-se-ia em juiz instrutor, ao mesmo tempo em que seria o julgador da causa, com seríssimos riscos de perda da imparcialidade. Porém, se o juiz tiver conhecimento das fontes, seja porque as partes as levaram para o processo mediante um meio de prova, seja porque a produção de um meio de prova revelou uma nova fonte de prova, nada impedirá que o juiz determine a normal produção daquela prova. Ao mais, pode também ser determinada a produção de ofício de um meio de prova, sem que sobre o mesmo haja qualquer fonte no processo, como, por exemplo, quando o juiz determina que se junte aos autos a certidão de antecedentes criminais do acusado.²⁹

Sob uma ótica cronológica, cumpre esclarecer, ainda, que enquanto as fontes de prova existem antes da instauração do processo (extraprocessuais), os meios de prova dizem respeito “a uma atividade endoprocessual que se desenvolve perante o juiz, com o conhecimento e a participação das partes, cujo objetivo precípua é a fixação de dados probatórios no processo”³⁰, desta forma, somente existem no curso processo.

²⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 586.

²⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. 2003. Op. cit. p. 167-168.

³⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit.. p. 659.

Neste sentido Gustavo Henrique Badaró observa:

A fonte de prova é tudo que é idôneo a fornecer resultado apreciável para a decisão do juiz, por exemplo, uma pessoa, um documento ou uma coisa. As fontes de prova são anteriores ao processo (por exemplo, alguém que viu um acidente é testemunha do acidente, mas o meio de prova somente ocorrerá se houver um depoimento judicial dessa testemunha).

Os meios de prova são os instrumentos com os quais se leva ao processo um elemento útil para a decisão. São os instrumentos por meio dos quais as fontes de prova são conduzidas ao processo: o depoimento da testemunha, a perícia no instrumento do crime etc.³¹

Os meios de provas, ainda, distinguem-se quanto à sua previsão legal. Quando os meios de prova estão previstos em lei e há regulamentação para a realização do procedimento são denominados meios de prova típicos (ou nominados). São denominados meios de prova atípicos tanto os meios de prova não previstos pelo legislador (inominados) como aqueles que, embora nominados (previsto na lei), não contam com procedimento probatório específico³².

Portanto, os meios de prova são todos os instrumentos e atividades que o magistrado, direta ou indiretamente, utiliza para reconstruir os fatos e formar sua convicção, independente de sua previsão em lei, bastando apenas que o meio de prova não seja ilícito, conforme destaca Guilherme de Souza Nucci:

São todos os recursos, diretos ou indiretos, utilizados para alcançar a verdade dos fatos no processo. Na lição de CLARIÁ OLMEDO, é o método ou procedimento pelo qual chegam ao espírito do julgador os elementos probatórios, que geram um conhecimento certo ou provável a respeito de um objeto do fato criminoso. Os meios de prova podem ser lícitos – que são admitidos pelo ordenamento jurídico – ou ilícitos – contrários ao ordenamento. Somente os primeiros devem ser levados em conta pelo juiz. Em relação aos meios ilícitos, é preciso destacar que eles abrangem não somente os que forem expressamente proibidos por lei, mas também os imorais, antiéticos, atentatórios à dignidade e à liberdade da pessoa humana e aos bons costumes, bem como os contrários aos princípios gerais de direito.

Por outro lado, há os meios de prova nominados (a própria lei lhes concede um nome: prova testemunhal, por exemplo) e os uninominados (inexiste designação legal, no processo penal, como a inspeção judicial). Porém ambos podem ser utilizados pelo juiz.³³

³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. 2018. Op. cit. p. 388.

³² BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 65, mar-abr/2007, p. 178- 180.

³³ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 685.

Em decorrência do princípio da ampla defesa qualquer prova pode ser produzida no curso do processo, seja decorrente daqueles meios de prova especificados e regulamentados em lei ou daqueles atípicos, porém “moralmente legítimos, embora não previstos no ordenamento jurídico, sendo chamados de provas inominadas”³⁴.

Quando o meio de prova é regulamentado pela lei deve haver estrita obediência à forma de realização do procedimento, sob pena de ofensa ao princípio do devido processo legal e, por conseguinte, reconhecimento da nulidade do ato praticado. Entretanto, quando o meio de prova for atípico, e, portanto, não havendo previsão de forma ou rito de realização do procedimento, Antônio Magalhães Gomes Filho e Gustavo Henrique Badaró ensinam que o magistrado deve valer-se de analogia para definir o procedimento a ser seguido.

Ressaltam os Autores que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema da taxatividade legal dos meios de prova, pois admite meios de provas diversos dos arrolados em lei; e observam que embora não exista na legislação penal um dispositivo tal qual o Art. 369 do Código de Processo Civil, que explicitamente dispõe que “as partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, para provar a verdade dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz”³⁵, prevalece na seara penal o princípio da liberdade probatória e, deste modo, também não vigora no campo penal um “sistema rígido de taxatividade dos meios de prova, sendo admitida a produção de provas não disciplinadas em lei, desde que obedecidas determinadas restrições. Alias, ao menos por analogia (CPP, Art. 3º), a regra processual civil pode ser utilizada no campo penal.”³⁶

“A analogia consiste em aplicar a alguma hipótese, não prevista especialmente em lei, disposição relativa a caso semelhante”.³⁷ Deste modo, quando não for estabelecido em lei procedimento a ser observado no desenvolvimento da atividade de determinado meio de prova, o que criaria certa dúvida acerca de qual procedimento deve ser utilizado para a produção desse meio de prova, para tornar possível a sua utilização, deve o julgador valer-se

³⁴ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 742.

³⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Planalto. Brasília, DF, 17 março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: jan. 2022.

³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit. p. 181.

³⁷ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Volume 1. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p. 81.

da analogia, empregando ao caso a norma prevista para procedimentos de outros meios de prova parecidos.

Portanto, todos os meios de prova são passíveis de utilização, não havendo qualquer prevalência entre os meios de provas com rito previsto em lei e aqueles ditos inominado; Entretanto, “a admissibilidade de uma prova atípica deve estar sujeita a critérios mais rígidos e ser marcada pela excepcionalidade, e, por isso, deve obedecer a parâmetros de validade mais exigentes do que os das provas tipificadas”³⁸, sobretudo quanto à sua licitude.

Gustavo Henrique Badaró e Antônio Magalhães Gomes Filho destacam que o Código de Processo Penal não disciplina de forma sistemática os meios de provas; com efeito, no seu título VII, que versa sobre prova, seguem-se capítulos sobre meio de defesa, meio de prova, medida cautelar e procedimentos investigativos. São exemplos de meios de prova, típicos: exame de corpo de delito, cadeia de custódia e algumas perícias (autópsia, exame de lesões corporais, perícia local de incêndio etc.) depoimento de testemunhas; o reconhecimento de pessoas; documentos etc.. São exemplos comuns de provas atípicas: inspeção judicial; perícias de voz, exame de DNA, perícias em meios eletrônicos que “sem procedimento probatório específico seguem-se as regras gerais do CPP, em especial sobre o exame de corpo de delito”; reconhecimento de coisas, que há previsão de tal procedimento no CPP, porém sem disciplina específica, neste caso “há um aproveitamento, parcial e adaptado, do procedimento probatório do reconhecimento pessoal.”³⁹

1.3.5. Meios de obtenção de prova

Os meios de obtenção de prova consistem nas atividades capazes de colher fontes ou elementos de prova; são os meios que objetivam adquirir a prova em si, servindo de instrumentos para o alcance desta; desse modo não são empregados para o convencimento do magistrado, pois não são fontes de prova, mas sim “caminhos para se chegar à prova”, conforme destaca Aury Lopes Junior:

³⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Tipicidade e sucedâneos de prova**. In: ALMEIDA, José Raul Gavião; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.). Provas no processo penal: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 28.

³⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Op. cit. p. 178-183.

Meio de obtenção de prova: ou *mezzi di ricerca della prova* como denominam os italianos, são instrumentos que permitem obter-se, chegar-se à prova. Não é propriamente “a prova”, senão meios de obtenção. Explica MAGALHÃES GOMES FILHO que os meios de obtenção de provas não são por si fontes de conhecimento, mas servem para adquirir coisas materiais, traços ou declarações dotadas de força probatória, e que também podem ter como destinatários a polícia judiciária. Exemplos: delação premiada, buscas e apreensões, interceptações telefônicas etc. Não são propriamente provas, mas caminhos para chegar-se à prova.⁴⁰

Assim os meios de prova não se confundem com os meios de obtenção de prova; isto porque os meios de obtenção de provas são atos de persecução executados na fase pré-processual e têm por objetivo constituir indícios que possam abalizar a propositura de uma ação penal. São procedimentos regulados em lei que objetivam alcançar provas materiais, os quais são geralmente marcados pelo elemento surpresa, sobretudo porque o conhecimento da parte tornaria inviável a obtenção de fontes de prova.

Renato Brasileiro de Lima destaca que e essa distinção entre meios de prova e meios de obtenção de prova também é importante quando se aponta as consequências de eventuais irregularidades ocorridas quando do momento de sua produção:

Deveras, eventual vício quanto aos meios de prova terá como consequência a nulidade da prova produzida, haja vista referir-se a uma atividade endoprocessual. Lado outro, verificando-se qualquer ilegalidade no tocante à produção de determinado meio de obtenção de prova, a consequência será o reconhecimento de sua inadmissibilidade no processo, diante da violação de regras relacionadas à sua obtenção (CF, art. 5º, LVI), com o consequente desentranhamento dos autos do processo (CPP, art. 157, caput).⁴¹

Os meios de obtenção de prova, portanto, não têm o condão de formar elemento de prova, pois seus resultados não foram produzidos sob o contraditório, assim devem ser desconsiderados para fundamentação da sentença.

1.3.6. Investigação preliminar

Quando há o cometimento de um crime surge para o Estado o dever de, mediante a apuração e o esclarecimento dos fatos e de todas as suas circunstâncias e respeitado o devido processo penal, punir o agente infrator. Para tal desiderato a atividade estatal se divide em duas etapas: a fase de investigação preliminar do ato infracional, em que se buscam indícios e elementos sobre a autoria e materialidade do ato antijurídico; e a fase judicial que, ante os

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 558.

⁴¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit.. p. 660.

dados e indícios colhidos na fase investigativa, buscará a verdade dos fatos através de provas e ao final culminará em uma decisão acerca do cometimento ou não do crime.

Todo esse caminho percorrido para apuração e a elucidação do crime, com a busca pela sua autoria e a materialidade, até a produção de provas e esclarecimentos da verdade dos fatos, denomina-se persecução criminal (*persecutio criminis*) – conforme ensina Heráclito Antonio Mossin:

Praticado o crime, o direito de punir passa do plano abstrato para o concreto. Todavia, existe uma autolimitação do Estado no exercício do direito de punir em razão do direito de liberdade. Nesse sentido, o Estado somente pode aplicar a pena através do processo. Mas para que o processo venha a existir materialmente, existe uma intensa atividade dos órgãos do Estado ou do próprio particular, visando noticiar ao Estado-juiz a prática de um crime. Assim, a atividade do Estado (Polícia Judiciária, MP) e do particular (ofendido) de noticiar ao Estado-juiz a prática do fato típico (materialidade) e autoria denomina-se persecução criminal.⁴²

Dessa forma, a persecução é dividida em duas etapas: a primeira, pré-processual, que abrange a fase de investigação e o apontamento do suposto infrator da prática de um fato delituoso; e a fase processual, que consiste na propositura da ação penal. Assim, inicialmente na fase pré-processual, a Polícia Judiciária ou o próprio particular devem coletar elementos acerca da materialidade e autoria do crime que servirão de fundamentação para oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, nos casos de ação penal pública, ou de queixa-crime, nos casos que a ação é promovida pelo particular na ação penal privada.

Aury Lopes Junior bem ressalta que a investigação preliminar situa-se na fase pré-processual, sendo o gênero do qual são espécies o inquérito policial, as comissões parlamentares de inquérito, sindicâncias etc., conceituando:

Constitui o conjunto de atividades desenvolvidas concatenadamente por órgãos do Estado, a partir de uma notícia-crime, com caráter prévio e de natureza preparatória com relação ao processo penal, e que pretende averiguar a autoria e as circunstâncias de um fato aparentemente delituoso, com o fim de justificar o processo ou o não processo.⁴³

Quando a fase de investigação preliminar se desenvolve pela polícia judiciária, em razão de uma notícia crime, isto é, quando a autoridade policial ou o Ministério Público têm conhecimento espontâneo ou provocado pelo ofendido, ou por seu representante legal, de que

⁴² MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas: 1998. p. 150.

⁴³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 181.

foi vítima de um fato aparentemente criminoso é necessário que o Estado investigue estas informações, que deverá fazê-lo através de um inquérito policial.

1.3.6.1. Inquérito policial

O inquérito policial é um procedimento administrativo, realizado pela polícia judiciária (Polícia Civil e Polícia Federal), cujo objetivo é, através de uma série de diligências, apurar elementos acerca da autoria e materialidade do suposto cometimento de um crime, que servirão de fundamento para que o titular da ação penal possa ajuizá-la contra o suposto agente criminoso.

É, portanto, um procedimento preliminar e preparatório com o escopo de obter subsídios para esclarecimento do fato, que em havendo elementos que indiquem a prática do delito possibilitará a instauração da ação penal ou do contrário haverá o arquivamento da persecução penal. “O inquérito policial, em verdade, tem uma função garantidora. A investigação tem o nítido caráter de evitar a instauração de uma persecução penal infundada por parte do Ministério Público diante do fundamento do processo penal, que é a instrumentalidade e o garantismo penal”⁴⁴.

Renato Brasileiro de Lima assim conceitua o inquérito policial:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pelo Delegado de Polícia, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Trata-se de um procedimento de natureza instrumental, porquanto se destina a esclarecer os fatos delituosos relatados na notícia de crime, fornecendo subsídios para o prosseguimento ou o arquivamento da persecução penal. De seu caráter instrumental sobressai sua dupla função: a) preservadora: a existência prévia de um inquérito policial inibe a instauração de um processo penal infundado, temerário, resguardando a liberdade do inocente e evitando custos desnecessários para o Estado; b) preparatória: fornece elementos de informação para que o titular da ação penal ingresse em juízo, além de acautelar meios de prova que poderiam desaparecer com o decurso do tempo⁴⁵.

Ante o exposto, o inquérito policial é um procedimento que visa a colher dados a respeito do suposto crime de forma a evitar o oferecimento de acusações infundadas; assim, o

⁴⁴ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 155.

⁴⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit.. p. 173.

inquérito policial é dispensável se o Ministério Público, que é o titular da respectiva ação penal pública, possuir “elementos necessários que viabilizem o exercício da ação, elementos estes que podem ser obtidos com a *notitia criminis* ou com peças de informação”⁴⁶.

Em outras palavras, a Constituição, em seu Artigo 128, I, atribui ao Ministério Público a função de “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”⁴⁷; assim, possuindo indícios suficientes da autoria e materialidade de um crime pode instaurar a ação penal sem a realização de inquérito policial prévio.

Ademais, nada o impede de diretamente realizar investigações preliminares a fim de obter tais elementos, através da instauração de procedimento investigatório criminal (PIC), uma vez que “o Ministério Público tem competência para realizar, por sua iniciativa e sob sua presidência, investigação criminal para formar sua convicção sobre determinado crime, desde que respeitadas as garantias constitucionais do investigado”, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal⁴⁸.

O Ministério Público, outrossim, pode obter elementos para formação de sua convicção de outras fontes, como, por exemplo, as peças de informação que, segundo Victor Eduardo Rios Gonçalves:

Em verdade, podem ser quaisquer documentos que demonstrem a existência de indícios suficientes de autoria e de materialidade da infração penal. Ex.: sindicâncias instauradas no âmbito da Administração Pública para apurar infrações administrativas, onde acabam também sendo apurados ilícitos penais, de modo que os documentos são encaminhados diretamente ao Ministério Público. Ora, como a finalidade do inquérito é justamente colher indícios, torna-se desnecessária sua instauração quando o titular da ação já possui peças que permitam sua imediata propositura.⁴⁹

As peças de informação compreendem quaisquer documentos cujo teor evidencie a ocorrência de fatos supostamente criminosos; exercendo, portanto, função substitutiva do

⁴⁶ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 156.

⁴⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: Acesso em: jan. 2022.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 89.837 / DF**. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 19/11/2009. Publicado no DJe em 20/11/2009.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: Acesso em: jan. 2022.

⁴⁹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito processual penal esquematizado**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 63.

inquérito policial. Assim, o Ministério Público pode oferecer uma denúncia tendo por fundamento tais documentos.

Também é exemplo de peça de informação a remessa de documentos por juízes e tribunais quando, no exercício de suas funções, tiverem conhecimento de fatos que possam ensejar a propositura da ação penal. Igualmente, o ajuizamento da respectiva ação pode ter origem em peças de informações oriundas de investigações realizadas por uma Comissão Parlamentar de Inquérito – CPI; a qual “suas conclusões, quando afirmarem a existência de um delito, serão remetidas ao Ministério Público para que promova – diretamente se entender viável – a respectiva ação penal”⁵⁰.

Ressalte, ainda, que o inquérito policial não tem natureza jurídica de processo judicial; ao contrário, trata-se de um procedimento de índole meramente administrativa e pré-processual, a cargo da polícia judiciária que é vinculada ao Poder Executivo, de caráter preparatório da ação penal. Logo, no curso do inquérito não há partes (autor e réu), pois não houve a triangulação da relação processual, conforme explica Aury Lopes Junior:

Quanto à natureza jurídica do inquérito policial, vem determinada pelo sujeito e pela natureza dos atos realizados, de modo que deve ser considerado como um procedimento administrativo pré-processual.

A atividade carece do mando de uma autoridade com potestade jurisdicional e por isso não pode ser considerada como atividade judicial e tampouco processual, até porque não possui a estrutura dialética do processo. Como explica MANZINI, só pode haver uma relação de índole administrativa entre a polícia, que é um órgão administrativo igual ao MP (quando vinculado ao Poder Executivo), e aquele sobre quem recaia a suspeita de haver cometido um delito.⁵¹

No curso do inquérito policial o investigado ainda não se submeteu a uma acusação formal e por isso o indivíduo apontado é tratado como indiciado. Ademais, o inquérito destina-se a fornecer ao órgão da acusação o mínimo de elementos necessários à propositura da ação penal. Nele não se aplica o princípio do contraditório, que é a garantia constitucional que consiste na ciência bilateral dos atos e termos do processo e a possibilidade de contrariá-los; logo, a autoridade policial não precisa comunicar ao suspeito sobre as diligências que vai praticando ao longo da investigação, até por que tal ação inviabilizaria a colheita de

⁵⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 183.

⁵¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 182.

informações. Assim, devido à ausência do contraditório é que o inquérito policial tem natureza inquisitória.

Portanto, o inquérito tem valor apenas informativo e não visa emitir nenhum juízo de valor sobre a conduta do autor do fato; “assim, sua finalidade é preparar os elementos necessários que possibilitem ao titular da ação penal (pública ou privada) a descrição correta, na peça exordial (denúncia ou queixa), dos elementos objetivos, subjetivos e normativos que integram a figura típica”⁵².

Percebe-se, desta forma, que o inquérito policial é perfeitamente dispensável e, nos casos em que for instaurado, não produzirá provas, mas peças de informação. Isto porque, como visto, prova é aquele elemento colhido em contraditório judicial e no âmbito do inquérito policial estes elementos são obtidos de forma inquisitorial. Portanto, o escopo do inquérito é tão somente colher esses elementos de informação.

1.3.6.1.1. Valor probatório

Como visto, o inquérito policial é um procedimento administrativo informativo, destinado a apurar a existência e autoria de uma infração penal. Assim, o objeto da investigação é esclarecer as circunstâncias da notícia crime apresentada, de forma a averiguar a verossimilhança das alegações, a fim de evitar o ajuizamento de ações infundadas.

Portanto, o inquérito busca elucidar o fato supostamente criminoso e ao mesmo tempo abalizar o titular da ação penal com elementos significativos quanto à autoria e materialidade do fato para propô-la. Pois, havendo nos elementos colhidos no inquérito indícios que pelo menos aparentemente suponha-se estar diante de um fato criminoso, haverá para o titular da ação uma justa causa que abalize o ajuizamento da ação penal, seja pelo oferecimento de denúncia, em sendo a ação penal pública, ou pela queixa-crime, no caso de ação penal privada; conforme leciona Renato Brasileiro de Lima:

A partir do momento em que determinado delito é praticado, surge para o Estado o poder-dever de punir o suposto autor do ilícito. Para que o Estado possa deflagrar a persecução criminal em juízo, é indispensável a presença de elementos de informação quanto à autoria e quanto à materialidade da infração penal. De fato, para que se possa dar início a um processo criminal contra alguém, faz-se necessária a presença de um lastro probatório mínimo apontando no sentido da prática de uma

⁵² RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 157.

infração penal e da probabilidade de o acusado ser o seu autor. Aliás, o próprio CPP, em seu art. 395, inciso III, com redação dada pela Lei nº 11.719/08, aponta a ausência de justa causa para o exercício da ação penal como uma das causas de rejeição da peça acusatória.

