

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

UMA ANÁLISE SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS,
SUAS INTERFERÊNCIAS E VALOR PROBATÓRIO NO SISTEMA
CRIMINAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

GABRIELLE FERREIRA SANTANA

Rio de Janeiro

2022

GABRIELLE FERREIRA SANTANA

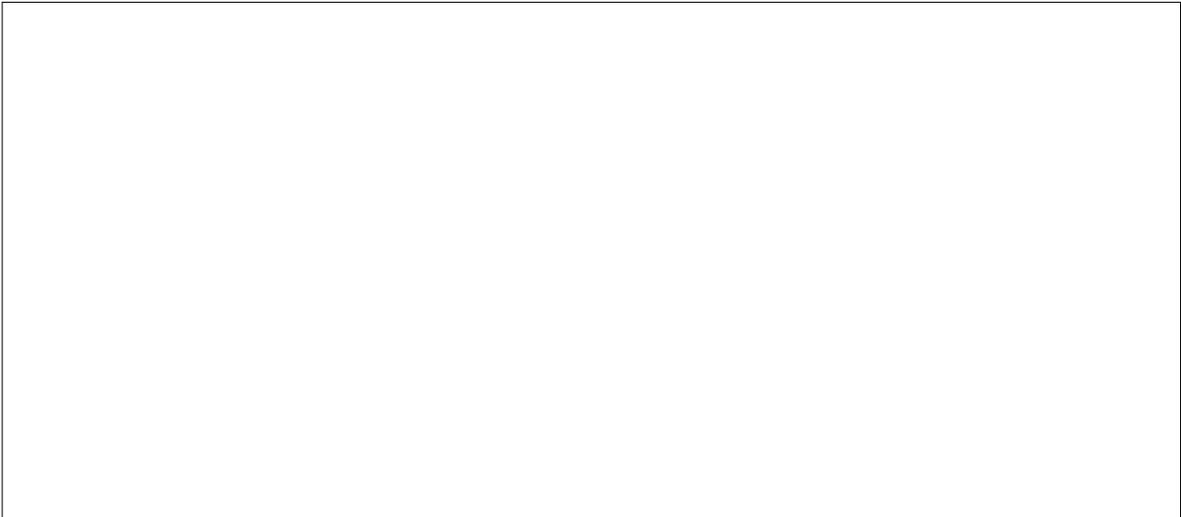
**UMA ANÁLISE SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS,
SUAS INTERFERÊNCIAS E VALOR PROBATÓRIO NO SISTEMA CRIMINAL DE
JUSTIÇA BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, sob orientação do Professor Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido.

Rio de Janeiro

2022

CIP – Catalogação na Publicação



Autorizo, apenas para fins acadêmico e científicos, a reprodução total ou parcial desta monografia, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

GABRIELLE FERREIRA SANTANA

**UMA ANÁLISE SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS,
SUAS INTERFERÊNCIAS E VALOR PROBATÓRIO NO SISTEMA CRIMINAL DE
JUSTIÇA BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito), pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito.

Orientador: Prof. Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido.

Data da Aprovação: ____ / ____ / 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Rodrigo Grazinoli Garrido.

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro

2022

*O importante não é ser o primeiro ou primeira,
o importante é abrir caminhos.*

Conceição Evaristo.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, agradeço a Deus - que nunca me desamparou - e possibilitou que eu pudesse chegar até aqui em meio as todas as dificuldades que me assolaram durante essa caminhada.

Em especial, agradeço a todos que abriram caminho para que eu pudesse passar. À minha avó materna, Maria Marcelina, com quem pouco pude conviver, mas que me presenteou com o seu legado de força e persistência para galgar os degraus que me trouxeram até aqui.

Agradeço, à minha mãe Nilza, minha maior inspiração e apoiadora de todos os meus sonhos. Minha razão de ser. Sou fruto de toda a sua dedicação, incentivo e amor incondicional. Obrigada por sempre acreditar em mim, em todas as etapas desse longo caminho, e por permanecer ao meu lado nos dias mais felizes e nos mais sombrios.

Agradeço às minhas tias, Nadia e Nivia, por todo o incentivo e por serem um porto seguro com que sempre pude contar. Ainda, agradeço a todos os meus familiares que, de alguma forma, foram alívio para os dias difíceis e motivo para que eu continuasse.

Agradeço imensamente aos meus professores que me mostraram o poder de revolução da educação. A vocês a minha eterna admiração.

Agradeço aos amigos de longa data e todos os que a faculdade me apresentou, em especial ao grupo de amigas que me acompanha desde o primeiro período e que foram – e são - essenciais durante toda essa jornada.

Por fim, e não menos importante, agradeço à Faculdade Nacional de Direito por ter me recebido de portas abertas quando nem eu acreditava que esse sonho pudesse se tornar realidade. Obrigada por ter sido palco de uma das fases mais especiais da minha vida. Sem dúvidas, *um sentimento que para toda a minha vida eu vou levar.*

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo a análise do instituto do Reconhecimento de Pessoas como meio de prova no Processo Penal brasileiro, sobretudo no que diz respeito à forma como esse ato é conduzido nas delegacias e no juízo, suas falhas e interferências técnicas, bem como seu valor probatório. Para isso, além de um estudo histórico acerca da conceituação da prova e dos meios de prova em panorama geral, buscou-se traçar um paralelo entre o procedimento previsto na norma legal e a forma com que é aplicado na prática. . Tal comparação se mostra extremamente necessária, uma vez que, por vezes, a técnica (ou falta de técnica) empregada na realização do Reconhecimento pode indicar a confiabilidade e validade da prova produzida. Além disso, buscou-se demonstrar a importância de alinhar a atuação dos agentes de justiça aos ensinamentos trazidos pela psicologia sobre o assunto. Sabe-se que o processo penal é uma pena em si próprio, logo, as reflexões sobre o tema se faz de grande importância para que se pensem novos paradigmas que avancem no sentido de mitigar as frequentes condenações criminais de pessoas inocentes.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Reconhecimento de Pessoas. Reconhecimento Fotográfico. Psicologia do Testemunho. Memórias Falsas.

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the institute of eyewitness identification of individuals as a means of evidence in Brazilian Criminal Procedure, especially with regard to how this act is conducted at police stations and in court, its flaws and technical interferences, as well as its evidential value. For this, in addition to a historical study on the conceptualization of evidence and the means of proof in general, we sought to draw a parallel between the procedure provided for in the legal norm and the way it is applied in practice. This comparison is extremely necessary, since, at times, the technique (or lack of technique) employed in the performance of the Identification may indicate the reliability and validity of the evidence produced. Furthermore, we sought to demonstrate the importance of aligning the actions of justice agents with the teachings brought by psychology on the subject. It is known that the criminal process is a penalty in itself, therefore, reflections on the theme are of great importance in order to think about new paradigms that advance in the sense of mitigating the frequent criminal convictions of innocent people.

Keywords: Criminal Procedural Law. Eyewitness Identification. Photographic Identification. Psychology of Testimony. False Memories.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	11
1.1 CONCEITO, FINALIDADE E OBJETIVO.....	11
1.2 MEIOS DE PROVA	14
2. RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA	20
2.1 O PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP.....	21
2.2 A ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL COM O JULGAMENTO DO HC Nº 598.886/SC	27
3. PROBLEMAS NA UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO	29
3.1 VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE	29
3.2 VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA	32
3.3 A QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA.....	36
3.4 A FALIBILIDADE DA MEMÓRIA	38
3.5 O VIÉS RACIAL.....	43
4. O VALOR PROBATÓRIO DO RECONHECIMENTO E SUGESTÕES PARA A REALIZAÇÃO DO ATO	47
CONCLUSÃO.....	51
REFERÊNCIAS.....	53

INTRODUÇÃO

Cada vez mais expressivos na mídia (e fora dela) são os casos de pessoas inocentes apontadas como criminosas por intermédio de um procedimento de reconhecimento pessoal falho, sendo investigadas, presas, acusadas e até mesmo condenadas, gerando danos irreparáveis aos imputados, o que, conseqüentemente, põe em xeque a credibilidade desse meio de prova.

Diante disso, tendo em vista a urgência e a relevância do tema, o presente trabalho pretende analisar o reconhecimento de pessoas e sua fragilidade enquanto meio de prova, mais especificamente ante à falibilidade dos reconhecimentos no âmbito do processo penal, os quais, por vezes, apresentam-se como único lastro probatório para se chegar a autoria.

Para tanto, inicialmente, far-se-á uma breve análise necessária acerca do conceito e finalidade da prova no processo penal, para, após, adentrar propriamente no objeto da presente pesquisa: uma análise do reconhecimento de pessoas, suas interferências e valor probatório no sistema criminal de justiça brasileiro, abordando fatores como a falibilidade da memória e a falta de técnica muitas vezes empregadas no ato probatório. Além disso, é importante frisar o quanto o racismo estrutural está flagrantemente presente durante o processo investigatório, associando-se ao reconhecimento equivocado, tantos pelos agentes de justiça, quanto pela vítima ou testemunha. Nesse contexto, serão examinadas a posição doutrinária, previsão legal e a recente alteração jurisprudencial no que diz respeito ao procedimento e validade do reconhecimento de pessoas e seus desdobramentos.

Por conseguinte, conforme se passará a demonstrar, observaremos quais procedimentos são utilizados para fins de reconhecimento na fase inquisitorial da persecução penal e quais seus requisitos jurídicos, assim como as divergências entre o procedimento legalmente cunhado pela norma e as circunstâncias que podem conduzir a reconhecimentos contaminado, seja em razão de falsas memórias, seja pelas falhas na condução do procedimento pelas autoridades.

Analogamente, buscar-se-á tecer breves considerações acerca do funcionamento da memória, mecanismo indissociável do reconhecimento pessoal como meio de prova, que não raramente, erra. Por fim, será tecida breve análise sobre a hipervalorização do reconhecimento de pessoas e considerações sobre precauções que podem ser adotadas e implementadas na prática como forma de reparar as irregularidades e mitigar os danos.

Os métodos de abordagem da pesquisa se deram através de um estudo documental bibliográfico instruído por um método dedutivo-comparativo, na medida em que será realizada uma análise do procedimento de reconhecimento e seus impactos, confrontando-se os atos realizados com os preceitos legais e o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

1. A PROVA NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Antes de adentrar propriamente acerca do reconhecimento pessoal, importa destacar, em apertada síntese, no que consiste e qual a finalidade da prova no processo penal.

1.1 Conceito, finalidade e objetivo

As provas no processo penal desempenham a função específica de reconstrução da realidade histórica, sobre a qual se impõe à verdade dos fatos e a formação da coisa julgada. Nas palavras do processualista Eugênio Pacelli:

“A prova judiciária tem um objetivo claramente definido: a reconstrução dos fatos investigados no processo, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica, isto é, com a verdade dos fatos, tal como efetivamente ocorrido no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade” (PACELLI, 2017).

Nesse sentido, as provas no processo penal objetivam reconstruir a realidade histórica dos fatos para formar a convicção do juiz. Em consonância à essência do procedimento processual penal, com base no artigo 156, caput, do Código de Processo Penal, tem-se a função do ônus da prova em que incumbe à parte apontar a verdade nas alegações.

No entendimento cunhado por Renato Brasileiro de Lima:

“Pode se dizer que há, para as partes, um direito à prova (*right to evidence*, em inglês), que funciona como desdobramento natural do direito de ação, não se reduzindo ao direito de propor ou ver produzidos os meios de prova, mas, efetivamente, na possibilidade de influir no convencimento do juiz.”¹

¹ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 657.

No decurso da história, o processo penal perpassou por diversas formas e métodos que visavam a reconstrução dos fatos entendidos como práticas criminosas e obtenção da verdade. Na idade antiga, a prisão do suspeito de transgredir às leis era o meio utilizado. Assim, a prisão era “uma espécie de antessala de suplícios, usava-se a tortura, frequentemente, para descobrir a verdade”² Já na Idade Média, valia-se das ordálias e do juízo dos deuses, em que os acusados, após passarem por provações físicas, caso saíssem vitoriosos, teriam o reconhecimento da veracidade de suas alegações, conforme exemplificado pelo professor Tourinho Filho:

“Havia a prova da água fria: jogando o indiciado à água, se submergisse, era inocente, se viesse à tona seria culpado. A do ferro em brasa: o pretense culpado, com os pés descalços, teria que passar por uma chapa de ferro em brasa. Se nada lhe acontecesse, seria inocente; se se queimasse, sua culpa seria manifesta (...)” (TOURINHO FILHO, F. da C.1992, p. 216).

