

RECONHECIMENTO PESSOAL E SUA (IN)SUFICIÊNCIA COMO MEIO DE PROVA: FALSOS RECONHECIMENTOS: RISCOS E FALHAS DO PROCEDIMENTO

Luana Janaína Hübner*

Aury Lopes Jr.**

RESUMO

O presente trabalho objetiva estudar as técnicas de reconhecimento de pessoas, assim como a existência de falhas no procedimento e riscos de falsos reconhecimentos. Para tanto, à luz de um caso prático de falso reconhecimento brasileiro e após a análise introdutória acerca da prova no processo penal, princípios aplicáveis e regramento existente, pretende-se analisar as incompatibilidades entre a norma e a solução do caso. Sob o entendimento de que a memória é falha e está suscetível a diversas interferências, tanto externas como internas, almeja-se verificar a (in)suficiência do reconhecimento pessoal como meio de prova apto à condenação. Busca-se, ainda, apontar soluções e medidas trazidas no âmbito doutrinário capazes de minimizar os danos decorrentes de falsas identificações.

Palavras-chave: Processo penal. Provas. Reconhecimento pessoal. Falsas memórias. Falso reconhecimento.

1 INTRODUÇÃO

Inúmeros são os casos de pessoas inocentes que através de um reconhecimento pessoal falho foram identificadas como criminosas, sendo investigadas, presas, acusadas e inclusive condenadas, gerando incalculáveis danos aos imputados e afetando a credibilidade desse meio de prova. Nesse sentido, considerando a gravidade e a relevância do tema, o presente trabalho pretende analisar o reconhecimento e sua (in)suficiência como meio de prova, mais especificamente ante os falsos reconhecimentos no âmbito do processo penal, os quais, por vezes, apresentam-se como único lastro probatório acerca da autoria.

Nessa linha, inicialmente, far-se-á a análise de um caso prático, delito de roubo, à época majorado pelo concurso de pessoas e emprego de arma de fogo, ocorrido na Capital do Estado do Rio Grande do Sul¹, a fim de clarificar a fragilidade da prova produzida em termos de conteúdo probante confiável. Em seguida, o estudo apontará algumas considerações necessárias acerca da principiologia da prova, visto que mandamento indispensável à orientação legal e que deve direcionar qualquer atividade do Estado.

Ademais, serão abordados assuntos atinentes ao conceito e finalidade da prova, para então adentrar propriamente no objeto da presente pesquisa: o reconhecimento enquanto meio de prova e os reflexos das alterações psíquicas como fator de grande influência em falsas identificações.

Nesse contexto, serão analisadas a previsão legal e a posição doutrinária do método de reconhecimento de pessoas, suas formas e procedimentos. Com isso, conforme se pretende mostrar, observaremos quais procedimentos são utilizados para fins de reconhecimento na fase

* Graduanda do Curso de Ciências Jurídicas e Sociais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. E-mail: luana.hubner@edu.pucrs.br

* Orientador, Doutor em Direito, Professor da Escola de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. E-mail: auryjunior@pucrs.br

¹ O processo foi distribuído sob o número 001/2.11.0090136-0, tendo tramitado perante a 11ª Vara do Foro Central.

inquisitorial da persecução penal e quais seus requisitos legais, bem como pontos de tensão entre o procedimento legalmente previsto e as circunstâncias que podem conduzir a reconhecimentos infiéis decorrentes de falsas memórias.

Ainda, buscar-se-á tecer breves considerações sobre o funcionamento da memória, recurso indissociável do reconhecimento pessoal como meio de prova, que não raras vezes, falha.

Ao final, serão elencadas as falhas verificadas no caso prático em análise à luz do estudo científico apresentado, bem como as medidas que podem ser adotadas e implementadas na prática como forma de reduzir os danos.