Daí a importância do inquérito policial, instrumento geralmente usado pelo Estado para a colheita desses elementos de informação, viabilizando o oferecimento da peça acusatória quando houver justa causa para o processo (*fumus commissi delicti*), mas também contribuindo para que pessoas inocentes não sejam injustamente submetidas às cerimônias degradantes do processo criminal.⁵³

Assim, por servirem como peça fundamental para ajuizamento da ação penal, os elementos colhidos na fase investigativa devem acompanhar a acusação, conforme a inteligência do Art. 12 do Código de Processo Penal: “O inquérito policial acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra”⁵⁴.

Isto porque, para que o processo se desenvolva regular e validamente e ao fim possa ser obtido um pronunciamento de mérito, é necessário que seja analisada a admissibilidade da pretensão, sob os requisitos para o exercício do direito de ação e dos pressupostos processuais. A justa causa, neste ponto, é fator primordial para constituição do processo, sendo-a entendida como a mínima suspeita acerca da materialidade e autoria do crime que ensejam o ajuizamento da ação penal.

Desta forma, como esse mínimo indispensável sobre o cometimento do crime é apurado em sede de inquérito policial, os seus elementos informativos constituem-se a justa causa para oferecimento da acusação e, portanto, requisito indispensável de sua admissibilidade. Por esta razão que os autos do inquérito devem acompanhar a acusação. Conforme ensina Aury Lopes Junior:

O art. 12 do CPP estabelece que o IP acompanhará a denúncia ou queixa, sempre que servir de base a uma ou outra. Qual o fundamento de tal disposição? Não é atribuir valor probatório aos atos do IP, todo o contrário. Por servir de base para a ação penal, ele deverá acompanhá-la para permitir o juízo de pré-admissibilidade da acusação. Nada mais do que isso. Servirá para que o juiz decida pelo processo ou não processo, pois na fase processual será formada a prova sobre a qual será proferida a sentença.⁵⁵

⁵³ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 174.

⁵⁴ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: jan. 2022.

⁵⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 270.

No mesmo sentido é a lição de Renato Brasileiro de Lima:

Por fim, segundo o art. 395, inciso III, do CPP, a peça acusatória será rejeitada quando faltar justa causa para o exercício da ação penal. A expressão justa causa é extremamente ampla, sobretudo quando utilizada como fundamento para impetração de habeas corpus (CPP, art. 648, I), o que acaba por dificultar sua conceituação para fins de rejeição da peça acusatória.

A nosso ver, pelo menos para os fins do art. 395, inciso III, a expressão justa causa deve ser entendida como um lastro probatório mínimo indispensável para a instauração de um processo penal (prova da materialidade e indícios de autoria), funcionando como uma condição de garantia contra o uso abusivo do direito de acusar. Em regra, esse lastro probatório é conferido pelo inquérito policial, o qual, no entanto, não é o único instrumento investigatório.⁵⁶

Entretanto os atos de investigação do inquérito são considerados elementos de informação, uma vez que são obtidos de forma inquisitória, ou seja, de forma sigilosa, sem contraditório e sem exercício de defesa; logo, não têm valor probatório. Logo, os elementos colhidos na fase pré-processual não podem servir de fundamentação para a sentença, pois conforme dispõe o Art. 155 do Código de Processo Penal: “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”⁵⁷.

Conforme ensina Aury Lopes Junior:

Outro aspecto que reforça nosso entendimento é a natureza instrumental da investigação preliminar. Serve ela para – provisionalmente – reconstruir o fato e individualizar a conduta dos possíveis autores, permitindo assim o exercício e a admissão da ação penal. No plano probatório, o valor exaure-se com a admissão da denúncia. Servirá sim para indicar os elementos que permitam produzir a prova em juízo, isto é, para a articulação dos meios de prova. Uma testemunha ouvida no inquérito e que aportou informações úteis será articulada como meio de prova e, com a oitiva em juízo, produz uma prova. Em efeito, o inquérito filtra e aporta as fontes de informação úteis. Sua importância está em dizer quem deve ser ouvido, e não o que foi declarado. A declaração válida é a que se produz em juízo, e não a contida no inquérito, tanto que com a reforma de 2019/2020 esse tipo de prova não mais irá integrar os autos que serão remetidos para o juiz da instrução (lembrando que o art. 3º-C, § 3º, está suspenso pela decisão do Min. FUX).

Em síntese, o CPP não atribui nenhuma presunção de veracidade aos atos do IP. Todo o contrário, atendendo a sua natureza jurídica e estrutura, esses atos praticados e os elementos obtidos na fase pré-processual servem para justificar o recebimento ou não da acusação. É patente a função endoprocedimental dos atos de investigação.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 1402.

⁵⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: jan. 2022.

Na sentença, só podem ser valorados os atos praticados no curso do processo penal, com plena observância de todas as garantias.⁵⁸

Em igual sentido, Renato Brasileiro de Lima observa:

Ora, partindo da premissa de que os elementos de informação produzidos na fase investigatória devem ter como objetivo precípua a formação da convicção do titular da ação penal e, eventualmente, subsidiar a decretação de medidas cautelares, não se pode admitir que o juiz da instrução e julgamento forme seu convencimento com base neles, nem mesmo subsidiariamente. Somente assim, leia-se, preservando-se essa função endoprocedimental do inquérito, é que se poderá evitar que eventuais elementos informativos ali produzidos sejam valorados pelo juiz “em cotejo” com a prova judicial, o que, para parte da doutrina, “nada mais é do que uma maquiagem para condenar com base em meros atos de investigação”. Em síntese, uma sentença condenatória em um Estado Democrático de Direito só poderá ter por fundamento provas produzidas validamente no curso da instrução processual, com plena observância da publicidade, oralidade, imediação, contraditório e ampla defesa, o que afasta a possibilidade de utilização residual dos elementos informativos, cuja produção não assegura a observância desses postulados.⁵⁹

Conclui-se, portanto, que os elementos de investigação colhidos no inquérito policial servem tão somente para justificar a admissibilidade da acusação. Decidindo o Juízo pelo recebimento, os elementos de informação do inquérito, apesar de acompanharem a denúncia ou queixa não podem ser utilizados para fundamentação da sentença, “pois, sendo o inquérito, meramente, um procedimento administrativo, de característica inquisitorial, tudo o que nele for apurado deve ser corroborado em juízo”⁶⁰; logo, é inadmissível que hajam sentenças baseadas apenas nos elementos obtidos no inquérito policial.

1.3.6.2. Provas antecipadas, cautelares e irrepetíveis

Os elementos de informação colhidos na fase investigativa não são aptos a fundamentar a decisão do Juiz, visto que não foram produzidos sob o crivo do contraditório nem da ampla defesa, e, portanto, por não disporem de valor probatório, tais elementos devem ser ratificados mediante as provas produzidas em juízo.

É cediço que o Juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas, não podendo ser criada nenhuma regra de imposição sobre a apuração e descoberta da verdade, senão a prevista dentro dos limites da prova: “são inadmissíveis, no processo, as provas

⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 270.

⁵⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 164.

⁶⁰ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 167.

obtidas por meios ilícitos, nos termos do Art. 5º, LVI da Constituição Federal⁶¹ e a impossibilidade de fundamentação de “decisão exclusivamente nos elementos informativos”, conforme Art. 155 do Código de Processo Penal⁶².

Entretanto, o Art. 155 do Código de Processo Penal estabelece uma exceção acerca de elementos de informação oriundos de provas cautelares, não repetíveis e antecipadas, determinando que tais elementos podem servir para a fundamentação de uma possível sentença condenatória, ainda que produzidas em sede de investigação. Todavia, a legislação processual penal não define o conceito de tais provas e tampouco estabelece qualquer procedimento para sua produção. Tais conceitos são, portanto, trazidos pela doutrina.

Os atos processuais, incluindo os meios de prova, têm momento processual adequado para a sua realização. Entretanto em determinados casos é necessário que a produção da respectiva prova ocorra em momento distinto a fim de ser obtida maior efetividade em sua obtenção. Assim, há procedimentos que visam antecipar a realização de determinados atos, evitando que a demora comprometa a atividade judiciária.

Provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo. Por isso podem ser produzidas na fase investigativa, mas, dependem de autorização judicial para sua produção. É o caso da interceptação telefônica, caso em que o investigado somente terá ciência da prova após a conclusão das diligências, impossibilitando, portanto, o contraditório real. Nestes casos, a parte contrária somente poderá contraditar a prova depois da sua concretização, é o denominado contraditório diferido.

As provas devem ser produzidas com a participação das partes e do juiz, para que se efetive o contraditório e o julgador possa considerá-los em sua sentença; entretanto, na impossibilidade de se garantir o contraditório no momento exato da produção do meio de prova, deve-se permitir o seu exercício posterior, para não se fazer perder a prova pelo

⁶¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jan. 2022.

⁶²BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: jan. 2022.

decorso do tempo. Assim, o contraditório diferido é aquele em que a parte é chamada para sobre ela se manifestar após a obtenção da prova.

As provas antecipadas são aquelas produzidas na fase investigativa ou em juízo, portanto, mediante contraditório, todavia em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do curso do processo, em razão de situação de urgência e relevância.

Renato Brasileiro de Lima ressalta que para a sua realização, é indispensável prévia autorização judicial: do juiz das garantias, quando decretadas na fase investigatória; do juiz da instrução e julgamento, quando em curso o processo penal.

Deste modo, levando-se em consideração a urgência ou o risco de perecimento de uma fonte de prova importante, o procedimento a ser adotado para jurisdicionalizá-la, outorgando-lhe, pois, o *status* de prova, é o incidente de produção antecipada de provas.

É o caso do depoimento previsto no art. 225 do CPP em que determinada testemunha presencial do delito esteja hospitalizada, em grave estado de saúde, afigura-se possível a colheita antecipada de seu depoimento, o que será feito com a presença do juiz, e com a participação das partes sob contraditório em audiência pública e oral. É o denominado “depoimento *ad perpetuam rei memoriam*”.⁶³ O depoimento, nesse caso, possui o mesmo valor legal do que se tivesse sido colhido durante a instrução processual.

Assim, conforme ensina Aury Lopes Junior, o incidente de produção antecipada da prova é uma forma de jurisdicionalizar a atividade probatória no curso do inquérito, através da prática do ato ante uma autoridade jurisdicional (o juiz das garantias) e com plena observância do contraditório e do direito de defesa.

Em suas palavras:

Excepcionalmente, frente ao risco de perecimento e o grave prejuízo que significa a perda irreparável de algum dos elementos recolhidos no inquérito policial, o processo penal instrumentaliza uma forma de colher antecipadamente essa prova, através de um incidente: produção antecipada de prova. Significa que aquele elemento que normalmente seria produzido como mero ato de investigação e posteriormente repetido em juízo para ter valor de prova poderá ser realizado uma só

⁶³ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 136.

vez, na fase pré-processual, e com tais requisitos formais que lhe permitam ter o status de ato de prova; é dizer, valorável na sentença ainda que não colhido na fase processual.⁶⁴

O incidente de produção antecipada da prova somente pode ser admitido em casos extremos, em que se demonstra a fundada probabilidade de que será inviável a posterior repetição na fase processual da prova. Ademais, para justificá-lo, deve estar demonstrada a relevância da prova para a decisão da causa.

Tanto na prova cautelar quanto na prova antecipada o que se busca é a antecipação da formação da prova. Entretanto, a diferença entre os institutos reside no momento de realização do contraditório. Na prova cautelar nem sempre há tempo hábil para o chamamento das partes e do Juiz, pois há risco de perecimento dos elementos materiais. Então, forma-se a prova e as partes têm a oportunidade de se manifestar posteriormente (contraditório diferido), devido à urgência na realização dos atos de formação da prova. Na prova antecipada, há tempo hábil para organizar a produção da prova, entretanto, os atos para obtenção da prova se realizarão em momento anterior ao previsto. Assim, sempre haverá a participação das partes e do Juiz, em respeito ao contraditório que, no caso, é concomitante ao momento da obtenção da prova.

Aury Lopes Junior ressalta que se no curso da investigação houver depoimento de testemunhas, elas deverão ser arroladas para serem ouvidas novamente em juízo, a fim de que, o elemento de informação seja agora produzida sob contraditório e submetida ao exame cruzado das partes (art. 212) e, portanto, seja devidamente valorada na sentença porque terá o status de “prova”. “Portanto a repetição da prova, na verdade, produção em audiência de instrução e julgamento, é fator de validade desta prova e também condição exigida para que possa ser valorada na sentença”⁶⁵.

Entretanto existem elementos de prova que precisam ser coletadas no momento específico da sua ocorrência, pois, por determina circunstância aquele elemento não poderá ser repetido em juízo, são provas não repetíveis.

As provas não repetíveis são aquelas que uma vez produzidas, por alguma circunstância ou fato, não podem ser novamente coletadas nas mesmas condições que anteriormente

⁶⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 285.

⁶⁵ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 281.

realizada, em virtude do desaparecimento, destruição ou perecimento da fonte probatória, conforme explica Aury Lopes Junior:

Provas irrepitíveis ou não renováveis são aquelas que, por sua própria natureza, têm que ser realizadas no momento do seu descobrimento, sob pena de perecimento ou impossibilidade de posterior análise. Na grande maioria dos casos, trata-se de provas técnicas que devem ser praticadas no curso do inquérito policial e cuja realização não pode ser deixada para um momento ulterior, já na fase processual.

Pela impossibilidade de repetição em iguais condições, tais provas deveriam ser colhidas pelo menos sob a égide da ampla defesa (isto é, na presença fiscalizante da defesa técnica), posto que são provas definitivas e, via de regra, incriminatórias (exemplos: exame de corpo de delito, apreensão de substância tóxica em poder do autor do fato). Nesse sentido, é importante permitir a manifestação da defesa, para postulação de outras provas; solicitar determinado tipo de análise ou de meios, bem como formular quesitos aos peritos, cuja resposta seja pertinente para o esclarecimento do fato ou da autoria.⁶⁶

Diferentemente das provas cautelares e das antecipadas, as provas irrepitíveis não dependem, em regra, de autorização judicial, ante a urgência de sua produção e o risco de que haja dispersão dos elementos probatórios. Sendo assim, podem ser produzidas por ordem da própria autoridade policial imediatamente após tomar conhecimento da prática delituosa, como Renato Brasileiro Lima destaca:

Pelo menos em tese, tais provas podem ser produzidas na fase investigatória e em juízo. Exemplificando, suponha-se que alguém tenha sido vítima de lesões corporais de natureza leve. O exame pericial levado a efeito imediatamente após a prática do delito dificilmente poderá ser realizado novamente, já que os vestígios deixados pela infração penal provavelmente irão desaparecer com o decurso do tempo. Ante o perigo de que haja dispersão dos elementos probatórios em relação aos fatos transeuntes, a realização dessa prova não repetível independe de prévia autorização judicial, podendo ser determinada pela própria autoridade policial imediatamente após tomar conhecimento da prática delituosa. Como dispõe o art. 6º, inciso VII, do CPP, logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá, dentre outras diligências, determinar que se proceda a exame de corpo de delito e quaisquer outras perícias. Na mesma linha, ao tratar da cadeia de custódia, os arts. 158-A, 158-B, 158-C, 158-D, 158-E e 158-F, do CPP, introduzidos pela Lei n. 13.964/19, não condicionam a realização de exames periciais à necessidade de prévia autorização judicial, a qual se faz necessária, quando pertinente, tão somente para eventual descarte, assim compreendido como o procedimento referente à liberação do vestígio (CPP, art. 158-B, X).⁶⁷

Portanto, prova cautelar é aquela que, por pressupor o caráter de urgência, deve ser realizada imediatamente, ainda que sem o contraditório concomitante, mas, nesta hipótese, sendo necessário o contraditório diferido; prova antecipada é aquela que deve ser realizada em momento anterior ao previsto em lei, mas que, por ser previsível, permite o contraditório

⁶⁶ Ibidem. p. 282.

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit.. p. 136.

concomitante, devendo as partes participarem da sua produção; prova irrepetível é aquela que, por alguma circunstância ou fato, não pode ser novamente produzida nas mesmas condições em que foi feita anteriormente, devendo contar ao menos com a participação das partes, podendo o contraditório ser diferido.

Dito isso, conclui-se que a exceção estabelecida no Art. 155 do Código de Processo Penal é viabilizada a valoração de tais provas, ainda que produzidas em sede de investigação, porque contam com o crivo do contraditório, ainda que, em determinados casos, o contraditório seja diferido.

2. DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

O reconhecimento, em simples definição semântica, significa identificar, distinguir, algo ou alguém, por certos caracteres, perante aquilo que se conheceu anteriormente. É “o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa”⁶⁸. 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”⁶⁹.

Em sentido jurídico, “trata-se de meio de prova por meio do qual alguém identifica uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com pessoa ou coisa que já havia visto, ou que já conhecia, em ato processual praticado perante a autoridade policial ou judiciária, segundo o procedimento previsto em lei”⁷⁰. Gustavo Henrique Badaró define reconhecimento como “um meio de prova formal, pelo qual alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas ou coisas semelhantes às descritas.”⁷¹

O reconhecimento está previsto pelo Código de Processo Penal do Art. 226 a 228. Existindo, portanto, duas categorias de reconhecimento: o de pessoas e o de coisas. Ao presente estudo interessa apenas o reconhecimento de pessoas.

O reconhecimento de pessoas trata-se de um procedimento que pode ser realizado em sede policial, na fase pré-processual, ou em audiência, depois de instaurado o processo, do qual se pretende obter da vítima ou da testemunha de um suposto crime a identificação positiva ou negativa de pessoas as quais se supõem ter algum envolvimento naquele fato criminoso.

No reconhecimento de pessoas a vítima ou a testemunha, recordando do momento do fato criminoso, indicam em ato formal se determinada pessoa era aquela que viu e, portanto, reconhece envolvida suposto crime. Assim, conforme ressalta Aury Lopes Junior, “Quando

⁶⁸ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. 3. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1981. v. 1 p. 386. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834.

⁶⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 834.

⁷⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 787.

⁷¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. 2018. Op. cit. p.752.

coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer⁷². Portanto, o reconhecimento é, sobretudo, um juízo de comparação entre a percepção da imagem de uma pessoa no presente sobre aquela vista no fato passado, onde o reconhecedor deve afirmar ou negar se é a mesma pessoa.

2.1. Natureza jurídica do reconhecimento

Quando chega ao conhecimento do Estado o cometimento de um crime, surge o dever de investigá-lo. Para tanto, deve-se buscar elementos acerca da autoria e materialidade do fato criminoso os quais possibilitarão abalizar o titular da ação penal para oferecimento de uma acusação.

Na maioria das vezes esses elementos são buscados através do inquérito policial, onde se coletará as informações que possibilitem obter indícios sobre os quais se debruçará a persecução penal. Assim, faz-se necessária que haja a precisa identificação dos suspeitos, pois não é possível fazer uma acusação sem elementos mínimos de sua autoria.

Quando da persecução penal já resultou indícios suficientes acerca da autoria do crime e, entretanto, existe dúvida acerca da identificação do suspeito pela prática do crime, o reconhecimento se constitui um meio apto a formar elementos de prova, se realizado sob o crivo do contraditório, tendo a finalidade de indicar com maior exatidão o suspeito contra o qual recai a acusação.

Como visto, o reconhecimento é o ato em que uma pessoa é convocada a indicar determinado sujeito por ela vista no passado a fim de confirmar sua identidade, devendo indicar com precisão a pessoa contra a qual recai a suspeita de realização de determinada infração penal. Portanto, visa a corroborar com a prova acerca da autoria do suposto crime.

Tem como fundamento um elemento extremamente subjetivo e impreciso: a memória humana; isto porque, como indicam medicina e ciência, a mente não é capaz de arquivar precisamente fatos e pessoas sem sofrer distorções, tanto fruto de processos internos quanto externos. Portanto, “as informações evocadas pela memória são suscetíveis à modulação e a

⁷² LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 495.

falhas, na medida em que influenciadas por emoções e variações no nível de consciência e no estado de ânimo das pessoas”.⁷³

No reconhecimento existe um alto grau de falibilidade da memória humana e conclusões errôneas, que não necessariamente são intencionais, mas que muitas vezes são provenientes de fatores que dizem respeito a emoções, nervosismos, induções da própria mente etc. e até mesmo pelo decurso do tempo, em que a mente pode esquecer informações importantes ou criar falsas memórias, quando a pessoa supõe lembrar algo que na realidade está distorcido.

Neste contexto, caso haja demora na realização do reconhecimento ou o procedimento seja realizado mais de uma vez, pois, um novo reconhecimento estaria viciado e influenciado pelo anterior, há a possibilidade de a mente do reconhecedor estar mais tendenciosa; logo, não seria possível repetir o reconhecimento em idênticas condições.