A partir do século XVIII, sobretudo, observa-se uma evolução jurisdicional em que se passou a buscar a verdade por meio da prova racional, sendo submetida ao enfrentamento dialético dos interessados em sua valoração.³ De acordo com Geraldo Prado, “ a domesticação do poder punitivo pelo Estado de direito reconheceu o caráter sensível e sofisticado da atividade probatória.”⁴

Com isso, percebe-se que a construção da prova, bem como seus reflexos no sentido de formar a estrutura histórica de reconstrução da verdade, sempre foi objeto de discussão, seja meramente visando a satisfação dos interesses de uma não tão bem delineada segurança pública, seja em atenção à proteção dos interesses do acusado, com a concepção deste enquanto sujeito de direitos, e não objeto dentro do processo.

Em sua obra, Nicola Malatesta traz o entendimento de que a prova é “o meio objetivo com o que a verdade atinge o espírito”⁵. Ou seja, a prova após recebida pelo destinatário será valorada, podendo ela ser de credibilidade, probabilidade ou certeza. Dessa forma, o que

² BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte geral I. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 578.

³ OLIVEIRA, 2017, p. 174.

⁴ PRADO, 2014, p. 21.

⁵ Nicola Malatesta, A Lógica das Provas em Matéria Criminal, Campinas: Bookseller, 2005, p. 87.

Malatesta entende como atingir o espírito, nada mais é que o convencimento do receptor da prova sobre sua valoração.

No âmbito processual penal brasileiro, adota-se o sistema do livre convencimento motivado, no que se refere à valoração do material probatório, isto é, “o juiz é livre na formação de seu convencimento, não estando comprometido por qualquer critério de valoração prévia da prova, podendo optar livremente por aquela que lhe parecer mais convincente.”⁶ Em que pese a previsão de liberdade do convencimento, deve ser feito de forma adequadamente fundamentada.

Outrossim, nas palavras do mestre Renato Brasileiro:

“Em um Estado Democrático de Direito, o processo penal é regido em atenção aos direitos fundamentais e implementado sob a égide de princípios éticos que não admitem a produção de provas mediante agressão a regras de proteção. A legitimação do exercício da função jurisdicional está condicionada, portanto, à validade da prova produzida em juízo, em fiel observância aos princípios do devido processo legal e da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos (CF, art. 5º, LIV e LVI).”⁷

Na lição de Valter Kenji Ishida, o momento da prova opera-se em quatro momentos distintos⁸: (i) a proposição; (ii) a admissão; (iii) a produção e (iv) a valoração. Portanto, o rito probatório no processo penal tem seu início no ato do requerimento de produção de provas, continuado pelo deferimento e efetiva produção das mesmas e, após, a sua valoração.

A finalidade da prova é evidenciar de forma lógica a realidade com o único intuito de gerar, no juiz, a certeza no que diz respeito aos fatos ocorridos e alegados no processo, objetivando ser a produção do convencimento do juiz em relação à verdade processual⁹, seja a

⁶ OLIVEIRA, 2016, p. 342.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 657.

⁸ ISHIDA, Valter Kenji. Processo Penal .2ª Ed., Atlas, São Paulo.2010. pag.126.

⁹ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 344.

verdade tangível de ser alcançado no processo ou não, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica.

Assim, cabe tão somente ao julgador proferir sua decisão atendendo a verdade processual, isto é, a verdade que pode ser atingida por meio do uso da atividade probatória desenvolvida no curso do processo.

1.2 Meios de Prova

Tratam-se dos instrumentos idôneos à construção da convicção do órgão julgador acerca existência (ou não) de determinada situação fática.¹⁰

Nessa toada, salienta-se que os meios de prova podem ser lícitos ou ilícitos. No entanto, apenas os primeiros poderão ser admitidos pelo magistrado, com fundamento no art. 157 do CPP, que dispõe que são inadmissíveis as provas ilícitas. Desse modo, assim entendidas, as obtidas em violação à normas constitucionais ou legais, deverão ser desentranhadas dos autos do processo. Como destaca Nucci, os meios ilícitos 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.¹¹

De acordo com o professor Antônio Magalhães Gomes Filho, sob a perspectiva jurídica, entende-se como fonte de prova as pessoas ou as coisas das quais se pode extrair a prova, podendo ser reais (documentos *lato sensu*) ou pessoais (testemunhas, acusado, vítima, perito, assistentes técnicos). Os instrumentos por meio dos quais os dados probatórios são introduzidos e fixados no processo constituem os chamados meios de prova.¹²

Nessa lógica, cumpre frisar que os meios de investigação da prova - ou de obtenção da prova – dizem respeito à procedimentos, em regra, extraprocessuais, regulados por lei, cujo

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 658.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo penal e execução penal. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 389/390.

¹² GOMES FILHO, 2005, p. 303.

propósito é de obtenção de provas materiais, podendo ser executado por outras autoridades que não o juiz (v.g., policiais).

Ante o exposto, é importante destacar a distinção entre os meios de prova e os meios de investigação da prova, uma vez que, em caso de eventuais vícios ocorridos quanto aos meios de prova, terá como efeito a nulidade da prova produzida, tendo em vista que se trata de uma atividade endoprocessual.

Por outro lado, verificada qualquer irregularidade no tocante à produção de determinado meio de investigação de prova, conseqüentemente, dar-se-á o reconhecimento da admissibilidade da prova no processo (prova ilícita), tendo em vista a violação das regras relacionadas à sua obtenção, em atendimento ao disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. Portanto, conforme outrora mencionado, seguindo a previsão do art. 157, caput, do CPP, dever-se-á providenciar o desentranhamento da prova dos autos do processo¹³.

Ainda, seguindo essa linha, frisa-se que a doutrina classifica os meios de obtenção da prova em ordinários e extraordinários. Sendo assim, os meios ordinários de obtenção de prova se referem àqueles cuja forma de execução é diferenciada, uma vez que se escora sob o manto protetor da inviolabilidade de bens jurídicos individuais¹⁴, temos, como exemplo, a busca domiciliar, meio utilizado não só para a investigação de crimes graves, mas também para delitos de menor gravidade.

Já os meios extraordinários de obtenção da prova (ou técnicas especiais de investigação), tratam-se dos instrumentos sigilosos postos à disposição da Polícia, dos órgãos de inteligência e do Ministério Público para apuração e persecução de crimes graves, que demandam o uso de técnicas investigativas não tradicionais, que se constituem, em geral, em prova documental ou testemunhal, estão incluídas a interceptação das comunicações telefônica, a ação controlada, entre outros. Nesse caso, o contraditório será exercido de forma tardia, e, por explorar as esferas

¹³ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 661.

¹⁴ Nessa linha: ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. A interceptação de comunicação entre pessoas presentes. Coordenação: Gustavo Henrique Badaró e Petrônio Calmo. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013. p. 70. Ainda segundo o autor, outra dicotomia dos meios de obtenção de prova é a que os divide em preventivos e repressivos: os primeiros são aqueles cuja execução se admite em atividade de prevenção; os repressivos inserem-se em atividade de repressão à prática de fatos delituosos.

da intimidade e da vida privada, só podem ser utilizadas mediante a autorização judicial, caso contrário, não constituem medida investigativa legal. Logo, deve seu emprego se prestar a um fim legítimo e se a técnica for necessária para alcançar a prova a que destina¹⁵.

Finalmente, cumpre apontar os meios de prova propriamente empregados na persecução penal:

De início, tem-se o exame de corpo de delito e perícias em geral, que pode ser classificada como uma “espécie de prova que objetiva fornecer esclarecimentos a respeito de questões técnicas, que extrapolam o conhecimento científico do julgador, podendo ser de qualquer natureza (...)” (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 479). Além disso, diversas são as formalidades a serem seguidas no ato da produção de prova pericial, conforme importa destacar:

A produção da prova pericial exige o seguimento de regras impostas pelo Código de Processo Penal. Por isso, as várias formalidades demandadas compõem o quadro da prova legal, vale dizer, a merecer particular consideração pelo juiz. Quanto realizado dentro dos ditames estabelecidos pelas normas processuais.

As perícias em geral devem ser feitas por um perito oficial, portador de diploma de curso superior. À sua falta, autoriza-se a efetivação de perícia por duas pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior, com preferência de formação na área específica do exame a ser realizado.

(...)

Espera-se um laudo detalhado e informativo, afinal, desde que a matéria examinada, por ser complexa, envolva várias áreas do conhecimento (NUCCI, 2011, p. 51).

Outro meio de prova é o interrogatório que “pode ser conceituado como ato personalíssimo do investigado por infração penal, em denúncia ou queixa-crime, que se opera perante o juiz competente para apreciar a ação penal” (MORAES, 2010). Nessa perspectiva, o interrogatório é a fase da persecução penal em que é concedido ao suposto autor da infração a oportunidade de delinear a sua versão dos fatos, exercendo, se desejar, a autodefesa¹⁶.

¹⁵ ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal. Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011. p. 411.

¹⁶ TÁVORA; ALENCAR, 2010, p. 386.

Aqui, faz-se importante salientar que para uma corrente, o interrogatório é entendido como um meio de defesa, para outra, como um meio de prova, e, para uma terceira, entende-se que tal ato possui característica híbrida, isto é, constitui-se, ao mesmo tempo, como meio de prova e meio de defesa.

Por fim, uma quarta corrente, sustenta que o interrogatório é considerado meio de defesa, primordialmente, e como meio de prova, subsidiariamente (TÁVORA; ALENCAR, 2010).

Cita-se também como meio de prova a confissão, considerada por alguns entendimentos como sendo a própria prova. De fato, a confissão não é um meio de prova. É a própria prova. No processo penal, o conteúdo da confissão é meramente o reconhecimento da autoria. Sendo assim, o meio de prova seria o interrogatório, em que pode ocorrer a confissão, ou a audiência em que se lavra um termo em virtude do seu comparecimento espontâneo.

Há, ainda, o depoimento do ofendido, que é o sujeito passivo do crime, “a vítima-, ou seja, a pessoa que teve diretamente o seu interesse ou bem jurídico violado pela prática da infração penal”¹⁷. As declarações do ofendido, então, se firmam como meios de prova.

Não obstante, não se deve depositar o mesmo valor à palavra da vítima, que se costuma conferir ao depoimento de uma testemunha, esta, presumidamente, imparcial¹⁸. Em razão do trauma sofrido pela vítima, assim como constrangimentos ou agressões, poderia acarretar distorções naturais em sua versão dos fatos.

No que se refere à prova testemunhal, vislumbra-se a falta de confiabilidade atribuída por parte da doutrina a este meio *probandi*. Nesse sentido, é objeto de opiniões divergentes, sendo objeto de desprestígio para alguns, sob argumento de que o seu resultado nem sempre é confiável, tendo em vista a possibilidade de a testemunha alterar a realidade dos fatos, prestando depoimento em dissonância da forma como os fatos efetivamente se deram.

“(…) A testemunha é pessoa que comparece em juízo para esclarecer fatos presenciados ou sentidos por meio da visão, do tato, do olfato, da audição, do

¹⁷ NUCCI, 2011, p. 453-457.

¹⁸ GONÇALVES, Eric Francis de Matos. A prova no processo penal. 1ª Ed. Editora Quipá, 2021.

contato físico com pessoas ou coisas do processo, não tendo índole técnica, por essa razão diferenciando-se da prova pericial. (...) A testemunha é uma pessoa, desinteressada no julgamento do processo, marcada pela imparcialidade, que comparece ao juízo para relatar os contornos do seu contato com fatos relevantes para o julgamento da causa” (MONTENEGRO FILHO, 2010, p. 447-448).

