

ANÁLISE SOBRE O RECONHECIMENTO DE PESSOAS EM AUDIÊNCIA - DISCUSSÃO SOBRE O ART. 217 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL -¹

Por Marília Silveira Brum²

RESUMO: O presente trabalho tem o propósito de fazer uma análise crítica no que tange ao reconhecimento de pessoas em audiência, no âmbito do Processo Penal. O reconhecimento tem um duvidoso valor probatório, pois suscetível à diversas variações da memória, assim como indicações pelo desrespeito ao procedimento processual adequado, objetivando-se apontar, por este estudo, as principais causas que tornam esse meio de prova tão inseguro. Será feito um detalhamento do tema existente sendo comparada a previsão legal com a realidade das salas de audiência, bem como uma análise de julgados para demonstração a influência da identificação.

Palavras-chave: Reconhecimento. Art. 217 do CPP. Retirada do réu da sala de audiência. Procedimentos e realidade. Influência na prova.

1 INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é analisar o reconhecimento de pessoas no âmbito do processo penal, com foco no estudo dos artigos 226 a 228 do Código de Processo Penal, e o tratamento dado à identificação nas audiências, em uma especial crítica à prática forense de retirada do réu da sala de audiências quando do depoimento das vítimas e testemunhas, dada a interpretação do art. 217 do CPP.

Trazemos, para tanto, a análise geral do sistema de provas no direito processual penal brasileiro, com enfoque quanto ao papel desempenhado pelo reconhecimento tanto no âmbito investigativo como na seara judicial.

No ponto, busca-se revisar a previsão legal de identificação de pessoas ou coisas, bem como a pretensão extraída da metodologia legal, assim como a situação trazida pela prática judiciária. Nisso, o que se quer é verificar a função do reconhecimento na estrutura probante penal, e se, como conduzido, tal situação está sendo atingida e, também, se procedida de forma legal.

¹ Artigo extraído do Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, aprovado com grau máximo pela banca examinadora composta pelo Prof. Me. Marcos Eduardo Faes Eberhardt, Profa. Me. Fernanda Correa Osorio e Prof. Me. Rogerio Maia Garcia, em 23 de junho de 2016.

² Acadêmica de Ciências Jurídicas e Sociais da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. E-mail: marilia_sb@yahoo.com.br.

Paralelamente, atenta-se à conduta judicial de retirada do réu da sala de audiências, que, na forma prevista pelo art. 217 do CPP, deveria ser situação excepcionalíssima e que demanda específica fundamentação baseada em concreto receio de que a presença venha a atrapalhar a instrução criminal, o que não se coaduna com a aplicação prática, na qual a retirada ou sequer trazida do réu ao recinto da solenidade, sob pena de *potencial* temor que possa gerar, é a regra.

Daí, extraísse a indagação de qual a afetação que tal prática, distanciando os envolvidos no crime dos da instrução processual, pode gerar no âmbito da identificação e da ratificação das proposições exaradas pelos depoentes.

Desse modo, o que se quer é demonstrar a prejudicialidade da incongruente identificação no processo penal, ponderando-se, na conjuntura sob o qual foi idealizada a nova sistemática de um processo penal moderno e humanitário, se não haveria uma desproporcionalidade e desarrazoabilidade.

E isso se faz pois, na prática, são diversas as situações em que o acusado que responde ao processo não é identificado pela vítima, ou, pior, não é o agente preso quando da flagrância criminal, de modo que a identificação e correlação são cruciais.

Portanto, a retirada do réu da sala de audiência tem grande peso quando analisamos a identificação e a higidez do testemunho.

Em um segundo enfoque, o que se trata é a destinação do processo penal como um todo, em especial relação ao próprio acusado, com viés de estruturar um estudo sobre a necessidade de proximidade da instrução penal com o acusado, em especial da sua presença e atuação na audiência de instrução.

Busca-se, assim, aprofundar estudos acerca dos efeitos penais da condenação com base na identificação, assim como as consequências pela má-identificação e a punição injusta que decorrem da realização incorreta do procedimento de identificação.

Não seria possível, entretanto, esquecer que significativa parcela doutrinária e jurisprudencial defende a irrenunciável necessidade preservar a vítima ou testemunha acima de tudo, inclusive sem resguardo ao direito do próprio acusado, em favor de quem se desenvolve o processo, visão essa que também será devidamente ponderada.

O que se quer abordar, portanto, é a mácula processual gerada pela retirada do réu da sala de audiência quando do reconhecimento e da identificação.

2 ASPECTOS ESSENCIAS DA TEORIA DAS PROVAS

2.1 NOÇÕES GERAIS SOBRE PROVAS

As provas no processo penal são um tema de relevante discussão, sendo problemática a sua conceituação.

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 ocorridos no espaço e no tempo. A tarefa, portanto, é das mais difíceis, quando não impossível: a reconstrução da verdade.³

Enquanto isso, podemos dizer que o direito subjetivo à prova é peculiaridade da proteção constitucional, no sentido que a prova venha a ser pertinente o suficiente para ultrapassar o estado de não culpabilidade do réu, o que é presumido pela norma constitucional (art. 5º, inciso LVII da CF/88).

Assim, as provas são os meios pelos quais o juiz busca a 'verdade' de um fato pretérito aparentemente delitivo, convencendo-se acerca dos elementos que circunda o relato trazido, pelo que analisa o suposto acontecimento (ou não) do evento, tal qual sua potencial ilicitude e possíveis causas excludentes, permitindo explorar os fatos juridicamente relevantes para o julgamento do processo.

O que ocorre na prática, normalmente, é a existência de uma imputação de fatos penalmente relevantes, pelo Ministério Público ou pelo querelante, e a negativa de tais fatos ou apresentação de excludentes do crime pela defesa. Daí porque a importância da prova a fim de exaltar os eventos ocorridos.

Assim, a prova é o meio de remissão ao passado, através de resíduos que foram deixados, e com isso se chega a possível conclusão acerca do acontecimento em relação a determinado fato e, em consequência, ao julgamento.

Por isso, na didática de Renato Brasileiro:

A finalidade da prova é a formação da convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é da verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida

³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev. ampl. e atual, de acordo com as Leis nº 12.654,12.683,12.694,12.714,12.735,12.736,12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. P.324

através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade processual pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão.⁴

No processo penal, o elemento constitutivo da prova recai sobre a acusação, que deve demonstrar cabalmente os fatos alegados. O réu só tem o dever de provar as exculpantes que venha a alegar, pela tradução do Princípio Constitucional da Presunção de Inocência, contido no art. 5º, inciso LVII, da CF, de modo que não tem, pois, o ônus (diabólico) de comprovar que não cometeu o crime.

Por outro lado, mostrando-se a reconstrução do acontecido na prática quase impossível, pois há dificuldade no proceder quanto à reconstrução histórica dos fatos, a produção e valoração das provas justifica-se pela busca da chamada “verdade processual” ou “verdade possível”.

Notório que o ônus da prova é reponsabilidade da parte que deseja vencer, devendo demonstrar que os fatos alegados são verdadeiros ou não. Neste sentido, o direito a prova (art. 156 do CPP) está inserido no quadro das garantias do devido processo legal, como já decidiu o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no arresto do *Habeas Corpus* 30324/SP, 2001.03.00.030324-2, de relatoria da Des. Federal Suzana Camargo, e julgado no dia 18/12/2001.

Evidenciado em circunstâncias que sejam claras acerca da debilidade da prova, a distribuição dinâmica das provas permite a flexibilização das regras dos ônus probatório, de acordo com o convencimento do Juiz e de acordo com a particularidade de cada caso, mas sempre pontualmente.

Podemos, com isso, concluir que:

Daí parte entender-se o processo como instrumento de garantia e não como busca verdade. As partes têm direito à prova, porém, esse direito não é absoluto, pois existem limites éticos e legais, que visam acima de tudo, proteger o indivíduo em sua intimidade e sua dignidade.⁵

Em complementação, preleciona Marcos Eberhardt, na análise da prova:

A finalidade subjetiva da prova sempre será a construção do convencimento do magistrado. No entanto, é a gestão da prova que funda e define o sistema processual, informando o grau de importância do ato de provar.⁶

⁴ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P.576

⁵ MARQUES, Simone de Macedo. **Análise crítica da prova testemunhal no âmbito do Processo Penal**. 2001. 80 folhas. Monografia apresentada e publicada. PUCRS, Porto Alegre, 2001. P. 19.

⁶ EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal. Análise Crítica, Doutrinária e Jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2016. P. 20.

Costuma-se dizer que o objeto da prova são os fatos que interessam à solução de uma controvérsia submetida à apreciação judicial. A nosso ver, contudo, o objeto da prova não são os fatos, pois jamais será possível se atingir a reconstrução integral do que efetivamente ocorreu. Na verdade, o objeto da prova é a verdade ou falsidade de uma afirmação sobre um fato que interessa à solução do processo. São as asserções feitas pelas partes que interessam à solução de controvérsia submetida à apreciação judicial.⁷

Logo, ante à variedade de situações relevantes existentes no processo, é a prova que oferece certo grau de “suporte, confirmação ou convencimento”, de uma das suposições fáticas consideráveis para conclusão da causa.