Aury Lopes Junior ensina que o reconhecimento tem a natureza jurídica de meio de prova e reveste-se das características das provas irrepitíveis, isto porque, como exposto, no reconhecimento o fator psicológico é preponderante e suscetível ao seu perecimento; conforme, ressalta o autor:

O reconhecimento pessoal deveria ser uma prova irrepitível por sua própria natureza, como explicamos ao tratar dessa prova, pois, se repetido, haverá o imenso risco de indução e falsos reconhecimentos. Portanto, deveria ser feito uma única vez e documentado, mas o CPP não exclui a possibilidade de “repetição” na instrução processual.⁷⁴

Ademais, considerando que com o transcurso do tempo é possível que o reconhecedor sofra considerável perda de memória ou se torne mais suscetível à criação de falsas memórias, o reconhecimento também possui um caráter de urgência, por isso deve ser um dos primeiros atos da investigação, pois, o quanto antes realizado, maior será a probabilidade do reconhecedor se recordar da imagem do suspeito; portanto, admite-se a antecipação da realização do procedimento.

⁷³ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. Op. cit. p. 9.

⁷⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 283.

Entretanto, por ser possível presumi-lo, o procedimento deve ser realizado em contraditório concomitante ao momento da obtenção da prova, ou seja, com a participação das partes e do juiz, ainda que realizado em sede policial. Caso seja inviável a participação das partes no ato de reconhecimento o contraditório deverá ser diferido.

Em resumo, o reconhecimento tem a natureza jurídica de meio de prova, sendo considerado um meio de prova irrepetível e, tendo em vista seu caráter urgente, admite-se sua produção antecipada, em todos os casos observado o contraditório.

2.2. Sujeitos do reconhecimento

Inicialmente cumpre esclarecer os sujeitos envolvidos no reconhecimento: sujeito ativo, sujeito ativo, sujeito passivo, sujeito de comparação e sujeitos processuais.

O sujeito ativo é o denominado reconhecedor, aquele chamado a identificar determinada pessoa. O sujeito ativo pode ser a vítima, uma testemunha ou um corréu/co-imputado do fato criminoso. Qualquer pessoa pode ser chamada a realizar o reconhecimento inexistindo limitação expressa nesse sentido.

Em se tratando de testemunha do crime, entretanto, devem incidir as regras atinentes à prova testemunhal, como, por exemplo, quem pode ser testemunha, as causas de impedimento e suspeição a valoração do testemunho etc.; além de que o indivíduo tem o compromisso de dizer a verdade, pois se mentir pode incorrer no crime de falso testemunho.

O sujeito passivo do reconhecimento é a pessoa a ser reconhecida. Em regra, o sujeito passivo é o suspeito ou o acusado do crime; entretanto, é possível fazer o reconhecimento de qualquer pessoa, por exemplo, “para confirmar a presença de testemunhas ou até mesmo da vítima no local do crime, bem como para buscar pessoas que possam contribuir com o acervo probatório.”⁷⁵

⁷⁵ LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. p. 36.

Cumpra destacar a lição de Aury Lopes Junior que observa que o suspeito ou o réu não é obrigado a participar do reconhecimento:

Importante sublinhar: o réu ou investigado não é obrigado a participar do reconhecimento pessoal, podendo se recusar. Trata-se de exercício do direito de defesa negativo, ou seja, de não autoincriminação. Corrobora esse entendimento a declaração de inconstitucionalidade da condução coercitiva feita nas ADPF 395 e 444, em que decidiu o STF que a condução coercitiva de investigados e réus para serem interrogados é inconstitucional, na esteira do voto do relator Min. Gilmar Mendes. Conforme extrato da decisão, “o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão ‘para o interrogatório’, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. A decisão, a nosso juízo, alcance também a vedação de condução coercitiva para reconhecimento pessoal”.⁷⁶

O sujeito de comparação são as pessoas de característica parecida com o suspeito e que são colocadas juntas ao sujeito passivo a fim de evitar o induzimento do reconhecedor.

Por fim, os sujeitos processuais são o juiz, que preside o reconhecimento, e as partes, acusação e defesa, que acompanham o ato e verificam se o procedimento está ocorrendo conforme os requisitos legais.

2.3. Momento do reconhecimento

O reconhecimento de pessoas pode ocorrer tanto na fase pré-processual, durante a investigação, como também na instrução, já na fase processual.

Sendo realizado no inquérito policial, o reconhecimento será considerado elemento de informação e deverá ser repetido em juízo sob o crivo do contraditório, para só assim estar apto a fundamentar uma decisão.

Entretanto, conforme anteriormente esclarecido, por possuir características de prova irrepetível e dada à falibilidade da memória humana com o decurso do tempo, Aury Lopes Junior adverte que o reconhecimento deve ser realizado apenas uma vez e documentado, por meio da produção antecipada de prova, ainda na fase investigativa, observando-se, contudo, o

⁷⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 772.

contraditório e a ampla defesa, que permitirão atribuir ao reconhecimento a característica de prova e não elemento de informação⁷⁷.

2.4. Procedimento do reconhecimento de pessoas

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova típico, ou seja, a lei expressamente estabelece regras para a realização do procedimento - art. 226 e 228 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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. 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

Assim, pode-se observar que o procedimento é realizado em quatro fases distintas: i) apontamento das características da pessoa ou coisa pelo reconhecedor; ii) disposição das pessoas com características semelhantes às de quem deverá ser reconhecido; iii) indicação da pessoa por parte do reconhecedor; iv) elaboração do auto de reconhecimento.

2.4.1. Primeira fase do reconhecimento: descrição prévia

A primeira fase do reconhecimento refere-se à indicação do reconhecedor das características da pessoa a ser reconhecida.

⁷⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 283.

Esta fase é primordial, pois tem a função de fazer o reconhecedor se recordar dos fatos que presenciou e, principalmente, para se verificar o nível de conservação que sua memória guardou daqueles fatos, pois quanto maior for a riqueza de detalhes e de traços marcantes da pessoa a ser reconhecida, maior será a probabilidade que sua memória realmente conservou as imagens do fato.

Neste sentido, Mariângela Tomé Lopes observa que “o motivo do legislador prever regras específicas para a primeira fase do reconhecimento é observar o grau de atenção e a capacidade de memorização do reconhecedor”.⁷⁸

E a autora prossegue analisando que o importante nessa fase é verificar se o reconhecedor realmente detém em sua memória nítida recordação do fato, mas também por consistir em uma oportunidade de obter do reconhecedor as informações acerca do contato que ele teve com o suspeito e aferir o grau de certeza que ele tem:

Assim, antes de se prosseguir no reconhecimento, deve-se, nessa etapa, verificar (i) se o reconhecedor faz mesmo referência àquela pessoa ou coisa a ser reconhecida e (ii) a sua capacidade de memória. A capacidade de memória do reconhecedor e, por conseguinte, a efetividade do reconhecimento, é diretamente proporcional ao seu tempo de contato com a pessoa a ser reconhecida. Quanto mais longo o contato, maior a probabilidade de o reconhecimento apresentar resultado confiável.

E conclui acerca da crucial importância e da cautela a ser adotada na primeira fase para que se possa avaliar o seu resultado, pois “se as providências ultimadas nessa etapa indicarem que se trata de pessoa ou coisa completamente diferente daquela a ser submetida ao reconhecimento, não se deve prosseguir para as fases seguintes”.⁷⁹

2.4.2. Segunda fase do reconhecimento: disposição do reconhecendo

A segunda fase cuida de ato preparatório para o reconhecimento; no qual o suspeito será colocado ao lado de outras pessoas com traços semelhantes para que a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento possa apontá-la.

Aury Lopes Junior destaca dois aspectos a que se deve atentar no momento de apontamento do suspeito:

⁷⁸ LOPES, Mariângela Tomé. Op. cit. p. 50.

⁷⁹ LOPES, Mariângela Tomé. Op. cit. p. 51.

Número de pessoas: o Código é omissivo nessa questão, mas recomenda-se que o número não seja inferior a 5 (cinco), ou seja, quatro pessoas mais o imputado, para maior credibilidade do ato e redução da margem de erro; Semelhanças físicas: questão crucial nesse ato é criar um cenário cujo nível de indução seja o menor possível, daí por que deverá o juiz atentar para a formação de uma roda de reconhecimento com pessoas de características físicas similares (estatura, porte físico, cor de cabelo e pele etc.). A questão da vestimenta também deverá ser observada pelo juiz, para que não existam contrastes absurdos entre os participantes.⁸⁰

Mariângela Tomé Lopes destaca, ainda, algumas características a serem observadas em relação aos sujeitos de comparação:

Deve o Juiz procurar pessoas com roupas, vestuários semelhantes. Também este cuidado é necessário para evitar o induzimento do reconhecedor a indicar a pessoa que estava vestida de forma mais semelhante à pessoa a ser reconhecida. O Juiz indicará a vestimenta das pessoas a serem reconhecidas de acordo com a descrição do reconhecedor. Vale ressaltar que a pessoa semelhante a ser colocada ao lado do indiciado não pode ser alguém do conhecimento prévio do reconhecedor, para evitar o reconhecimento por exclusão.

É praxe colocar policiais como sujeitos de comparação, o que é muito criticado porque a fisionomia do policial pode ter sido notada pelo reconhecedor.⁸¹

Em relação à semelhança dos sujeitos de comparação Guilherme de Souza Nucci observa que a expressão “se possível” inserida no inciso II do art. 226 do Código de Processo Penal refere-se “à exigência de serem colocadas pessoas que guardem certa semelhança com a que deve ser reconhecida e não com a obrigatoriedade de colocação de várias pessoas lado a lado”.⁸²

Assim, a expressão insere uma exceção para quando inexistir no local quem tenha aparência com o reconhecendo, neste caso, significa dizer que o reconhecimento deverá ser realizado com sujeitos de comparação que não possuem semelhança com o suspeito; pois a precaução de apresentar a pessoa a ser reconhecida entre outras tem como objetivo evitar que o reconhecedor seja sugestionado, mas a inobservância dessa recomendação não acarreta a invalidade do ato.

⁸⁰ Ibidem. p. 53.

⁸¹ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 772.

⁸² NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 836.

Sobre o tema, Rogério Sanches Cunha explica:

Suponha-se um loiro ariano, acusado na prática de um delito, detido durante a madrugada e que será submetido ao reconhecimento por uma testemunha. Não é difícil imaginar a dificuldade que a autoridade policial, à essa altura, encontrará para localizar pessoas parecidas com o suposto autor do crime, razão pela qual se aproveitará a prova, ainda que não atendido esse pressuposto.⁸³

Ademais, “não se deve proceder ao reconhecimento individualizado, ou seja, somente entre reconhecedor e reconhecendo. Se assim for feito, como já mencionado, não se trata de reconhecimento, mas de mero testemunho”.⁸⁴

Mariângela Tomé Lopes observa, ainda, que “deve o Juiz permitir que a pessoa a ser reconhecida escolha o lugar que vai ficar ao lado das outras semelhantes. Trata-se de exercício do direito de defesa. (...)” e, adverte, é “importante evitar que o reconhecedor encontre-se com o reconhecido antes do ato de reconhecimento, para que não ocorra intimidação, nem a indução ao reconhecimento positivo”.⁸⁵

Portanto, “tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”⁸⁶.

2.4.3. Terceira fase do reconhecimento: indicação do reconhecendo

A terceira fase é o reconhecimento propriamente dito. Trata-se do desenvolvimento da atividade recognitiva, na qual o juiz solicitará à pessoa que fará o reconhecimento que aponte, dentre as pessoas semelhantes dispostas lado a lado uns dos outros, aquela suspeita de envolvimento no crime.

Contudo, pode ocorrer do reconhecedor ter algum receio em fazê-lo, em razão de futuramente sofrer represálias e por isso possa prejudicar o ato de reconhecimento. “Nesse caso, a autoridade providenciará para que o reconhecendo não veja o reconhecedor. Faz-se o

⁸³ CUNHA, Rogério Sanches. **Código de processo penal e lei de execução penal: comentados artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 2.032.

⁸⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 836.

⁸⁵ LOPES, Mariângela Tomé. Op. cit. p. 55.

⁸⁶ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 773.

reconhecimento na chamada “sala de manjamento” (uma sala espelhada onde quem está do lado de dentro não vê quem está do lado de fora. De dentro para fora trata-se de um espelho)”.⁸⁷

Acerca desta fase, Mariângela Tomé Lopes destaca que igualmente ao receio em apontar um suspeito e sofrer represálias, também se pode gerar no reconhecedor uma sensação de obrigatoriedade de apontar alguém como autor do delito, sob o temor do formalismo do ato:

Esta fase é bastante perigosa, pois a testemunha tem receio de afirmar ao Juiz que não reconhece nenhuma daquelas pessoas e se sente na obrigação de dizer que uma delas teria sido o autor do crime. Como diz Anna Maria Capitta: “O êxito do ato recognitivo pode ser influenciado pela mesma modalidade complexa do procedimento: o reconhecedor está psicologicamente induzido a dizer que entre os sujeitos ali colocados se encontra necessariamente a pessoa a ser reconhecida.” Por medo, o reconhecedor verificará qual das três pessoas ali colocadas apresenta maior semelhança com a pessoa que teria sido vista no dia do crime. Assim, deve o Juiz alertar a testemunha que ela somente deve afirmar que reconhece alguma daquelas pessoas, se houver certeza da sua parte, pois há possibilidade de que nenhuma delas seja aquela envolvida no fato criminoso. É dizer: deve o Juiz deixar claro que não há certeza de que uma daquelas pessoas seja a envolvida e que a testemunha deve afirmar se reconhece positivamente, somente se houver certeza.⁸⁸

Portanto, um reconhecimento só pode ser validado se houver plena convicção do reconhecedor, pois, a incerteza, como aponta Cristina Di Gesu, deve levar à invalidação do ato:

O reconhecimento é invalidado quando se diz que o sujeito “é parecido” ou “bem parecido” com o réu (desde que não haja outras provas a incriminar o acusado, tais como, p. ex., a apreensão dos bens subtraídos em seu poder, um exame datiloscópico ou de DNA confirmando a autoria) ou então quando a descrição do envolvido não condiz com as características físicas do imputado.⁸⁹

Por isso, é imprescindível que o procedimento seja realizado sob contraditório e “que as partes estejam presentes e verifiquem a regularidade do ato, isto é, se não há induzimento ao reconhecimento, se as pessoas colocadas em comparação são de características semelhantes etc.”⁹⁰

⁸⁷ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 885.

⁸⁸ LOPES, Mariângela Tomé. Op. cit. p. 51.

⁸⁹ DI GESU, Cristina. **Prova Penal e Falsas Memórias**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 161.

⁹⁰ LOPES, Mariângela Tomé. Op. cit. p. 56.

2.4.4. Quarta fase do reconhecimento: lavratura do auto

A quarta fase consiste na formalização do reconhecimento. Todos os atos do reconhecimento devem ser transcritos e documentados. Para tanto, elabora-se detalhado auto descritivo.

Mariângela Tomé Lopes destaca que “a quarta fase do reconhecimento é de extrema importância, por ser a responsável pela documentação do ato. Os elementos de prova constantes dessa documentação é que poderão ser considerados pelo Juiz na sentença, bem como objeto de discussão”.⁹¹ E a autora conclui ressaltando o caráter processual do ato: “Ademais, o auto de reconhecimento permite observar as falhas existentes ou o respeito total ao rito procedimental. Por isso, sem a devida documentação, o reconhecimento não terá qualquer validade.”⁹²

2.5. A inobservância do procedimento: reconhecimento informal

Não obstante o Código de Processo Penal regulamentar o procedimento para realização do reconhecimento, no que se denomina de reconhecimento formal; Aury Lopes Júnior assinala que é praxe forense fazer reconhecimentos informais, justificados em nome do princípio do livre convencimento motivado:

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto nos arts. 226 e s. do CPP, e pode ocorrer tanto na fase pré-processual como também processual. O ponto de estrangulamento é o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista no Código de Processo Penal.

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado.⁹³

O sistema da livre convicção do juiz consiste na apreciação das provas de acordo com a consciência do juiz, de acordo com sua análise imparcial acerca fatos trazidos aos autos. Em outras palavras, cumpre ao magistrado apreciar livremente a prova, valorando-a.

⁹¹ Ibidem. p. 72.

⁹² Ibidem.

⁹³ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 770.

Tal princípio é insculpido no Art. 155 do Código de Processo Penal, que dispõe que “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.”⁹⁴

Já o reconhecimento informal é entendido como procedimento de reconhecimento realizado durante a investigação ou em audiência que não segue a forma determinada pela lei.

Dentre os muitos erros às determinações do Código de Processo Penal no momento de realização do reconhecimento, cita-se, por exemplo, a realização de reconhecimentos induzidos, isto é, tenta-se convencer a vítima das mais diversas formas de que determinado suspeito é o seu ofensor.

Vale destacar que o reconhecimento, via de regra, é realizado na delegacia policial, sem a presença de defesa e muito menos do juiz, e mesmo quando feito em juízo limita-se na confirmação da vítima em ter realizado ou não o reconhecimento na delegacia. Portanto, nestes termos, o reconhecimento é uma prova colhida inquisitorialmente, onde não há, muitas das vezes, qualquer observância do procedimento estipulado no Código de Processo Penal.

E isso se referindo apenas no caso de o reconhecimento ser realizado na presença do suspeito, pois, quando este reconhecimento é realizado através de fotografia se torna ainda mais suscetível a erro, pois as fotografias quase sempre são imagens antigas, arquivadas na delegacia, e exibem apenas o tórax do suspeito; e, na maioria das vezes, não retratam marcas de pele, cicatrizes, tatuagens etc. características que permitiriam uma individualização da pessoa e dariam maior confiabilidade a essa forma de reconhecimento.

Como se não fosse suficiente, em alguns casos, chegou-se ao cúmulo de o policial enviar uma foto do suspeito à vítima através de aplicativos de mensagens *Whatsapp*⁹⁵ a fim de que ela apenas confirme que reconhece o suspeito, tornando o procedimento flagrantemente tendencioso.

⁹⁴ BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: jan. 2022.

⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. **RHC 176.025/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 03/08/2021. Publicado no DJe em 25/11/2021. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: jan.2022.

A realização desta forma de procedimento ganhou guarida diante do entendimento de que, quando não observado o procedimento previsto no artigo 226 do CPP, tal situação não ensejaria a invalidade no reconhecimento, pois “resultaria em material probante a ser considerado para efeitos de comprovação da autoria do delito, desde que corroborado por outros elementos de prova colhidos em juízo sob a luz do contraditório e da ampla defesa”⁹⁶.

Favorável à admissibilidade do reconhecimento informal, assim destaca Noberto Avena:

E se não forem observadas as formalidades do art. 226 do CPP? Isto implica mera irregularidade, não invalidando o ato, tampouco afetando seu poder de convencimento. E quanto ao reconhecimento por meio de fotografia realizado na fase do inquérito? Trata-se de meio legítimo de prova, em especial se for renovado de forma pessoal em juízo. E, ainda que não haja essa renovação judicial, nem assim poderá ser considerado o reconhecimento fotográfico uma prova irregular. Entretanto, neste caso, terá seu valor reduzido, podendo servir de elemento de convicção apenas quando confirmado por outras provas. Veja-se que a legitimidade do reconhecimento efetuado por meio de fotografia na fase do inquérito policial, se confirmado por outras provas, não apenas é capaz de justificar o recebimento da denúncia e da queixa, como também de permitir a imposição de medidas cautelares restritivas, inclusive a prisão preventiva. Poderá, ainda, nestas mesmas condições, contribuir para a formação do convencimento do juiz visando à prolação de sentença condenatória.⁹⁷

Em sentido contrário, pugnando pela nulidade do reconhecimento sem a rigorosa observância do procedimento previsto no Código de Processo Penal, Aury Lopes Júnior destaca:

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática pode ensejar nulidade. É ato formal que visa a confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa. O problema é a forma como é feito o reconhecimento. Em audiência, o código afasta apenas o inciso III (que pode perfeitamente ser utilizado...). Logo, não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado...), pois descumpra a forma e é um ato induzido.

Contudo, os juízes fazem a título de “livre convencimento”, com sério risco de nulidade processual (ilicitude da prova) 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.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **AgRg no HC n. 469.563/SC**. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 19/11/2019. Publicado no DJe em 21/11/2019. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan.2022.

⁹⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. p. 1.026.

Ocorre que estes reconhecimentos informais ganham admissibilidade não só sob a justificativa do princípio do livre convencimento motivado do juiz, mas pela própria jurisprudência dos Tribunais Superiores em entender que a não observância do procedimento descrito no artigo 226 não invalidaria o ato de reconhecimento por se tratar de “mera recomendação” do legislador, como se verifica em alguns julgados do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que "a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando amparado em outros elementos de prova".⁹⁸

(...) 6. Desse modo, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ainda que o reconhecimento do Réu na fase policial não tenha observado as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal, se for posteriormente ratificado pelas vítimas no curso da instrução judicial, não há falar em absolvição do Réu em decorrência da suscitada nulidade do procedimento, sendo plenamente válido para comprovar a autoria delitiva, especialmente quando aliado às demais provas constantes dos autos, como na hipótese em epígrafe.

7. Cumpre ressaltar, ainda, que "[a]s disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal se consubstanciam em recomendações legais, e não em exigências, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei".⁹⁹

Em igual sentido também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que da mesma forma, já proferiu decisões endossando tal interpretação:

O acórdão do STJ está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a lei processual penal não exige, mas recomenda, a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível. Nesse sentido: HC 102.603/SP, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, DJe 13.6.2011 e HC 86.783/SP, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 17.3.2006.¹⁰⁰

Analisando a interpretação dada pelos Tribunais Superiores ao artigo 226 do Código de Processo Penal, a ONG Innocence Project Brasil observa que “o judiciário brasileiro costuma reduzir as disposições do artigo 226 à condição de mera recomendação em razão das

⁹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **AgRg no AREsp n. 837.171/MA**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 13/12/2018. Publicado no DJe em 04/02/2019. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan.2022.