Na mesma linha, Greco Filho e Rassi (2010) discorrem sobre a diferença entre a testemunha que se compromete a depor, sob pena de falso testemunho, das demais pessoas ouvidas no procedimento investigativo, como o ofendido, parentes do acusado, parentes do ofendido, ou seja, indivíduos afetados emocionalmente pela infração penal. Ainda, pode-se qualificar a testemunha em inidônea, suspeita ou defeituosa toda aquela que “por motivos psíquicos ou morais, não pode ou não quer dizer a verdade.”¹⁹

Vale mencionar que a acareação é um meio de prova previsto expressamente no Código de Processo Penal, disciplinado nos artigos. 229 e 230 e também referido no art. 6º. VI, segunda parte. Esse meio de prova, portanto, consiste na confrontação das declarações de dois ou mais acusados, testemunhas ou ofendidos, já inquiridas no procedimento, objetivando alcançar o convencimento do juiz em relação à verdade sobre determinado fato divergente nas declarações desses indivíduos (MIRABETE, 2006, p. 311). Assim, colocam-se frente a frente pessoas que prestaram depoimentos controvertidos para indagar sobre as divergências percebidas.

Aqui, daremos destaque, ao meio de prova que consiste no reconhecimento de pessoas e coisas, sendo o “ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa.”²⁰ Tal meio, objeto principal a ser analisado neste trabalho, consiste em mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades.

Nesse sentido, importa ressaltar o entendimento cunhado por Passelli de Oliveira que enfatiza que:

¹⁹ ARANHA, 2006, p. 165.

²⁰ NUCCI, 2012, p. 492.

“(…) o reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas” (OLIVEIRA, 2011, p. 419).

Por último, vale estabelecer a distinção entre as provas diretas e indiretas. A prova indireta é aquela que não possui como fim a demonstração dos elementos que integram a figura penal, mas em outros fatos *probandos* alcançados por uso do raciocínio indutivo. Na prova direta, a conclusão é imediata e objetiva, ocasionado a mera afirmação.

Além disso, na prova indireta, exige-se um raciocínio que elabore hipóteses, exclusões e aceitações, para obtenção e elaboração de uma conclusão final. O indício pode ser definido como o fato provado que, por sua ligação com o fato probando, possibilita chegar a uma conclusão sobre este último.

À vista disso, o Código de Processo Penal destinou à prova indiciária apenas um dispositivo, consolidado no artigo 239, que dispõe que: "considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias."

Argumenta-se muito acerca da possibilidade de se condenar alguém com base única e exclusivamente em indícios. A nosso juízo, com a incorporação ao processo penal do sistema da persuasão racional do juiz, em conformidade à precisão do Código de Processo Penal, em seu artigo 155, caput, bem como na CF/88, em seu artigo 93, inciso IX, e a consequente exclusão de qualquer regra de prova tarifada, permite-se que tanto a prova direta como a prova indireta sejam em igual medida válidas e eficazes para a formação da convicção do magistrado. Sendo certo que não se pode admitir que um indício isolado e frágil possa fundamentar um decreto condenatório.

Com efeito, no embate entre a busca da verdade e o respeito as regras estabelecidas no processo penal, conclui-se, indubitavelmente, que a regra deve prevalecer, independente da

gravidade ou relevância do conteúdo²¹. Isso porque, como se passará a demonstrar, a “verdade” formulada no processo através de um reconhecimento mal conduzido, sem observância da norma, e direcionado ao juiz, destinatário da prova, pode produzir efeitos por vezes irreversíveis, como na condenação de inocentes, haja vista que nem sempre demais elementos probatórios serão suficientes para afastar a formulação de autoria por apontamento delitivo equivocado. Conforme apontamento de Ávila, “as falsas memórias existem, possuem repercussão crucial (inclusive judicial) e são de difícil identificação, pois quem relata crê verdadeiramente em sua versão²².”

Finalmente, faz-se oportuno, portanto, destrinchar sobre os procedimentos e desdobramentos atinentes ao reconhecimento como meio probatório, mais especificamente, o reconhecimento de pessoas.

2. RECONHECIMENTO COMO MEIO DE PROVA

No entendimento de Badaró, o “reconhecimento de pessoa ou coisa é um meio de prova no qual alguém é chamado a descrever uma pessoa ou coisa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas ou coisas semelhantes às descritas²³. ” Ou seja, cuida-se de um procedimento de verificação, haja vista que a autoridade responsável deverá indicar à testemunha mais de um possível autor para seja apontado um dentre eles, é o que prevê a norma procedimental.

Já na definição de Camargo Aranha, traz-se a percepção de que reconhecimento é um meio de prova eminentemente formal, pelo qual um indivíduo é chamado para verificar e ratificar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é apresentada em confronto a outra que

²¹ LOPES JR., Aury; KESSLER DE OLIVEIRA, Daniel. La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/limite-penal-la-mano-dios-admissibilidade-prova-processo-penal>

²² ÁVILA, Gustavo Noronha de. Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das Falsas Memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário. Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.14, n. 84, fev./mar. 2014, p. 72.

²³ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 496.

viu no passado²⁴. Em outras palavras, entende-se que o reconhecimento é um juízo psicológico de identificação realizado por uma pessoa, por intermédio de um método comparativo entre uma percepção do presente e outra processada no passado.

Na doutrina, o estudo do reconhecimento como meio probatório também está alinhado a ideia de que este é um ato dependente da memória, logo, as identificações realizadas pelas vítimas ou testemunhas podem ser falhas. A psicologia vai explicar que a memória humana não foi programada para testemunhar um crime.²⁵ Diante disso, os registros dependentes da memória podem sofrer distorções.

Muitos são os fatores que podem afetar a qualidade da identificação. A conclusão do reconhecimento vai se valer tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de influências externas que podem precarizar o ato, como por exemplo: a pouca iluminação; o tempo decorrido entre o contato com o autor do crime e a realização do reconhecimento; a distância; a natureza do crime (com ou sem violência física, bem como o grau de violência psicológica), dentre outros aspectos²⁶.

Nesse sentido, o código processual penal dedica três dispositivos para tratar sobre o reconhecimento de pessoas e coisas, sendo os artigos 226, 227 e 228. O artigo 226, trata diretamente sobre o reconhecimento de pessoas, dispondo sobre as especificidades da forma na produção da prova.

Assim, façamos uma breve análise sobre o procedimento descrito no art. 226 do CPP e seus desdobramentos no caso concreto.

2.1 O procedimento previsto no art. 226 do CPP

É trazido no artigo 226 um procedimento a ser seguido no ato de reconhecimento de pessoa, que se dará da seguinte forma:

²⁴ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 222.

²⁵ CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnistky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 177. ano 29. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021. p. 365.

²⁶ LOPES, JR. Aury. Direito processual penal. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 493.

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 o indivíduo que deva ser reconhecido (art. 226, I);

II- a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II);

III- se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III);

IV- do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, IV).

Assim, observa-se que o artigo 226, em seu inciso primeiro, se atém a memória da testemunha/vítima, ao dispor sobre a necessidade de prévia descrição do autor. O objetivo principal nesse momento é verificar se o reconhecedor possui o mínimo de firmeza para realizar o ato de reconhecimento, isto é, se guarda o núcleo central da imagem da pessoa²⁷.

Nessa oportunidade, a vítima/testemunha deve descrever os detalhes de que se recorda, como a idade e altura aproximadas, cor da pele e cabelos, possíveis tatuagens ou cicatrizes observadas. Dessa forma, a autoridade condutora poderá verificar a existência de um grau razoável de segurança do ato²⁸.

Portanto, nessa fase é imprescindível que o processo de reconhecimento seja conduzido com o devido conhecimento técnico, visando-se reprimir a atuação ativa do policial condutor para que esse procedimento não seja viciado e, mesmo que de forma inconsciente, a autoridade não questione o reconhecedor de forma sugestiva.

²⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. Provas no Processo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 487.

²⁸ ZUCCHETTI FILHO, Pedro. Reconhecimento de Pessoas: Ponderações Acerca do Artigo 226 do Código de Processo Penal e do Reconhecimento Fotográfico, p. 123.

Conforme entendimento da mestra Mariângela Tomé Lopes, se nesse primeiro momento o reconhecedor identificar indivíduo completamente diferente daquele a ser submetido ao reconhecimento, deve-se descartar o uso do reconhecimento nas próximas etapas²⁹.

Já em atenção ao inciso II, no que concerne às semelhanças físicas, Ceconello e Stein alertam que a seleção dos não-suspeitos que irão compor o alinhamento deve se ater a dois princípios (i) nenhum rosto deve se sobressair em relação aos outros (ii) os não suspeitos devem atender às descrições do culpado da mesma forma que o suspeito³⁰. Tais exigências objetivam a redução de riscos de falsos reconhecimentos positivos, isto é, que uma pessoa inocente se destaque e seja indevidamente apontada.

No que diz respeito ao número de pessoas participantes em um ato de reconhecimento, a doutrina entende que para agregar maior credibilidade no procedimento e diminuir a margem de erro, sugere-se um número de pessoas não inferior a cinco, sendo um o suspeito e mais quatro pessoas³¹.

Partindo para os incisos III e IV, os dois últimos incisos do artigo 226 do CPP, observa-se que no primeiro, busca-se proteger o reconhecedor, impedindo que o suspeito/ofensor o veja para evitar seu constrangimento, bem como para assegurar que a vítima/testemunha não sofra nenhum tipo de coação ou ameaça.

Por fim, o inciso IV prevê a lavratura de um auto de reconhecimento pormenorizado do ato, visando registrar e atestar a veracidade do procedimento, além da voluntariedade no apontamento realizado pelo reconhecedor em relação ao suspeito³². De maneira análoga, Tomé Lopes destaca a importância de constar no auto se houve a presença ou não de advogado, a quantidade de pessoas participantes e a indicação de suas semelhanças, a localização do

²⁹ TOMÉ LOPES, Mariângela. O Reconhecimento como Meio de Prova. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro, p. 53.

³⁰ Ceconello, W., Stein, L. Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 2019, p. 180.

³¹ LOPES JR. Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 489.

³² ZUCCHETTI FILHO, Pedro. Reconhecimento de Pessoas: Ponderações Acerca do Artigo 226 do Código de Processo Penal e do Reconhecimento Fotográfico. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA AMARAL, Maria Eduarda; SILVEIRA, Karine Darós (orgs.). *Processo Penal Contemporâneo em Debate*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, 2019, v. 4, p. 126.

suspeito, além dos dados de identificação fornecidos pela vítima/testemunha de maneira prévia ao início do procedimento, por último, o resultado do reconhecimento³³.

Em sequência, o artigo 228 do Código de Processo Penal versa sobre a pluralidade de testemunhas/vítimas a serem submetidas ao ato de reconhecimento. Nesse sentido, a legislação traz o entendimento de que o procedimento deverá ser realizado de forma separada, no intuito de evitar a comunicação entre os reconhecedores.

Segundo estudos científicos, a memória engloba um conjunto de processos ativos em reconstrução, em que o indivíduo não registra mecanicamente os fatos e dados para a sua posterior repetição, com efeito, os elabora e os interpreta de um modo ativo, integrando-os “em” e “desde” seus conhecimentos prévios³⁴. Portanto, a incomunicabilidade entre as vítimas/testemunhas se faz de extrema importância para que, mesmo que involuntariamente, não ocorra a contaminação da memória do reconhecedor. Conforme Stein: “cada testemunha possui uma representação mental única do evento”³⁵.

Frisa-se que a legislação brasileira que determina a forma de produção dessa prova, cuja redação ainda é a mesma de sua edição histórica do ano de 1941, não prevê expressamente o reconhecimento fotográfico, embora comumente usado no caso concreto.

Conforme Lopes Jr., o apontamento do autor por fotografia não é um ato pacífico na doutrina ou na jurisprudência, todavia é de seu entendimento que a utilização do reconhecimento fotográfico só deve ser validada se observado o procedimento descrito no artigo 226, I, do CPP, devendo ser atribuído a essa prova um valor de ato preparatório ou instrumento-meio³⁶. Em contrapartida, há uma corrente mais radical quanto a utilização do reconhecimento por fotografia, que entendem que essa modalidade de reconhecimento deve ser excepcional em casos de “estado de necessidade investigativo”³⁷.