2.2 GARANTIAS E PRÍNCÍPIOS NO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O processo se constitui como o cerne metodológico do direito processual, aquele do qual disseminam os institutos fundamentais a serem respeitados, visando assegurar a regularidade e validade do procedimento, legitimando a pretensão deduzida e a conclusão alcançada pela decisão judicial.

O processo é o palco onde se desenvolvem, com a respectiva estrutura, as atividades da pretensão (das partes) e da jurisdição (do julgador). Nenhuma das atividades deve ser o centro, sobrepondo-se sobre as outras, ante o princípio da cooperação processual e o necessário equilíbrio.

Assim, não se pode admitir atuação fora das regras incidentes, com viés de manter a primazia do Princípio do *Favor Rei*.

Notoriamente, a doutrina entende que a garantia não se circunscreve ao âmbito estritamente processual, assumindo também uma feição substancial. Sob essa nova ótica, a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e “não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas”⁸.

O que se extraída daí, é que a proteção deve ser efetiva, e não meramente formal.

Há, entretanto, uma tendência em exagerar na enumeração dos princípios, considerando meras regras concretas como se princípios fossem.

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 582

⁸ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 47/48

Nesse sentido critica Tucci⁹, que, partindo da premissa de que princípio, em sentido técnico científico, trata-se de “uma proposição constitutiva de ponto de partida de um sistema”, deduz que o princípio é “a regra maior que o inspira, servindo-lhe de fundamento, e de qual são emanadas todas as outras normas ou regras gerais ou particulares, interativas ou de um sistema”.

Tourinho Filho elucida ainda mais, ponderando que:

Princípio é o mandamento nuclear de um sistema, os princípios são regras fundamentais que, normalmente dizem respeito específico à produção probatória, segundo afirma a doutrina: “*quanto mais democrático for o regime, o processo penal mais se apresenta como um notável instrumento a serviço da liberdade individual*”.¹⁰

As partes, sem dúvida alguma, têm direito à prova, porém, esse direito não é absoluto, pois há limites éticos e legais, que acima de tudo visam proteger os indivíduos em sua particularidade.

Logo, ninguém pode ter seu direito de defesa restrito, bem como não poderá ser obrigado a fazer prova contra si, trazendo a presunção de inocência até que se prove o contrário, e, para que se possa alcançar a pretensão punitiva estatal, também é balizada a atuação do Estado de modo a impedir arbitrariedades.

Efetivamente, podemos constatar alguns dos principais dogmas principiológicos que ordenam nosso sistema processual penal.

O primeiro Princípio que norteia o Processo Penal é a Presunção de Inocência, assegurado pelo texto máximo da cadeia normativa, conquanto vem previsto no art. 5, inciso LVII, da CF.

Renato Brasileiro agrega três significados à Presunção de Inocência:

1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos).¹¹

⁹ TUCCI, Rogério Lauria. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.6, 1994. P. 171/185

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 57.

¹¹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 43

Sendo assim, o que se traduz com isso é que a pena não seja aplicada antes de um julgamento, consolidado com a “certeza” probatória suficiente para ser considerado o réu culpado – certeza essa que é desencadeada pelo processo e firmada dentro dos limites processuais (verdade possível). Caso não haja certeza, o que valerá é o princípio do *in dubio pro reo*.

Esse [*In Dúbio Pro Reo*], por sua vez, é considerado um dos princípios mais importantes do processo penal, pois determina ao julgador que diante da incerteza na avaliação da prova, a inocência será consagrada ante sua presunção e não será permitido que o agente possa ser considerado autor de delito sob dúvida.

Nesse sentido, parece que a razão esteja com Santiago Sentis Meleno, quando citado por Tourinho Filho:

Quando se diz *in dubio pro réu* se esta dizendo que, ante a falta de provas, o Juiz deve absolver o réu; “*y esto parece que no necesita justificaci3n*”. E acrescenta: “O juiz não duvida quando absolve. Est3 firmemente seguro, tem plena certeza. De que? De que lhe faltam provas para condenar. *No se trata de ‘favor’ sino de justiça.*”¹²

Sendo assim, quando o Magistrado analisar o grupo de elementos probatórios, e, não formando seu convencimento nem quanto a sua absolviç3o, nem quanto sua condenaç3o, deve sempre prevalecer a o entendimento que beneficiar3 mais o réu.

O Princípio da Proibiç3o da Utilizaç3o das Provas Ilícitas, consolidado no art. 157 do CPP, segue defendido por Nucci, que sustenta a necessidade de estruturaç3o do processo penal baseado em provas legais e legítimas, sob pena de sua invalidade, devendo-se, pois, excluir as obtidas por meio ilícito¹³, com enfoque:

Sob nosso ponto de vista, não seria momento para o sistema processual penal brasileiro, imaturo ainda em assegurar, efetivamente, os direitos e garantias individuais, adotar a teoria da proporcionalidade. Necessitamos manter o critério da proibiç3o plena da prova ilícita, salvo nos casos em que o preceito constitucional se choca com outro de igual relevância. Sabemos que “nenhum direito reconhecido na Constituiç3o pode revestir-se de um caráter absoluto” (CELSONO BASTOS, *Curso de direito constitucional*, p. 228), razão pela qual se o texto constitucional rejeita o erro judiciário, é natural que não seja possível sustentar a proibiç3o da prova ilícita quando essa vedaç3o for contra os interesses do réu inocente.¹⁴

¹² MELENDO, Santiago Sentis. *In dúbio Pro Réu*. Buenos Aires: EJEA, 1971. P.158 *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 75.

¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execuç3o Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014. P. 47

¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execuç3o Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014. P. 48

Comentando o assunto, temos a doutrina de Eugênio Pacelli:

Em tema de prova, portanto, mesmo quando não houver vedação expressa quanto ao meio, será preciso indagar ainda acerca do resultado da prova, isto é, se os resultados obtidos configuram ou não violação de direitos. E se configurarem, se a violação foi e se poderia ter sido autorizada.

E mais nos termos do art. 157, caput, CPP, as provas obtidas ilicitamente deverão ser desentranhadas dos autos, esclarecendo o § 3º do aludido dispositivo legal que a decisão de desentranhamento estará sujeita à preclusão. No entanto, nada se diz acerca do momento processual em que tal ocorrerá.¹⁵

Não bastando tanta obviedade, frisou o art. 5, inciso LIV, da CF, o Devido Processo, com o dizer: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Quanto aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, a Constituição Federal é bem clara, em sequência lógica, ao prescreve-los no seu art. 5º, inciso LV.

Isso porque, o contraditório, ao lado da ampla defesa, formam a base estrutural do devido processo legal, servindo tanto à acusação quanto à defesa, e visando garantir a equidade e equilíbrio processuais.

Joaquim Canuto Mendes de Almeida aduz que, sempre se compreendeu o princípio do contraditório como a ciência bilateral dos atos ou termos do processo e a possibilidade de contrariá-los:

De acordo com esse conceito, o núcleo fundamental do contraditório estaria ligado à discussão dialética dos fatos da causa, devendo se assegurar a ambas as partes, e não somente à defesa, a oportunidade de fiscalização recíproca dos atos praticados no curso do processo. Eis o motivo pelo qual se vale a doutrina da expressão "audiência bilateral", consubstanciada pela expressão em latim *audiatur et altera pars* (seja ouvida também a parte adversa). Seriam dois, portanto, os elementos do contraditório: a) direito à informação; b) direito de participação. O contraditório seria, assim, a necessária informação às partes e a possível reação a atos desfavoráveis.¹⁶

Prevalece, na doutrina de Renato Brasileiro de Lima que:

Por força do princípio ora em análise, a palavra prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Essa estrutura dialética da produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como

¹⁵ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654, 12.683, 12.694, 12.714, 12.735, 12.736, 12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. P.344

¹⁶ ALMEIDA. Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. P. 82.

eficiente mecanismo para a busca da verdade. De fato, as opiniões contrapostas das partes adversas ampliam os limites da cognição do magistrado sobre os fatos relevantes para a decisão da demanda e diminuem a possibilidade de erros.¹⁷

O direito de defesa está ligado diretamente ao princípio do contraditório.

Firma-se que a defesa garante o contraditório e por ele se manifesta nos autos do processo, sendo somente possível em virtude de dois elementos essenciais à dialética processual, quais sejam, a informação¹⁸ (publicidade, ciência) e a reação¹⁹ (resposta, contraposição).

A fim de elucidar o Princípio da Ampla Defesa, imprescindível citar as palavras de Guilherme Nucci, que é claro ao concluir:

Ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a *ampla* possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal.²⁰

Apesar da influência recíproca entre o direito de defesa e o contraditório, os dois não se confundem. Com efeito, por força do princípio do devido processo legal, o processo penal exige partes em posições antagônicas, uma delas obrigatoriamente em posição de defesa, havendo a necessidade de que cada uma tenha o direito de se contrapor aos atos e termos da parte contrária (contraditório).

Daí porque conclui Antônio Fernandes: “Como se vê, a defesa e o contraditório são manifestações simultâneas, intimamente ligadas pelo processo, sem que daí se possa concluir que uma derive da outra”²¹.