⁹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **AgRg no HC 608.756/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz julgado em 06/10/2020, Publicado no DJe em 19/10/2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan.2022.

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. **AgRg no HC 125.026/SP**. Relatora Ministra Rosa Weber. julgado em 23/06/2015. Publicado no DJe em 13/08/2015. Disponível em: < http://www.stf.jus.br >. Acesso em: jan.2022.

expressões utilizadas pelo legislador no texto da lei, como *quando houver necessidade, será convidada, se possível, convidando-se, etc.*”¹⁰¹

Neste sentido, a referida ONG cita julgados em que tal interpretação é apoiada:

Segundo o entendimento desta Corte Superior de Justiça, o depoimento de policiais pode servir de referência ao Juiz na demonstração da materialidade e autoria do crime, podendo ser utilizado como meio probatório apto a fundamentar a condenação. (...) Por outro lado, ao inserir o condicional ‘se possível’ no texto do art. 226, inciso II, do Código de Processo Penal, o legislador registrou que a aplicabilidade da referida norma depende das possibilidades fáticas, sobretudo porque, em muitas circunstâncias, pode se mostrar difícil ou mesmo impossível encontrar pessoas de traços semelhantes àquele que será reconhecido¹⁰².

O acórdão do STJ está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que a lei processual penal não exige, mas recomenda, a colocação de outras pessoas junto ao acusado, devendo tal procedimento ser observado sempre que possível.¹⁰³

E conclui explicando que realmente existe um sentido dúbio no dispositivo e recomenda uma alteração na lei:

“A conotação facultativa das expressões usadas no texto da lei, de fato, dá margem à interpretação, hoje adotada pela maioria das Cortes de Justiça brasileiras, de que os procedimentos ditados pelo artigo 226 são formalidades irrelevantes, não ocasionando a nulidade da prova que não é coletada com sua estrita observância. Por esse motivo, Stein e seus colaboradores sugerem uma alteração legislativa que torne claro o seu caráter obrigatório.”¹⁰⁴

“O problema prático gerado pela interpretação do artigo 226 como recomendação está em que a sua inobservância sequer é identificada como uma causa de nulidade, mas como mera irregularidade sem consequências práticas”¹⁰⁵.

Neste sentido, O Ministério da Justiça aponta, como consequência, que essa interpretação de mera recomendação vem provocando a deliberada inobservância do artigo 226 do Código de Processo Penal:

Assim, o posicionamento jurisprudencial condescendente com o desrespeito às diretrizes do Código de Processo Penal, calcado em supostas dificuldades práticas,

¹⁰¹ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. cit. p. 9.

¹⁰² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC. 244.240/SP**, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/08/2013. DJe 19/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan.2022.

¹⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 125.026 AgR/SP**, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 23/06/2015, DJe 13/08/2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>. Acesso em: jan.2022.

¹⁰⁴ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. cit. p. 10.

¹⁰⁵ Ibidem. p.11.

tem contribuído para que os agentes do sistema de justiça acreditem que os procedimentos elencados pela lei não importam. O desprezo pela lei chegou ao ponto em que a sua inobservância sequer é vista como um problema. A conotação facultativa das expressões usadas no texto da lei, de fato, dá margem à interpretação, hoje adotada pela maioria das Cortes de Justiça brasileiras, de que os procedimentos ditados pelo artigo 226 são formalidades irrelevantes, não ocasionando a nulidade da prova que não é coletada com sua estrita observância. Por esse motivo, Stein e seus colaboradores sugerem uma alteração legislativa que torne claro o seu caráter obrigatório.¹⁰⁶

Na análise sobre o tema, a Innocence Project Brasil destaca, ainda, com preocupação a prática dos tribunais brasileiros em admitirem a convalidação em juízo de um reconhecimento que, na fase policial, não observou as regras do artigo 226 do Código de Processo Penal:

Mesmo os julgadores que consideram a inobservância do artigo 226 como uma nulidade (e não mera irregularidade), entendem se tratar de uma nulidade relativa que, como tal, pode ser sanada. No entanto, o reconhecimento é prova irrepetível, de modo que sua contaminação na origem deveria gerar a nulidade absoluta da prova.¹⁰⁷

Entretanto, ainda que estes entendimentos estejam pacificados na jurisprudência, em recente julgado a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Habeas Corpus nº. 598.886, que contou com a Innocence Project Brasil como *Amicus Curiae*, rompeu com a posição jurisprudencial majoritária do Tribunal; entendendo que o procedimento previsto no artigo 226 do CPP não configura mera recomendação do legislador, mas rito de observância necessária, de forma que o reconhecimento só pode ser considerado válido se atendidos os requisitos legais e se corroborado por outras provas produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

O que sugere, ao menos em tese, que há certa tendência que o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, até então pacífico, sobre a admissibilidade de reconhecimentos informais se modifique:

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam

¹⁰⁶ BRASIL. Ministério da Justiça. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Lilian Stein (coord). Pensando o Direito n. 59. Brasília: Ipea, 2014. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em jan.2022. p.69.

¹⁰⁷ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. cit. p.12.

o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.(...)

5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.

6. É de se exigir que as polícias judiciárias (civis e federal) realizem sua função investigativa comprometidas com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. E ao Ministério Público cumpre o papel de fiscalizar a correta aplicação da lei penal, por ser órgão de controle externo da atividade policial e por sua ínsita função de custos legis, que deflui do desenho constitucional de suas missões, com destaque para a “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127, caput, da Constituição da República), bem assim da sua específica função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos [inclusive, é claro, dos que ele próprio exerce] [...] promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (art. 129, II). (...) ¹⁰⁸

Por fim, o acórdão ainda concluiu pela necessária superação da jurisprudência vigente, propondo, por isto as seguintes orientações:

(...) 12. Conclusões:

1) O reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;

3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;

Ainda quanto a tendência de modificação na jurisprudência STJ, em igual sentido a Quinta Turma entendeu que a formalidade determinada pelo CPP para o reconhecimento de pessoas é requisito de validade do resultado probatório e, alinhando-se ao posicionamento firmado pela Sexta Turma, acolheu a interpretação do precedente citado decidindo ser causa de nulidade da prova a inobservância do procedimento contido no artigo 226 do CPP e, portanto, não pode servir de lastro para condenação, *in verbis*:

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC 598.886 / SC**. Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgamento em 27/10/20. DJe em 18/12/2020. Disponível em: < <https://www.innocencebrasil.org>>. Acesso em: jan.2022.

(...) 2. A jurisprudência desta Corte vinha entendendo que "as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017).

Reconhecia-se, também, que o reconhecimento do acusado por fotografia em sede policial, desde que ratificado em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, pode constituir meio idôneo de prova apto a fundamentar até mesmo uma condenação.

3. Recentemente, no entanto, a Sexta Turma desta Corte, no julgamento do HC 598.886 (Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 18/12/2020, revisitando o tema, propôs nova interpretação do art. 226 do CPP, para estabelecer que "O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa".

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.).

5. Diante da falibilidade da memória seja da vítima seja da testemunha de um delito, tanto o reconhecimento fotográfico quanto o reconhecimento presencial de pessoas efetuado em sede inquisitorial devem seguir os procedimentos descritos no art. 226 do CPP, de maneira a assegurar a melhor acuidade possível na identificação realizada. Tendo em conta a ressalva, contida no inciso II do art. 226 do CPP, a colocação de pessoas semelhantes ao lado do suspeito será feita sempre que possível, devendo a impossibilidade ser devidamente justificada, sob pena de invalidade do ato.

6. O reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, ainda que confirmado em juízo, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial.(...)¹⁰⁹

Assim, a Quinta Turma do STJ decidiu que o reconhecimento fotográfico ou presencial feito pela vítima na fase do inquérito policial, sem a observância dos procedimentos descritos

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC 652.284/ SC**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 27/04/ 2021. DJe em 03/05/2021. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: jan. 2022.

no artigo 226 do Código de Processo Penal (CPP), não é evidência segura da autoria do delito, pois no reconhecimento fotográfico do suspeito é uma prova inicial, que deve ser ratificada pelo reconhecimento presencial e, mesmo havendo confirmação em juízo, não pode servir como prova única da autoria do crime.

Portanto, sobre o amparo da nova interpretação jurisprudencial, e conforme lição de Aury Lopes Júnior, pode-se afirmar acerca da observância do rito determinado pelo Código de Processo penal que “tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país”¹¹⁰.

2.6. Reconhecimento por fotografia

O reconhecimento é "o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa"¹¹¹. Trata-se de meio de prova por meio do qual alguém identifica uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com pessoa ou coisa que já havia visto, ou que já conhecia, em ato processual praticado perante a autoridade policial ou judiciária, segundo o procedimento previsto em lei.¹¹²

Segundo disposição legal, nos termos dos arts. 226 a 228 do Código de Processo Penal, o reconhecimento deve ocorrer de forma presencial, entretanto, em certas circunstâncias o ato de reconhecer determinada pessoa ou coisa tem sido realizado por meio de fotografias.

Tal prática é empregada com maior usualidade em relação ao reconhecimento de pessoas em sede policial, na fase pré-processual, e consiste, basicamente, em apresentar ao reconhecedor uma fotografia de pessoas com características semelhantes ao suspeito ou um álbum de fotografia de pessoas com antecedentes criminais a fim de que o reconhecedor verifique se a foto do suposto autor do crime se encontra dentre aquelas pessoas. Neste aspecto, Mariângela Tomé Lopes diferencia a utilização de fotografias em duas espécies: identificação fotográfica e reconhecimento fotográfico:

A identificação fotográfica, antes examinada, é a prática policial de colocar álbum de fotos diante da vítima ou testemunha, para que informe se alguma daquelas fotos corresponderia à pessoa vista no dia dos fatos. Diferentemente, o reconhecimento

¹¹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 773.

¹¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 834.

¹¹² LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 785.

fotográfico é aquele realizado por um método de comparação de fotos de pessoas semelhantes, isto é, com as mesmas características. Na identificação fotográfica, não existe suspeito do crime. Já no reconhecimento fotográfico há um suspeito e são utilizadas fotos de pessoas com características semelhantes a ele. No caso da identificação fotográfica, não há qualquer elemento de autoria. No reconhecimento fotográfico, ao contrário, já existe algum indício de autoria.

Ademais, enquanto o reconhecimento fotográfico tem a natureza jurídica de meio de prova; a identificação fotográfica representa meio de investigação. Assevere-se que a identificação fotográfica não é reconhecimento em sentido estrito. Ela tem a única finalidade de dar impulso à investigação, quando não se tem nenhum elemento de autoria. É somente uma das formas de identificação, diversas do reconhecimento.¹¹³

O reconhecimento fotográfico é habitualmente empregado em sede policial, como forma de identificar um possível suspeito quando não existe a menor indicação sobre autoria a autoria como forma de nortear e impulsionar das investigações.

Diferentemente do reconhecimento de pessoas presencial que possui procedimento regulamentado no código de processo penal, o reconhecimento fotográfico, no entanto, não está previsto na legislação processual; sendo, portanto, classificado como prova atípica e inominada, ante a ausência de sua previsão legal e rito específico para realização do procedimento, como aponta Renato Brasileiro de Lima:

O reconhecimento do acusado através de fotografias não encontra previsão legal. Porém, seja em virtude do princípio da busca da verdade, seja por força do princípio da liberdade na produção das provas, tem sido admitido pela doutrina e pela jurisprudência, sendo considerado espécie de prova inominada.

De acordo com o Supremo Tribunal Federal, é possível sua utilização, desde que corroborado por outros elementos de prova, sendo que o procedimento a ser observado é o mesmo do reconhecimento de pessoas (CPP, art. 226).¹¹⁴

Neste contexto, a jurisprudência reconhece que o reconhecimento por fotografia é meio de prova atípico e por isso deve obedecer por analogia às formalidades para realização do procedimento determinadas pelo Art. 226 do Código de Processo Penal. Ademais, admite-se que, ainda que não sejam observadas as formalidades do art. 226 do CPP em âmbito das investigações policial, a utilização dos elementos oriundos do reconhecimento por fotografia desde que sejam corroborados com as provas obtidas em juízo sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

¹¹³ LOPES, Mariângela Tomé. Op. cit. p. 108.

¹¹⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit.. p. 785.

Nesse sentido, colaciona-se decisão do Superior Tribunal de Justiça:

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a possibilidade de reconhecimento do acusado por meio fotográfico desde que observadas as formalidades contidas no art. 226 do Código de Processo Penal. 2. Eventual irregularidade cometida no inquérito policial restou sanada na fase judicial, porquanto o juiz processante, ao realizar o reconhecimento pessoal do acusado na audiência de inquirição de testemunhas, o fez sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. 3. Não tendo a controvérsia relativa à alteração do regime de cumprimento de pena sido objeto de debate e julgamento por parte do Tribunal de origem, o exame da matéria pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de habeas corpus, ocasionaria indevida supressão de instância.¹¹⁵

E no mesmo sentido é a posição do Supremo Tribunal Federal:

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. II - Tratando-se de réu preso, a falta de requisição para o comparecimento à audiência de oitiva de testemunhas realizada em outra comarca acarreta nulidade relativa, devendo ser arguida em momento oportuno e provado o prejuízo, o que não ocorreu nos autos. Precedentes. III - Demais alegações não foram suscitadas nas instâncias antecedentes e sua apreciação originária pelo Supremo Tribunal implicaria inadmissível supressão de instância. Questões, ademais, que, por envolver reexame de matéria de fato, mostram-se insuscetíveis de apreciação no caso concreto pela via do habeas corpus. Precedentes.¹¹⁶

Não obstante essa orientação jurisprudencial, Aury Lopes Júnior se posiciona contrário à admissibilidade de realização do reconhecimento por fotografia, bem como, quanto à convalidação do ato realizado sem a observância das formalidades legais:

Noutra linha, deve-se advertir que o fato de admitirmos as provas inominadas tampouco significa permitir que se burle a sistemática legal. Assim, não pode ser admitida uma prova rotulada de inominada quando na realidade ela decorre de uma variação (ilícita) de outro ato estabelecido na lei processual penal, cujas garantias não foram observadas. Exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada.

Com igual ênfase, é o escólio de Gustavo Badaró:

O reconhecimento fotográfico tem sido aceito como meio de prova válido, desde que não seja possível a realização do reconhecimento pessoal. O principal

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC 136.147/SP**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 06/10/2009. DJe em 06/10/2009. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: jan. 2022.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 104.404/MT**, Relator Ministro Dias Toffoli. Julgado em 21/09/2010, DJe 21/09/2010. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: jan. 2022.

argumento para a aceitação do reconhecimento fotográfico é, justamente, que se trataria de um “meio de prova atípico. Todavia, o reconhecimento fotográfico não é prova atípica, mas um meio de prova irritual, que vulnera o procedimento probatório previsto no art. 226, substituindo a segunda fase de comparação física e ao vivo da pessoa a ser reconhecida pela comparação fotográfica. Não se trata, pois, de um simples caso de prova atípica, que seria admissível ante a regra do livre convencimento judicial. As formalidades de que se cerca o reconhecimento pessoal são a própria garantia da viabilidade do reconhecimento como prova, visando a obtenção de um elemento mais confiável de convencimento.”¹¹⁷

Desse modo, o reconhecimento fotográfico, sob fundamento do princípio da liberdade probatória e do livre convencimento motivado, tem sido aceito como meio de prova válido, desde que acompanhado de outros meios de prova; “embora deva ser analisado com muito critério e cautela, pois a identificação de uma pessoa ou o reconhecimento de uma coisa por intermédio da visualização de uma fotografia pode não espelhar a realidade, dando margem a muitos equívocos e erros”¹¹⁸.

Entretanto, como adverte Guilherme de Souza Nucci, “se for essencial que assim se proceda, é preciso que a autoridade policial ou judicial busque seguir o disposto nos incisos I, II e IV do art. 226 do Código de Processo Penal. Torna-se mais confiável, sem nunca ser absoluta essa forma de reconhecimento”.¹¹⁹

¹¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. . Op. cit. p. 490-491.

¹¹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit. p. 835.

¹¹⁹ Ibidem.

3. RECONHECIMENTO EQUIVOCADO

Nos capítulos anteriores, foram abordados os aspectos do reconhecimento como prova no processo penal. Neste capítulo, pretende-se analisar o reconhecimento pessoal como causa de erro judiciário, sendo o principal motivo para sua ocorrência o reconhecimento equivocado.

O reconhecimento de pessoas é um ato essencialmente vinculado à memória humana; trata-se de um ato de recordação e, portanto, impende-se fazer observações acerca de alguns aspectos relacionados à memória humana, sem, contudo, aprofundar-se aos estudos da psicologia, uma vez que a incidência do reconhecimento equivocado tem fatores preponderantes na falibilidade da memória humana.

3.1. A falibilidade da memória humana

“Memória significa aquisição, formação, conservação e evocação de informações”¹²⁰. É “o meio pelo qual uma pessoa recorre às suas experiências passadas a fim de usar essas informações no presente; refere-se a um processo de mecanismos dinâmicos associados à retenção e recuperação da informação”.¹²¹

Entretanto essas informações não são permanentemente armazenadas no cérebro; “quanto mais tempo se passar do momento da aquisição das informações, maior é o risco de se perderem na memória”¹²². Isto porque, como Aury Lopes Júnior e Cristina Gesu explicam, “as imagens de pessoas, objetos, paisagens não são retidas na memória na forma de filmes ou fotografias; O cérebro não armazena filmes de cenas de nossa vida; se o cérebro fosse uma biblioteca, esgotaríamos suas prateleiras”.¹²³

“Pesquisas em psicologia experimental cognitiva apontam que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser

¹²⁰ IZQUIERDO, Ivan. Op. cit. p.9.

¹²¹ STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000, p. 204.

¹²² LOPES, Mariângela Tomé. .Op. cit. p.42.

¹²³ DI GESU, Cristina Carla e LOPES JR., Aury Celso. **Falsas memórias e prova testemunha no processo penal em busca de redução de danos**. Revista de Estudos Criminais nº 7, de Porto Alegre, 2007. p. 59.

distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais).”¹²⁴ Assim, as informações memorizadas sofrem tanto o efeito do tempo como a influência de fatores relacionados à emoção e ao estado de ânimo das pessoas e que acabam por criar lembranças que não necessariamente existiram, mas que foram criadas pelo subconsciente do indivíduo; são as denominadas falsas memórias.

Segundo Giovanni Kuckartz Pergher e Lilian Milnitsky Stein, “as falsas memórias (FM’s) podem ser definidas como lembranças de eventos que não ocorreram, de situações não presenciadas, de lugares jamais vistos, ou então, de lembranças distorcidas de algum evento.”¹²⁵ Para Mariângela Lopes destaca que “uma falsa memória pode advir da sugestionabilidade externa a uma falsa informação. É possível que uma pessoa acredite verdadeiro um acontecimento falso, dependendo de como a informação chegou ao seu conhecimento”¹²⁶.

Neste sentido, Elizabeth Loftus ensina que falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas de outros de forma que “a informação errônea pode se imiscuir em nossas lembranças quando falamos com outras pessoas, somos interrogados de maneira evocativa ou quando uma reportagem nos mostra um evento que nós próprios vivemos.”¹²⁷

Cumprido esclarecer que as falsas memórias não são mentiras, pois na mentira há a criação de um fato que não existiu, diferentemente das falsas memórias em que os fatos existiram porém por sugestionabilidade ou indução os fatos encontram-se distorcidos, como aponta Lilian Stein:

As Falsas Memórias não são mentiras ou fantasias das pessoas; elas são semelhantes às memórias verdadeiras, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras pelo fato de as Falsas Memórias serem compostas, no todo ou em parte, por lembranças de informações ou de eventos que não ocorreram na realidade. É fenômeno fruto do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória.¹²⁸

¹²⁴ STEIN, Lilian Milnitsky e NYGAARD, Maria Lúcia Campani. Op cit. p 153.

¹²⁵ STEIN, L. M.; PERGHER, G. P. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. Psicologia: Reflexão e Crítica.** v. 14, n. 2. Porto Alegre, 2001. p. 353-366.

¹²⁶ LOPES, Mariângela Tomé. .Op. cit. p.43.

¹²⁷ LOFTUS. Elizabeth. **Criando falsas memórias.** Disponível em <http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>. Acesso em: jan. 2022.

¹²⁸ STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas.** Porto Alegre: Artmed, 2010. p.36.

Assim, o reconhecimento é um procedimento que depende excessivamente da lembrança do reconhecedor e, conseqüentemente, suscetível à produção de falsas memórias; portanto, requer extrema cautela enquanto único meio de prova capaz de fundamentar uma decisão, pois plenamente capaz de incorrer em erro e equívocos advindos da memória humana.