³³ TOMÉ LOPES, Mariângela. O Reconhecimento como Meio de Prova. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 57.

³⁴ MAZZONI, Giuliana, ¿Se Puede Creer a un Testigo? El Testimonio y las Trampas de la Memoria, Madrid: Editorial Trotta, 2010, p. 15-61.

³⁵ STEIN, Lilian Milnitsky. Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 219.

³⁶ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 490-491.

³⁷ MENDES, Manuel José; ALMEIDA GARRETT, Francisco de. Da Prova por Reconhecimento em Processo Penal. Identificação de Suspeitos e Reconhecimentos Fotográficos. Porto: Fronteira do Caos, 2007, p. 47.

A professora Janaina Matida, especialista em direito probatório, entende que o reconhecimento fotográfico é uma alternativa a ser considerada, sendo um recurso viável no enfrentamento à dificuldade de reunir presencialmente pessoas semelhantes aos suspeitos em investigação, não ficando atrás do reconhecimento presencial³⁸. Por conseguinte, a estudiosa faz as seguintes ressalvas:

“No entanto, é sempre importante frisar que *a fotografia a ser utilizada no procedimento não é qualquer fotografia*. Sob nenhuma hipótese o reconhecimento por fotografia poderá ser realizado mediante álbum de suspeitos, "baralho do crime" ou coisa parecida. Sob nenhuma hipótese a fotografia poderá ser mostrada por *whatsapp*, sem que se realize a formalidade do alinhamento justo. Sob nenhuma hipótese a vítima/testemunha poderá ser pressionada a reconhecer alguém por foto de rede social, como condição para a continuidade da investigação criminal. Dedicar esforços à construção de protocolos para a produção de reconhecimentos por fotografia é passo imprescindível à fase que antecede e prepara o processo penal. Assumir a alternativa do reconhecimento fotográfico não deve servir à naturalização das irregularidades praticadas até o presente momento, sendo imprescindível controlar a qualidade e a procedência das fotos que passem integrar a biblioteca.” (MATIDA, 2020)

A orientação dos Tribunais Superiores admitia a não observância do procedimento previsto no artigo 226 do CPP, entendendo que se tratava de mera *sugestão do legislador*. Outrossim, imperava o entendimento de que o reconhecimento fotográfico também seria um ato legítimo, em especial quando comprovado em juízo. Vide os seguintes julgados:

(...)

2. Considerando que o disposto no art. 226 do CPP configura, aos olhos deste Tribunal Superior, mera recomendação legal, a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade quando o ato for formalizado de forma diversa da normativamente prevista. 3. A questão refere-se ao regime inicial de cumprimento da

³⁸ Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?>

reprimenda, que já foi objeto de análise por esta Sexta Turma em habeas corpus, inexistindo motivo hábil para nova deliberação. 4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.340.162/SP, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª Turma, DJe 12/9/2019).

(...)

3. O acórdão recorrido está alinhado à jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de 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, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 13/6/2017).

(REsp n. 1.853.401/SP, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ª Turma, DJe 4/9/2020).

(...)

2. É pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é legítimo o reconhecimento pessoal ainda quando realizado de modo diverso do previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, servindo o paradigma legal como mera recomendação. 3. É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o Magistrado é livre para formar sua convicção com fundamentos próprios a partir das evidências apresentadas no curso da instrução processual, não estando obrigado a ficar adstrito aos argumentos trazidos pela defesa ou pela acusação, nem tendo que responder, de forma pormenorizada, a cada uma das alegações das partes, bastando que exponha as razões do seu convencimento, ainda que de maneira sucinta. 4. Neste caso, o Tribunal apresentou motivação suficiente para rejeitar os argumentos que davam base à tese absolutória, solucionando a quaestio iuris de modo claro e coerente, não se vislumbrando deficiência de fundamentação apta a ensejar a nulidade do feito. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC n. 474.655/PR, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, DJe 3/6/2019).

Ocorre que, o julgamento do Habeas Corpus nº 598.886/SC, sob a Relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, por votação unânime, trouxe relevante alteração na jurisprudência até então majoritária nos Tribunais Superiores, ao conceder a ordem para declarar nulo o

reconhecimento de pessoas realizado sem a observância do procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal.³⁹

2.2 A alteração do entendimento jurisprudencial com o julgamento do HC N° 598.886/SC

No dia 27.10.2020, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça julgou o Habeas Corpus nº 598.886/SC, impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, que alegava a coação ilegal em acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina que decidiu por manter condenação sustentada, exclusivamente, em reconhecimento fotográfico extrajudicial realizado pelas vítimas.

De acordo com o veredito do julgamento do recurso, por voto unânime, a violação ao procedimento previsto no art. 226 do CPP incorreu na nulidade do reconhecimento realizado. Portanto, determinou-se a absolvição do acusado pela prática do delito de roubo circunstanciado.

No caso em pleito, julgava-se a prática de um roubo no interior de um restaurante, com emprego de arma de fogo. No curso das investigações, foi realizado o reconhecimento por uma das vítimas em sede policial. A vítima ratificou o reconhecimento em juízo, todavia, tendo em vista o lapso temporal, não pôde reconhecer novamente o suposto autor.

A importante decisão veio de encontro com a posição jurisprudencial de que o dispositivo processual penal se tratava de “mera recomendação” do legislador no que tange ao procedimento a ser seguido para a realização do reconhecimento de pessoas. Em contrapartida, o relator entendeu que cuida-se de rito de observância necessária, sob pena de nulidade do ato.

O Ministro Rogerio Schietti, relator do HC, postulou que:

³⁹ STJ, 6ª Turma, HC 598.886/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti, j. 27/08/2020, DJe 18/12/2020 - Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF

“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;

(...)

O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo. ”

Além disso, a decisão do STJ está alinhada a recomendações da psicologia do testemunho, ao enfatizar que o reconhecimento não deve ser utilizado como prova exclusiva para condenação criminal, haja vista que falsos reconhecimentos são possíveis ainda que o ato seja conduzido de forma idônea⁴⁰.

O Ministro Sebastião Reis Júnior ressaltou, ainda, em seu voto a sistemática inobservância das regras estabelecidas no artigo 226 do CPP: “a exceção se tornou regra. (...) não me lembro, (..) nestes quase dez anos de Tribunal, de ter visto um único processo onde as normas citadas foram cumpridas. ”

Nesse diapasão, o julgado evocou a necessidade de rigorosa observância do artigo 226, uma vez que, nos termos da decisão, assegura “um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório”.

Com base nos argumentos supracitados, concluiu-se que a sucessão de vícios no procedimento acarretou na invalidação completa do reconhecimento fotográfico que:

(...) deve ser declarado absolutamente nulo, com sua conseqüente absolvição, **ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado** (grifei)

⁴⁰ CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnistky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 177. ano 29. p. 363. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021.

Assim, é indubitável que a decisão denota momento importante para o processo penal brasileiro. A percepção disseminada no HC 598.886-SC do STJ se faz de extremo valor, uma vez que estabelece diretrizes para que o reconhecimento de pessoas seja validado enquanto prova, bem como contribui para o embasamento de inúmeras declarações de nulidades em casos semelhantes, não raros no Brasil, em que o reconhecimento realizado pela vítima tenha figurado como um dos poucos elementos probatórios existentes ao longo da persecução.

3. PROBLEMAS NA UTILIZAÇÃO DO RECONHECIMENTO

Ao longo do presente trabalho, mencionou-se, em algumas oportunidades, as problemáticas na utilização do reconhecimento pessoal e fotográfico. Nesse momento, faz-se importante demonstrar, de forma objetiva, as cearas afetadas no emprego do procedimento de forma equivocada.

Diante disso, cumpre, inicialmente, discorrer sobre as violações de relevantes princípios e garantias constitucionais penais.

3.1 Violação ao princípio da legalidade

O princípio basilar do Direito Penal, previsto no artigo 1º do Código de Penal brasileiro, é o de que: *não há crime sem lei anterior que o defina, bem como não há pena sem prévia cominação legal*. Em sua dimensão normativa, o princípio da legalidade é respaldado pelo artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, que dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.”

Assim sendo, a restrição de direito deve decorrer de lei. Conforme conceitua o doutrinador Renato Brasileiro, “por força do princípio da legalidade, todas as medidas restritivas de direito fundamentais deverão ser previstas por lei (*nulla coactio sine lege*), que deve ser escrita, estrita e prévia.”

Nas palavras de Maurício Zanoide de Moraes, o princípio da legalidade:

É norma basilar de um Estado Democrático de Direito que, no âmbito criminal (penal ou processual penal), somente poderá acontecer coerção da esfera de direitos individuais se houver lei anterior clara, estrita e escrita que a defina (nulla coertio sine lege). A legalidade, que deve obedecer a todos os ditames constitucionais de produção legislativa, confere a um só tempo (i) a segurança jurídica a todos os cidadãos para conhecerem em quais hipóteses e com que intensidade os agentes persecutórios podem agir e, também, (ii) a previsibilidade necessária para, de antemão, saber quando os agentes públicos agem dentro dos limites legais e se estão autorizados a restringir os direitos fundamentais⁴¹.

O Direito processual penal constitui-se de um sistema de normas e garantias que visam proteger o indivíduo contra possíveis abusos do Estado que venham a comprometer sua liberdade individual. Logo, é inaceitável que a busca pelo resultado enseje em desprezo à forma.

Portanto, evidencia-se que no processo penal os atos devem ser realizados de acordo com a norma processual, sob pena de corromper, no mínimo, sua legitimidade perante o prisma do princípio da legalidade, não devendo se admitir “atalhos”. Com efeito, é a observância desse princípio que irá conferir ao processo a previsibilidade da intervenção do poder estatal.

Como já mencionado, o artigo 226 do CPP, em seu teor, estabelece as regras necessárias a serem seguidas no ato em que a vítima ou testemunha de um crime em apuração são conduzidas a atribuir ou não a autoria do fato ao suspeito. Ora, se o dispositivo legal é preciso ao definir a metodologia de realização do reconhecimento, é necessário que os preceitos cunhados no Código de Processo Penal sejam respeitados, pois, para além de meros padrões burocráticos, os fundamentos legais se valem de uma sequência lógica – *praticamente científica* – da realização de um processo penal razoável⁴².

Em respeito ao compromisso do processo penal com os valores e direitos constitucionais que o regem, busca-se uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos seja guiada por meio de regras categóricas, que assegurem aos indivíduos um maior controle sobre a atuação jurisdicional.

⁴¹ Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo. Coordenação: Antônio Scarance Fernandes, José Raul Gavião de Almeida e Maurício Zanoide de Moraes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008. p. 33-34.

⁴² Aspectos relevantes acerca do reconhecimento de pessoas ou coisas segundo o Código de Processo Penal e sua aplicação prática. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/27796/aspectos-relevantes-acerca-do-reconhecimento-de-pessoas-ou-coisas-segundo-o-codigo-de-processo-penal-e-sua-aplicacao-pratica>

Em contramão ao que prevê a lei processual penal, a ausência de técnica no ato do reconhecimento fica demonstrada na lição do delegado e acadêmico Leonardo Marcondes Machado, à luz da própria experiência profissional, tendo disposto em seus estudos sobre a fragilidade epistemológica desse ato inquisitorial. Veja-se:

“Com efeito, além do problema atinente à (hiper)valoração do reconhecimento de pessoas, existem questões prévias, igualmente problemáticas, que dizem respeito ao seu modo de produção. É preciso colocar em discussão a metodologia informadora e a prática constitutiva desses reconhecimentos pessoais. Em outras palavras, quais são os critérios técnicos observados pelas agências criminais a garantir o nível de confiabilidade racional exigido para esse tipo de instrumento (re)cognitivo do caso penal? Quais os parâmetros científicos levados em consideração para um reconhecimento de pessoas que asseguram a validade de seu resultado final (positivo ou negativo)?