E porque podemos transpor a afirmação de Renato Brasileiro²² de que por força da ampla defesa, admite-se que o acusado seja formalmente tratado de

¹⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 50

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 51

¹⁹ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 51

²⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014. P.43

²¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, P. 253.

²² LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 52

maneira desigual em relação à acusação, por se constituir a efetivação do viés material do princípio da igualdade.

A Oralidade, Princípio que recentemente foi materializado no sistema processual, preconiza que deve, sempre que possível, predominar a palavra oral, através dos depoimentos, debates e decisões. Tal princípio valorizou a sistemática do processo penal, dando mais celeridade aos atos e garantindo razoável duração processual.

Pedro Demercian aponta que a adoção desse princípio, como regra no processo penal, seria a “solução para a agilização dos procedimentos criminais e, até mesmo, a maneira mais viável para a apuração da verdade real [...] e a forma de se prestar com maior equidade e justiça a tutela jurisdicional”²³.

Da adoção desse princípio derivam importantes consequências, ou subprincípios, como preferem alguns, que bem resumidos por René Dotti se traduzem:

Os princípios que decorrem da oralidade são os seguintes: *concentração* (toda a colheita da prova e o julgamento devem dar-se em uma única audiência ou no menor número delas); *imediatez* (o magistrado deve ter contato direto com a prova produzida, formando mais facilmente sua convicção); *identidade física do juiz* (o magistrado que preside a instrução, colhendo as provas, deve ser o que julgará o feito, vinculando-se à causa).²⁴

Nesse mesmo aspecto, consideramos o desdobramento lógico através do Princípio Concentração, pelo que, de modo geral, busca-se concentrar toda a dialética processual em um ato. Renato Brasileiro explica:

Consiste na tentativa de redução do procedimento a uma única audiência, objetivando encurtar o lapso temporal entre a data do fato e a do julgamento. Afinal, quanto mais próxima do fato delituoso for proferida a decisão final, maior é a possibilidade de se atingir a verdade. Caso não seja possível concentrar a produção da prova em uma única audiência, deve-se designar a próxima audiência para a data mais próxima. Nessa linha, segundo o art. 400, § 1º, do CPP, “as provas serão produzidas numa só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias”.²⁵

Seguindo essa conjuntura, o art. 403 do CPP alude que, em audiência única de instrução e julgamento, serão oferecidas alegações finais orais pela

²³ DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A Oralidade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999. P.50

²⁴ DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. *Revista Forense*, v. 326, p. 418.

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 633

acusação e pela defesa, devendo o juiz proferir sentença, oral em audiência, permitindo, assim, posição de igualdade das partes perante o Magistrado.

Nesse viés, Renato Brasileiro²⁶ defende que pelo Princípio da Imediatidade, deve o juiz proceder diretamente à colheita de todas as provas, em contato imediato com as partes. A Identidade Física do Juiz, Princípio trazido no art. 399, do CPP concentrou que: “O juiz que presidiu a instrução devera proferir a sentença”.

Defendendo tal identificação entre o julgador e o acusado, René Ariel²⁷ pondera que a ausência desse princípio permitia que o magistrado frequentemente condenasse acusados que desconhecia, por criar uma situação de afastamento entre o processo (físico) e seus efeitos no mundo real.

Aury Lopes Jr. destaca que “A identidade física está intimamente vinculada aos princípios da Concentração, Imediatidade e Oralidade”²⁸.

Ressalta Dotti que “o princípio da identidade física, portanto, assenta numa das magnas exigências do processo penal, situando-se em plano superior às condições da ação e muitos outros pressupostos de validade da relação processual”.²⁹

Princípio da Publicidade define que atos do processo são públicos, incluindo a produção de provas, admitindo-se somente como exceção aquelas que demandam sigilo de justiça por afrontarem a intimidade dos envolvidos (ex.: crimes sexuais) ou que possa gerar prejuízo ou impossibilitar o regular andamento do processo (ex.: escuta telefônica). Esse princípio vem consagrado como a regra do art. 792 do CPP.

Como aponta Celso Ribeiro Bastos:

A publicidade dos atos processuais insere-se em um campo mais amplo da transparência da atuação dos poderes públicos em geral. É uma decorrência do princípio democrático. Este não pode conviver com o sigilo, o segredo, o confinamento a quatro portas, a falta de divulgação, porque por este caminho, da sonegação de dados à coletividade, impede-se o exercício importante de um direito do cidadão em um Estado governado pelo povo, qual seja: o de controle. Não há dúvida, portanto, de que a publicidade dos atos, e especificamente dos atos jurisdicionais, atende ao interesse das

²⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver. ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015. P. 633

²⁷ DOTTI, René Ariel. **A Presença do Defensor no Interrogatório**. Revista de Estudos Criminais. V. 10, 2003, Notadez. P. 153.

²⁸ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2012. P. 564.

²⁹ DOTTI, René Ariel. **Bases e alternativas para o sistema de penas**. São Paulo: *Revista Forense*, v. 326, P. 418.

partes e ao interesse público. Protege o magistrado contra insinuações e maledicências; da mesma forma que protege as partes contra um possível arbítrio ou prepotência. E confere à coletividade, de um modo geral, a possibilidade de controle sobre atos que são praticados com a força própria do Estado.³⁰

O que se busca é, justamente, evitar “excessos ou arbitrariedades no desenrolar da causa”, tendo em vista ser proporcionado aos cidadãos a oportunidade de fiscalizar a distribuição da justiça³¹.

Por mais que de menor análise, e consequência lógica do processo dedutivo abraçado pelo sistema processual brasileiro, o Princípio da Auto-Responsabilidade das partes, se configura pela assunção dos resultados inerentes às condutas praticadas no bojo processual, tanto de modo positivo (“o fazer”), como no aspecto negativo (“o não fazer”), de como que a inércia, erros ou atos de má-fé, assim como aqueles regularmente praticados, tem o evento lógico assumido e esperado por quem o pratica.

Na forma de ver de Jorge Dias:

... está a circunstância de recair sobre as partes todo o risco da condução do processo, através do ônus, que sobre elas incidem, de afirmar, contradizer e impugnar: é a isto que se chama o princípio da auto-responsabilidade probatória das partes. À sua luz terá o juiz que considerar como não necessitados de proa todos os factos que, apresentados por uma parte, não sejam contraditados pela outra: sobre eles haverá acordo, expresso ou apenas tácito por força de não impugnação ou confissão ficta. Estes factos, possam embora não ser verdadeiros, são tidos (valem) como tal para efeitos da decisão. E por isso se diz que a sentença procura e declara a verdade formal (intraprocessual).³²

Diante do ora explanado, os Princípios visam resguardar os direitos do homem, gerando uma relação de equilíbrio entre o sujeito processual passivo, o agente ativo e o Estado-Juiz, em relação a legislação aplicada, à metodologia processual e a efetivação das normas regulamentares.

2.3 MEIOS DE PROVAS

Os meios de provas são os instrumentos, pessoais ou materiais, através dos quais se possam servir, direta ou indiretamente, para comprovação da verdade

³⁰ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. Vol. 2. P. 285

³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 68.

³² DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimpressão em 2004). P.189/190

que se procura no processo, ou seja, um elemento apto a revelar ao juiz a visão sobre um fato.

O Código de Processo Penal traz em seu Título VII, dos artigos 155 a 250, os meios de prova existentes, podendo ser exercido pelo meio testemunhal, depoimento da vítima, documental, pericial, e de identificação (reconhecimento de pessoas e objetos).

Os seguintes meios de provas são disciplinados pelo CPP: exame de corpo de delito e perícia em geral (arts. 158 a 184), confissão (arts. 197 a 200), perguntas ao ofendido (art. 201), testemunhas (arts. 202 a 225), reconhecimento de pessoas ou coisas (arts. 226 a 228), acareação (arts. 229 a 230), documentos (arts. 231 a 238), indícios (art. 239), busca e apreensão (arts. 240 a 250).

Entretanto, tal rol não é taxativo, estando à livre disposição e interpretação, conforme se mostrar útil e necessário às partes e ao juiz, para produção dentro do processo, a fim de que atuem na formação, direta ou indireta, do convencimento, podendo mencionar, como prova atípica no processo penal, a inspeção judicial.

Nessa esteira sendo o meio mais eficaz na busca da verdade (possível), o instituto da prova legal é importante e indispensável para o processo justo, assegurado pela ampla possibilidade probatória, para a reconstrução do fato na forma mais fidedigna possível.

Em vista do direito processual moderno surge uma grande preocupação com a prova ilícita, em virtude do desenvolvimento tecnológico, pois a intimidade das pessoas, a privacidade, a honra e o patrimônio tornaram-se mais vulneráveis.

Falamos em provas contrárias à lei pertencentes ao gênero das provas ilegais, que, por sua vez, se dividem em duas espécies: provas ilícitas e provas ilegítimas. Segundo conceituação feita por Gustavo Badaró:

As ilícitas são obtidas com a violação de normas de direito material ou de garantias constitucionais (p. ex: um “grampo telefônico” ilegal), e as provas ilegítimas são aquelas produzidas com a violação de normas processuais (p. ex: oitiva de uma testemunha sem dar direito às partes de fazerem perguntas).³³

Isso impõe ao legislador cuidado com os mecanismos hábeis e eficientes de repreensão da criminalidade, não autorizando invasões desnecessárias ou

³³ BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal**: tomo I. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. P. 205

desmedidas na vida das pessoas. Contudo, não é fácil o equilíbrio, de um lado a busca de dar poderes suficientes ao Estado para combater a criminalidade, e, por outro, o cidadão visando garantir a sua segurança, integridade e privacidade.