Os métodos de pesquisa empregados são o dedutivo e o dialético, na medida em que será realizada uma análise do procedimento de reconhecimento utilizado em um caso prático e sua consequência jurídica, confrontando-se os atos realizados com os preceitos legais e o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO: ROUBO CIRCUNSTÂNCIADO

No dia 28 de agosto de 2011, por volta das 20h50min., em Porto Alegre, a vítima, na companhia de uma mulher, que iremos denominá-la de testemunha 1, deslocou-se até a residência da testemunha 3. Ao chegarem nas proximidades, após estacionarem o veículo, a vítima foi abordada por dois indivíduos armados, os quais anunciaram o assalto e ordenaram que lhes entregassem o automóvel, dinheiro e documentos. Ocorre que, durante a abordagem, um dos assaltantes percebeu que a vítima estava armada, tendo então o outro assaltante engatilhado arma que portava e apontado à cabeça da vítima que, ao ver a reação do assaltante, lhe disse: “Eu sou Juiz de Direito, vocês estão com a minha carteira. Se acalmem que está tudo tranquilo”.

Nesse íterim, a testemunha 2 abriu a porta da residência e deparou-se com o assalto em andamento. Nessa oportunidade, um dos assaltantes determinou que a testemunha 2 retornasse para dentro da residência, tendo ela obedecido a ordem. A testemunha 3, proprietário do imóvel, deslocou-se até o segundo andar da moradia, onde efetuou dois disparos de arma de fogo para o alto, esbravejando: “Para se não eu atiro”. Diante disso, um dos assaltantes (moreno, mais alto) nas palavras da testemunha 3, fugiu, assim como o segundo indivíduo deslocou-se para trás do veículo da vítima, e um terceiro sujeito (possivelmente fazia a “segurança” do assalto, segundo relato da testemunha 3) revidou com outro disparo em direção à casa. Em seguida, os assaltantes empreenderam fuga, a pé, na posse da arma de fogo da vítima, da chave do automóvel, bem como de uma quantia em dinheiro.

Na sequência, com a chegada da brigada militar, a vítima relatou-lhes as vestimentas utilizadas pelo indivíduo que portava a arma de fogo, aduzindo, no entanto, que o criminoso não permitia que olhassem para o seu rosto. Formou-se uma aglomeração de populares revoltados com a violência urbana.

Pouco tempo depois, os policiais militares retornaram ao local dos fatos com um suspeito, denominado de suspeito 1, que resistia à ação policial aduzindo ser médico, em seguida, voltaram com outro indivíduo, denominado, suspeito 2. No local do delito, a vizinhança vozeava serem aqueles os criminosos. Ambos os suspeitos foram submetidos ao reconhecimento pessoal das vítimas e testemunhas, em via pública, tendo sido reconhecidos como os autores do crime.

A vítima identificou o suspeito 1 como o indivíduo que mirou a arma de fogo em sua cabeça, baseando-se em suas vestes, jaqueta, moletom, calça jeans e, em especial, pela cor do tênis (branco com uma lingueta colorida, cor de rosa possivelmente). Relatou que olhou superficialmente para o rosto, contudo lembrou do cabelo e da barba no momento da identificação. No que tange ao suspeito 2 a vítima afirmou ser parecido com o segundo

meliante, o que permanecia próximo da testemunha 1, no entanto não poderia dar certeza, “certeza só Deus”.

Além disso, a testemunha 2, que abriu a porta da residência no momento do assalto, asseverou que reconheceu no local dos fatos o suspeito 1 devido ao estilo do cabelo, “suas entradas”. Todavia, em juízo, não teve certeza do reconhecimento.

Durante a fase policial e judicial, foi realizada a oitiva de diversas testemunhas, tais como os policiais militares que realizaram a condução dos suspeitos na data dos fatos e moradores das proximidades do local.

Importa referir que nessas inquirições foram relatadas algumas observações acerca do caso, qual seja, uma das testemunhas tentou impedir a condução do suspeito 1 à apresentação no local do crime, tendo ouvido dos policiais “ele vai passar por um reconhecimento. Se não for ele, vai ser liberado”; outra visualizou os criminosos em fuga, carregando algo na cintura, posteriormente, no local do crime, visualizou no interior da viatura da polícia os suspeitos, contudo relatou não se tratar dos indivíduos que visualizou em fuga outrora.