Na maioria das situações não há técnica alguma, apenas um empirismo vulgar e orientador de injustiças criminais. Não à toa os muitos casos de falsos reconhecimentos e, conseqüentemente, prisões ou condenações ilegais.⁴³”

No Brasil, o reconhecimento fotográfico é realizado de diversas formas, tais como o alinhamento de pessoas ou fotos, *show-up*, retrato falado, álbum de fotos, etc. Com o avanço da tecnologia, é possível, inclusive, que seja apresentada imagens obtidas por meio das redes sociais, como WhatsApp e Facebook, o que acaba comprometer ainda mais a fiabilidade do procedimento em total desacordo com a norma.

O *show-up* fotográfico, por exemplo, consiste na apresentação de uma foto do suspeito ao reconhecedor para que este indique se é ou não o autor do crime. O problema desse método consiste na falta de alternativa para que seja feita a comparação pela vítima/testemunha, acabando por configurar um procedimento sugestivo, gerando grande risco a falsos reconhecimentos, logo, é um método reiteradamente desaconselhado por pesquisadores no ato de reconhecimento⁴⁴.

⁴³ O Reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. Disponível em: <http://amdepol.org/sindepo/2019/08/o-reconhecimento-de-pessoas-como-fonte-de-injusticias-criminais/>

⁴⁴ STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da

Em contrapartida, de acordo com o relatório publicado pelo *Innocence Project*⁴⁵ Brasil, “tanto na fase pré-investigativa (atuação da polícia assim que um crime é comunicado) quanto na investigativa, a prática de reconhecimento mais comum no Brasil é o showup (...)”⁴⁶. Ironicamente, já em seu inciso I, o artigo 226 se atém à preparação do ato, isto é, ao estabelecer que “a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa a ser reconhecida”, resta evidente que o reconhecimento não precedido desta fase preparatória exemplifica o completo desalinhamento da prática com a legislação.

Ainda, a inobservância do artigo 226 do CPP, em especial ao disposto em seu inciso II, pode transformar o ato de reconhecimento em um procedimento altamente sugestivo e, nesses casos, a prova produzida deve ser considerada nula.

A doutrina defende a ideia de descon sideração total do reconhecimento quando realizado fora de qualquer parâmetro legal, configurando-se prova ilícita⁴⁷. Em que pese parte da jurisprudência muitas vezes ter utilizado do termo “se possível”, constante na redação do inciso supramencionado, como forma de justificar que o procedimento seria “mera sugestão legislativa”, é imprescindível destacar que não se trata de uma dispensa total da ordem legal, mas como forma de respaldar, em casos excepcionais, a utilização de métodos alternativos que guardem robusta preocupação quanto à forma, devendo-se priorizar sempre um alinhamento justo.

Finalmente, é certo que o reconhecimento fotográfico carece de qualquer amparo legal, ferindo, por si só, o princípio da legalidade. Ademais, mesmo ao defender o uso desta modalidade, é consenso tanto na doutrina quanto na jurisprudência que utilizar-se dessa alternativa não deve resultar na naturalização de irregularidades praticadas na fase inquisitiva.

3.2 Violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa

Justiça (Série Pensando Direito, No. 59), 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf

⁴⁵ ONG fundada nos Estados Unidos, em 1992, por advogados civilistas, especialistas no requerimento de indenização ao Estado em decorrência de condenações de pessoas inocentes.

⁴⁶ Prova de Reconhecimento e Erro Judiciário, p. 7. Disponível em: https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf

⁴⁷ ÁVILA, Gustavo Noronha de. Falsas memórias e sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em: <http://maringa.academia.edu/GustavoNoronha>

Em equiparação ao princípio da legalidade, os princípios do contraditório e da ampla defesa correspondem a direito fundamental do indivíduo, cunhado no art. 5º da Constituição Federal, em seu inciso LV: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF/88).”

Conforme preceitua Aury Lopes Jr., a Constituição Federal prevê um processo penal acusatório com base no contraditório, na ampla defesa e na imparcialidade do juiz, bem como nas demais diretrizes que visam assegurar o devido processo legal. Em suas palavras:

Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma ‘filtragem constitucional’ dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como o art. 156, 385 etc.), pois são ‘substancialmente inconstitucionais’. Assumido o problema estrutural do CPP, a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados ao núcleo inquisitório, são incompatíveis com a matriz constitucional acusatória.

Diante disso, o exercício do contraditório tem o fito de garantir a paridade de forças entre a acusação e a defesa, visando a manutenção do equilíbrio na relação estabelecida entre a pretensão punitiva do Estado e o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado. Ademais, vislumbramos o contraditório em dois momentos principais: o contraditório para a prova (ou contraditório real), que se refere à atuação das partes durante a formação do elemento probatório e o contraditório sobre a prova, também conhecido como diferido ou postergado, que se relaciona à possibilidade de manifestação da parte após a constituição da prova.⁴⁸

De forma intimamente ligada ao contraditório, a legislação prevê o direito à ampla defesa, exclusivo do acusado. Ao final de contas, o exercício da ampla defesa se dá em virtude do direito à informação, elemento que compõe o contraditório. Ou seja, por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de maneira desigual em relação à acusação, em fiel observância ao princípio da igualdade. Por consequência, ao acusado são asseguradas

⁴⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 57-58.

variadas prerrogativas em detrimento da acusação, como a previsão de recursos privativos da defesa, o impedimento da *reformatio in pejus*, a regra do *in dubio pro reo*, a possibilidade de revisão criminal exclusivamente *pro reo*, etc.⁴⁹

Nas palavras de Eugênio Pacelli, “enquanto o contraditório exige a garantia de participação, o princípio da ampla defesa vai além, impondo a realização efetiva dessa participação, sob pena de nulidade, se e quando prejudicial ao réu.”⁵⁰

De maneira análoga, em sede de defesa, importa salientar o princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou seja, o direito do acusado de não se autoincriminar ou de não produzir prova contra si, tratando-se princípio fundamental para a formulação do devido processo legal. Nesse sentido, a aplicação do princípio supracitado na produção dos meios de prova que não implicam intervenção corporal e comportamento ativo do suspeito, como é o reconhecimento pessoal, permanece polêmico⁵¹.

Parte da doutrina entende que o ato depende tão somente da participação passiva do acusado, logo, não afronta o princípio do *nemo tenetur se detegere*, admitindo-se a sua realização⁵². Nesse viés, entende-se que inexistente qualquer conduta no ato que implique em autoincriminação.

Em contrapartida, Lopes Jr. traz orientação no sentido de que quando o suspeito se nega a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio, o reconhecimento fotográfico não pode ser admitido como meio probatório empregado em substituição ao reconhecimento pessoal, podendo unicamente ser utilizado como “instrumento-meio” no lugar da descrição prevista no art. 226, I, do CPP⁵³.

Esclarecido isso, presume-se que para ser lícita, em apreço ao devido processo legal, a prova produzida no procedimento deve ser submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa. Por essa razão, o reconhecimento deverá ser realizado novamente em juízo. Sucede-se

⁴⁹ Idem, p. 59.

⁵⁰ Passelli, Eugênio. Curso de Processo Penal, 2018, p. 50.

⁵¹ LOPES, Mariângela Tomé. O reconhecimento como meio de prova: necessidade de reformulação do direito brasileiro. 2011. 224 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. p. 63.

⁵² Idem, p. 65.

⁵³ LOPES JR. Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 490-491.

que, conforme entendimento trazido pela doutrina, “no que tange aos processos cognitivos envolvendo a memória de vítimas e testemunhas, o reconhecimento é um procedimento irrepetível”⁵⁴

De acordo com a interpretação da Corte Superior, no julgamento do HC 598.886/SC, o reconhecimento fotográfico realizado na fase do inquérito policial, enquanto meio de prova, é apto para identificar e determinar a autoria delitiva do réu, desde que respeitadas as formalidades legais e confirmado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa⁵⁵.

Ressalta-se que, conforme regra constante no art. 155, caput, do CPP, admite-se a utilização dos elementos informativos colhidos na fase pré-processual, porém apenas subsidiariamente. Logo, infere-se tais elementos, produzidos sem a necessária participação dialética do investigado, incidiria em clara violação ao contraditório e à ampla defesa, caso fosse admitida a sua utilização como fundamento exclusivo para uma possível condenação do acusado⁵⁶.

No decurso da instrução do Inquérito Policial, o suspeito normalmente toma conhecimento sobre o reconhecimento fotográfico somente quando da realização do interrogatório, depois de já realizado outros atos investigativos, não lhe sendo oportunizado, portanto, impugná-lo na ocasião, haja vista que o contraditório e a ampla defesa não são garantidos na fase pré-processual.⁵⁷ Nessa lógica, embora seja possível que o reconhecimento fotográfico nessa fase seja considerado válido, deve ser valorado apenas enquanto elemento de informação.

Acrescenta-se ainda que:

⁵⁴ CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnistky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 177. ano 29. P 363.

⁵⁵ STJ, 6ª Turma, HC 598.886/SC, Rel. Min. Rogerio Schietti, j. 27/08/2020, DJe 18/12/2020.

⁵⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 57-58.

⁵⁶ Idem p. 190.

⁵⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 190.

A questão resolve-se pela observância de uma das principais regras probatórias de nosso sistema: respeitar o direito ao silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo, que assistem o réu. Ele pode negar-se a participar, no todo ou em parte, do ato, sem que dessa recusa se presuma ou extraia qualquer consequência que lhe seja prejudicial (*nemo tenetur se detegere*).

Já na fase judicial, em que pese a garantia do contraditório, por vezes a prática forense se abstém de observar o rito processual do reconhecimento, o que põe em xeque a confiabilidade, bem como a validade de tal ato. É importante destacar que o primeiro reconhecimento - realizado normalmente em sede policial - é capaz de sugestionar e viciar, quando falso, todos os demais atos produzidos durante o processo sob o crivo do contraditório.

A doutrina tem se dedicado ao debate sobre a licitude (ou ilicitude) do reconhecimento fotográfico enquanto elemento probatório no processo penal, ponderando-se a liberdade probatória e o devido processo legal. Nesse sentido, destaca-se que o artigo 157 do CPP é claro ao dispor sobre a inadmissibilidade das provas produzidas sem observância das normas constitucionais ou legais, devendo ser desentranhadas do processo haja vista sua ilicitude.

Nota-se que os princípios afrontados são responsáveis por assegurar ao indivíduo o direito de se ver a um processo que respeite os direitos e garantias fundamentais. A efetividade das garantias constitucionais no ato de reconhecimento pessoal ou fotográfico, como o contraditório e a ampla defesa, é rigorosamente comprometida em razão das informações perdidas e a dificuldade de guardar e acessar essas memórias de forma fiel. Com isso, a estrutura bipartida de persecução penal do nosso ordenamento jurídico pode ser um dos responsáveis por fomentar a contínua condenação de grande número de inocentes.

3.3 A quebra da Cadeia de Custódia

Em primeiro plano, cabe enunciar que o instituto da Cadeia de Custódia “consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja qualquer tipo de adulteração”⁵⁸.

⁵⁸LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020, p. 718.

A função da Cadeia de Custódia é de documentar formalmente um procedimento, preservando a prova penal desde o local do crime até ser levada ao juízo, com o intuito de resguardar a cronologia de uma evidência, afastando, portanto, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória

No entendimento de Geraldo Prado, trata-se de uma garantia constitucional contra a prova ilícita⁵⁹. Segundo o professor, em síntese, a Cadeia de Custódia é o dispositivo que possui como objetivo assegurar os elementos probatórios em sua integridade. Ainda, em suas palavras:

“O filtro processual contra provas ilícitas depende do rastreio das provas às fontes de prova (elementos informativos) e a ilicitude probatória, direta ou por derivação, é mais facilmente detectável na sequência desse rastro produzido entre as fontes de prova e os elementos (meios) probatórios propriamente ditos.” (PRADO, 2014)

A ideia da proteção da Cadeia de Custódia da prova está relacionada de forma íntima ao corolário da ampla defesa e do contraditório, constitucionalmente garantidos. Segundo leciona Aury Lopes Jr., são elementos imprescindíveis à “própria existência da estrutura dialética do processo”⁶⁰. Para além disso, o contraditório “se confunde com a própria essência do processo”⁶¹.