Com apoio em terminologia em Nuvolene, adotada por Pellegrini Grinover³⁴, pode-se afirmar que a prova é vedada em sentido absoluto quando o direito proíbe em qualquer caso sua produção.

O grande problema que tem persistido é saber se devem ser aceitas, no processo, as provas ilícitas quando, no ordenamento processual, inexistente norma que declare a sua inadmissibilidade.

Formaram-se a respeito dessa questão, quatro correntes fundamentais, com variantes, na classificação de Antônio Fernandes³⁵:

- 1) A prova ilícita é admitida quando não houver impedimento na própria lei processual, punindo-se quem produziu a prova pelo crime eventualmente cometido (Cordero, Tornaghi, Mendonça Lima).
- 2) O ordenamento jurídico é uma unidade e, assim, não é possível consentir que uma prova ilícita, vedada pela Constituição ou por lei substancial, possa ser aceita no âmbito processual (Nuvolone, Frederico Marque, Fragoso, Pestana de Aguiar).
- 3) É inadmissível a prova obtida mediante violação de norma de conteúdo constitucional porque será inconstitucional (Cappelletti, Vigoriti, Comoglio).
- 4) Admite-se a produção de prova obtida em violação de norma constitucional em situações excepcionais quando, no caso, objetivava-se proteger valores mais relevantes do que aqueles infringidos na colheita da prova e também constitucionalmente protegidos (Baur, Barbosa Moreira, Renato Maciel, Hermano Duval, Camargo Aranha, Moniz Aragao).

Pode-se imaginar que a vedação da utilização das provas ilícitas representa uma indevida limitação a verdade material e ao próprio livre convencimento do magistrado.

Todavia, a tendência atual é no sentido de vedar a produção de prova ilícita, vista como prova obtida com violação a garantia ou direito fundamental estabelecido na Constituição, que é entendida pelo CPP como “assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais” (art. 157). O sistema probatório brasileiro, pois, não admite, pela Constituição vigente, a utilização das provas ilícitas.

Mas há forte inclinação para se admitir a aplicação, no caso concreto, e em circunstâncias especiais do princípio da proporcionalidade. Tal aceitação, pela

³⁴ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 90/91.

³⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007. P. 91.

teoria da proporcionalidade, visa evitar a aplicação muito rígida do inc. LVI do art. 5º da CF, quando a ofensa à determinada vedação constitucional é feita para proteção de valor maior também garantido pela Constituição.

Ocasionalmente são as mudanças no sentido contrário, adotadas pela jurisprudência, mas desde que tragam algum benefício ao réu, por exemplo, quando é o único meio de prova que o réu possui para se defender.

Neste contexto, “Trata-se de proporcionalidade *pro reo*, onde a ponderação entre o direito de liberdade de um inocente prevalece sobre um eventual direito sacrificando na obtenção da prova (dessa inocência)”³⁶.

Nisso, temos Nucci apontando que “dessa forma, se uma prova for obtida por mecanismo ilícito, destinando-se a absolver o acusado, é de ser admitida”³⁷, em regime de exceção, uma vez que ao Estado não é disponível à infração aos regramentos (constitucionais e legais), mas, ao particular, caso já praticado o ilícito, pode-se aproveitar a prova derivada da irregularidade, em especial quando este é o único meio hábil.

O ente público, pois, é sempre vinculado à legalidade. O particular, porém, não.

No mesmo sentido entende Rangel³⁸, apontando o acerto da aplicação da chamada teoria da exclusão da ilicitude, onde a conduta do réu ao obter a prova ilícita está amparada pelo direito (causa de exclusão de ilicitude) e, portanto, essa prova não pode mais ser considerada ilícita.

Admitem-se exceções à regra constitucional, portanto, quando, no caso, outro valor fundamental mereça ser protegido, valor que, por si, se apresente mais relevante do que o bem atingido com a obtenção da prova.

No aspecto analítico da prova, o livre convencimento motivado do juiz é o que permite ao juiz julgar baseado na valoração que ele irá atribuir a todo material probatório levado aos autos, independentemente de sua origem ou razão de produção. Convicto no seu entendimento Pacelli afirma:

Além da questão ligada à iniciativa probatória do juiz, que não deixa de trazer uma certa carga de convencimento, ainda que em sentido negativo, isto é, de não convencimento, ou de dúvida em relação ao

³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012. P. 552.

³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 2014. P. 49

³⁸ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. P. 431.

material probatório, assume grande importância o estudo acerca das regras de julgamento no processo penal, no que concerne aos métodos de valoração das provas.

[...]

A liberdade quanto ao convencimento não dispensa, porém, a sua fundamentação, ou a sua explicitação. É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.³⁹

Como se percebe, o livre convencimento motivado é regra de julgamento, a ser utilizada por ocasião da decisão final, quando se fará a valoração de todo o material probatório levado aos autos.

Em determinadas situações, há necessidade de provas específicas para demonstração de certos aspectos, como, por exemplo, o exame de corpo de delito no crime de estupro para provar se há vestígios, coleta de material genético e extensão dos ferimentos; perícia na arma para potencial lesivo; perícia em documento para constatar falsidade; análise *grafodocumentoscópica* para ver se assinatura é legítima, dentre outros.

Mesmo assim, cabe ao caderno probatório como um todo, e não a cada elemento isolado, auxiliar na conclusão lógica do processo, pois o valor probatório não é pré-estipulado, podendo o magistrado se valer do meio mais concreto a fundamentar sua decisão, ainda que outra prova seja mais adequada. Isso porque,

Provas não disputam por hierarquia: o que importa é que elas tenham sido produzidas de modo juridicamente idôneo e sejam capazes de demonstrar – com segurança – a existência ou inexistência de um fato, a falsidade ou a veracidade de uma afirmação e, dessa forma, formar a convicção do julgador.⁴⁰

Dessa forma, o juiz deverá analisar qual é a prova mais firme à demonstração de um determinado fato.

Pacelli afirma sobre a inexistência de hierarquia com as provas:

E tratando-se da construção do que deverá ser expressão da verdade judicial, parece-nos perfeitamente possível a exigência de meios de prova específicos para a constatação de determinados fatos. Falar-se-ia, então, na regra da especificidade da prova, cuja consequência, entretanto, não seria a existência de uma hierarquia de provas.

³⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654,12.683,12.694,12.714,12.735,12.736,12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. P.337/338

⁴⁰ CAMANHO, Alexandre. **Não há hierarquia entre tipos de provas**. Data de publicação: 06/08/2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/traduzindo-julgamento/platb/2012/08/06/nao-existe-hierarquia-entre-tipos-de-prova/>>. Acessado em: 20 de abril de 2016.

E preciso estar atento ao fato de que toda restrição a determinados meios de prova deve estar atrelada (e, assim, ser justificada) à proteção de valores reconhecidos pela e positivados na ordem jurídica. As restrições podem ocorrer tanto em relação ao meio da obtenção da prova, no ponto em que esse (meio) implicaria a violação de direitos e garantias, quanto em referência ao grau de convencimento resultante do meio de prova utilizado.⁴¹

O sistema de valoração possibilita ao julgador a liberdade de avaliar as provas e formar sua convicção livremente e de forma desvinculada, desde que acompanhada de fundamentação, com requisito indispensável à validade da decisão.

Para a lição de Marcos Eberhardt:

[...] estando ausentes tarifas legais para cada meio de prova, o magistrado poderá valorar determinadas provas em detrimento de outras. Porém, toda complexidade da valoração das provas no processo penal deve conviver com a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais, o que permite as partes discordarem dos motivos que levaram o julgador a conceder maior valor a cerca da prova.⁴²

E, complementando, vemos a conclusão de Eugênio Pacelli:

O livre convencimento busca uma tentativa de dominar o positivismo legalista, no qual o magistrado é nada mais que a “boca da lei”. A motivação judicial é a afirmação de um modelo processual garantista a partir do qual a possibilidade de defesa deve ser maximizada.⁴³

O juiz decide livremente de acordo com o seu entendimento e sua consciência, observando, portanto, os motivos de suas convicções, de sua opção a certos entendimentos, mesmo que flexíveis. Neste sistema, o juiz tem liberalidade, não estando subordinado a qualquer critério legal de valores probatórios, sendo necessária a devida fundamentação.

Conforme nos elucida o professor Paulo Cláudio Tovo quando diz:

[...] livre convencimento motivado significa basicamente que o juiz, na perquirição da verdade não está sujeito senão aos critérios científicos e a fiel observância dos direitos fundamentais da pessoa humana, projetados na Constituição dos Estados de Direito.⁴⁴

⁴¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654,12.683,12.694,12.714,12.735,12.736,12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. P.340

⁴² EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal. Análise Crítica, Doutrinária e Jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2016. P. 57.

⁴³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012. P 306.

⁴⁴ TOVO, Paulo Claudio. **Estudos de direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, v. I-II, P.230.