O suspeito 1, ao ser ouvido, narrou ser médico, aspirante a Oficial do Exército e atuar no interior do estado. Sobre a data dos fatos, disse que se encontrava de folga na Capital, que teria solicitado alguns dias de dispensa para cuidar da sua mãe, que estaria com câncer. Narrou ter residido praticamente a vida toda na região em que foi abordado e que na data saiu para encontrar alguns amigos, há poucos metros da sua residência materna. Calçava um par de tênis velho, vestia trajes quaisquer, o gorro que usava no Batalhão e sua barba estava por fazer. No trajeto até a casa de seu amigo, disse ter sido abordado e revistado pela polícia militar, algemado e conduzido compulsoriamente ao local do crime para reconhecimento pessoal das vítimas e testemunhas. Aduziu, ainda, ter sofrido agressões pela vítima, populares e pelos policiais e, na sequência, preso em flagrante.

Já o suspeito 2, durante sua oitiva, narrou que na data trabalhava como cuidador de carros na região dos fatos e que aceitou comparecer ao local do delito para participar de um reconhecimento pessoal. Ao ser questionado, em juízo, declarou acreditar ter sido identificado como o assaltante devido às roupas que vestia naquela noite, de cor preta.

O Delegado de Polícia responsável pelo caso, ao concluir o inquérito, o descreveu como uma lamentável série de equívocos, deixando de indiciar os suspeitos e remetendo os autos do inquérito policial ao Poder Judiciário.

No que tange ao andamento processual do caso, de frisar que quando da homologação do Auto de Prisão em Flagrante dos investigados, foi decretada a prisão preventiva do suspeito 2 e concedida a liberdade provisória do suspeito 1.

O Ministério Público Estadual denunciou os suspeitos 1 e 2 pela prática do crime de roubo duplamente majorado, com incurso do artigo 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal².

Em sede de Habeas Corpus foi concedida a liberdade provisória ao acusado 2.

Em memoriais, o Ministério Público postulou a absolvição dos acusados e o assistente de acusação pugnou a condenação dos processados, nos exatos termos da denúncia.

A defesa do suspeito 1 requereu, preliminarmente, a nulidade absoluta do feito em razão do reconhecimento realizado em via pública, afrontando os artigos 6º, inciso VI; 226 e seguintes e 564, inciso IV, todos do Código de Processo Penal³, sendo o pedido indeferido.

Após a dilação probatória, com a comprovação de registros telefônicos do suspeito 1, a demonstrar seu alibi, foi prolatada sentença, na qual o Juízo, em suas razões de decidir, aduziu que a prova colacionada nos autos seria “insuficiente para a condenação” e que “a fragilidade do depoimento da vítima compromete o restante da prova da acusação, a ponto de o próprio

² BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 18 mar. 2020.

³ BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 18 mar. 2020.

Ministério Público, titular da ação penal, sustentar a absolvição dos acusados.” Ressaltou que era noite no data dos fatos e estava escuro no local, assim como havia várias pessoas, populares, que teriam dito “é esse” apontando os réus como autores do fato, o que teria contribuído para que a vítima, “no calor do evento”, “um clima de muita dificuldade”, como referiu, tenha feito o reconhecimento dos acusados.

Nessa linha, foi julgada improcedente a pretensão acusatória do estado, tendo o Juízo absolvido o suspeito 1 com fundamento no artigo 386, IV, do Código de Processo Penal; e o suspeito 2 nos termos do artigo 386, VII, do mesmo diploma legal. Em fase de recurso, o TJRS confirmou a sentença absolutória proferida, em seus exatos termos e por seus próprios fundamentos⁴.

Casos como o aqui relatado, infelizmente, são cotidianos. E como alertam Stein e Ávila, em muitos desses eventos, os conhecimentos trazidos pelas vítimas e testemunhas do crime podem ser primordiais e não raras vezes as únicas evidências para o deslinde desses delitos. Sendo assim, conhecer os fatores que podem incrementar a qualidade de um reconhecimento correto é uma questão essencial no processo de criminalização⁵.

Com o objetivo de identificar possíveis falhas que resultaram nos sucessivos erros narrados no caso sob análise é que se busca apontar, cientificamente, o caminho a ser trilhado pelo Estado durante a persecução penal; se não evitando danos semelhantes aos aqui identificados, minimizando-os.