É importante ressaltar, contudo, que não se pode descredibilizar o ato de reconhecimento, mas tão somente deve-se considerar que essa prova, por si só, não deve ser suficiente para embasar a condenação de alguém, já que a memória, como visto, é altamente suscetível a sugestões e induções. Por isso, é que a narrativa da vítima, no escólio de Aury Lopes Jr., “como uma espécie de prova similar à prova testemunhal, no sentido de que ambas dependem de narrativa e memória, é bastante sensível, perigosa, manipulável e pouco confiável”.¹²⁹

3.2. Causas do reconhecimento equivocado – Variáveis a estimar

O reconhecimento pessoal é essencialmente um processo de recuperação de memória. Sendo assim, possui um elevado grau de subjetividade pelo fato de ser suscetível à falibilidade da memória humana e suas conclusões errôneas, que não necessariamente são intencionais, mas que muitas vezes são provenientes de fatores que dizem respeito a emoções, nervosismos, induções da própria mente etc..

Assim, em determinados casos, o reconhecedor é levado a erro e acaba por reconhecer como autor de um crime uma pessoa que não é aquele que realmente praticou o fato delituoso. A este reconhecimento errôneo denomina-se reconhecimento equivocado.

Nesse sentido, a maior incidência de erros no reconhecimento é decorrente do fato de as experiências passadas deixarem suas impressões na memória, podendo esta sugerir induções e equívocos ao agente reconhecedor na hora de indicar o suspeito do cometimento de determinado delito, as chamadas falsas memórias, anteriormente abordadas.

¹²⁹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 731.

O erro no reconhecimento ocasionado pelo funcionamento normal da memória ou decorrente de fatores emocionais do reconhecedor, como supracitados, tem sido há décadas estudado pela psicologia do testemunho, que é “uma das áreas da psicologia forense cujo campo de estudos é especificamente voltado à compreensão da memória humana e dos vícios de técnicas de recuperação de lembranças utilizadas por sistemas de investigação”¹³⁰, e são denominados de variáveis de estimação (que podem ser estimadas), pois não podem ser estimadas pelo sistema de justiça.

Segundo Karen Diamand Tenenbojm, as variáveis a estimar seriam todos aqueles fatores que afetam os processos de interpretação e retenção de informação, os quais se correlacionam ao fato presenciado pelo reconhecedor:

As variáveis a estimar são circunstâncias que afetam a acurácia do reconhecimento, sobre as quais o sistema de justiça criminal não tem qualquer tipo de controle. Algumas dessas variáveis afetam a situação do crime em si, outras dizem respeito às características da vítima ou do autor do crime e à interação entre essas características.¹³¹

Segundo Aury Lopes Júnior, além das falsas memórias, existem circunstâncias que afetam a exatidão do reconhecimento e que estão correlacionadas ao momento de realização do crime e o seu autor. São situações que dizem respeito tanto aos efeitos psicológicos quanto a fatores emocionais suportados pelo agente reconhecedor no momento em que presenciou o fato criminoso e que, por isso, também exercem influência no estado psicológico e na memória do reconhecedor; por exemplo, as condições físicas, o tipo de delito, a duração do incidente, a atividade da testemunha desde o crime, informações novas, e características da testemunha, tais como raça, sexo, idade, inteligência, personalidade, confiança ou estresse.

Nas palavras do autor:

Como visto anteriormente, a prova testemunhal tem sua credibilidade seriamente afetada pela mentira e as falsas memórias. Nessa mesma dimensão, situa-se o reconhecimento do imputado, cuja valoração probatória não pode desconsiderar esses fatores, pois igualmente dependente da complexa variável “memória”.

Tomando por ponto de partida os estudos de REAL MARTINEZ, FARIÑA RIVERA e ARCE FERNANDEZ, que necessariamente devem ser complementados pelas lições de LOFTUS, deve-se considerar a existência de diversas variáveis que

¹³⁰ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. Cit. p. 6.

¹³¹ TENENBOJM, Karen Diamand. **Reconhecimento pessoal e a criminalização da inocência**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade de São Paulo. 2018. p.24.

modulam a qualidade da identificação, tais como o tempo de exposição da vítima ao crime e de contato com o agressor; a gravidade do fato (a questão da memória está intimamente relacionada com a emoção experimentada); o intervalo de tempo entre o contato e a realização do reconhecimento; as condições ambientais (visibilidade, aspectos geográficos etc.); as características físicas do agressor (mais ou menos marcantes); as condições psíquicas da vítima (memória, estresse, nervosismo etc.); a natureza do delito (com ou sem violência física; grau de violência psicológica etc.), enfim, todo um feixe de fatores que não podem ser desconsiderados.

A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor-vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo.¹³²

Igualmente às substanciais influências exercidas pelas condições psicológica e emocional do reconhecedor e que prejudicam o ato de reconhecimento, Aury Lopes Júnior ainda destaca como fator determinante para a ocorrência de reconhecimento equivocado a pressão sobre o reconhecedor no momento de realização do procedimento para que faça um reconhecimento positivo. Isto porque, em determinados casos o crime cometido é de grande notoriedade e o receio de censura pública impõe que o reconhecedor faça um apontamento simplesmente por receio de represálias futuras.

Nas palavras do autor:

O “efeito compromisso” (GORENSTEIN y ELLSWORTH) é definido quando ocorre uma identificação incorreta (por exemplo, quando a pessoa analisa muitas fotografias e elege erroneamente o sujeito) e posteriormente realiza um reconhecimento pessoal. Nesse caso, o agente tende a persistir no erro, advertindo os autores de que não se deve proceder ao reconhecimento pessoal depois do reconhecimento por fotografias, pois há um risco muito grande de que ele mantenha o compromisso anterior, ainda que tenha dúvidas. Afirmam ainda que “esto resulta muy peligroso dado que la policia en su pesquisa utiliza este tipo de estrategias con los testigos presenciales”¹³³

Aury Lopes Júnior também ressalta como fator para o reconhecimento equivocado a aparente impressão de participação de determinada pessoa no crime, ao que denomina de “transferência inconsciente”:

Outra variável é a “transferência inconsciente”, quando a testemunha ou vítima indica uma pessoa que viu, em momento concomitante ou próximo àquele em que ocorreu o crime, dentro do crime, geralmente como autor. Citam os autores o estudo de BUCKHOUT, que simulou um roubo na frente de 141 estudantes e, 7 semanas depois, pediu-lhes que reconhecessem o assaltante em um grupo de 6 fotografias.

¹³² LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 777.

¹³³ Ibidem. p. 778.

Sessenta por cento dos sujeitos realizaram uma identificação incorreta. Entre eles, 40% selecionaram uma pessoa que viram na cena do crime, mas que era um inocente espectador. LOFTUS obteve resultados similares em experiências do gênero.¹³⁴

Por fim, Aury Lopes Junior destaca a exibição de identificações prévias do suposto criminoso ao reconhecedor. Tal procedimento é usualmente adotado em delegacia, na fase investigativa antes do início da fase processual e constitui ato de substancial influência na realização do reconhecimento.

Trata-se da exibição unipessoal (*show-up*)¹³⁵ em que há apresentação, seja por foto ou pessoalmente, de um único suspeito para ser reconhecido pela vítima ou testemunha, sendo a forma que mais expõe a testemunha às distorções de sua memória, inclusive porque há a implantação de uma falsa memória. “Essa prática, no entanto, é criticada por todos os especialistas, por seu enorme e comprovado potencial de produzir reconhecimentos equivocados”¹³⁶.

Neste sentido, a Innocence Project Brasil observa:

Muitas vezes, antes da realização do reconhecimento pessoal, a vítima/testemunha é convidada pela autoridade policial a examinar “álbuns de fotografia”, buscando já uma pré-identificação do autor do fato. O maior inconveniente está no efeito indutor disso, ou seja, estabelece-se uma “percepção precedente”, ou seja, um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal.

Não há dúvida de que o reconhecimento por fotografia (ou mesmo quando a mídia noticia os famosos “retratos falados” do suspeito) contamina e compromete a memória, de modo que essa ocorrência passada acaba por comprometer o futuro (o reconhecimento pessoal), havendo uma indução em erro. Existe a formação de uma imagem mental da fotografia, que culmina por comprometer o futuro reconhecimento pessoal. Trata-se de uma experiência visual comprometedora.

Portanto, é censurável e deve ser evitado o reconhecimento por fotografia (ainda que seja mero ato preparatório do reconhecimento pessoal), dada a contaminação que pode gerar, poluindo e deturpando a memória. Ademais, o reconhecimento pessoal também deve ter seu valor probatório mitigado, pois evidente sua falta de credibilidade e fragilidade.¹³⁷

O reconhecedor, portanto, cria uma percepção em que se forma uma imagem mental de algum dos rostos visto no álbum de fotografia, a qual induz a uma sensação de familiaridade que pode levar a sua posterior indicação.

¹³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 778.

¹³⁵ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. Cit. p. 7.

¹³⁶ Ibidem.

¹³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 778.

3.2.1. Estigmas sociais: sua influência como causa de reconhecimento equivocado

Aury Lopes Junior observa que determinadas características do suspeito contribuem para a indução na realização do reconhecimento: traços como vestimenta, tatuagens, cicatrizes, raça, nível sociocultural etc. transferem inconscientemente uma dedução que aquela pessoa seja o agente criminoso, pois determinadas características são de longa data estigmatizadas pela sociedade como estereótipos criminais, ou seja, são preconceituosamente consideradas como a fisionomia de um criminoso e acabam por induzir o reconhecedor a realizar um reconhecimento equivocado.

Nas palavras do autor:

Também se devem considerar as expectativas da testemunha (ou vítima), pois as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir. Daí por que os estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo etc.) têm uma grande influência na percepção dos delitos, fazendo com que as vítimas e testemunhas tenham uma tendência de reconhecer em função desses estereótipos (exemplo típico ocorre nos crimes patrimoniais com violência – roubo – em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um verdadeiro estigma).

Ainda que o criminoso nato de LOMBROSO seja apenas um marco histórico da criminologia, é inegável que ele habita o imaginário de muitos (principalmente em países com profundos contrastes sociais, baixo nível cultural e, por consequência, alto índice de violência urbana como o nosso).

Assim, um dos estereótipos mais presentes, apontam os autores, é o de que “lo que es hermoso es bueno”. Um rosto mais bonito e atraente possui – aos olhos de muitos – mais traços de uma conduta socialmente desejável e aceita, do que uma cara feia...

Cicatrizes, principalmente na face ou em lugares visíveis, são consideradas anormais, indicando uma conduta também anormal. Elementar que tudo isso é um absurdo a nossos olhos, mas basta que olhemos em volta, para ver que tais pensamentos habitam o imaginário de muita gente.¹³⁸

A sociedade, portanto, estabelece um “padrão” de indivíduo, catalogando as pessoas conforme os atributos considerados comuns e naturais e aqueles considerados “inadequados”; resultando em discriminação quando determinadas características ou comportamento não se encaixam ao padrão estabelecido. Estes preconceitos, com base em estereótipos, muitas vezes inconscientemente podem exercer influência na memória das pessoas, resultando na realização de reconhecimentos equivocados.

¹³⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 776.

Essa estigmatização ainda conta com a incidência de um viés preconceituoso decorrente de um racismo estrutural incutido na sociedade, o qual pressupõe que as pessoas pretas são sempre vistas como suspeitas da prática de crimes.

Segundo levantamento realizado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro juntamente com o Colégio Nacional de Defensores Públicos-Gerais (CONDEGE), que analisou casos relacionados a reconhecimento equivocado em delegacias do país, os relatórios formulados apontam que o reconhecimento utilizado como única prova para fundamentar a condenação de uma pessoa apresenta falhas, bem como, ressalta o perfil de pessoas que foram presas injustamente.

Segundo os documentos, de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 prisões injustas baseadas no método - sendo 73 no Rio de Janeiro. Desse total, 79 contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras.

O relatório aponta ainda que o perfil dos injustiçados, em sua maioria, é o mesmo: pessoas negras, periféricas, pobres e com baixa escolaridade; o que reforça, portanto, a estigmatização criminal:

A seleção de casos para a formulação dos documentos se baseou nas seguintes situações: o reconhecimento pessoal em sede policial ter sido feito por fotografia; o reconhecimento não ter sido confirmado em juízo; e a sentença final de absolvição. Também foram solicitados aos defensores que enviassem informações sobre nomes; data dos fatos; imputação; se houve prisão durante o processo; por quanto tempo; e motivos da absolvição. (...)

Quanto a cor da pele, a maioria é negra, uma vez que pretos/as e pardos/as correspondem a 81% dos casos com informação. A informação sobre a cor da pele foi retirada dos registros policiais, o que provavelmente explica o uso de negra, ao invés de preta, uma vez que para o IBGE as pessoas de cor negra correspondem às pretas e pardas. (...)

Todos os(as) acusados(as) foram processados por roubo, na forma simples ou com causa de aumento, em sua maioria, pelo concurso de pessoas ou emprego de arma, com exceção de um caso de acusação de homicídio. Em um dos processos envolvendo roubo houve também a acusação de organização criminosa e em outro de corrupção de menores¹³⁹.

¹³⁹ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório consolidado sobre reconhecimento Fotográfico em sede policial**. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagempge/public/arquivos/consolida%C3%A7%C3%A3o_relat%C3%B3rio_CONDEGE_e_DPERJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

Para os defensores público, os estudos revelam não só um racismo estrutural como também a necessidade de maior atenção para os processos que se sustentam apenas no reconhecimento fotográfico da vítima como prova da prática do crime, o que implica na necessidade de um olhar mais cuidadoso para os processos que se sustentam apenas no reconhecimento da vítima como prova da prática do crime, sem observância das formalidades necessárias para garantir que o reconhecimento foi realizado de maneira mais idônea possível, bem como sem que exista a ratificação do reconhecimento mediante outras provas que corroborem a acusação, conforme documento da Coordenadoria de Defesa Criminal da DPRJ:

A prática de mostrar um catálogo de fotos na delegacia ou até mesmo fotos dos celulares dos policiais para as vítimas, cujas memórias já se encontram debilitadas pelo trauma sofrido, só tem servido para levar inocentes para a prisão. Nos casos analisados ainda foi possível demonstrar que as acusações não tinham fundamento e absolver os acusados, mas existem tantos outros em que não se questiona a fragilidade da prova e essas pessoas acabam condenadas de forma definitiva. A condenação baseada única e exclusivamente no reconhecimento fotográfico, colhido na fase de inquérito policial, vem se pautando por violações de direitos e garantias. Muitas das vezes, estes reconhecimentos fotográficos colhidos na fase policial não são confirmados em Juízo, no entanto, já produziram sérios danos, pois pessoas foram presas indevidamente ou responderam a processo penal, injustamente. Inegavelmente, o procedimento denominado de reconhecimento fotográfico dá lugar a uma série de erros, revelando, muitas das vezes, a seletividade penal. Para condenar alguém temos que ter produção de provas com total observância à ampla defesa e contraditório. Não se pode condenar com base em suposições, ao contrário, a prova deve ser firme e sólida, sob pena de violar garantias e direitos constitucionais¹⁴⁰.

Neste ponto, cumpre destacar campanha “Justiça para os inocentes” de iniciativa da Comissão de Direitos Humanos e Assistência Judiciária (CDHAJ) da OABRJ em conjunto com o coletivo de artistas 342Artes e a Midia Ninja pelo fim de prisões de inocentes com base unicamente em reconhecimento por fotografia¹⁴¹. “O pilar da iniciativa é denunciar o racismo estrutural nas instituições ao expor que 70% dos acusados injustamente por falhas no reconhecimento fotográfico são negros”.

Assim, a campanha busca conscientizar a sociedade e criar mecanismos para que, caso a identificação por foto seja usada, o instrumento seja acompanhado de uma série de outros mecanismos que o sustente.

¹⁴⁰ DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatórios apontam falhas em prisões após reconhecimento fotográfico**. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoas-apos-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: jan. 2022.

¹⁴¹ ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL RIO DE JANEIRO. **Veja o primeiro vídeo e conheça a campanha 'Justiça para os inocentes'**. Disponível em: <https://www.oabRJ.org.br/noticias/veja-primeiro-video-conheca-campanha-justica-os-inocentes>. Acesso em: jan. 2022.

3.3. Vícios na realização do reconhecimento - Variáveis do sistema

Como visto anteriormente o reconhecimento equivocado pode ocorrer em razão da falibilidade da memória, em razão das condições em que o crime ocorreu e a devido à forma como o reconhecedor testemunhou o delito e até mesmo em razão de estigmas retidos na personalidade do reconhecedor, em psicologia do testemunho são as denominadas variáveis a estimar.

Entretanto, não só estas causas influenciam na realização de um reconhecimento equivocado, mas também fatores relacionados ao modo como o procedimento de reconhecimento se desenvolve, pois da mesma forma que os fatores psicológicos e emocionais do reconhecedor influenciam na memória de uma testemunha e podem alterar o resultado do reconhecimento, o mesmo ocorre para a forma em que o procedimento de reconhecimento é realizado.

Assim, “tão importante quanto a resposta da testemunha é o modo como esta foi obtida”¹⁴²; isto porque, determinadas circunstâncias ocorridas durante o procedimento interferem significativamente para incidência do erro no reconhecimento, são as denominadas variáveis do sistema, cuja definição é apresentada por Karen Diamand Tenenbojm:

As variáveis de sistema são circunstâncias que afetam a acurácia do reconhecimento, sobre as quais o sistema de justiça criminal tem controle. O conhecimento e manipulação dessas variáveis permitem que os agentes do sistema de justiça criminal minimizem a imperfeição do reconhecimento: “De fato, foi o estudo das variáveis do sistema que resultou em um dos maiores triunfos da Psicologia aplicada: a adoção das Diretrizes do Departamento de Justiça (Department of Justice Guidelines)”¹⁴³

Em outras palavras, pode-se dizer que são as formas inadmissíveis de se realizar um reconhecimento pessoal em razão de aumentar a probabilidade de um reconhecimento equivocado. Todavia cumpre esclarecer que diferentemente das variáveis a estimar, nas variáveis do sistema os agentes de justiça criminal (policiais, delegados, juízes) tem pleno controle sobre sua ocorrência. “A atenção a essas variáveis se realiza através de protocolos

¹⁴² WEBER CECCONELLO, William; MILNITSKY STEIN, Lilian. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. Avanços na Psicologia Latino-americana [online]. 2020, vol.38, n.1, pp.172-188. Epub Feb 16, 2021. ISSN 1794-4724. Disponível em < <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471> >. Acesso em jan. 2022.

¹⁴³ TENENBOJM, Karen Diamand . Op. Cit. p. 35.

desenvolvidos para os diferentes momentos da persecução penal, desde a delegacia até os tribunais”¹⁴⁴.

A primeira variável diz respeito às perguntas direcionadas quanto à descrição do suspeito:

Caso um suspeito ainda não tenha sido encontrado, é comum solicitar à testemunha que descreva o criminoso. Diversos experimentos têm demonstrado que indivíduos solicitados a descrever o rosto do criminoso apresentam menor probabilidade de reconhecer corretamente o suspeito, se comparado a indivíduos que não descreveram, sendo este efeito conhecido como eclipse verbal — *overshadowing effect*.

Embora o efeito do eclipse verbal seja pequeno a principal explicação para este fenômeno reside na limitação da linguagem e da memória humana. Ao descrever o rosto do criminoso, a memória da testemunha está em um estado transiente, se a testemunha relata uma informação incorreta (e.g., mencionar “acho que ele tinha o nariz grande”, quando na verdade o criminoso não tinha nariz grande) a representação mental do rosto é alterada.

Neste sentido, durante a descrição de rostos deve se evitar fazer perguntas fechadas (e.g., o suspeito tinha o nariz grande e uma cicatriz *no* pescoço?), pois há uma grande possibilidade de contaminar o relato da testemunha que tende a responder à pergunta mesmo que a informação não tenha sido codificada durante o crime ou já tenha sido esquecida. As informações evocadas através de perguntas fechadas direcionam a resposta da testemunha (e.g., a testemunha que não olhou para o pescoço pode responder sim ou não) e podem ser incorporadas à recordação original.¹⁴⁵

Karen Diamand Tenenbojm exemplifica como o reconhecimento pode se tornar induzido em razão de perguntas fechadas e direcionadas:

Imagine que você está em um mercado. Você teve um longo dia de trabalho, mas precisa comprar a janta. Você está cansado. O mercado está apertado, cheio e as filas estão imensas. Enquanto você anda para pegar um carrinho para colocar seus 20 e tantos itens, você nota na mulher em sua frente. Ela tem cerca de 25 itens em seu carrinho. Quanto ela chega ao caixa, ela saca uma arma e aponta ao funcionário, pedindo dinheiro. Você entra em estado de choque quando vê a mulher pegando o dinheiro e correndo. Seu coração está acelerado, você pergunta ao caixa se ele está bem. Quando os policiais chegam, eles entrevistam primeiro o funcionário. Você escuta o funcionário dizer que a mulher tem porte mediano, é branca, com dentes tortos, cabelo preto e sérios problemas comportamentais. Quando a polícia te entrevista, você reproduz algo parecido. Em algum momento durante a entrevista, o policial diz: “a outra testemunha disse que ela tinha cerca de 1.60m de altura. Está correto? Você concorda. Você fica no mercado por cerca de 50 minutos (...)