Sendo este o sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, resta evidente que o magistrado deve embasar suas decisões na amplitude dos elementos probatórios existentes nos autos, pois as regras vinculativas dos tipos probatórios servem apenas como “normas de prudência”⁴⁵ para o juiz, que pode segui-las ou não, desde que pontual e motivadamente indique sua opção.

Assim a prova é o verdadeiro âmago do processo.

Dentre as provas referidas, uma ganha destaque, por ser a forma considerada mais eficaz na identificação dos envolvidos no evento, qual seja, o reconhecimento, merecendo atenção especial, ante o peso a ela atribuído.

3 RECONHECIMENTO DE PESSOAS EM AUDIÊNCIA

3.1 ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

O reconhecimento, segundo a lei processual penal, visa “a verificação e a confirmação da pessoa ou da coisa que é exibida”⁴⁶.

Havendo necessidade de fazer o reconhecimento proceder-se-á com o convite para a pessoa que deve reconhecer para que descreva a pessoa a ser reconhecida. Em seguida, colocar-se-á aquele que se pretende ver identificado dentre outras pessoas que com ele se pareçam, pedindo para que a pessoa que deve reconhecer o aponte. Do todo será lavrado auto pormenorizado.

Outrossim, na aplicação de fato nota-se que durante a fase policial não é respeitada a forma legal, transferindo-se o dever de reconhecimento para o Juízo criminal processante, que, de igual forma, não segue a norma prescrita.

Convém salientar que os reconhecimentos são precários, carecendo de complementação probatória na fase inquisitorial. E, pior, todo o lastro probatório vem suportado na incerta identificação da pessoa investigada.

Dito isso, vale-se lembrar da previsão dos artigos 226, 227 e 228 do Código de Processo Penal.

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

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

⁴⁵ TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1989. P.502.

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, P. 622.

III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela;
 IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

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

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

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

Muitas investigações são iniciadas contra desconhecidos e a prova por reconhecimento é utilizada, na prática, para a atribuição da autoria do crime.

É comum vermos, durante a investigação e instrução criminal, buscar-se o reconhecimento do autor do fato através de apontamento de vítima e testemunhas, sem a devida atenção ao cumprimento integral da lei, ou seja, colocar a pessoa que se pretende reconhecer ao lado de outras que com ela tenham alguma semelhança.

Na prática, o que tem se verificado, é que quase nunca os cuidados são devidamente tomados, porquanto o aplicador da norma acabou deixando de lado essa prática formal legalmente exigida, e passou a tê-la como uma recomendação, como vem entendendo até mesmo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁴⁷.

A grande questão é saber até que ponto há contaminação pela sugestão do acusado, viciando-se a indicação da identidade do acusado, pois trabalhamos com um tipo de prova que é decisiva em um julgamento, e, por conseguinte, para a vida do reconhecido, de modo que o prejuízo ao reconhecido pode ser irreparável.

Como, nesse sentido escreve com o devido cuidado Aury Lopes Jr.:

O problema brasileiro começa na parca disciplina legal (especialmente em relação ao número de participantes), na forma utilizada (reconhecimento simultâneo e não sequencial (trataremos disso na próxima coluna) e, principalmente, na falta de um preparo específico da polícia judiciária para máxima preservação da originalidade da memória da testemunha/vítima. A cautela para não haver induções e tampouco a poluição/defraudação da memória é crucial para que se possa dar credibilidade ao reconhecimento pessoal, sob pena de continuarmos a cometer graves erros judiciais, infelizmente tão comuns na nossa realidade judiciária.⁴⁸

⁴⁷ AgRg no AREsp 404824/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0328425-7; Relator(a) Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA (1170); Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA; Data do Julgamento 27/10/2015; Data da Publicação/Fonte DJe 04/11/2015

⁴⁸ LOPES JR., Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2)**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte>. Acessado em 01 de novembro de 2015.

A falha na identificação do acusado é motivo de sofrimento e humilhação!

A dita prática, sob o prisma dos defensores dessa situação (desnecessidade de cumprimento estrito da regra), deveria ser feita em fase policial, de modo que a exigência de observação dos requisitos é vinculada somente àquela esfera, e não terá lugar na fase de instrução criminal. Na prática, porém, em nenhum dos momentos o reconhecimento é precitado no método normativo previsto, relegando-se a um procedimento sem metodologia, quiçá amparo em norma.

Coadunando com o entendimento expressado, temos a corrente trazida na dicção de Tourinho Filho, ao propor que “esse procedimento [reconhecimento], entretanto, por razões óbvias, não terá lugar na fase da instrução criminal nem em plenário de julgamento, como prescreve o parágrafo único do art. 226”⁴⁹.

Erroneamente, entretanto, é aplicada a lei, uma vez que o reconhecimento deveria ser feito na forma categoricamente prevista no artigo, e não para o agrado ou praticidade. Se não analisada a sua forma correta de aplicação, gerar-se-á dano, como explica Aury Lopes Jr.:

Trata-se de uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que — em matéria processual penal — forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais. Infelizmente, prática bastante comum na praxe forense consiste em fazer “reconhecimentos informais”, admitidos em nome do princípio do livre convencimento motivado. É um absurdo quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato.”⁵⁰

Assim, mesmo que os aplicadores do direito optem por ignorar as regras do devido processo, caracterizando um evidente abuso, sob o pífio argumento do “livre convencimento”, o desprezo à formalidade do ato probatório, principalmente ao violar o princípio do *nemo tenetur se detegere*, gera prática ilegal e absurda às vistas do direito penal contemporâneo.

Só é passível de reconhecimento aquilo que é conhecido pelos sentidos, ou seja, tudo aquilo que podemos perceber, mediante um ato em que uma pessoa é levada a analisar alguma *coisa (objeto)* ou *pessoa*, e dizer se recorda o acontecido em determinada situação, para que coincidindo a recordação com a experiência havida, ocorra o reconhecimento.

⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011, P.623.

⁵⁰ LOPES JR., Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>. Acessado em 01 de novembro de 2015.

Nesse sentido, tem-se o reconhecimento visual, assim previsto no Código de Processo Penal, mas nada fala o código no que diz respeito ao acústico, olfativo ou tátil. Daí, porque existe uma errônea cultura da simplificação dos atos e formas, que, ao informalizar o ato, reduz e ignora as garantias fundamentais daquele submetido ao procedimento.

Isso, pois, nos coloca em uma situação duvidosa, conquanto, em fase policial, o reconhecimento é procedido de forma errada, e, em fase judicial, sua aplicação não é admitida. Todavia, na prática, é tão somente realizado o efetivo ato de reconhecimento pessoal durante a instrução (momento inoportuno), e, pior, da forma incorreta e incongruente.

No processo penal brasileiro, o meio de prova testemunhal é o mais usado, e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, pouco confiável e mais induzível, acabando o processo por depender excessivamente da memória das testemunhas.

O risco, então, decorrente da impossibilidade que a nossa memória tem em armazenar tudo o que ouvimos e vemos em um dia, ainda mais sem descartar que vivemos em uma sociedade hiperacelerada – com milhares de informações e estímulos visuais –, fazendo com que a velocidade dos acontecimentos não permita que todas as informações se fixem na memória.

No contexto atual, muito se tem falado das falsas memórias, que se diferenciam de mentiras, essencialmente, porque nas falsas memórias cremos na honestidade do que é relatado, chegando até a sofrer com isso. Memórias essas que se criam uma vez que o cérebro humano não tem capacidade de armazenar todas as informações, de modo que as imagens não são permanentemente retidas na memória, e, gradativamente, são preenchidas as lacunas com a “impressão” existente da situação vivenciada.

Sendo explicado por António Damásio, como citado por Aury Lopes Jr.:

as imagens não são armazenadas sob forma de fotografias de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; não armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com ‘deixas’ ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. (...) Se o cérebro fosse uma biblioteca esgotaríamos suas prateleiras à semelhança do que acontece nas bibliotecas.⁵¹

⁵¹ DAMÁSIO, António. **O Erro de Descartes**, *apud* LOPES JR., Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set->

Dentro de toda essa complexidade é inserida a questão da prova testemunhal e dos reconhecimentos, pois em ambos, tudo acaba girando em torno da memória, e de sua confiabilidade, que, segundo estudos de Elisabeth Loftus, a maior especialista da atualidade no tema, aponta:

[.....] a possibilidade de implantação das falsas memórias (procedimento de sugestão de falsa informação). 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 a diversas notícias sobre um fato ou evento de que tenhamos participado ou experimentado.⁵²

A fragilidade da memorização acaba nos dando a dimensão de como é possível criar e transformar as recordações pessoais, e das graves consequências que podem gerar, quando elemento essencial na determinação do sujeito do crime.

A mera apresentação do réu, ou até mesmo de fotografia, cria a ilusão de certeza do reconhecimento, podendo perceber o quando é frágil a sistemática adotada, já que a mente é induzida a aceitar a ideia apresentada como verdadeira.