Para tanto, faz-se necessária a introdução do tema objeto de estudo – reconhecimento pessoal – e os demais temas que na sua esfera gravitam.

3 CONSIDERAÇÕES ACERCA DA PROVA NO PROCESSO PENAL

Inicialmente, importa destacar, em apertada síntese, antes de tratar-se propriamente acerca do reconhecimento pessoal, no que consiste e qual a finalidade da prova no processo penal.

3.1 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

O processo penal é um instrumento de reconstrução de um determinado fato histórico, como tal, está destinado a proporcionar o conhecimento do julgador por meio das provas, através das quais se fará essa reconstrução do fato passado, como explica Lopes Jr. Para o autor, as dificuldades nessa atividade são significativas, em especial no que tange ao paradoxo

⁴ APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PROVA INSUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. DECISÃO RECORRIDA MANTIDA. A prova capaz de embasar o peso de uma condenação criminal deve ser sólida e congruente, apontando sem qualquer margem para dúvida a pessoa denunciada como autor do fato criminoso. Caso em que o depoimento judicial da vítima mostrou-se titubeante, ao passo que o aponte feito pela testemunha presencial demonstrou a possibilidade de indução, dada a forma como apresentados os detidos ao reconhecimento. Outrossim, os réus (um deles oficial-médico do Exército) negaram a autoria do fato e este último comprovou sólido álibi, com registros telefônicos juntados aos autos e confirmados por duas testemunhas. Circunstâncias fáticas que geram inúmeras incertezas, ao que se soma, ainda, a ausência de apreensão de qualquer objeto do crime em poder dos flagrados. Prova escorregadia. Absolvição que se mantém, inclusive acolhendo o parecer ministerial. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO DESPROVIDO. UNÂNIME. (RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Criminal) **Apelação Crime, Nº 70054904396**. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 30-01-2014. Disponível em : <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia> Acesso em: 20 mar. 2020.

⁵ 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. Acesso em: 04 abr. 2020.

temporal inerente ao ritual judiciário: um magistrado julgando no presente (hoje), um indivíduo e seu fato ocorrido num passado distante (anteontem), com suporte na prova colhida num passado próximo (ontem) e projetando efeitos (pena) para o futuro (amanhã)⁶.

O conceito de prova é por demais diverso no direito processual, face à sua múltipla utilização⁷. A prova tem a mesma origem etimológica de *probo* (do latim, *probatio* e *probus*). Como ensina a doutrina, dela deriva o verbo provar, que tem sentido de verificar, examinar, reconhecer por experiência, estando ligada com o imenso mundo do intelecto na busca e comunicação do conhecimento verdadeiro⁸. Tourinho Filho, esclarece que, por vezes, empregase a palavra prova com o sentido de ação de provar, quando, na verdade, provar significa fazer conhecer a outros uma verdade conhecida por nós. Nós a conhecemos; os outros não⁹.

O objeto da prova é a coisa, o fato sobre o qual versa o caso penal. Por sua vez, os meios de prova são todos aqueles que o magistrado utiliza para conhecer dos fatos, tudo o que ele usa para atingir um fim justo no processo, estejam eles previstos em lei ou não¹⁰. No que tange aos elementos de prova, são produzidos judicialmente e referem-se às informações introduzidas no processo que podem ser levadas em conta para a fundamentação de uma sentença¹¹. Por fim, a fonte da prova corresponde aos sujeitos ou objetos que conduzem a formação dos elementos de prova¹². Segundo Rangel, é a pessoa (por exemplo, a testemunha/reconhecedor, o perito) ou a coisa (qualquer coisa que tenha vestígios do crime, uma carta ou documento, por exemplo) de quem ou de onde promana a prova¹³.

Vale dizer desde logo, no tocante ao reconhecimento, como bem relatado por Tomé Lopes, esse se refere a um meio de prova, pois é capaz de formar elemento de prova, uma vez que produzido sob o crivo do contraditório¹⁴.

No que concerne à finalidade da prova, para Nucci, traduz-se na produção do convencimento do juiz referente à verdade processual, seja conforme a realidade ou não, em suma, é a verdade possível de ser alcançada¹⁵.