Nesse momento, “sua” memória já foi contaminada pelas informações sugeridas pelo funcionário e pelo policial. É possível que a mulher se encaixasse nesse perfil? Sim. No entanto, seus cabelos podiam ser castanhos e dentes quebrados (traços literais). Essa explicação pode ser aprimorada a partir de uma análise proposta pela Teoria do Traço Difuso, em que novos detalhes (cabelo preto; dentes tortos), quando compatíveis com a essência da figura vista (mulher, de cabelos escuros e sorriso

¹⁴⁴ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. cit. p.4.

¹⁴⁵ WEBER CECCONELLO, William; MILNITSKY STEIN, Lilian. Op. Cit. p. 176.

imperfeito), aderem com facilidade à imagem original (cabelos castanhos; dente quebrado). (...)

Diante dessas circunstâncias, é necessário que (I) a polícia faça perguntas abertas a o invés de fechadas e sugestivas; (II) as testemunhas oculares sejam aconselhadas a evitar as reportagens sobre o crime divulgadas na mídia e conscientizadas que essas podem contaminar suas memórias; (III) conversas com policiais sejam realizadas de tal forma que as testemunhas oculares não escutem aos relatos umas das outras; (IV) os policiais peçam às testemunhas que não conversem entre si; (V) os policiais não repassem informação de uma testemunha a outra¹⁴⁶.

Outra variante diz respeito aos atos de identificação não formalmente previsto na legislação realizados na fase pré-investigativa, antes do início da fase de inquérito e geralmente realizado pela Polícia Militar:

(...) A primeira forma é o reconhecimento na viatura, em que vítimas e/ou testemunhas são colocadas dentro do carro da polícia e saem em busca dos suspeitos pela região, apontando caso os identifiquem, ou com viatura parada em que o reconhecimento é feito a partir do interior do carro. A segunda maneira é via celular ou *Whatsapp*, na qual o suspeito é fotografado pelo policial em seu telefone particular. O aparelho é levado até a vítima e/ou testemunha para que se reconheça o culpado, assim como via *Whatsapp* no qual a foto do suspeito é repassada para grupos de policiais. A terceira forma é na rua e pessoalmente com o suspeito frente a frente com a vítima e/ou testemunha. Independentemente da forma adotada, em caso de reconhecimento positivo por parte da testemunha/vítima, a polícia militar encaminha aos envolvidos para registro da ocorrência na Polícia Civil.

Nos atos de identificação é habitual utilização da sistemática de exibição unipessoal (*show-up*), em que há apresentação apenas de um suspeito à testemunha, seja por foto ou pessoalmente:

Um dos procedimentos utilizado para o reconhecimento é o *show-up*, que consiste em apresentar apenas um suspeito para a testemunha e pedir se este é ou não o criminoso. O *show-up* equivale a um teste de verdadeiro ou falso, em que a testemunha deve comparar o rosto do suspeito com a representação mental do criminoso e responder se ambos são a mesma pessoa. Assim, o *show-up* é um procedimento indutivo pois dadas as limitações da memória humana descritas na seção de variáveis de estimacão, o suspeito inocente pode ser reconhecido simplesmente por ser semelhante ao criminoso (e.g., ambos são carecas; O *show-up* não é recomendado uma vez que é um procedimento inerentemente sugestivo e seus resultados pouco confiáveis.¹⁴⁷

Também é comum, na delegacia, a utilização de álbum fotográfico para identificação do possível suspeito, prática que prejudica um adequado reconhecimento:

Uma prática bastante utilizada é o álbum fotográfico, cujo principal critério para a organização das fotografias é o tipo de delito cometido, não existindo um limite de número de fotos (podendo chegar a mais de uma centena). O emprego de álbum de

¹⁴⁶ TENENBOJM, Karen Diamand . Op. Cit. p. 35 – 36.

¹⁴⁷ WEBER CECCONELLO, William; MILNITSKY STEIN, Lilian. Op. Cit. p. 177.

fotos é uma prática típica da Polícia Civil para o reconhecimento por parte de testemunhas e vítimas: o álbum com dezenas ou até mais de uma centena de fotos é entregue para a vítima e/ou testemunha folhear até que encontre o suspeito. Via de regra, inexistem preocupações em relação à atualidade das fotos ou uma loja de dados digitalizados. O problema do uso desse tipo de prática com álbum de fotos é o risco de levar a falsos reconhecimentos, devido à falta de controle em relação às características das pessoas nas fotos, o número muito elevado de fotos e ainda a carência de instruções adequadas para aplicação do procedimento.¹⁴⁸

Portanto, o álbum de suspeitos é procedimento extremamente inadequado, pois também expõe o reconhecedor a uma sobrecarga por observar grande quantidade de rostos ao mesmo tempo. Assim, o reconhecimento por álbum pode prejudicar a capacidade de a testemunha reconhecer um autor corretamente, aumentando o risco de um reconhecimento equivocado:

Outro procedimento não recomendado é o reconhecimento através do álbum fotográfico de pessoas fichadas pela polícia. Estes álbuns são compostos por centenas de fotografias, das quais muitas não possuem semelhança com as características descritas pela testemunha. Se por um lado apresentar apenas um rosto pode ser indutivo, apresentar muitos rostos também pode ser prejudicial. Quando são apresentados um grande número de rostos, os processos cognitivos ficam sobrecarregados, devido às múltiplas comparações que devem ser feitas, e a capacidade de reconhecer corretamente o criminoso é dificultada. Além disto, a testemunha sabe que os rostos correspondem a pessoas que já cometeram crimes o que pode incrementar sua propensão de reconhecer algum destes rostos como sendo o criminoso.

O principal problema do reconhecimento através e álbum fotográfico reside no fato de que todos os rostos apresentados para a testemunha são potenciais suspeitos para o crime. Assim, caso a testemunha reconheça qualquer rosto no álbum este pode passar a ser reconhecido como o autor de um crime. Ainda que procedimentos como show-up e álbum fotográfico sejam indutivos eles são comumente utilizados em países como o Brasil.¹⁴⁹

Por fim, também não se recomenda a repetição do procedimento de reconhecimento, já que não há possibilidade de ser refeito nas mesmas condições, pois, em uma segunda realização estaria claramente viciado e vinculado a identificações prévias:

Uma vez que a testemunha reconhece um suspeito seu cérebro irá associá-la com o rosto do criminoso fazendo com que a representação mental rosto criminoso seja alterada. A reexposição ao rosto de um suspeito leva à familiarização deste de forma que quando a testemunha reconhece o suspeito pela terceira vez não é possível saber se ela o faz devido às múltiplas exposições a este rosto ou porque ele é de fato o criminoso.¹⁵⁰

¹⁴⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. p. 53. Acesso em: jan. 2022.

¹⁴⁹ WEBER CECCONELLO, William; MILNITSKY STEIN, Lilian. Op. Cit. p. 177.

¹⁵⁰ Ibidem.

Portanto, apesar de não se poder afirmar que a realização de tais medidas evitaria a ocorrência de reconhecimentos equivocados, de certo que sua adoção “ajudaria a minimizar os impactos negativos da produção prova, seja quando da realização do reconhecimento em si, seja na forma como o Poder Judiciário avaliará a credibilidade daquela prova ao julgar um réu reconhecido por uma testemunha ou vítima”¹⁵¹.

3.4. Espécies de procedimentos e suas possíveis falhas

O primeiro reconhecimento de um suspeito é o único consideravelmente livre de interferências, portanto deve ser realizado com o máximo de atenção às regras para que as recordações do reconhecedor sejam preservadas e para que o resultado obtido seja o mais justo possível. Há três formas de se realizar o procedimento de reconhecimento: simultâneo; sequencial; e exibição unipessoal (*show up*.)

O reconhecimento simultâneo consiste em apresentar ao mesmo tempo um conjunto de indivíduos em *line-up*, ou seja, um ao lado do outro, para que o reconhecedor aponte dentre aquelas o suspeito pelo crime.

O *Line-up* nada mais é do que uma linha formada de pessoas ou fotos com fisionomias similares entre si, selecionadas de acordo com as características fornecidas pela testemunha em sua primeira narração dos fatos, posicionadas lado a lado, a fim de que o reconhecedor indique, dentre elas, o verdadeiro autor do crime em questão. Assim, no reconhecimento simultâneo essas pessoas ou fotos são apresentadas no mesmo momento ao reconhecedor. Portanto, “o *line-up* simultâneo permite que a testemunha aponte o autor do crime dentre aquelas pessoas que estão alinhadas na sua frente”.¹⁵²

Porém, há problemas na aplicação do método que prejudicam a sua idoneidade. Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila apontam que o reconhecimento simultâneo favorece a um julgamento relativo:

Nesta técnica, as pesquisas mostram que os reconhecedores acabam por fazer comparações entre os integrantes do alinhamento, em oposição a buscar na memória as lembranças das características do autor do delito. Ademais, existe uma grande possibilidade que nos casos em que o suspeito não se encontra presente ocorra a

¹⁵¹ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. Cit. p.8.

¹⁵² Ibidem.

tendência de a vítima escolher erroneamente o indivíduo que mais se assemelha com o verdadeiro suspeito.¹⁵³

A falha no ato do reconhecimento, portanto, ocorre quando ao tentar apontar o autor do crime, o reconhecedor realiza uma comparação entre aqueles apresentados, elegendo o que mais é parecido com o acusado, “não levando em consideração a percepção adquirida quando da aquisição da lembrança no momento do fato”¹⁵⁴.

O protocolo adotado pelo art. 226, II do Código de Processo prevê a colocação de pessoas semelhantes perfiladas ao principal suspeito, no momento do reconhecimento, adotando, portanto, a forma simultânea de reconhecimento.

O reconhecimento sequencial é o procedimento em que os suspeitos são apresentados ao reconhecedor individualmente, seja de forma presencial ou por fotografias; assim, o reconhecedor verifica cada pessoa separadamente, uma de cada vez; sendo-lhe, entretanto, solicitado que, antes de ver o próximo suspeito, diga se aquele era o autor do crime ou não.

Desse modo, é exigido do reconhecedor que uma decisão seja tomada, sem saber quantos indivíduos ainda restam para serem reconhecidos e também como eles serão; assim, “a testemunha faz um julgamento absoluto, comparando cada membro do reconhecimento com a sua própria memória do culpado”¹⁵⁵.

Portanto, no reconhecimento sequencial o nível de indução é reduzido e há uma maior segurança no apontamento do suspeito, pois o reconhecedor precisa de fato recordar do criminoso e sendo impossível realizar uma comparação simultânea entre todos os presentes, visto que necessita, a cada apresentação, tomar a decisão antes de poder visualizar o próximo indivíduo.

Estudos apontam que o procedimento sequencial resultaria em um menor número de reconhecimentos equivocados; entretanto, este procedimento deve ser visto com reservas, pois algumas pesquisas resultaram em estatísticas que advertem que o reconhecedor fica mais suscetível a fazer uma indicação errônea quando próximo ao término do procedimento ainda

¹⁵³ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. Op.cit. p.28.

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

não tenha indicado algum dos suspeitos, sentindo-se, assim, pressionado a apontar um indivíduo e flexibilizando as evidências da sua memória. Neste sentido, Karen Diamand Tenenbojm observa:

Uma explicação possível é que há uma pressão muito grande de se estar chegando ao final do reconhecimento sem selecionar alguém. Então, alguém submetido a um reconhecimento sequencial poderia ficar aflito e selecionar alguém no final da apresentação, flexibilizando seus julgamentos de familiaridade.¹⁵⁶

Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila destacam que no reconhecimento sequencial há certa tendência do reconhecedor à sugestibilidade daquele que conduz o reconhecimento:

Outro ponto fraco do alinhamento sequencial seria que as testemunhas tendem a ser muito mais propensas à sugestão do investigador, mesmo quando esse não pretende passa-las intencionalmente. Por exemplo, se o investigador faz algum ruído (por exemplo, tosse) ou se mexe durante a apresentação de alguma das fotos [ou pessoas], a testemunha pode interpretar que ele está querendo dizer que aquela foto apresentada nesse momento é do suspeito.¹⁵⁷

Feitas essas considerações, percebe-se que o procedimento sequencial apresenta menor probabilidade de erro, conforme ressaltam Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila:

Existe um intenso debate entre os cientistas em termos das vantagens e desvantagens da aplicação do reconhecimento sequencial e simultâneo. Alguns (por exemplo, WELLS, 2014) defendem a substituição do alinhamento simultâneo pelo sequencial, pois existiriam evidências de que, apesar do reconhecimento sequencial resultar em menor incidência de reconhecimentos positivos corretos, o método sequencial resultaria em menor número de falsos reconhecimentos. A hipótese para esse fato é que as pessoas, no reconhecimento sequencial, seriam mais conservadoras nas suas respostas em comparação ao reconhecimento simultâneo, levando a respostas menos enviesadas (GRONLUND; WIXTED; MICKES, 2014;). Outro ponto que Wells (2014) alega é que durante um alinhamento simultâneo, a testemunha a fazer comparações entre integrantes do alinhamento para fazer o reconhecimento, ao invés de buscar recuperar a memória o rosto do suspeito. Assim, a hipótese seria que em um alinhamento simultâneo, quando o suspeito não está presente, existiria uma tendência de a testemunha escolher erroneamente o sujeito que mais se assemelha com o verdadeiro suspeito. Já no alinhamento sequencial, a testemunha precisa tomar uma decisão em cada fotografia ou único indivíduo antes de poder visualizar outro, fazendo com que necessite usar o julgamento incondicional da memória e não a comparação com todos os presentes.¹⁵⁸

A exibição unipessoal (*show up*) trata-se do procedimento em que há apresentação ao reconhecedor, seja por foto ou pessoalmente, de um único suspeito para que essa diga se aquele indivíduo é culpado ou não.

¹⁵⁶ TENENBOJM, Karen Diamand. Op. cit. p. 43.

¹⁵⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. Op.cit. p.28.

¹⁵⁸ Ibidem.

É, portanto, um método essencialmente sugestivo, como Karen Diamand Tenenbojm destaca:

Esse procedimento é considerado sugestivo por dois principais motivos. Primeiramente, as pessoas costumam acreditar que se essa única pessoa está sendo exibida, é porque os policiais e demais agentes do sistema de justiça tem uma forte crença de que se trata do culpado. Ainda, não há margem de erro em um show up: se a testemunha resolver identificar positivamente alguém, essa pessoa, com certeza, será o único integrante da exibição. Em caso de um alinhamento composto de acordo com as recomendações, com múltiplos integrantes, se o suspeito indicar alguém e estiver errado, a probabilidade de selecionar um dos distratores é superior à de selecionar um suspeito inocente. Selecionar um suspeito inocente é um erro terrível, enquanto selecionar um distrator inocente é um erro inofensivo. Nesse sentido, em uma pesquisa realizada com experts em reconhecimento pessoal, 74% dos especialistas concordou que a utilização de um sujeito no reconhecimento aumenta o risco de uma identificação falso positiva.¹⁵⁹

“Como restou claro, esse método é absolutamente inadmissível. O uso desse procedimento justifica a exclusão do reconhecimento pessoal como prova”.¹⁶⁰ Entretanto, apesar de desaconselhado pelos especialistas a adoção deste procedimento, Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila esclarecem que o método de exibição unipessoal “é utilizado em 100% das vezes quando realizada uma identificação prévia, em fase pré investigativa. E, em juízo onde, em tese, mais garantias deveriam ser asseguradas ao réu esse procedimento é usado na altíssima frequência de 34,6% dos reconhecimentos”¹⁶¹.

3.5. Fragilidade do reconhecimento pessoal como único meio de prova

O Innocence Project Brasil, associação sem fins lucrativos que integra a Innocence Network, rede que conta com 71 organizações espalhadas ao redor do mundo e que, desde 1992 já conseguiu reverter a condenação de 350 inocentes, é a primeira organização brasileira especificamente voltada a enfrentar a grave questão das condenações de inocentes no país.

Segundo relatório produzido pela ONG, aproximadamente 75% das condenações de inocentes se deve a erros cometidos pelas vítimas e por testemunhas ao identificar os suspeitos no ato do reconhecimento. Em 38% dos casos em que houve esse erro, várias testemunhas oculares identificaram incorretamente o mesmo suspeito inocente.¹⁶²

¹⁵⁹ TENENBOJM, Karen Diamand. Op. cit. p. 44.

¹⁶⁰ Ibidem.

¹⁶¹ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. Op.cit. p.27.

¹⁶² INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. cit. p.1.

Verifica-se que o erro ocorre porque as vítimas falham em identificar os suspeitos, principalmente pela tentativa de associação da semelhança do suspeito com outras pessoas; neste sentido, Gustavo Badaró observa que “o reconhecimento pessoal já foi apontado como a mais falha e precária das provas. A principal causa de erro no reconhecimento é a semelhança entre as pessoas”¹⁶³

Em igual sentido, Mariângela Lopes destaca que “o reconhecimento possui quase sempre um alto grau de falibilidade e, portanto, um valor probatório de escassa consistência”¹⁶⁴ e sustenta que “deve ser mínima a confiabilidade de um reconhecimento, haja vista que a moderna psicologia confirma, portanto, os resultados das pesquisas: os percentuais de reconhecimentos corretos continuam a se revelar extremamente baixos¹⁶⁵”.

A despeito dos inúmeros estudos demonstrando a debilidade do reconhecimento do réu por testemunha ou vítima como meio de prova, juízes e tribunais continuam a tomá-lo como prova determinante, um grave erro, sobretudo quando realizado de forma totalmente informal, desvestido das formalidades-garantias legais indispensáveis ao aproveitamento do ato determinadas pelo art. 226 do CPP.

Mesmo quando observados o procedimento do Código de Processo Penal há indicativos de erros provenientes de reconhecimentos equivocados, o que indica que o procedimento adotado no Brasil não é suficiente para abalizar uma condenação, haja vista que o procedimento é genericamente descrito em apenas dois artigos do Código de Processo penal (Arts. 226 e 228).

Neste sentido, somente a título de comparação, cumpre destacar que o Ministério da Justiça dos Estados Unidos da América (EUA) possui um memorando¹⁶⁶ que estabelece um protocolo de dez páginas o qual indica detalhadamente um passo a passo sobre todo o procedimento a ser realizado para o reconhecimento de pessoas, sendo considerada uma referência internacional para realização de reconhecimento de pessoas.

¹⁶³ BADARÓ, Gustavo Henrique. 2003. Op. cit. p. 259.

¹⁶⁴ LOPES, Mariângela Tomé. .Op. cit. p.106.

¹⁶⁵ Ibidem.

¹⁶⁶ UNITED STATES JUSTICE DEPARTMENT. **Memorandum of Photo Arrays Identifications**. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/file/923201/download>. Acesso em jan. 2022.

Além da inobservância das exíguas regras adotadas pelo CPP, contribui, ainda, para a ocorrência de reconhecimento equivocados no Brasil o próprio método adotado para a realização do procedimento. No Brasil, utiliza-se o reconhecimento simultâneo no qual todos os sujeitos do reconhecimento são mostrados ao mesmo tempo para o reconhecedor, que deve indicar um dentre as pessoas perfiladas, o que é passível de sugestibilidade. Entretanto, a psicologia judicial tem apontado para o reconhecimento sequencial como método mais seguro.

O reconhecimento sequencial é aquele em que cada indivíduo é demonstrado sozinho para a testemunha, tendo a mesma, que apontar se aquele é o autor do fato antes de visualizar o próximo. Esse método reduz o dano da memória no reconhecimento, uma vez que “diminui o nível de indução, pois implica uma tomada de decisão por parte de quem está reconhecendo, sem que saiba quantos participam do reconhecimento, ao contrário do que acontece no reconhecimento simultâneo.”¹⁶⁷.

Assim, potencializa-se a qualidade do ato, pois, se no reconhecimento simultâneo a vítima ou testemunha “faz um julgamento relativo no processo de tomada de decisão, isto é, ela toma sua decisão julgando qual o membro mais semelhante ao culpado, comparando os membros entre si”, no reconhecimento sequencial, “a testemunha faz um julgamento absoluto, comparando cada membro do reconhecimento com a sua própria memória do culpado”¹⁶⁸

Portanto, percebe-se que o reconhecimento de pessoas no Brasil, afóra toda a falibilidade da memória inerente a qualquer método de reconhecimento, é o meio de prova mais falho do nosso ordenamento jurídico, mesmo quando observado todo o procedimento legal. “A ação do tempo, o disfarce, más condições de observação, erros por semelhança, a vontade de reconhecer, tudo, absolutamente tudo, torna o reconhecimento uma prova altamente precária”¹⁶⁹.

Diante disso, a confiabilidade de um reconhecimento deve ser relativa, inclusive porque a moderna psicologia indica e os resultados das pesquisas anteriormente citadas confirmam,

¹⁶⁷ WILLIAMS, Anna Virginia. **Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares.** Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003. p.4.

¹⁶⁸ Ibidem.

¹⁶⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado.** 13. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 671-672.

as quais os percentuais de reconhecimento incorretos se revelaram extremamente altos, principalmente em relação ao reconhecimento fotográfico.

Por tal razão, resta incontroverso que o reconhecimento não pode ser o único elemento para fundamentar o juízo de certeza quanto à autoria delitiva, uma vez que consiste em um meio de prova extremamente frágil e falho. Para condenar alguém a produção de provas deve estar amparada na integral observância do contraditório e da ampla defesa. Não se pode condenar com base em suposições, ao contrário, a prova deve ser firme e sólida, sob pena de violar garantias e direitos constitucionais.