Neste sentido julgou o Juiz Alexandre Morais da Rosa, da 4ª Vara Criminal de Florianópolis/SC, nos autos do processo 0038587-91.2014.8.24.0023:

O trajeto do argumento acusatório é falho, dada a real possibilidade de ocorrência de falsa memória, consoante demonstrado por Ávila e Irigohê, uma vez que, como amplamente demonstrado, diante da desídia da autoridade policial em nenhum dos dois registros foram tomados depoimentos capazes de minimamente identificar o agente (idade, compleição, altura, características, etc.). Todas as declarações foram realizadas posteriormente e, portanto, inverteu-se o mecanismo de produção de reconhecimento. Houve clara inserção do viés do entrevistador, ou seja, o policial que realizou a diligência sem observar as formalidades legais, gerando, depois, o efeito compromisso e congelamento.⁵³

Neste mesmo contexto seguiu a decisão do processo nº 001/2.14.0055349-9, prolatada pelo magistrado Mauro Caum Gonçalves, da 2ª Vara Criminal de Porto Alegre/RS, que textualizou:

Ora, é incontroverso que a prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal, e também o menos confiável, uma vez que a

19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela. Acessado em 01 de novembro de 2015.

⁵² LOFTUS, Elizabeth. **Criando falsas memórias**. *Scientific American*, Estados Unidos, setembro de 1997 – tradução livre no site www.geocities.com/athens/acropolis/6634/falsamemoria.htm, acessado em 05 de outubro de 2015.

⁵³ SANTA CATARINA. **Sentença Crime 0038587-91.2014.8.24.0023**. Juiz de Direito: Alexandre Morais da Rosa. Florianópolis, 30/06/2015. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br>> Acesso em: 01/07/2015.

afirmação do fato perpassa pela falibilidade dos sentidos e da memória humana, sujeitos, pois, à manipulação, sugestão e equívocos [1].

[...]

Trata-se, no ponto, da causa e efeito do processo de aquisição de uma falsa memória, aquela criada a partir de uma sugestão ou informação subliminarmente equívoca e que passa a ser cognitivamente fixada e definida como verdade dotada de certeza [3], sendo, portanto, extremamente perniciosa à finalidade do processo.

[...]

De fato, em um ambiente propício para a indução – onde são apresentadas fotografias de “suspeitos” da autoria de crimes –, o contexto criado e estimulado pela consabida expectativa dos envolvidos para que seja encontrado um culpado constitui motivo suficiente para a criação de uma impressão cognitiva contrafeita.

Nada obstante tenha a vítima identificado “com certeza” o acusado como sendo o autor do roubo durante a instrução em audiência, entendo que a sua firme posição decorra de bases cognitivas contrafeitas e induzidas – “falsas memórias”. É o que revela o depoimento que prestou na fase judicial, que parte de premissas notadamente influenciadas por um contexto engendrado na fase investigatória e desfavorável à formação de um juízo isento e apto a orientar o ato de identificação e apontamento do autor do delito.

É dizer, uma vez tendo a vítima formado seu convencimento sobre a autoria do fato durante a exibição das imagens do acusado na Delegacia de Polícia, certo é que a partir daí defenderá a certeza de ser o acusado a mesma pessoa cuja fotografia lhe foi apresentada. No entanto, nada nos autos há de seguro para afastar a nebulosidade ofuscante das razões que ensejaram a conclusão da vítima, que pode ter apontado a pessoa que mais se parecia com a ideia que tinha do autor do roubo, e não propriamente o mesmo indivíduo.

Tecidas essas considerações, entendo que não ficou suficientemente demonstrada a autoria do delito por parte do acusado, porquanto a prova produzida pela acusação não tenha sido capaz de demonstrar, em juízo de certeza, tenha sido o réu o autor do roubo narrado na denúncia.

E essa dúvida se robustece na medida em que a autodefesa do acusado, trazida em interrogatório, alcança plausibilidade e coerência quando em cotejo com a probabilidade de indução de falsas memórias levada a efeito pelo contexto gerado em sede policial e, sobretudo, pela ausência de outras provas com aptidão para desmentir a versão apresentada pelo réu.⁵⁴

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul também já decidiu:

APELAÇÕES DELITOS CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL. ESTUPROS DE VULNERÁVEL. NA MODALIDADE DE ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS DA CONJUNÇÃO CARNAL. IRRESIGNAÇÕES DEFENSIVA E MINISTERIAL. CRIME ÚNICO. Conforme narra a denúncia, o réu está sendo acusado de ter praticado, na mesma oportunidade, os delitos de estupro de vulnerável na modalidade de atos libidinosos diversos da conjunção carnal contra a vítima. O primeiro fato narra que o acusado despiu a vítima e esfregou seu órgão genital no corpo da menina, vindo a introduzir pênis na boca da ofendida e, ao final, ejaculado sobre o corpo dela; o segundo fato descreve a conduta de o réu ter introduzido o pênis no ânus da infante. Atos libidinosos que foram praticados contra a mesma vítima e no mesmo cenário, ou seja, nas mesmas condições de tempo, local e circunstâncias, sendo impositivo o reconhecimento da prática de delito único e, em consequência, o afastamento do crime continuado. ABSOLVIÇÃO. Conjunto

⁵⁴ RIO GRANDE DO SUL. **Sentença 001/2.14.0055349-9**. Juiz de Direito: Mauro Caum Gonçalves. Porto Alegre, 14/05/2015. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>> Acesso em: 07/07/2015.

processual que não autoriza, com segurança, a condenação do acusado. Além da prova colhida não ser uníssona, ou seja, de haver duas versões dos fatos nos autos (a primeira, acusatória, que vem corroborada pela palavra de vizinhas do acusado; a segunda, de negativa de autoria, sustentada pelo réu e corroborada por outras testemunhas e pela vítima), verifica-se a presença de anterior animosidade entre o réu e uma das testemunhas que lhe acusa. Ademais, constata-se que o irmão da ofendida, que, estava na mesma residência, nada relatou acerca do suposto abuso sexual praticado pelo réu. Pelo contrário, o menino, desde a fase policial, sustentou que o acusado é boa pessoa e que sua irmã (ofendida) que era uma criança mentirosa. Vítima que não conhece a pessoa do réu e negou a ocorrência de abusos sexuais. **Indicativo de prova que dá conta que a ofendida já presenciou relação sexual, o que poderia justificar, diante da negativa e precoce experiência, falsas memórias. Cenário nebuloso que faz emergir dúvida insuperável a autorizar a absolvição do acusado, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo.** APELAÇÃO DEFENSIVA PROVIDA. RECURSO MINISTERIAL PREJUDICADO. (Apelação Crime Nº 70064362148, Sexta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vanderlei Teresinha Tremeia Kubiak, Julgado em 11/12/2015) (grifei)

Acabou por se criar uma deturpação da finalidade do reconhecimento.

Veja-se que, legalmente estruturado, o reconhecimento tinha por finalidade assegurar uma maior certeza à identificação do indivíduo, através de um processo intuitivo, compilando a utilização da memória na descrição do autor e no seu real apontamento.

Ora, toda a ritualística imposta, então, faria com que aquele responsável pelo reconhecimento efetivamente acessasse a memória e somente indicasse o envolvido em caso de absoluta certeza.

O que ocorre, por outro lado, há um falso formalismo para “cumprir a lei” – faz-se o reconhecimento de qualquer forma, somente para cumprimento da exigência legal de fazê-lo, mas sem cuidado com o objetivo primordial – e tal questão acaba por ocasionar uma nocividade incontestável, pois a memória “induzida” acaba prevalecendo sobre a “real” (indutiva).

3.2 A PRESENÇA DO RÉU NA SALA DE AUDIÊNCIA, FACULDADE OU DIREITO

As mesmas regras previstas para o ofendido quanto à presença do acusado durante a sua oitiva serão aplicadas ao depoimento das testemunhas, conforme traz o art. 217 do CPP.

Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Sem fazer grande esforço para entender ou para ser feita interpretações além-texto, da literalidade do artigo 217 entende-se que **SE** o réu causar humilhação, temor ou sério constrangimento a testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.

Fica evidente, então, que se o réu for retirado, pressupomos que ele estará presente na sala de audiência, e, somente em situações excepcionais será determinada sua saída, quando a sua presença puder causar, à testemunha, constrangimento suficiente a ponto de prejudicar a verdade do depoimento.

Esse proceder é fundamental para que o acusado possa, ao menos, participar da decisão e compreender as razões de sua retirada da sala de audiências.

Resta evidente que o CPP não prevê possibilidade de retirada do réu da sala de audiências em razão de simples constrangimento, pois a lei processual penal exige mais, sendo necessário que o réu tenha alguma atitude (agir positivo) capaz de prejudicar a verdade do depoimento.

Se nenhuma das hipóteses vier a acontecer, a produção de prova sem a presença do réu bate de frente com o art. 564, inciso IV, do CPP, de modo a afrontar o art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Segundo Tourinho Filho⁵⁵, o processo, para ser válido precisa estar conforme os preceitos legais. Se houver inobservância de preceitos da lei processual penal, de molde a produzir a inidoneidade da relação processual ou do procedimento, surgirá nulidade.

Certo disso, afirma na doutrina de Ada Pellegrini⁵⁶ que, inválida é, ainda, a prova produzida sem a presença das partes. Esse fundamental princípio é reconhecido como uma das garantias do processo em geral, extraindo-se de sua inobservância a proibição de utilização das provas produzidas.