Já Lopes Jr., esclarece que o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, intenciona-se obter condições para a atividade recognitiva do juiz sobre um fato passado, ressaltando que o conhecimento decorrente desse fato irá legitimar a sentença a ser proferida¹⁶.

Cabe destacar, ademais, que toda e qualquer atividade probatória no âmbito do processo penal deve ser orientada por princípios indissociáveis de um processo constitucionalmente adequado, sendo relevante uma análise principiológica.

3.2 PRINCÍPIOS E GARANTIAS APLICÁVEIS À ATIVIDADE PROBATÓRIA

⁶ LOPES JR.; Aury; FELIX, Yuri. Editorial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156. ano 27, p. 19-21. Ed. RT, junho 2019, p. 19.

⁷ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 405.

⁸ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 583.

⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3, p. 215.

¹⁰ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 405-406.

¹¹ 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. 4.

¹² TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova**. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro, p.4.

¹³ RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 409.

¹⁴ TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova**. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro, p.6.

¹⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 16.

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

Em que pese a amplitude do tema, parece essencial uma breve introdução acerca dos princípios e garantias que devem ser observados no âmbito da persecução penal, mormente na atividade probatória para, ao final, uma análise da conformação do caso em exame à luz das diretrizes fundamentais da atividade do Estado ao buscar a punição de eventual transgressor.

Por certo, não há consenso na doutrina acerca do rol de princípios aplicáveis no âmbito do Processo Penal, porém alguns deles não deixam dúvida quanto à necessidade de sua observância.

Inicialmente, deve ser destacada a Garantia da Jurisdição, a qual se expressa no axioma *nulla poena, nulla culpa sine iudicio* - não há imposição de pena sem processo¹⁷. Feitoza salienta que a jurisdição sempre foi e continua a ser o instituto essencial e decisivo do direito processual, na qual gravitam em seu torno os demais institutos processuais¹⁸.

Nesse contexto, levando-se em consideração a necessidade de submissão à chancela jurisdicional a certeza quanto à autoria delitiva, é fundamental compreender, consoante ensina Lopes Jr., a distinção entre “atos de investigação” e “atos de prova”. Os primeiros, realizados na investigação preliminar, servem para a formação da *opinio delicti* do acusador, para formar um juízo de probabilidade e não a certeza do juiz para o julgamento, não se referem a uma afirmação, mas a uma hipótese. Ao contrário, os atos de prova (também conhecidos como meios de prova), podem ser considerados pelo juiz ao proferir sua decisão e formam elementos de prova¹⁹.

Não menos importante é a garantia do devido processo legal, prevista na Lei Magna brasileira, artigo 5º, inciso LIV²⁰, segundo a qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Tal garantia irradia-se para todos os demais princípios processuais, pois o cumprimento dela depende da efetiva realização de todos os outros²¹. De fundamental importância é a sua observância no processo penal, não apenas por seu *status* constitucional, garantia fundamental do indivíduo, mas sim porque a realização de um processo indevido nessa seara importa a restrição de direito tão caro a qualquer um, a liberdade de locomoção, a qual pode ocorrer ainda no curso da persecução, de forma cautelar, mesmo em um sistema que adota a inocência como presunção.

Note-se que, com a Constituição Federal de 1988, o Princípio da Presunção de Inocência passou a constar no artigo 5º, inciso LVII, e prevê que *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*. Para Lopes Jr., a essência da presunção de inocência pode ser resumida como: “*dever de tratamento e regra de julgamento*”²². Esse dever de tratamento deve atuar tanto na dimensão interna do processo (efetivo tratamento do réu como inocente, não (ab)usando das medidas cautelares, bem como conferindo a carga probatória integralmente ao órgão acusador), como na dimensão externa (impondo limites à estigmatização do acusado e à publicidade abusiva). No tocante à regra de julgamento, o presente princípio impõe que a absolvição seja o critério obvio diante da dúvida judicial²³, através do *in dubio pro reo*²⁴.

¹⁷ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 59.

¹⁸ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p.134.

¹⁹ 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. 13.

²⁰ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 abr. 2020

²¹ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 144.

²² LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 354.

²³ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, p. 354-355.