3.6. Procedimento recomendado: minimização de reconhecimentos equivocados

Segundo Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila, “o primeiro reconhecimento de um suspeito feito pela testemunha é o único consideravelmente livre de interferências, portanto deve se atentar para que seja o mais justo possível”¹⁷⁰. Assim, a mais atual doutrina da psicologia do testemunho aponta algumas recomendações para realização do procedimento de reconhecimento que visam preservar a recordação original da testemunha, mantendo assim as conclusões obtidas em um nível o mais justo possível, tendo como objetivo gerar uma nova evidência confiável a favor da condenação do criminoso ou a exoneração de um suspeito inocente.

A primeira recomendação refere-se à capacitação dos profissionais que participarão do reconhecimento, que “devem ser treinados em procedimentos baseados em evidências científicas para a realização do reconhecimento”¹⁷¹.

Preliminarmente ao ato de reconhecimento, deve-se solicitar ao reconhecedor que descreva detalhadamente o criminoso, conforme orientam Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila:

A descrição do criminoso deve ser obtida através do relato livre, que possibilita obter um grande número de informações fidedignas da testemunha/vítima (e.g., “Descreva a pessoa que você viu”). Um aprofundamento em como obter descrições do rosto do criminoso foge do escopo deste artigo, cabe apontar que devem ser priorizadas perguntas abertas (e.g., você falou que o rosto dele era um pouco diferente, poderia me falar mais sobre isso). Perguntas fechadas ou sugestivas (e.g.,

¹⁷⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. Op.cit. p.178.

¹⁷¹ Ibidem. p.179.

você tem certeza que ele não tinha uma cicatriz?) devem ser evitadas, pois podem contaminar a memória da testemunha de forma permanente. Juntamente com a descrição do criminoso devem ser obtidas informações acerca das condições de observação, como horário do evento, níveis de iluminação e ângulos no local do crime, obstruções físicas na cena, e distância do criminoso das testemunhas.¹⁷²

Após a descrição o profissional que conduzirá o reconhecimento deve advertir o reconhecedor que o criminoso pode não estar presente entre os rostos apresentados e que ele não é obrigado a identificar um rosto:

As instruções dadas antes do reconhecimento devem diminuir o viés ou pressão do procedimento de modo que a testemunha saiba que tão importante quanto reconhecer os culpados é liberar pessoas inocentes de qualquer suspeita. A testemunha deve ser informada que será apresentada a uma série de rostos sendo que um destes pode ou não ser o criminoso, e que não é obrigada a reconhecer uma pessoa.¹⁷³

Feita a descrição do suspeito pelo reconhecedor, passa-se ao ato de reconhecimento que deve ser realizado através de um *line-up* apresentando o rosto do suspeito em conjunto com outros não-suspeitos semelhantes:

Recomenda-se que o suspeito seja apresentado em meio a um conjunto de no mínimo 6 e de no máximo 12 faces. O procedimento utilizado pode ser tanto o *line-up* simultâneo (e.g., 6 faces ao mesmo tempo) ou sequencial (e.g., uma face de cada vez).

Nas últimas décadas o *line-up* sequencial havia sido recomendado por ser o método mais eficaz em diminuir a probabilidade de um falso reconhecimento. Entretanto, recentemente pesquisas tem mostrado que o *line-up* simultâneo resulta em um maior número de reconhecimentos corretos que o *line-up* sequencial, sem aumentar a probabilidade de um falso reconhecimento. Assim, nossa recomendação é apenas que seja utilizado um *line-up*, seja este simultâneo ou sequencial visto que ambos são eficazes em reduzir a probabilidade de um falso reconhecimento.¹⁷⁴

Quanto à seleção dos sujeitos de comparação, ou seja, pessoas não-suspeitas que figurarão no *line-up*, deve-se observar o seguinte:

1) nenhum rosto do alinhamento deve se sobressair em relação aos outros; e 2) os não-suspeitos devem atender às descrições do criminoso da mesma forma que o suspeito. Uma forma de avaliar se a composição do alinhamento é justa pode ser realizada através do chamado Teste de Equidade. Solicita-se que indivíduos do mesmo grupo étnico do suspeito e que não saibam nada sobre o caso leiam individualmente as descrições dadas pelas testemunhas e identifiquem quais rostos do *line-up* são alternativas plausíveis. Se algum dos rostos foi escolhido em maior frequência que os demais, significa que o alinhamento não está justo.¹⁷⁵

¹⁷² STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. Op.cit. p.178.

¹⁷³ Ibidem. p.180.

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ Ibidem.

Os autores recomendam que o procedimento seja conduzido “às cegas”, isto é que nem o profissional que conduz o ato, além de ser qualificado para tal procedimento, não deve ter o conhecimento sobre quem é o suspeito, seja na apresentação de fotos ou no reconhecimento pessoal. A doutrina aponta que, tendo o policial ciência de quem é o suspeito, ele pode vir a demonstrar isso quando da apresentação para reconhecimento, mesmo que de forma não intencional. Tal cuidado é chamado de *double-blind* (duplo-cego):

Para reduzir os vieses humanos durante o reconhecimento é recomendado o procedimento duplo-cego, em que o responsável por conduzir o reconhecimento não sabe quem é o suspeito nem qual sua posição no alinhamento. Assim, o investigador do caso pode criar o line-up e solicitar a um colega que realize o reconhecimento com a testemunha. O procedimento duplo cego tem sido recomendado pois reduz a possibilidade de o investigador, mesmo inconscientemente, induzir o procedimento. O duplo-cego visa não apenas diminuir a probabilidade de um falso reconhecimento, mas também servir como proteção para os próprios investigadores, de forma que estes não sejam posteriormente acusados induzir à testemunha no procedimento.¹⁷⁶

Quanto ao ato de apontar um suspeito, os autores recomendam que o reconhecimento seja realizado “através de um vidro espelhado ou por fotografias”¹⁷⁷, pois evitaria que a testemunha se sentisse receosa em fazer o reconhecimento com medo de represálias.

Por fim, por ser um meio de prova irrepitível e urgente, em razão dos efeitos que o passar do tempo exerce sobre a memória, recomenda-se que o ato ocorra ainda na fase investigativa:

O reconhecimento através de um alinhamento deve ser feito na etapa investigativa. Se o reconhecimento é feito antes do início da investigação (i.e., flagrante) há um menor controle acerca dos procedimentos utilizados e possíveis variáveis intervenientes (e.g., modo como o suspeito é apresentado). Já o reconhecimento realizado em juízo ocorre após meses ou até mesmo anos, e a testemunha ao invés de reconhecer um suspeito reconhece um réu, o que acaba por induzir sua resposta. Assim, uma nova testemunha que realiza o reconhecimento somente na fase processual pode não resultar em uma prova confiável, pois tende a ter esquecido um grande número de informações e sua recordação pode estar contaminada devido aos diversos fatores já apresentados neste artigo.¹⁷⁸

Por fim, cabe ressaltar que mesmo um reconhecimento em um alinhamento justo não deve ser a única evidência utilizada para condenar um suspeito, pois mesmo seguindo todos os procedimentos aqui descritos erros ainda são possíveis.

¹⁷⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. Op.cit. p.181.

¹⁷⁷ Ibidem.

¹⁷⁸ Ibidem.

Nas palavras de Lilian Milnitsky Stein e Gustavo Noronha Ávila:

Entretanto, os procedimentos aqui descritos diminuem significativamente a possibilidade que um falso reconhecimento ocorra e já resultaram em mudanças eficazes no sistema de justiça em países como o Reino Unido, Estados Unidos e Noruega. Assim, acreditamos que utilizar embasamento científico para realizar um reconhecimento possibilita utilizar procedimentos comprovadamente mais eficazes, promovendo e preservando os direitos de vítimas, testemunhas e suspeitos.¹⁷⁹

Portanto, com base na literatura apresentada no presente trabalho, conclui-se que deve haver adequação do procedimento adotado pelo Código de Processo Penal às recomendações científicas, de forma a possibilitar a realização de reconhecimentos pessoais com o menor índice de erro possível. Logo, faz-se extremamente necessária a alteração legislativa sobre o tema.

3.7. Da iminente reformulação

Como exposto, o atual procedimento de reconhecimento determinado pelo Código de Processo Penal encontra-se defasado, tanto em relação às recomendações científicas da psicologia do testemunho, quanto pela própria letra da lei.

Em primeira análise, faz-se necessária a adequação do reconhecimento a um procedimento mais confiável do que o atualmente vige no ordenamento brasileiro, como por exemplo, aos atos preparatórios do reconhecimento, a capacitação dos profissionais envolvidos, a forma de apresentação do suspeito para o reconhecimento, a prática do duplo-cego e, principalmente, a vedação de utilização de *show-up* para identificação de suspeitos.

Dessa forma, frente à realidade de altíssima incidência de erro judiciário proveniente de reconhecimentos pessoais, conforme as pesquisas indicadas neste trabalho apontam, é urgente que haja uma reformulação em todo o procedimento adotado pelo sistema jurídico brasileiro, desde a forma como o procedimento é realizado, a inobservância dos parâmetros procedimentais tanto por Delegados, membros do Ministério Público e Juízes e, sobretudo, e que haja a mudança na legislação.

¹⁷⁹ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. Op.cit. p. 182.

Ademais, deve-se observar que sequer existe na legislação atual qualquer menção à nulidade do procedimento que incorra em inobservância ao próprio procedimento disciplinado na lei, o que, de certo, foi uma das principais causas para o entendimento jurisprudencial que tais disposições se tratam apenas de “mera recomendação” do legislador. E, assim, são as regras quanto ao procedimento de reconhecimento são habitualmente inobservadas nas delegacias e juízos do País, constituindo efetivamente em verdadeira letra morta.

Neste ponto, cabe novamente ressaltar, os recentes julgados do STJ que apontam para um novo entendimento acerca de tais disposições do CPP. De certo, que com o avançar dos estudos relacionados ao tema, inclusive com as contribuições de instituições privadas como a Innocence Project Brasil, que com a contribuição de especialistas em estudos da psicologia do testemunho, levantou-se em verdadeira batalha contra as condenações de inocentes baseados em reconhecimentos falhos, sem a mínima observância dos procedimentos legais e tampouco no que se refere à preservação da memória do reconhecedor, e que graças ao seu empenho conseguiu reverter dezenas de condenações e inclusive, com o auxílio da Defensoria Pública, contribuir para formação de um novo precedente no âmbito do STJ, relacionados à nulidade do reconhecimento quando não observados as disposições do Código de Processo Penal¹⁸⁰, fazendo assim, que todo o Judiciário lançasse novos olhos à realização do reconhecimento de pessoas.

Neste ponto, Mariângela Lopes observa que o reconhecimento da nulidade gera a necessidade de reprodução do ato, quando isto for possível. Constituem exceção a esta regra os atos irrepetíveis. Sendo irrepetível, o ato não poderá ser refeito. Neste caso, deverá ser excluído dos autos e não poderá ter valor algum no processo¹⁸¹. A autora destaca que “deveria, portanto, haver previsão expressa na legislação brasileira de que o desrespeito ao procedimento para a realização de um reconhecimento leva à sua nulidade”.

Portanto, é preciso que haja a devida modificação na legislação; neste sentido, ressalte-se que o PL 8045/2010¹⁸², que pretende a instituição do Novo Código de Processo Penal, e o

¹⁸⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC 652.284/ SC**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 27/04/ 2021. DJe em 03/05/2021. Disponível em: < <http://www.stj.jus.br> >. Acesso em: jan. 2022.

¹⁸¹ LOPES, Mariângela Tomé. .Op. cit. p.182.

¹⁸² BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 8045 de dezembro de 2010**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010. Acesso em: jan. 2022.

PL 3.300/2019, que pretende alterar o atual Código de Processo penal, estabelecem, ainda que sucinto, um procedimento para realização do reconhecimento de pessoas mais próximo do protocolo adotado no EUA, país-referência nos estudos da Psicologia do Testemunho, possuem dois documentos públicos de extrema relevância para a otimização das práticas de reconhecimento no sistema de justiça criminal¹⁸³:

Explicação da Ementa: Determina que, nos procedimentos de reconhecimento pessoal ou fotográfico, o suspeito seja posto ao lado de 5 indivíduos com fisionomia compatível com a sua, sendo possível a apresentação de um grupo de pessoas que não o inclua. Prevê que a autoridade responsável pela condução do ato não possa influenciar a pessoa chamada a fazer o reconhecimento, devendo alertá-la sobre a possibilidade de o suspeito não estar entre aqueles apresentados para o ato. Dispõe que o termo do ato de reconhecimento contenha o grau de certeza da pessoa que fez o reconhecimento, além de que seja subscrito por 2 testemunhas que não tenham presenciado o crime, nem sejam integrantes do sistema de segurança pública¹⁸⁴.

Cabe destacar, ainda, que o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) instituiu um grupo de trabalho¹⁸⁵ destinado à realização de estudos e elaboração de proposta de regulamentação que estabeleça diretrizes e procedimentos para o reconhecimento pessoal em processos criminais e sua aplicação no âmbito do Poder Judiciário, com vistas a evitar eventual condenação de pessoas inocentes.

¹⁸³ INNOCENCE PROJECT BRASIL. Op. cit. p.16.

¹⁸⁴ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3300, de 2019**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-3300-2019>> Acesso em: jan. 2022.

¹⁸⁵ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Nº 209 de 31/08/2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>>. Acesso em: jan. 2022.

4. JUIZ DAS GARANTIAS

A Lei nº 13.964/19, intitulada como Pacote ou Lei Anticrime, aperfeiçoou, com inclusões e modificações, o Código Penal, o Código de Processo Penal e leis extravagantes; estabelecendo uma minirreforma no ordenamento penal. Entre as inclusões, a Lei Anticrime instituiu o Juiz das Garantias, dispondo que o processo penal terá estrutura acusatória, com o acréscimo dos artigos 3^a-A a 3^o-F no Código de Processo Penal, cujos principais aspectos passam a ser doravante analisados.

4.1. O sistema processual penal acusatório

“O sistema acusatório, antítese do inquisitivo, tem nítida separação de funções, ou seja, o juiz é órgão imparcial de aplicação da lei, que somente se manifesta quando devidamente provocado”.¹⁸⁶ Significa dizer que neste sistema há uma nítida separação entre as funções de acusar, defender e julgar, que são atribuídas a órgãos ou sujeitos diferentes: autor, réu e juiz. A razão desta separação é justamente preservar a imparcialidade do julgamento, pois se a pessoa que acusasse fosse a mesma que julgasse o acusado seria sempre condenado.

Além de que essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, que têm cada qual o ônus e a iniciativa de produzir suas provas; então, o sistema acusatório também se caracteriza pela inércia probatória do juiz; que não produz provas sendo tão somente o destinatário da prova.

O juiz, portanto, é um sujeito passivo e espectador, a quem se confia a função de valorar a prova de maneira justa. Assim, a gestão da prova é de competência das partes e de livre convencimento; sendo o juiz imparcial e livre em seu julgamento, mas está obrigado a fundamentar sua decisão somente com as provas contidas nos autos.

A Constituição de 1988 não contém nenhum artigo determinando qual é o sistema processual penal adotado; entretanto, seu conteúdo demonstra a nítida adoção pelo sistema acusatório, uma vez que prevê o princípio do juiz natural (CF, artigo 5º, XXXVII), da igualdade entre as partes e da ampla defesa (CF, artigo 5º, caput, I e LV, LVI, LXII), do

¹⁸⁶ RANGEL, Paulo. Op. cit. p. 125.

promotor natural (art. 5º, LIII, da CF), bem como confere a função de acusar ao Ministério Público, no caso de ações penais públicas (CF, artigo 129, I) e ao particular no caso de ações penais privadas, em uma clara separação das funções de acusar, defender e julgar.

Além de instituir os princípios garantidores e inerentes ao Estado democrático de Direito, as garantias da inafastabilidade da tutela jurisdicional (CF, artigo 5º, XXXV), do devido processo legal (CF, artigo 5º, LIV), do pleno acesso à Justiça (CF, artigo 5º, LXXXIV), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (artigo 93, IX) e da presunção da inocência (CF, artigo 5º, LVII).

Com a entrada em vigor da Lei Anticrime a adoção ao sistema acusatório deixa de ser implícita e passa a ser expressamente prevista no Código de Processo Penal, nos termos do “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”¹⁸⁷. Encerrando, assim, qualquer resquício de dúvida acerca do sistema processual penal adotado pelo sistema brasileiro.

Além de expressamente adotar o sistema acusatório o referido artigo ainda determina a vedação à iniciativa do juiz na fase de investigação criminal, entendida não só como a proibição de o magistrado instaurar procedimentos na fase de investigação, mas igualmente estaria o magistrado proibido de ordenar a produção antecipada de prova (Art. 156, I CPP), “senão também determinar a realização de interceptações telefônicas, buscas e apreensões temporárias sem que, em caráter prévio, houvesse requerimento do sujeito legitimado para apresentá-lo”¹⁸⁸.

4.2. A instituição do Juiz das Garantias

Juntamente com o reforço expresso ao sistema acusatório brasileiro, a Lei Anticrime instituiu o Juiz das Garantias: “Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia

¹⁸⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: jan. 2022.

¹⁸⁸ ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo codex penal adjetivo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009. Disponível em:< <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194939>>>. Acesso em jan. 2022. p. 172.

tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: (...)¹⁸⁹,

A figura do juiz das garantias não é inédita, sendo já consagrado há décadas no direito comparado (Alemanha, Itália, Portugal, Chile, Uruguai, Paraguai etc.). O juiz das garantias é o magistrado que atuará exclusivamente na fase investigativa da persecução penal, sendo, portanto, impedido de atuar no processo judicial do mesmo caso. Sua função é atuar como garantidor dos direitos fundamentais do suspeito, sendo, portanto, responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal.

Nas palavras de Aury Lopes Junior, aprofundando o tema, define o juiz das garantias:

Nesse contexto, a função do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado no processo penal. (...)

Premissa básica é compreender que não estamos falando de “juizado de instrução” ou “juiz instrutor”, pois essa é uma figura arcaica, inquisitória e superada, na qual o juiz tem uma postura ativa, indo atrás da prova de ofício, investigando e decidindo sobre medidas restritivas de direitos fundamentais que ele mesmo determina. (...)

Portanto, o juiz das garantias (...) não tem uma postura inquisitória, não investiga e não produz prova de ofício. Também conhecido como sistema “doble juez”, como define a doutrina chilena e uruguaia em representativa denominação, na medida em que estabelece a necessidade de dois juízes diferentes, ou seja, modelo “duplo juiz”, em que dois juízes distintos atuam no feito. O primeiro intervém – quando invocado – na fase pré-processual até o recebimento da denúncia, encaminhando os autos para outro juiz que irá instruir e julgar, sem estar contaminado, sem pré-julgamentos e com a máxima originalidade cognitiva

Ele se posta como juiz, inerte, que atua mediante invocação (observância do *ne procedat iudex ex officio* que funda a estrutura acusatória e cria as condições de possibilidade de ter um juiz imparcial) permitindo que se estabeleça uma estrutura dialética, onde o MP e a polícia investigam os fatos, o imputado exerce sua defesa e ele decide, quando chamado, sobre medidas restritivas de direitos fundamentais submetidas a reserva de jurisdição (como busca e apreensão, quebras de sigilo, prisões cautelares, medidas assecuratórias, etc.) e como guardião da legalidade e dos direitos e garantias do imputado. Portanto, atua como juiz e não como instrutor-inquisidor. Não se confunde assim, de modo algum, com o superado sistema de “juizado de instrução”¹⁹⁰

Além da função de juiz garante, um dos principais aspectos da instituição do juiz das garantias é a separação das fases processuais, ou seja, entre as fases pré-processual (investigativa) e processual propriamente dita, cujo objetivo é minimizar os fatores de

¹⁸⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: jan. 2022.

¹⁹⁰ LOPES JUNIOR, Aury. Op. cit. p. 188.

contaminação subjetiva do julgador do processo, mantendo-o afastado da fase de investigação.

Assim, o juiz das garantias deterá a competência para atuar até o oferecimento da denúncia ou queixa, tendo competência para aceitar ou rejeitá-la, nos termos do Art. 3º-C: “a competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código.”¹⁹¹

Desta forma, a persecução penal passa a ter duas fases procedimentais presididas, respectivamente, por dois juízes distintos. A primeira corresponde à fase investigativa, que se encerra com o recebimento da acusação e consolida o término da investigação criminal. Nesta fase, a atribuição será do juiz das garantias o qual competirá, além de desempenhar a tutela da legalidade da investigação, verificar a legalidade de prisões em flagrante e preventiva e determinar medidas cautelares e/ou restritivas, bem como, decidir pela produção antecipada de provas, exercer o juízo de admissibilidade da peça acusatória, competindo-lhe receber ou a rejeitar a denúncia ou a queixa-crime. A segunda corresponde à fase processual; caso o juiz das garantias decida pela admissibilidade da acusação, o processo será instaurado e seguirá o juiz do processo, a quem competirá a instrução e julgamento do caso.