Por conseguinte, havendo qualquer tipo de quebra da Cadeia de Custódia das provas – “*break on the chain of custody*” –, seja em razão do meio, seja em razão da fonte de prova, deve-se declarar a inadmissibilidade probatória dessa evidência, bem como das demais provas delas decorrentes (CPP, art. 157, § 1º).

Dito isso, nota-se que, na prática, no que diz respeito às provas obtidas por meio do reconhecimento, é procedimento que seja lavrado termo formal do ato realizado, todavia, não há qualquer indicação nesse documento da margem de dúvida ou de certeza, por exemplo,

⁵⁹ PRADO, G. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

⁶⁰ LOPES Jr., Aury. Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 224.

⁶¹ Idem, p. 225.

desempenhada pela vítima ou testemunha ao indicar o autor do crime. Na verdade, ainda mais grave, quando realizado o reconhecimento fotográfico,

Portanto, a observância do procedimento previsto no ordenamento jurídico se faz essencial para que se assegure a Cadeia de Custódia. Conforme entendimento trazido pela doutrina:

A ausência de observância de um procedimento específico no momento da produção do elemento probatório pode gerar a quebra da cadeia de custódia da prova e, por consequência sua ilicitude. Sendo assim, necessário se faz que o detentor da fonte de prova, na maioria das vezes o Estado-acusação, tenha o devido cuidado na coleta, manipulação e transporte do objeto que, posteriormente, será um elemento probatório, a fim de preservar a cadeia de custódia e garantir a integridade da prova.

Acrescenta o professor Geraldo Prado que a falha na preservação da prova, que caracteriza a quebra da Cadeia de Custódia, é capaz de comprometer à interpretação de todo o conjunto probatório, haja vista a natureza persuasiva dos elementos probatórios.⁶²

Dessa forma, a mencionada ruptura interferirá diretamente na cognição do magistrado, guiando ainda as alegações da defesa e da acusação, conseqüentemente tendo como resultado um julgamento injusto, em flagrante violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa.

3.4 A falibilidade da memória

A memória é um recurso indissociável no ato do reconhecimento de pessoas. Nesse sentido, é cediço que a mente humana pode, não raramente, cometer falhas, o que poderia resultar em falsos reconhecimentos. A importância de abordar os aspectos da memória se dá de forma urgente uma vez que os principais meios probatórios utilizados no processo penal brasileiro são o reconhecimento pessoal e o testemunho⁶³, muitas vezes constituindo prova principal para o oferecimento de denúncia e até mesmo para a condenação de indivíduos.

⁶² Prado, G. Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 57.

⁶³ DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 103.

Nesse sentido, ilustra-se que a memorização é composta das seguintes etapas:



Fonte: adaptado de BADDELEY, 2011b.

64

Segundo a neurologia, é possível que a memória se modifique entre a sua aquisição e a consolidação, em razão de interferências externas e internas – que podem justificar a alteração da lembrança das vítimas/testemunhas no período compreendido entre o acontecimento do fato e o momento de realização do reconhecimento pessoal.⁶⁵

De acordo com Stein, o reconhecimento e o testemunho se tratam de teste de recuperação da memória e são constituídos, essencialmente, nas lembranças que a vítima ou testemunha conseguiu registrar e resgatar sobre os fatos ocorridos e o reconhecimento de seus personagens.⁶⁶

Além disso, Stein, em seus estudos, propõe a categorização das falsas memórias em espontâneas, criadas por “*processos internos do próprio sujeito*”; e sugestivas, que se formam “*a partir de uma sugestão implantada pelo ambiente externo*”⁶⁷. As memórias espontâneas, conforme se depreende da própria palavra, são originadas a partir de algo que nunca existiu, isto é, são puramente fruto da imaginação.

Já as falsas memórias sugestivas são geradas de forma diferente, como por exemplo, por meio uma informação equivocada veiculada sobre o caso na mídia ou pelo conhecimento prévio do conteúdo do testemunho de outra vítima/testemunha. Nesses casos, a informação, até então

⁶⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. (Série Pensando Direito, No. 59). p. 20. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf

⁶⁵ DI GESU, Cristina. *Prova penal e falsas memórias*, p. 108.

⁶⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. *Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses*. Brasília, DF: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça, 2015. (Série Pensando Direito, No. 59). p. 18. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf

⁶⁷ Idem, p. 23.

desconhecida pela mente humana, poderá ser internalizada, de modo que a testemunha/vítima passe a acreditar e até mesmo a guardar lembranças daquele fato como se o tivesse presenciado.

Seguindo essa lógica, Aury Lopes ensina que:

Uma informação enganosa tem o potencial de criar uma memória falsa, afetando nossa recordação, e isso pode ocorrer até mesmo quando somos interrogados sugestivamente ou quando lemos e assistimos diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado.⁶⁸

Diante disso, as falsas memórias não se confundem com a mentira, sendo as primeiras particularmente mais difíceis de identificar, haja vista que o indivíduo acredita fielmente que vivenciou aquele fato, enquanto na mentira o sujeito está consciente de que sua narrativa não ocorreu de fato. Stein expõe que as falsas memórias podem possuir tanta riqueza de detalhe quanto as memórias verdadeiras, porque a relação de confiança-accurácia é fraca. Nessa linha, tanto um reconhecimento cujo resultado é correto quanto um falso reconhecimento podem possuir grande confiança.

A memória humana possui como função o aprendizado, não é feita para recordar crimes. Logo, ao reconhecer um rosto, nosso cérebro “aprende” que este rosto, sendo de uma pessoa inocente ou culpada, corresponde ao próprio autor do crime.⁶⁹

A doutrina reforça a noção de irrepetibilidade do reconhecimento. Steblay e Dysart (2016) apuraram em experimento realizado que quando o reconhecimento inicial era falso (apontamento de um inocente no lugar do culpado), os reconhecimentos subsequentes apresentavam a tendência de reconhecer o mesmo suspeito inocente nas demais etapas, ainda quando este era apresentado ao lado do legítimo autor do fato⁷⁰. Fica demonstrado, então, que o resultado de um reconhecimento está comprometido pelos reconhecimentos que lhe precederam.

⁶⁸ Aury Lopes Jr. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 625.

⁶⁹ Cecconello; Stein, 2020.

⁷⁰ Matida, Janaina; Cecconello, William Weber. Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência. *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan.-abr. 2021, p. 417.

Por outro lado, é importante abordar sobre o fenômeno da temporalidade e sua influência na confiabilidade e precisão do reconhecimento, uma vez que o decurso do tempo permite que as informações se percam na memória, provocando o esquecimento.⁷¹

Sobre esse aspecto, o professor e Delegado de Polícia Leonardo Marcondes elucida que:

Ignorar, por exemplo, as consequências do transcurso temporal, do estresse ou do “efeito arma” no registro, armazenamento e recuperação da memória de vítimas e testemunhas implicadas em um evento criminal e, ao mesmo tempo, insistir em sugestões (diretas ou indiretas) na ânsia de trazer à tona a realidade do fato ocorrido pode ser justamente o início de mais um erro investigativo a fundar condenações indevidas.⁷²

Por isso, frisa-se a importância da observância do procedimento em conformidade com a previsão legal, bem como alinhado às contribuições dos estudos realizados pela psicologia, para a realização de um reconhecimento correto. Mostra-se indispensável, na prática jurídica, se ater às emoções, ao estado de ânimo e ao nível de consciência da vítima/testemunha, que são, na explicação de Di Gesu, os grandes reguladores da obtenção, formação e evocação da memória⁷³.

Ademais, a literatura científica descreve que a memória pode vir a ser distorcida ou afetada, sobretudo pela experiência traumática da vítima ou testemunha. Com efeito, fatores como a linguagem utilizada pelos policiais, a entrega da informação antes ou depois ao reconhecedor, até mesmo a quantidade de pessoas que compõem a “fileira do reconhecimento”, podem ser objeto de controle pelas agências de persecução penal no procedimento de reconhecimento.

Outro fenômeno relevante no que se refere a alteração da memória é o chamado efeito do foco na arma. Isto é, a presença de arma de fogo em delitos cometidos com emprego de violência e grave ameaça desvia a atenção da vítima ou testemunha de outros detalhes físicos do autor, por exemplo, o que obstaculiza a capacidade de realização do reconhecimento.

⁷¹ TOMÉ LOPES, Mariângela. O Reconhecimento como Meio de Prova. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011, p. 45.

⁷² MACHADO, Leonardo Marcondes. O reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais. Revista Consultor Jurídico, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-16/academia-policia-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais>

⁷³ DI GESU, Cristina. Prova penal e falsas memórias, p. 141-142.

Conforme destaca Aury Jr. o efeito arma possui poder decisivo para que a vítima não fixe sua atenção nas feições do agressor, uma vez que o fio condutor da relação de poder estabelecida se dá por intermédio da arma. Conseqüentemente, tal variável deve ser sempre levada em consideração por ser fator altamente prejudicial para um reconhecimento positivo.⁷⁴ O mestre acrescenta ainda que a falibilidade do reconhecimento pode se agravar:

Nos casos em que houve uso de arma. A seqüência visual das pessoas em cenas traumáticas é diversa da acontecida em situações normais, dado que a fixação dos olhos se dá justamente no que lhe é estranho, causador de temor e medo. Um roubo praticado com arma faz com a vítima tenha em seu campo visual um objeto raro e que convoca a percepção, a saber, o movimento ocular se direciona na arma, a qual passa a ser objeto direto da percepção. Não raro a vítima consegue descrever com rigor a cor e os detalhes da arma utilizada, tendo pouca capacidade perceptiva dos demais detalhes da cena (local, roupa e rosto do acusado). Esse fenômeno foi estudado pelos autores de psicologia e denominado como fator “foco da arma”, pelo qual o objeto raro (arma) converge a atenção da vítima e faz com que em nome da sobrevivência a seqüência visual preocupe-se basicamente com seu movimento.⁷⁵

Dito isso, é necessário que esse elemento seja devidamente ponderado e enfatizado tanto para o condutor do reconhecimento quanto por quem for atribuir valor a prova produzida após a realização do reconhecimento.

No mais, em levantamento obtidos por meio de estudos da Defensoria Pública do Rio de Janeiro, observou-se que os crimes praticados mediante violência ou grave ameaça com emprego de arma de fogo representam basicamente a totalidade de casos em que o reconhecimento fotográfico é utilizado como meio probatório.

Conforme dados extraídos do Innocence Project, cerca de 70% das condenações, sobre as quais o referido projeto conquistou revisões criminais, deveram-se a erros cometidos a falsos reconhecimentos pelas vítimas e por testemunhas (*“eyewitness misidentification”*). Em 38% dos casos em que foi constatado o erro, diversas testemunhas oculares reconheceram de forma equivocada o mesmo suspeito⁷⁶.

⁷⁴ LOPES JR., Aury. DIREITO PROCESSUAL PENAL. 18a. ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

⁷⁵ LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. Memória não é polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>

⁷⁶ Disponível em: <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>

No Brasil, de acordo com um levantamento realizado pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro, reunindo informações apresentadas por defensores públicos de 19 varas criminais do estado, entre junho de 2019 e março de 2020, houve erro em pelo menos 58 casos de reconhecimento fotográfico⁷⁷ que resultaram em acusações e até mesmo em prisão de pessoas que nada tinham a ver com o crime que lhe fora imputado.

Portanto, em que pese não se negar o valor epistêmico da memória, é ilusório esperar que esta funcione de forma infalível. Compreender as limitações constitutivas da memória é de extrema importância na promoção de providências no âmbito probatório, seja no que diz respeito a sua produção, seja em sua valoração probatória e, mais ainda mais importante, no que diz respeito ao emprego de uma sentença sobre os fatos.

3.5 O viés racial

Finalmente, faz-se imprescindível abordar sobre as influências do racismo no processo investigativo – e em todo o processo criminal – com ênfase no impacto provocado no procedimento de reconhecimento de pessoas. De acordo com o relatório do Innocence Project Brasil, no ato do reconhecimento, a diferença racial entre as pessoas que são colocadas em alinhamento pode ser determinante para induzir a vítima/testemunha, levando-a a identificar um indivíduo pré-determinado.