Cumpra-se salientar que a simples previsão legal de retirada do réu da sala de audiências não autoriza a violação do texto constitucional. Entretanto, não

⁵⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 5 ed. Bauru: Jalovi, 1979. P. 119.

⁵⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal Comentado**. 9. Ed. São Paulo: RT, 1997. P. 121/122.

prospera o argumento de que, havendo tal previsão no Código de Processo Penal, ausente estará qualquer nulidade processual.

Malgrado a imprecisão técnica do legislador, é o que se extrai da interpretação sistemática que se deve empregar sobre os dispositivos que tratam do reconhecimento de pessoas e da instrução probatória em audiência.

Com efeito, Alexandre Morais da Rosa⁵⁷ afirma acertadamente que a norma somente é válida, argumentada no contexto Constitucional, se for compatível materialmente, isto é, não afrontar qualquer garantia ou direito reconhecido.

O que vem se observando nas varas criminais de forma rotineira é a retirada do réu da sala de audiências inadvertidamente, supostamente fundamentado no art. 217 do CPP.

É, pois, sabido que muitos magistrados antes de iniciar a inquirição das vítimas e testemunhas, normalmente, lhes perguntam se preferem depor na ausência do acusado, independentemente da prática de qualquer conduta ameaçadora ou intimidativa.

Como concluiu João Fiorillo ao analisar a aplicação do art. 217 do CPP:

Esse costume judiciário – que conta com o apoio da doutrina e das jurisprudências do STF e STJ – contraria frontalmente o citado dispositivo legal que exige uma atitude efetiva do réu capaz de influir no ânimo do ofendido o da testemunha.⁵⁸

E, seguindo a mesma base principiológica do artigo 217, foi editado o parágrafo único do artigo 226 do CPP⁵⁹, que, privilegiando o direito de presença do réu, limita a realização do reconhecimento de objetos e pessoas que esteja presentes fisicamente, vedando a identificação “às escuras”. Nesse sentido:

O procedimento previsto no art. 226, III, do CPP, fundado no receio que a testemunha possa ter em relação à pessoa a ser reconhecida, é feito de modo sigiloso, isto é, impedindo que o reconhecido possa ver aquele que o reconhece. Em razão disso, a própria legislação estabelece não ser possível tal procedimento em juízo (art. 226, parágrafo único), em obediência às exigências da ampla defesa.⁶⁰

⁵⁷ ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. P.108.

⁵⁸ SOUZA, João Fiorillo de. **A retirada do réu da sala de audiência e o novo art. 217 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 192, ano 16, novembro/2008.

⁵⁹ Art. 216 – [...]

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

⁶⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17^a ed. rev. e ampl. atual, de acordo com as Leis nº 12.654,12.683,12.694,12.714,12.735,12.736,12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013. P. 435

Em respeito às normas constitucionais é indispensável que ao acusado seja permitido acompanhamento do processo penal, inclusive e principalmente, em relação à produção das provas.

Segundo Antônio Scarance Fernandes⁶¹, a presença do acusado no momento da produção da prova testemunhal é essencial, sendo exigência decorrente do princípio constitucional da ampla defesa, ainda mais no âmbito penal, pois: “[...] a observância da forma é de rigor, pois estão em jogo interesses de sumo relevo, dentre os quais sobressai o da liberdade individual”⁶².

De salientar, por oportuno, que a vítima, no processo penal em geral, ressalvadas as hipóteses afeitas às composições de ordem restaurativa, não possui papel de protagonista, o que bem se verifica pela razão excepcional que autoriza a retirada do réu da sala de audiências, qual seja, a exclusiva proteção da prova (*ipsis literis*, “a verdade do depoimento”).

O entendimento firmado pela aplicação geral, acaba por banalizar a exceção (retirada do réu) e acaba tornando a regra uma hipótese de aplicação restrita, violando a literalidade dos artigos de lei e os princípios constitucionais que lhes são perfusos.

Assim, sempre que o magistrado julgar necessária a retirada do acusado da sala de audiência deverá registrar e fundamentar o fato, trazendo especificadamente os motivos que a ensejaram tal retirada.

Avalizando esse entendimento, já há decisão do Tribunal do Rio de Janeiro, que confirmou a necessidade de demonstrar a potencial influência da presença do réu, em depoimento já iniciado:

HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. ARTIGO 129, § 9º DO CÓDIGO PENAL. A **retirada do acusado** da sala de audiências para que a vítima preste declarações, **devidamente justificada pelo magistrado, que percebeu a vítima acuada ao iniciar seu depoimento**, estando presente o Defensor Público na defesa dos interesses do réu, não acarreta nulidade por violação ao princípio da ampla defesa, considerando a inexistência de prejuízo concreto para o réu. Inexistência de violação ao artigo 217 do CPP. Constrangimento ilegal não configurado. Ordem denegada. (TJ/RJ, HC 00067684920148190000, Relator: Des. Suimei Meira Cavaliere, Julgamento: 18/03/2014, Terceira Camara Criminal, Publicação: 03/04/2014)

⁶¹ FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007. P. 82

⁶² NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1981. P. 335.

Noutra conclusão, também já se mostrou nulo o procedimento quando da retirada prematura do réu:

PENAL. APELAÇÃO. RÉU RETIRADO DA SALA DE AUDIÊNCIA. DECISÃO DESPROVIDA DE FUNDAMENTAÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO. 1. **O poder-dever conferido ao magistrado de retirar da sala de audiências o réu, sempre que verificar que a atitude do mesmo possa influir no ânimo da testemunha, configura medida de caráter excepcionalíssimo, que demanda motivação idônea e demonstração da efetiva necessidade da medida.** 2. **Ausência de fundamentação concreta que enseja a nulidade do processo** a partir do ato viciado. 3. Recurso conhecido e provido. Maioria. (TJ-MA - ACR: 16882008 MA, Relator: PAULO SÉRGIO VELTEN PEREIRA, Data de Julgamento: 18/09/2008, SAO LUIS/MA) (grifei).

APELAÇÃO CRIMINAL - HOMICÍDIO QUALIFICADO -**RETIRADA DO RÉU DO PLENÁRIO NO MOMENTO DA OITIVA DAS TESTEMUNHAS - AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO - NULIDADE DO JULGAMENTO - RECONHECIMENTO.** Deve o magistrado, conforme previsto no artigo 93, IX da CR/88, decidir acerca da retirada do réu da sala de audiências ainda que o juízo de conveniência desta providência esteja a seu cargo, não sendo obrigatório o acolhimento do pedido da defesa. Assim, a manifestação judicial, necessariamente, tem que ser fundamentada. Não pode o juiz simplesmente dizer que defere a retirada do acusado sem justificar sua decisão, contrariando norma constitucional, sob pena de nulidade do julgamento. (TJ-MG 107010720503240011 MG 1.0701.07.205032-4/001(1), Relator: ALEXANDRE VICTOR DE CARVALHO, Data de Julgamento: 29/03/2010, Data de Publicação: 12/04/2010) (grifei)

O que vem acontecendo nas varas criminais é sintomático, se é verdade que o acusado tem direito de presença, não é menos verdade que esse direito cede ao interesse da verdade, ao interesse público.

Todavia, não podemos sacrificar mortalmente o direito individual daquele cujo devido processo visa garantir a segurança jurídica, inclusive contra abusos estatais, em prol de uma ineficácia dos agentes responsáveis pela averiguação dos fatos, em especial pela não utilização ou incorreta aplicação de outros meios de prova.

Não se nega que a presença do acusado possa, em raríssimos casos, constranger a vítima ou as testemunhas, oportunidade em que deve ser constado o efetivo animo de alterar o depoimento em razão da presença, ou de não realizar o reconhecimento por amedrontamento.

Todavia, no mesmo passo, não se pode negar que a presença do acusado pode ser igualmente suficiente para dificultar eventuais reconhecimentos errados, falsos ou induzidos, assim como limitar as falsas imputações.

A ausência do réu na sala de audiências não terá qualquer efeito profilático ou terapêutico, mas somente servirá para dificultar o direito constitucional a ampla defesa, vez que esta ficaria enfraquecida sem a presença do réu para auxiliar seu defensor, porque, certamente, o acusado teria interesse em formular perguntas indispensáveis à concretização da sua defesa, na busca do afastamento da responsabilidade penal.

Portanto, deve ser feita uma leitura constitucional do referido dispositivo, de forma a se exigir uma fundamentação objetiva do magistrado na hora da retirada do acusado.

A condenação penal para ser justa e legítima depende da garantia do devido processo legal, com contraditório e ampla defesa. Assim, outra solução não há senão a decretação da nulidade processual quando a prova é produzida sem a presença do réu, ressalvados os casos que efetivamente há atitudes conforme preconiza o art. 217 do CPP.

Nesse viés, não podemos olvidar o grande prejuízo que se externaliza com a retirada do réu da sala de audiência quando tratamos do reconhecimento, por quanto retarda ou até mesmo impossibilita o apontamento correto.

Inegavelmente, mencionados artigos visam garantir a imparcialidade do relato das testemunhas/ofendidos e, mais ainda, a verdade. Todavia, tal ato não pode ser tomado arbitrariamente a ponto de prejudicar a própria essência do processo, que almeja identificar corretamente o acusado.