Neste sentido, Renato Brasileiro de Lima observa que com a instituição do Juiz das garantias no processo penal permite, então, que o juiz da instrução e julgamento, não menos garantidor dos direitos fundamentais do acusado, entre no processo sem ter contra si o peso de alguma decisão anterior por ele mesmo proferida a favor (ou contra) uma das partes:

Objetiva-se, assim, minimizar ao máximo as chances de contaminação subjetiva do juiz da causa, potencializando, pois, a sua imparcialidade, seguindo na contramão da sistemática até então vigente, quando a prática de qualquer ato decisório pelo juiz na fase investigatória tornava-o prevento para prosseguir no feito até o julgamento final (CPP, art. 75, parágrafo único, e art. 83).

(...)

Como resultado imediato decorrente da introdução da figura do juiz das garantias no âmbito processual penal, a regra será, doravante, a irrestrita separação entre a atividade jurisdicional exercida antes e depois do início do processo, funcionando o recebimento da peça acusatória como marco divisório entre essas duas fases da persecução penal. Objetiva-se, assim, evitar que o juiz da causa, competente para a

¹⁹¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: jan. 2022.

instrução e julgamento do feito, venha a ser influenciado pelo conhecimento aprofundado dos elementos de informação produzidos na fase investigatória, ou que, mesmo antes da instrução probatória sob o crivo do contraditório judicial e da ampla defesa, já tenha aderido a uma das teses, seja da acusação ou da defesa, tornando, assim, até mesmo “dispensável o processo”, vez que sua decisão já estaria formada independentemente das provas produzidas pelas partes.¹⁹²

Portanto, finalidade da instituição do juiz das garantias, como ressaltado, é garantir maior imparcialidade ao juiz do processo criminal, já que não foi o mesmo juiz que atuou na fase investigativa. Uma vez que se presume que o juiz que atuou na fase investigativa determinando medidas restritivas e coercitivas, por exemplo, prisão preventiva, já possui formado certo juízo de culpabilidade do investigado na fase pré-processual, pois, como observa André Machado Maya, “o juiz toma contato com o caso penal já no início da sua investigação, contaminando-se com as suposições acusatórias das autoridades policiais e dos membros do Ministério Público, para só depois, durante o processo, conhecer os argumentos defensivos, quando, normalmente, já está com sua convicção formada acerca da culpabilidade do suspeito”¹⁹³; e por isso, a fase processual se torna mera repetição do que se já foi previamente decidido na fase investigativa,

Logo, a instituição do juiz das garantias coloca o juiz que decidirá a causa em posição equidistante dos elementos investigativos, preservando, assim, sua a imparcialidade.

4.3. Suspensão da criação do Juiz das Garantias

Como visto, o juiz das garantias é o responsável pelo controle de legalidade da investigação e da salvaguarda de direitos fundamentais do investigado na fase pré-processual, com atuação somente na fase anterior à acusação. Assim, sua figura, segundo Ary Lopes Júnior, instituiria no Brasil o sistema do “duplo juiz”¹⁹⁴.

De certo, a instituição do juiz das garantias implica em novas regras de competência, “sendo simultaneamente norma geral processual e norma de organização judiciária”, além do que “implica em uma reestruturação de unidades judiciárias e na redistribuição de recursos materiais e humanos no âmbito dos Tribunais”; razão pela qual o Ministro Luiz Fux,

¹⁹² LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 115-116.

¹⁹³ MAYA, André Machado. Imparcialidade e processo: da prevenção da competência ao juiz das garantias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 9.

¹⁹⁴ LOPES JUNIOR, Ary. Op. cit. p. 188.

presidente do Supremo Tribunal Federal, em concessão de Liminar¹⁹⁵ nas ADIn's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, suspendeu por tempo indeterminado a eficácia das regras do Pacote Anticrime que instituem a figura do juiz das garantias.

Em sua decisão, o Ministro Fux afirma que a implementação do juiz das garantias é uma questão complexa que exige a reunião de melhores subsídios que indiquem, “acima de qualquer dúvida razoável”, os reais impactos para os diversos interesses tutelados pela Constituição Federal, entre eles o devido processo legal, a duração razoável do processo e a eficiência da justiça criminal.

Embora a Lei 13.964/2019 tenha entrado em vigor em 23 de janeiro de 2020, a vigência dos arts. 3º-A a 3º-F, está suspenso, por prazo indeterminado, até que o Plenário do STF avalie o mérito da causa.

4.4. O reconhecimento de pessoas à luz do Juiz das Garantias

O juiz das garantias tem sua atuação exclusivamente voltada à fase pré-processual, e destina-se ao controle da legalidade da investigação criminal e à salvaguarda dos direitos individuais do investigado.

Sua atuação tem por finalidade contribuir para que o eventual processo transcorra sobre a máxima garantia da imparcialidade de forma que a fase processual, onde ocorrerá a efetiva produção de provas, desenvolva-se perante um juiz isento de pré-julgamentos oriundos do contato com os elementos de informação da fase investigativa; e assegurando um julgamento mais justo.

O fato do juiz das garantias atuar visando salvaguardar os direitos do investigado, não significa que ele terá uma atuação fiscalizatória nas ações investigativas e muito menos que atuará de ofício, pelo contrário, sua função consiste em quando provocado, seja por representação da autoridade policial ou requerimento do Ministério Público, decidir acerca de medidas restritivas de direitos fundamentais do acusado sem que com isso haja um juízo de

¹⁹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR na ADI 6.298 / DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 22/01/20. Publicado no DJe em 03/02/2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: jan. 2022.

valor sobre sua culpabilidade, preservando, assim, que o julgamento final ocorra da forma mais imparcial possível.

Nesse sentido, Renato Brasileiro de Lima observa:

A atuação do juiz de garantias é ocasional, sem funções de instrução, limitada ao controle da legalidade e à garantia dos direitos fundamentais”. Como deixa bem claro o art. 3º-A do CPP, ao nosso juiz das garantias é vedada qualquer iniciativa na fase de investigação, estando sua atuação limitada, portanto, a autorizar pedidos de medidas invasivas a direitos e garantias fundamentais que estejam subordinados à prévia autorização judicial, apartando-se, pois, por completo de um juiz investigador. É ele, portanto, o guardião das regras do jogo, e não o senhor da investigação preliminar.¹⁹⁶

Dentre as atribuições do juiz das garantias dispõe o Art. 3º-B, VII do CPP que lhe compete “decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral;”¹⁹⁷

Neste ponto, é que se vislumbra a atuação do juiz das garantias diretamente correlacionada à realização do reconhecimento de pessoas. Isto porque, o reconhecimento é tido como prova irrepetível pelas suas peculiaridades, cujo decurso do tempo tem a possibilidade de retirar sua qualidade cognitiva e, portanto, não havendo condições de ser refeita nas mesmas condições, como já exposto no presente trabalho.

Desta forma, um dos principais embates que a doutrina mais abalizada sobre o tema se debruça é pela realização do ato de reconhecimento de forma antecipada para assegurar a sua maior confiabilidade e sob o crivo do contraditório, de forma a ser considerado meio de prova apto. Sobre isso, explica Mariângela Tomé:

Para que o reconhecimento pessoal seja eficiente, é preciso que seja realizado o mais rápido possível, em razão do risco da perda de memória. Quanto mais tempo demorar para a sua realização, mais difícil será atingir a finalidade principal da prova: um reconhecimento seguro, seja ele positivo ou negativo.

Como o tempo influencia a eficácia do reconhecimento, o ideal é que ele seja realizado de pronto, em fase policial. Todavia, para que tenha validade de meio de prova, deve-se observar o rito procedimental da prova antecipada ou urgente, isto é,

¹⁹⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 111.

¹⁹⁷ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: jan. 2022.

deve ser produzido com a participação judicial e das partes, sendo assegurado o contraditório.

Portanto, a atuação do juiz das garantia objetivamente se faz necessária para que definitivamente esteja superado um dos principais dilemas em torno do reconhecimento: a sua realização em fase investigativa sem a observância do contraditório.

Outro ponto crucial em que o juiz das garantias corresponderia em verdadeira solução é em relação à devida observância formalidades determinadas pelo art. 226 do Código de Processo Penal. Vários são os casos em que houve a inobservância das regras procedimentais e mesmo assim os elementos obtidos serviram de lastro para condenação de suspeitos.

Portanto, além de zelar pelo respeito das próprias garantias fundamentais do suspeito, o juiz das garantias também deverá ter uma atuação voltada a garantir que o reconhecimento seja realizado em estrita observância dos procedimentos previsto no art. 226 do Código de Processo Penal.

CONCLUSÃO

Com esta pesquisa foi possível verificar que embora se reconheça seu valor, é preciso muita atenção e cautela na utilização do reconhecimento como prova principal em um processo.

Isto porque, o reconhecimento consiste em uma prova eminentemente cognitiva e, portanto, tem em si um elevado grau de subjetividade, visto que suscetível a induzimentos provenientes de falsas memórias, em razão da falibilidade da memória humana e suas conclusões errôneas; mostrando-se uma prova extremamente passível de erros.

Além disso, não fosse a fragilidade decorrente das falsas memórias, em determinados casos o procedimento de reconhecimento sequer obedece às formalidades estabelecidas no Código de Processo Penal, tornando-se ainda mais falível na media em que foi produzido em afronta às disposições legais e que, portanto, ensejam sua total nulidade.

Igualmente, foram apresentadas algumas medidas, abalizadas pela psicologia do testemunho, capazes de melhorar significativamente a qualidade do ato, tais como: a condução do ato de reconhecimento por profissional treinado em técnicas relacionadas à psicologia do testemunho; que haja mudança na forma de condução do ato, de forma que o procedimento seja conduzido “às cegas”, ou seja, nem mesmo o condutor do ato saiba quem é o suspeito a ser reconhecido (duplo-cego); que seja solicitado que o reconhecedor previamente descreva o suspeito; que o reconhecedor seja informado que o autor do fato não necessariamente está entre as pessoas apresentadas para o ato; que não há obrigatoriedade em escolher alguma das pessoas mostradas; que seja adotado o procedimento *line-up*, apresentando o suspeito em conjunto com outros de igual similitude e sabidamente inocentes; que o ato de reconhecimento ocorra ainda na fase investigativa, mas sob o crivo do contraditório.

Sugeriu-se que haja pertinente alteração legislativa, no sentido de se substituir o procedimento de reconhecimento atualmente adotado, por regras mais detalhadas baseadas em recomendações científicas; bem como que haja expressa determinação que a inobservância de tais procedimento ensejam a nulidade do ato.

Entretanto, não sendo possível a imediata alteração legislativa, que haja uma mudança no entendimento jurisprudencial, de forma que as disposições acerca do reconhecimento de pessoas determinadas pelo Código de Processo Penal não sejam interpretadas como em "mera recomendação" do legislador. Ademais, que haja interpretação no sentido de que o reconhecimento realizado em inobservância às formalidades do Código de Processo Penal, mesmo que confirmado em juízo, é inviável a fundamentar uma condenação.

Assim, enfatizou-se que haja uma uniformização na realização do reconhecimento pessoal e, principalmente, que os órgãos envolvidos na sua execução passem a respeitar os ditames do Código de Processo Penal, pois as formalidades estabelecidas são essenciais para a preservação da liberdade, ou do contrário o Judiciário estará legitimando cada vez mais condenações que não observaram o aparato legal mínimo.

Neste sentido é que o presente estudo vislumbrou especial relevância à instituição do juiz das garantias, visto que sua atuação possibilitará, ao menos em tese, evitar a subjetiva "contaminação" do juiz do processo por esta prova produzida de forma irregular.

Assim, competirá ao juiz das garantias averiguar a lisura dos atos investigatórios, principalmente, no que tange à estrita obediência do procedimento determinado pelo Código de Processo Penal, conferindo, portanto, credibilidade ao reconhecimento, mesmo quando não existam outras provas, pois estará produzido sob o crivo do contraditório e respeitados os direitos fundamentais do suspeito.

Além do mais o ato de reconhecimento passará a ser realizado nos estritos ditames do Código de Processo Penal, visto que a atuação do magistrado não pode em hipótese alguma estar afastada da lei, e em havendo qualquer dúvida quanto à realização do procedimento deve ser declarada a nulidade de plano pelo juiz do processo.

O que exigirá, conseqüentemente, que o reconhecimento, eventualmente realizados em delegacia, observe rigorosamente o procedimento legal, pois estará sobre a direta submissão e controle de legalidade ao juiz das garantias.

À vista de tais argumentos, de certo a instituição do juiz das garantias, não eliminará em sua totalidade a ocorrência de erros judiciários provenientes de reconhecimentos equivocados,

visto que naturalmente o procedimento é suscetível a conclusões errôneas provenientes da falibilidade da memória do reconhecedor.

Entretanto, em relação aos erros decorrentes de vícios relacionados à inobservância procedimentais, conclui-se que o juiz das garantias será determinante para assegurar a realização de um procedimento mais justo, contribuindo, portanto, eficazmente para minimizar a ocorrência de erros judiciais desta natureza, uma vez que por suas características de atuação permitirá ao magistrado do processo de conhecimento essencial equidistância da persecução penal, de forma a conferir a mais próxima de uma justa e imparcial decisão judicial.

Pois, conforme preciosa lição do Professor Geraldo Prado: “a Justiça seguirá sendo a justiça humana, imperfeita, mas o território para exibição de juízes arbitrários fica mais estreito, valorizando a imensa maioria dos magistrados que decidem a causa, e não a causam”.¹⁹⁸

Afinal, “é melhor correr o risco de salvar um homem culpado do que condenar um inocente”.¹⁹⁹

¹⁹⁸ PRADO, Geraldo. **Juiz das garantias restringe espaço do arbítrio**. São Paulo: Consultor Jurídico, 16 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/geraldo-prado-juiz-garantias-restringe-espaco-arbitrio>>. Acesso em: jan. de 2022.

¹⁹⁹ Ditado popular.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Mauro Fonseca. **O sistema acusatório proposto no projeto de novo *codex* penal adjetivo**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 46, n. 183, p. 167-188, jul./set. 2009. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194939>>>. Acesso em: jan. 2022.
- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia judiciária**. 3. ed. Trad. Fernando de Miranda. Coimbra: Arménio Amado, 1981. v. 1 p. 386. Apud NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de direito processual penal. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 834
- AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019
- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. – 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.
- _____. **Ônus da Prova no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 65, mar-abr/2007.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Brasília, DF, 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Planalto. Brasília, DF, 17 de março 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Planalto, Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 8045 de dezembro de 2010**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Portaria Nº 209 de 31/08/2021**. Disponível em: <<https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4090>>. Acesso em: jan. 2022.
- BRASIL. Ministério da Justiça. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**. Lilian Stein (coord). Pensando o Direito n. 59. Brasília: Ipea, 2014. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 3300, de 2019**. Disponível em: <<https://www.congressonacional.leg.br/materias/materias-bicamerais/-/ver/pl-3300-2019>> Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC 136.147/SP**. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Julgamento em 06/10/2009. DJe em 06/10/2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC 244.240/SP**, Relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 13/08/2013. DJe 19/09/2014. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. **HC 652.284/ SC**. Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Julgamento em 27/04/ 2021. DJe em 03/05/2021. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **AgRg no AREsp n. 837.171/MA**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgado em 13/12/2018. Publicado no DJe em 04/02/2019. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **AgRg no HC n. 469.563/SC**. Relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro. Julgado em 19/11/2019. Publicado no DJe em 21/11/2019. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **AgRg no HC 608.756/SP**. Relatora Ministra Laurita Vaz julgado em 06/10/2020, Publicado no DJe em 19/10/2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. **HC 598.886 / SC**. Relator Ministro Rogerio Schietti Cruz. Julgamento em 27/10/20. DJe em 18/12/2020. Disponível em: <<https://www.innocencebrasil.org>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. **AgRg no HC 125.026/SP**. Relatora Ministra Rosa Weber. julgado em 23/06/2015. Publicado no DJe em 13/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 104.404/MT**, Relator Ministro Dias Toffoli. julgado em 21/09/2010, DJe 21/09/2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. **HC 125.026 AgR/SP**, Relatora Ministra Rosa Weber, julgado em 23/06/2015, DJe 13/08/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. **HC 89.837 / DF**. Relator Min. Celso de Mello. Julgamento em 19/11/2009. Publicado no DJe em 20/11/2009.. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MEDIDA CAUTELAR na ADI 6.298 / DF**. Relator Ministro Luiz Fux. Julgado em 22/01/20. Publicado no DJe em 03/02/2020. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Primeira Turma. **RHC 176.025/SP**. Relator Ministro Marco Aurélio. Julgado em 03/08/2021. Publicado no DJe em 25/11/2021. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br> >. Acesso em: jan.2022.

CASARA, Rubens; TAVARES, Juarez. **Prova e verdade**. – 1. ed. – São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Código de processo penal e lei de execução penal: comentados artigo por artigo**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. **Relatório consolidado sobre reconhecimento Fotográfico em sede policial**. Disponível em: <https://sistemas.rj.def.br/publico/sarova.ashx/Portal/sarova/imagem-dpge/public/arquivos/consolida%C3%A7%C3%A3o_rel%C3%B3rio_CONDEGE_e_DPE_RJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf>. Acesso em: jan. 2022.

_____. **Relatórios apontam falhas em prisões após reconhecimento fotográfico**. Disponível em: <https://defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11088-Relatorios-apontam-falhas-em-prisoas-apos-reconhecimento-fotografico>. Acesso em: jan. 2022.

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

DI GESU, Cristina Carla di e LOPES JR., Aury Celso. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal em busca de redução de danos**. Revista de Estudos Criminais nº 7, de Porto Alegre, 2007.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de direito civil: parte geral e LINDB**. Volume 1. – 13. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Atlas, 2015. p.81.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Tipicidade e sucedâneos de prova**. In: ALMEIDA, José Raul Gavião; FERNANDES, Antonio Scarance; MORAES, Mauricio Zanoide de (coord.). Provas no processo penal: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios; LENZA, Pedro. **Direito processual penal esquematizado**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Verdade real e verdade formal? Um falso problema**. In: PEREIRA, Flávio Cardoso. Verdade e prova no processo penal: Estudos em homenagem ao professor Michele Taruffo, 1ª ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 1-14.

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

INNOCENCE PROJECT BRASIL. **Prova de reconhecimento e erro judiciário**. São Paulo. 1. ed., jun. 2020. Disponível em: < <https://www.innocencebrasil.org>>. Acesso em: jan. 2022.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 2a ed. – Porto Alegre: Artmed, 2011

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOFTUS, Elizabeth. **Criando falsas memórias**. disponível em <http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>. Acesso em: jan. 2022.

LOPES, Mariângela Tomé. **O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011. DOI:10.11606/T.2.2011.tde-10092012-160242.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MAYA, André Machado. **Imparcialidade e processo: da prevenção da competência ao juiz das garantias**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MOSSIN, Heráclito Antonio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas: 1998

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL RIO DE JANEIRO. **Veja o primeiro vídeo e conheça a campanha 'Justiça para os inocentes'**. Disponível em: <<https://www.oabrj.org.br/noticias/veja-primeiro-video-conheca-campanha-justica-os-inocentes>>. Acesso em: jan. 2022.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. – 25. ed. – São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo. **Juiz das garantias restringe espaço do arbítrio**. São Paulo: Consultor Jurídico, 16 jan. 2020. Disponível em:<<https://www.conjur.com.br/2020-jan-16/geraldo-prado-juiz-garantias-restringe-espaco-arbitrio>>. Acesso em: jan. de 2022.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. – 27. ed. – São Paulo: Atlas, 2019.

SALARO, Valmir; FERREZIM, Renato. **Experimento testa: reconhecimento de suspeitos é um procedimento confiável?** Fantástico. São Paulo: Rede Globo. Exibição em 5 mai 2019. Disponível em <<https://globoplay.globo.com/v/7592637/>>. Acesso em: jan. 2022.

STEIN, L. M.; PERGHER, G. P. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Psicologia: Reflexão e Crítica. v. 14, n. 2. Porto Alegre, 2001.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de, et. al. **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília, DF, 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: jan. 2022.

STEIN, Lilian Milnitsky e colaboradores. **Falsas Memórias: Fundamentos Científicos e suas Aplicações Clínicas e Jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

STEIN, Lilian Milnitsky e NYGAARD, Maria Lúcia Campani. “**A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais**”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.º 43, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho de 2003.

STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

TENENBOJM, Karen Diamand. **Reconhecimento pessoal e a criminalização da inocência**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Universidade de São Paulo. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

UNITED STATES JUSTICE DEPARTMENT. **Memorandum of Photo Arrays Identifications**. 2017. Disponível em: <https://www.justice.gov/file/923201/download>. Acesso em: jan. 2022.

WILLIAMS, Anna Virginia. **Implicações psicológicas no reconhecimento de suspeitos: avaliando o efeito da emoção na memória de testemunhas oculares**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Psicologia) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. 2003

WEBER CECCONELLO, William; MILNITSKY STEIN, Lilian. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. *Avanços na Psicologia Latino-americana* [online]. 2020, vol.38, n.1, pp.172-188. Epub Feb 16, 2021. ISSN 1794-4724. Disponível em <<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>>. Acesso em: jan. 2022.