De acordo com relatório técnico da DPERJ, elaborado em setembro de 2020, 53 acusados em casos em que o reconhecimento pessoal realizado em sede policial foi produzido por fotografia, apenas 10 eram brancos. É notório que o racismo é reproduzido de forma estrutural na sociedade brasileira, capaz de orientar, ainda que de forma inconsciente, todo o sistema jurídico-penal, desde a abordagem policial, passando pelo reconhecimento realizado pela vítima/testemunha, até o momento de prolatar a sentença condenatória.

⁷⁷ Brasil de Fato. “Em um ano, o RJ teve 58 casos de reconhecimento fotográfico com acusações injustas”. Disponível em: <https://www.brasildefato.com.br/2020/09/15/em-um-ano-o-rj-teve-58-casos-de-reconhecimento-fotografico-com-acusacoes-injustas>

Cuida-se de entendimento disposto por intermédio dos docentes Alexandre Morais da Rosa e Salah H. Khaled Jr. que transmitirem que:

(...) é evidente que a lógica classificatória que preside esquemas interpretativos dessa ordem inevitavelmente padecerá dos deslizes típicos da indesejável subjetividade que ainda permeia o trabalho policial: as duas primeiras tipologias obviamente encontrarão maior concretude quando cruzadas com o estoque lombrosiano de imagens da criminalidade que ainda delimita o horizonte compreensivo padrão de atuação. Em outras palavras, a combinação das descrições supostamente objetivas - ainda que excessivamente abrangentes - com o imaginário autoritário e racista capacita os esquemas intuitivos dos policiais para a realização seletiva do sistema penal. Ou seja, para a abordagem ostensiva e ampliação das redes subterrâneas de criminalização secundária de indivíduos portadores de certos signos de identificação: fundamentalmente para a persecução de negros em situação de vulnerabilidade social. Com isso não estamos satanizando os policiais de forma maniqueísta - longe disso - mas desvelando que o problema se situa na esfera da pré-compreensão, motivo pelo qual se deve estar plenamente ciente da possibilidade inconsciente de realização dessa autoritária regra de bolso de forma irrefletida.⁷⁸

Nesse direção, em novo relatório, de fevereiro de 2021, foram levantadas informações por defensores de 10 estados diferentes, reunindo dados do período compreendido entre o ano de 2012 a 2020. Nesta pesquisa, contabilizaram-se 28 processos envolvendo 32 acusados distintos. Apenas 3 acusados não tiveram informações sobre raça incluídas no processo, sendo 83% das pessoas apontadas como suspeitas negras. Ainda de acordo com os documentos, do ano de 2012 ao ano de 2020 foram realizadas pelo menos 90 prisões injustas por intermédio do reconhecimento fotográfico. Desse total, 79 vislumbram informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% pessoas negras⁷⁹.

Conforme destacado pelos defensores públicos no corpo do relatório, “os estudos revelam não só um racismo estrutural como também a necessidade de um olhar mais cuidadoso para os processos que se sustentam apenas no reconhecimento fotográfico da vítima como prova da prática do crime”.

No entendimento de Lopes Jr., a expectativa da vítima ou testemunha tem influência significativa no ato do reconhecimento, em suas palavras: “as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir”. Por conseguinte, os estereótipos culturais, como cor, classe

⁷⁸ Disponível em: <http://www.justificando.com/2014/10/07/homens-vagando-em-locais-de-grande-frequencia-de-mulheres-podem-ser-pervertidos-sexuais/>

⁷⁹ Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico. CONDEGE, 2021. Disponível em: <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoas-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>.

social e sexo, são capazes de influir a percepção dos fatos delituosos, levando as vítimas a realizarem um conhecimento contaminado por tais estereótipos⁸⁰, comumente em crimes patrimoniais com uso de violência a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um estigma.

Em continuidade, o autor traz luz ao fato de que no imaginário coletivo “o que é bonito, é bom”, logo, tende-se a reconhecer como sujeito passível de cometer crimes a “cara mais feia”, ao passo que um rosto bonito e atraente possui traços de uma conduta social mais desejável em detrimento de uma cara feia”. A noção do que representa a “cara mais feia” no imaginário da sociedade, se revela em pesquisas sobre os chamados algoritmos racistas.

A título de exemplo, no ano de 2016 foi lançado o primeiro concurso de beleza internacional julgado por máquinas, denominado “Beauty.AI”. O veredito foi realizado por meio de inteligência artificial programada para identificar padrões estéticos que elegeriam o vencedor do concurso. Sucede que os próprios criadores da plataforma perceberam que havia um fator gritante em comum entre os vencedores: - não programado – a maioria tinha a pele clara. De todos os 44 vencedores em diferentes categorias apenas 1 possuía a pele escura.⁸¹

De acordo com o pesquisador Tarcizio Silva, “O racismo algorítmico é uma tecnologia e automatização do racismo estrutural”⁸², isto é, os algoritmos são pensados por pessoas dentro de uma sociedade machista e racista, logo, a lógica por trás dessa tecnologia vai reverberar os mesmos valores. Um dos casos de maior repercussão sobre o viés racista do algoritmo se deu recentemente no *Twitter*, devido ao recorte automático de fotos que, independentemente da forma como era montada, privilegiavam como destaque de interesse os rostos brancos.

Ainda, no Brasil, dados levantados pela Rede de Observatório de Segurança apontaram que, de março a outubro de 2019, 151 pessoas foram presas por intermédio da tecnologia e, mais especificamente, do reconhecimento facial em quatro estados (Bahia, Rio de Janeiro,

⁸⁰ LOPES JR., Aury. Direito Processual Penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 493.

⁸¹ The Guardian. A beauty contest was judged by AI and the robots didn't like dark skin. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/08/artificial-intelligence-beauty-contest-doesnt-like-black-people>

⁸² AgênciaBrasil. Algoritmos: pesquisadores explicam tecnologia que intensifica racismo. Disponível em: <https://agenciabrasil.etc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-03/algoritmos-pesquisadores-explicam-tecnologia-que-intensifica-racismo>

Santa Catarina e Paraíba). Nos registros de imagens encontradas referente as pessoas abordadas, verificou-se que 90,5% eram negras⁸³.

Em clara evidência da interferência do racismo no procedimento do reconhecimento, menciona-se o fato ocorrido no Ceará, no decurso da investigação policial da chacina da Sarapiranga, em que se verificou o uso de uma foto do ator estadunidense Michael B. Jordan, tendo sido exibida em ato de reconhecimento fotográfico, conforme termo de reconhecimento lavrado em que constava como o “suspeito dois”.

O caso ganhou forte repercussão na mídia e nas redes sociais uma vez que escancarou o racismo presente no sistema de justiça criminal brasileiro, do qual nem mesmo um ator globalmente conhecido e importante figura representativa da comunidade negra se viu livre. É manifesto nesse caso a ausência de critérios, bem como a carência de transparência na origem da inclusão e exclusão de fotografias a preencherem um álbum de suspeitos⁸⁴.

Aury Lopes e Jhonatan Oliveira também reconhecem o impacto do racismo estrutural no uso do reconhecimento pessoal como meio de prova:

Verifica-se, no âmbito processual penal brasileiro, que o atual reconhecimento fotográfico de pessoas possui imensa fragilidade enquanto meio de prova, visto que, além de ser corriqueiramente passível de sofrer com o fenômeno da indução e também das falsas memórias, é também escancaradamente suscetível à influência do racismo estrutural enraizado no processo penal brasileiro.⁸⁵

Em recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal de Justiça, no HC 712.781/RJ, é apontada a problemática do racismo estrutural e sua influência, em especial ao viés das falsas memórias quando do uso do reconhecimento de pessoas como meio probatório⁸⁶. O ministro

⁸³ Idem.

⁸⁴ O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan? Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniao-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan>

⁸⁵ LOPES, Aury Junior; OLIVEIRA, Jhonatan. A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismo-estrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova>.

⁸⁶ STJ. HC 712.781/RJ. Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz. J. 15/03/22. Dje. 22/03/2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032022.pdf>

Rogério Schietti dedicou um tópico inteiro (*tópico V - O reconhecimento de pessoas e a seletividade do sistema penal – a influência do racismo estrutural*) para tratar sobre a problemática.

Destacou o Ministro que:

Não há, pois, como ignorar que nossa realidade, infelizmente, demonstra que pensamentos como tais ainda habitam o imaginário de muitas pessoas. A situação torna-se mais preocupante "quando verificamos que a imensa parcela dos reconhecimentos, no Brasil, é feita sem a presença de advogado, sem oportunidade de recusa por parte do imputado (pois preso temporariamente ou até ilegalmente conduzido coercitivamente), no interior de delegacias de polícia, sem qualquer controle (...).

Na mesma decisão, ainda, o magistrado ratificou o entendimento de que se o reconhecimento for feito em desacordo com a lei, este será inválido e, portanto, não poderá "lastrear juízo de certeza da autoria do crime, mesmo que de forma suplementar", tampouco servir de base para decretação da prisão preventiva, recebimento da denúncia ou, igualmente, a pronúncia do acusado. Ademais, reforçou que a corte conferiu nova interpretação ao artigo 226 do Código de Processo Penal, no sentido de superar o entendimento até então vigente, de que o procedimento previsto pela norma legal se tratava de "mera recomendação" e, dessa forma, sua não observância não anularia a prova.

Ante todo o exposto, reforça-se o argumento de que o reconhecimento como meio probatório, ainda que conduzido de acordo com a norma legal, prevista no artigo 266 do CPP, pode apresentar vícios inerentes ao imaginário coletivo, como o racismo estrutural. Logo, defende-se a posição de que este meio de prova, por si só, não deve induzir a certeza da autoria delitiva, devendo ser corroborado por demais provas produzidas no curso do processo.

4. O VALOR PROBATÓRIO DO RECONHECIMENTO E SUGESTÕES PARA A REALIZAÇÃO DO ATO

O direito processual penal faz uso, em grande escala, das provas testemunhais, sendo inegável a facilidade da produção desse meio probatório. Nesse sentido, não se nega sua relevância, contudo, é mister que não ocorra a hipervaloração da prova produzida por

intermédio de tal meio, sendo recomendado pela psicologia a máxima cautela ao judicializar uma memória-fato⁸⁷, diferente do que observamos na prática.

No reconhecimento de pessoas, conforme fartamente exposto, é previsto na norma legal um procedimento a ser seguido na condução do ato probatório. Em que pese a importância da observância da norma para garantir um procedimento justo, faz-se importante que haja o refinamento da ordem legal, utilizando-se das contribuições trazidas pela psicologia do testemunho, especificando, por exemplo, a necessidade de construir um alinhamento justo, o emprego de instruções e feedback adequado, além um procedimento cego e, se possível, registrado em vídeo⁸⁸.

Ainda que não seja possível assegurar fenômenos involuntários como as falsas memórias, é possível que o risco da valoração de uma prova viciada seja significativamente diminuído com o devido aprimoramento dos procedimentos utilizados para reconhecimento de pessoas, seja pessoal ou fotográfico.

Em se tratando do reconhecimento fotográfico, especificamente, no Brasil a utilização do álbum de suspeito é uma das formas de reconhecimento mais empregadas pela Polícia Civil na fase pré-processual.⁸⁹ Percebe-se que há um sugestionamento intrínseco nessa modalidade de reconhecimento, haja vista que a vítima ou testemunha é previamente informada que os rostos ali apresentados pertencem a criminosos investigados, não se vislumbrando um critério na seleção de tais fotos, deixando a sorte de escolha do reconhecedor.

Conforme aduz Janaína Matida, “nestas circunstâncias de patente arbitrariedade, ser novamente reconhecido transforma-se em questão de sorte/azar de alguém; uma verdadeira roleta russa.”⁹⁰ Diante disso, há de ser repensada a continuidade da utilização de tal forma que além de não se valer de qualquer respaldo legal, contribui claramente com um reconhecimento induzido.