Não podemos esquecer que o acusado, em sede instrutória, é tão somente identificado pela vítima, de modo com que o procedimento de reconhecimento, propriamente dito, somente é feito em fase pretérita (policial), quando muito.

Logo, o que se pretende diretamente é que a vítima confirme, ao juízo, que o réu presente é aquele apontado por ela em momento anterior, e, mais, que se confirme que ele perpetrou o delito, em tese, em especial pela análise de suas características físicas. Posteriormente, o relato do fato torna-se elemento constitutivo da culpabilidade, pelo que a autoria deve ser apontada criteriosamente.

Quando retirado o réu da sala de audiência, de modo pretérito e imotivado, o apontamento identificador que se pretende, por parte de quem irá depor, fica postergado ou até prejudicado, de modo que a identificação, que visa

corroborar a autoria, torna-se elemento desconexo e sem a certeza objetiva que demanda.

E, pior, com a postergação da identificação, também passamos a estar suscetíveis à variação da memória. Veja-se que, ao prestar o testemunho, o depoente é forçado a acessar suas recordações que, como anteriormente tratado, podem ter sido divergentes da realidade, pela necessidade de suprimento da memória por elementos que lhes era ausente.

Realizar uma identificação após esse preenchimento de lacuna, pode, pela força das falsas memórias, induzir a indicação do réu, mesmo que nada tenha com o evento ocorrido, uma vez que há (inconscientemente) uma busca pela ratificação do depoimento prestado e uma validação do reconhecimento.

Mais ainda se confirma em situação diversa, como, *v.g.*, caso em que o réu não é, efetivamente, o agente que perpetrou o delito, de modo que, sendo possível a visualização, pelo depoente, do acusado, aquele poderia, em tese, prontamente afastar a autoria.

Por outro norte, a manutenção do réu na sala de audiência, quando do ingresso da testemunha ou do ofendido, não traduz, *a priori*, qualquer prejuízo ao apontamento da autoria ou ao depoimento, pois, justamente, permite a identificação imediata. E, mais que isso, pode facilitar o acesso à memória, de modo com que torne mais verossímil o depoimento prestado.

Em suma, como já afirmado, a identificação do réu, que objetiva confirmar que aquele presente é o reconhecido em fase anterior e autor do delito, se mostra afeta a presença do acusado na sala de audiência, tanto para garantir o pronto reconhecimento, como para ratificar a narrativa fática a ser apresentada.

Ressalta-se que a prova testemunhal possui relevante valor probatório, desde que seja firme e harmônica com os demais elementos de prova, o que não ocorre se, de pronto, existe dúvida ou incerteza acerca da credibilidade do reconhecimento, vez que a vítima pode via a não reconhecer o acusado, o faz sem a certeza necessária ou até mesmo indutivamente incorreta, não sendo possível comprovar com total segurança a autoria do crime imputado.

Se a vítima realiza o reconhecimento na delegacia com dúvidas, poderá saná-las ou confirma-las na solenidade. E, se o fez com a absoluta certeza, de pronto as confirma ou refere não ser o acusado aquele identificado.

Isso pois, mostra a importância do confronto entre o réu e a vítima, e, no mesmo sentido, porque a excessiva aplicação do art. 217 do CPP afeta o reconhecimento criminal e a validade do processo.

5 CONCLUSÃO

Com a análise do reconhecimento, frente a leitura dada ao art. 217 do Código de Processo Penal, pelo qual é possível indicar as principais causas que levam o reconhecimento do acusado em audiência a ser considerado vulnerável, merecendo crítica o modo que são realizados esses procedimentos na solenidade, em especial quando da retirada do réu da sala de audiências.

Com as características analisadas pelo estudo, foi possível elucidar que a aplicação legal frente a interpretação dada se tornou uma realidade jurídica inadequada com a contemporaneidade processual, pois afronta garantias constitucionais, caracterizando-se por uma incompatibilidade geral.

É inadmissível a total supressão do direito do acusado de acompanhar a audiência de instrução e de ver respeitado o devido processo, em razão do potencial temor, pois não se pode olvidar que os caminhos para uma integração do sistema normativo com a realidade forense não passam pelo excesso desenfreado na aplicação do art. 217 do CPP.

No mesmo íterim, tal afastamento entre o réu, o feito, o juiz, os agentes (acusação e defesa), a vítima e a testemunha efetivamente reduzem a atividade jurisdicional à frieza do papel do processo, sem considerar o elemento realístico dos efeitos que daí decorrem.

O ponto essencial é, sim, que o reconhecimento do réu, como prevê a lei não é respeitado, em momento algum (pré ou pós-processual), e que a identificação do acusado fica comprometida pelo “excesso zeloso” que gera dano ao desenvolver regular do feito, em detrimento aos direitos que devem ser protegidos.

O erro na prisão e identificação, infelizmente, é algo corriqueiro em nossa realidade, então não se pode admitir a adoção de medidas que venham a ratificar ou até ampliar tal incidência, pois não raras vezes, testemunhas e vítimas, ao verem o processado, apontam categoricamente não ser ele o autor do delito, ou não ser ele a pessoa presa e reconhecida anteriormente.

Por isso, então, necessário o enfrentamento e a acareação direta.

Claro que não se pode ignorar os consistentes argumentos que, em tese, justificam a necessidade do art. 217 do Código de Processo Penal, porquanto, em certos limites, ainda exerce papel essencial para evitar o trauma ou influencia no depoimento. Mas sua aplicação deve ser sempre realizada de forma motivada e quando da constatação da influência, e não de forma rotineira.

Entretanto, não é possível vislumbrar qualquer incompatibilidade entre os institutos, pois, como dito, o que se objetiva é que a vítima ou testemunha identifiquem precisamente o réu, e, em seu depoimento, transpareçam certeza. Logo, não impede que o réu esteja presente quando do início do depoimento, e, somente após verificar qualquer potencial alteração é que se procede à retirada.

Sincreticamente, temos que resta demonstrado, de diversas formas, que o artigo 217 do CPP não pode se tornar a prática regra como tem sido feito, mas, sim, a exceção, sob pena de influir mortalmente no correto desencadear do processo.

A sociedade em si sempre teve sede de justiça, mesmo que embebida no lema custe o que custar, porém o medo nosso de cada dia – que nos embrutece – não pode servir de justificativa para a violação dos direitos de outrem, pois muito se cobra na efetivação da justiça, mas as pessoas pouco se esforçam para fazer sua parte – como quando instadas a encarar o réu e nele identificar o ofensor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. **Princípios Fundamentais do Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973. P. 82.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Direito Processual Penal: tomo I**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989. Vol. 2.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Ação Penal: As fases administrativa e judicial da persecução penal**. 1ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

CAMANHO, Alexandre. **Não há hierarquia entre tipos de provas**. Data de publicação: 06/08/2012. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/mensalao/traduzindo-julgamento/platb/2012/08/06/nao-existe-hierarquia-entre-tipos-de-prova/>>. Acessado em: 20 de abril de 2016.

DAMÁSIO, Antônio. **O Erro de Descartes**, *apud* LOPES JR., Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-depende-dela>. Acessado em 01 de novembro de 2015.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. **A Oralidade no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Atlas, 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 1974 (reimpressão em 2004).

DOTTI, René Ariel. **A Presença do Defensor no Interrogatório**. Revista de Estudos Criminais. V. 10, 2003, Notadez.

DOTTI, René Ariel. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. Revista Forense, v. 326.

EBERHARDT, Marcos. **Provas no Processo Penal. Análise Crítica, Doutrinária e Jurisprudencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5. Ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2007.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido Processo Penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2015.

GRECO FILHO, Vicente. **Tutela Constitucional das Liberdades**, *apud* FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 5ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo; Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **As Nulidades no Processo Penal Comentado**. 9. Ed. São Paulo: RT, 1997.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. ver., ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2015.

LOFTUS, Elizabeth. **Criando falsas memórias**. Scientific American, Estados Unidos, setembro de 1997 – tradução livre no site www.geocities.com/athens/acropolis/6634/falsamemoria.htm, acessado em 05 de outubro de 2015.

LOPES JR., Aury. **Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela (parte 2)**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voce-confia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-dela-parte>. Acessado em 01 de novembro de 2015.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 9ª ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva. 2012.

MARQUES, Simone de Macedo. **Análise crítica da prova testemunhal no âmbito do Processo Penal**. 2001. 80 folhas. Monografia apresentada e publicada. PUCRS, Porto Alegre, 2001. P. 19.

MELENDO, Santiago Sentis. *In dúbio Pro Réu*. Buenos Aires: EJEJA, 1971. P.158 *apud* TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1981.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 5ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 17ª ed. rev. ampl. e atual, de acordo com as Leis nº 12.654,12.683,12.694,12.714,12.735,12.736,12.737 e 12.760, todas de 2012. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª edição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão Penal: a bricolage de significados**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

SOUZA, João Fiorillo de. **A retirada do réu da sala de audiência e o novo art. 217 do CPP**. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n. 192, ano 16, novembro/2008.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TOVO, Paulo Claudio. **Estudos de direito Processual Penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TUCCI, Rogério Lauria. **Comissão Parlamentar de Inquérito**. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, v.6, 1994.