⁸⁷ TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁸⁸ CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnistky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 177. ano 29. São Paulo: Ed. RT, mar. 2021, p. 365.

⁸⁹ STEIN, L. M.; ÁVILA, G. N. Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses, p. 56.

⁹⁰ MATIDA, J.; NARDELLI, M. M. Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?". Consultor Jurídico, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito>

Outrossim, nessa mesma linha, a realização do reconhecimento por *show up*, quando é apresentado à vítima uma única foto identificação, é considerado pela psicologia como altamente sugestivo, haja vista ser imprescindível que se assegure a exigência de um alinhamento justo, em que seja apresentado ao reconhecedor um conjunto de indivíduos semelhantes como forma de redução do risco de falsos positivos⁹¹.

De forma mais radical, tem-se o entendimento de que a modalidade de reconhecimento fotográfico deve ter sua prática evitada enquanto meio probatório, dada sua fragilidade, bem como a ideia de que o reconhecimento deve sempre ser acompanhado demais provas capaz de confirmar a autoria, consistindo, portanto, em uma prova complementar.

(...) 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.⁹²

Por fim, sendo o reconhecimento prova irrepetível, é fundamental que de maneira prévia a apresentação de um indivíduo a ser reconhecido, deve-se vislumbrar fundamentos concretos que justifiquem a suspeita de sua autoria naquela determinada ocorrência em apuração⁹³. Isto é, as investigações devem levar ao reconhecimento e não partir dele.

Alguns autores admitem que não existe um critério objetivo para definir uma suspeita baseada em provas⁹⁴, mas destacam a importância de que o reconhecimento não seja o ponto de partida em uma investigação, uma vez que isso representa uma lógica contrária, aumentando as chances de falsos reconhecimentos e conseqüente imputação de culpa a inocentes.

⁹¹ MATIDA, J. O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?>

⁹² LOPES, Aury Jr. Direito processual penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 512-513.

⁹³ WELLS, G. L. et al. Policy and Procedure Recommendations for the Collection and Preservation of Eyewitness Identification Evidence. *Law and Human Behavior*, v. 44, n. 1, p.8.

⁹⁴ Idem.

CONCLUSÃO

Ao analisar as técnicas empregadas na realização do ato de reconhecimento no sistema criminal de justiça brasileiro e a complexidade do funcionamento da memória humana, sobretudo pelo fenômeno das falsas memórias, resta claro que o valor probatório desse meio de prova apresenta consideráveis limitações e grande fragilidade, o que, em contrapartida, não reflete o grande número de acusações e, até mesmo, condenações em que o reconhecimento se dá como principal lastro probatório.

Princípios e garantias fundamentais, como o princípio da legalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, são rotineiramente colocados em xeque por reconhecimentos realizados sem qualquer refinamento técnico e observância da previsão legal.

Levando em conta que o processo penal é uma pena em si próprio, é importante que haja maior atenção pelos julgadores à etapa intermediária de admissibilidade, isto é, é papel do magistrado evitar que se prossiga a instauração de ações penais revestidas de provas totalmente inválidas, incapazes de demonstrar de forma objetiva a superação do nível de dúvida razoável que opera, em regra, a favor do imputado.

Seguindo esse raciocínio, conforme apontamentos trazidos pelo ministro Rogério Schietti, relator do HC 598.886/SC, que reformulou a jurisprudência até então predominante de que a observância ao procedimento previsto no art. 226 do CPP não passava de mera recomendação legislativa. A iniciativa de reparar as falhas no reconhecimento deve partir da própria polícia civil, sendo dever do Ministério Público, no cumprimento de seu papel fiscalizar, zelar pela correta aplicação das normas processuais.

Outrossim, se mostra urgente que as mudanças no campo probatório penal ocorram levando com a aplicação das contribuições e avanços da psicologia do testemunho, sugerindo-se, assim, projetos de reforma legislativa do artigo 266 do CPP, cuja redação é a mesma de 1941, não devendo se limitar apenas ao âmbito dogmático ou normativo. É necessário que a previsão legal reflita as recentes constatações sobre as causas e consequências da realização de um reconhecimento viciado.

Todavia, ainda que mereça reparos, as formalidades previstas no art. 226 do CPP constituem garantia mínima ao acusado e deve ser seguido, sob pena de nulidade da prova produzida em desacordo com a norma. Assim, sob o crivo de um processo penal alinhado com os direitos e valores previstos constitucionalmente, deve-se buscar uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos guarde relação com as regras já estabelecidas, assegurando às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional.

Por fim, ante aos estudos sobre a psicologia do testemunho e o funcionamento da mente, resta claro deve haver cautela ao atribuir valor probatório ao reconhecimento, haja vista seu alto índice de subjetividade e falibilidade, o que, conseqüentemente, pode gerar conseqüências irreversíveis na vida de uma pessoa acusada e – possivelmente - condenada injustamente.

REFERÊNCIAS

- AgênciaBrasil. **Algoritmos: pesquisadores explicam tecnologia que intensifica racismo.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2021-03/algoritmos-pesquisadores-explicam-tecnologia-que-intensifica-racismo> . Acesso em 06 jul. 2022
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. **Da prova no processo penal.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2007.
- ARANTES FILHO, Márcio Geraldo Britto. **A interceptação de comunicação entre pessoas presentes.** Coordenação: Gustavo Henrique Badaró e Petrônio Calmo. Brasília/DF: Gazeta Jurídica, 2013.
- ARAS, Vladimir. **Lavagem de dinheiro: prevenção e controle penal.** Organizadora: Carla Veríssimo de Carli. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2011.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em: <http://maringa.academia.edu/GustavoNoronha> . Acesso em 30 jun. 2022.
- ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Política não criminal e processo penal: a intersecção a partir das Falsas Memórias da testemunha e seu possível impacto carcerário.** Revista Síntese Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v.14, n. 84, fev./mar. 2014, p. 72.
- BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal.** 6 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 496.
- BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte geral I. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** DOU de 05/10/1988 – Edição: 191-A. Seção: 1. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 24 ago. 2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 598.886 - SC (2020/0179682-3). Inteiro Teor. **Revista eletrônica da Jurisprudência**, Brasília. Disponível em https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=116061726&num_registro=202001796823&data=20201218&tipo=91&formato=PDF . Acesso em 19 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HABEAS CORPUS Nº 712.781 - RJ (2021/0397952-8). Inteiro Teor. **Revista eletrônica da Jurisprudência**, Brasília. Disponível em <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/HC%20712781%2017032022.pdf>. Acesso em 06 jul. 2022.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Novos rumos para o reconhecimento de pessoas no Brasil? Perspectivas da Psicologia do Testemunho frente à decisão HC 598.886-SC**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 177. ano 29. São Paulo: Ed. RT, p. 359-368. mar. 2021.

CECCONELLO, William Weber; STEIN, Lilian Milnitsky. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. Avances en Psicologia Latinoamericana, [s. l.], v. 38, n. 1, p. 172–188, 2020. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>

CONDEGE. **Relatórios indicam prisões injustas após reconhecimento fotográfico**. 2021. Disponível em <http://condege.org.br/2021/04/19/relatorios-indicam-prisoos-injustas-apos-reconhecimento-fotografico/>. Acesso em 05 jul. 2022.

DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

GOMES FILHO, A. M. **Notas sobre a terminologia da prova: reflexos no processo penal brasileiro**. In: YARSHELL, F. L.; MORAES, M. Z. de (orgs.). Estudos em homenagem à professora Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: DPJ, 2005.

GONÇALVES, Eric Francis de Matos. **A prova no processo penal**. 1ª Ed. Editora Quipá, 2021.

Innocent Project. **How eyewitness misidentification can send innocent people to prison?** Disponível em <https://innocenceproject.org/how-eyewitness-misidentification-can-send-innocent-people-to-prison/>. Acesso em 24 jun. 2022.

Innocence Project Brasil. Prova de Recheamento e Erro Judiciário. Disponível em https://www.innocencebrasil.org/_files/ugd/800e34_dde9726b4b024c9cae0437d7c1f425bb.pdf. Acesso em 26 jun. 2022.

ISHIDA, Valter Kenji. **Processo Penal**. 2ª Ed., Atlas, São Paulo. 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: v. único. 8ª. Ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

LOPES, JR. Aury. **Direito processual penal**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LOPES JR. Aury **Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

LOPES Jr., Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal – Fundamentos da Instrumentalidade Garantista**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LOPES JR., Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Memória não é polaroid: precisamos falar sobre reconhecimentos criminais.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais> . Acesso em 03 jul. 2022.

LOPES, Aury Junior; OLIVEIRA, Jhonatan. **A influência do racismo estrutural no uso do reconhecimento fotográfico como meio de prova.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-14/limite-penal-racismoestrutural-reconhecimento-fotografico-meio-prova> . Acesso 06 jul. 2022

LOPES JR., Aury; KESSLER DE OLIVEIRA, Daniel. **La mano de Dios e a admissibilidade da prova no processo penal.** *Revista Consultor Jurídico*, [S. 1.], 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/limite-penal-la-mano-dios-admissibilidade-prova-processo-penal> . Acesso em 16 jun. 2022.

MARCONDES, Machado Leonardo. **O Reconhecimento de pessoas como fonte de injustiças criminais.** Disponível em: <http://amdepol.org/sindepo/2019/08/o-reconhecimento-de-pessoas-como-fonte-de-injusticias-criminais/> . Acesso em 05 jul. 2022

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. **O que há de errado no reconhecimento fotográfico de Michael B. Jordan?** Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-jan-08/opiniaio-errado-reconhecimento-fotografico-michael-jordan> . Acesso 05 jul. 2022

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William Weber. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência.** *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, jan.-abr. 2021.

MATIDA, Janaína.; NARDELLI, M. M. **Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?"**. *Consultor Jurídico*, 18 dez. 2020. Disponível em: 01 jul 2022.

MATIDA, Janaína. **O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimentopessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?imprimir=1> . Acesso em 04 jun. 2022.

MENDES, Manuel José; ALMEIDA GARRETT, Francisco de. **Da Prova por Reconhecimento em Processo Penal. Identificação de Suspeitos e Reconhecimentos Fotográficos.** Porto: Fronteira do Caos, 2007, p. 47. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?> Acesso em 20 jun. 2022.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal*. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: volume 1 : teoria geral do processo e processo de conhecimento*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MORAES, Voltaire de Lima. **Do interrogatório do réu no processo penal. Sistema Penal & Violência**, Porto Alegre, v. 2, n. 1, p. 91-96, jan./jun. 2010

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal – 21 ed. rev., ampl. e atual – São Paulo: Atlas, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de processo penal. 14. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

PRADO, G. **Ainda sobre a “quebra da cadeia de custódia das provas”**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, ano 22, n. 262, set., p. 16-17, 2004.

PRADO, G. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

STEIN, Lilian. M.; ÁVILA, Gustavo. N. **Avanços científicos em Psicologia do Testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, Ministério da Justiça (Série Pensando Direito, No. 59)., 2015. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em 05 jul. 2022

STEIN, Lilian M. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010.

THE GUARDIAN. **A beauty contest was judged by AI and the robots didn't like dark skin**. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2016/sep/08/artificial-intelligence-beauty-contest-doesnt-like-black-people>

TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro**. 2011. 209 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011.

TRINDADE, Jorge. Manual de Psicologia Jurídica. 5ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TOURINHO FILHO, F. da C. **Processo penal: principalmente em face da Constituição de 5.10.1988**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

WELLS, G. L. et al. **Policy and Procedure Recommendations for the Collection and Preservation of Eyewitness Identification Evidence**. *Law and Human Behavior*, v. 44, n. 1, p. 3-36, 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1037/lhb0000359>.

ZUCCHETTI FILHO, Pedro. **Reconhecimento de Pessoas: Ponderações Acerca do Artigo 226 do Código de Processo Penal e do Reconhecimento Fotográfico**. In: GIACOMOLLI, Nereu José; AZAMBUJA AMARAL, Maria Eduarda; SILVEIRA, Karine Darós (orgs.). *Processo Penal Contemporâneo em Debate*. Porto Alegre: Boutique Jurídica, v. 4, 2019.