²⁴ *In dubio pro reo*: no processo penal não há distribuição de cargas probatórias, o que existe é a atribuição ao acusador em provar que alguém cometeu um crime, proibindo o juiz de condenar um indivíduo cuja

Como explica Brasileiro de Lima, é o direito de não ser tido como culpado a menos que findo o devido processo legal, pelo qual o acusado tenha usufruído de todos os meios de prova pertinentes à sua defesa e refutado as provas apresentadas pela acusação²⁵. Em sua obra, o autor destaca as diversas normativas internacionais nas quais o consagrado princípio foi positivado²⁶.

Consectários lógicos de um processo devido, o contraditório e a ampla defesa são, também, garantias constitucionais²⁷ intimamente relacionadas. A diferenciação entre elas assume especial relevância no campo das nulidades, visto que pode haver violação de uma sem que a outra seja transgredida²⁸.

Lopes Jr. aduz que o contraditório deve ser visto como o direito de participar, de ser informado de todas as manifestações (atos) desenvolvidas no *iter procedimental* e assim manter uma contraposição em relação à acusação. Outrossim, especialmente acerca de provas, a referida garantia constitucional deve ser pontualmente observada nos quatro momentos da prova: postulação, admissão, produção e valoração²⁹.

A ampla defesa, por sua vez, realiza-se por meio da defesa técnica, da autodefesa, da defesa efetiva e, por fim, por qualquer meio de prova hábil a demonstrar a inocência do acusado³⁰. Ademais, salienta-se que a defesa pessoal, exercida pelo investigado, é disponível e pode ser positiva (fazer/falar) ou negativa (não fazer/calar)³¹.

E em sede de defesa deve ser salientado o princípio do *nemo tenetur se detegere*, o qual se apresenta de suma importância para a formulação de um processo devido, mormente no caso objeto de análise e levando-se em conta as circunstâncias do reconhecimento pessoal realizado, na medida em que ele assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar ou de não participar da produção de prova que possa reverter contra si. A mais conhecida manifestação do referido princípio é o direito ao silêncio, contudo, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal e como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais abrangente³².

Cumpra salientar que sua aplicação na produção dos meios de prova que não implicam intervenção corporal e comportamento ativo do investigado, como é o reconhecimento pessoal, ainda é polêmica³³. Segundo Lopes Jr. e Zucchetti Filho, nenhuma dúvida existe no que

culpabilidade não tenha sido completamente provada (*nulla accusatio sine probatione*). Referente ao *in dubio pro societate*, inexistente dispositivo legal que o recepcione. (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 417-418).

²⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017, p. 43.

²⁶ Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (artigo 9º); Declaração universal de Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia da ONU, artigo 11.1, “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa*”; Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, artigo 6.2; Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, artigo 14.2; e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Dec.678/92, artigo 8º, § 2º): “*Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa*”. (LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único, p. 43).

²⁷ O artigo 5º, LV, da **Constituição Federal** assegura que *os litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*. (BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 abr. 2020)

²⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 67.

²⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 363-364.

³⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 47.

³¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 418.

³² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra si Mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

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. 63.

concerne ao oferecimento de recusa à participação, na medida em que possui o direito de não produzir prova contra si³⁴.

De outro lado, há quem sustente a inaplicabilidade do aludido princípio em casos em que não demandem comportamento ativo do acusado, ou seja, quando ele for considerado apenas objeto de prova. Para Tomé Lopes³⁵, sob o argumento de encontrar um equilíbrio entre a eficiência e o garantismo, é possível obrigar o investigado a participar do ato de reconhecimento (sob pena de condução coercitiva). Queijo³⁶ discorre que havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução estaria fadada ao fracasso.

Claro, apesar da divergência e não se olvidando do entendimento da Suprema Corte³⁷, que entendeu inconstitucional a condução coercitiva, nos termos do artigo 260 do Código de Processo Penal³⁸, apenas para interrogatório, parece razoável considerar que, em um processo devido, afastar a observância de tal princípio seria ilógico, quiçá inconstitucional.

Nesse sentido, leciona Lopes Jr. e Zucchetti Filho:

É um imenso reducionismo imaginar ou sustentar que uma pessoa possa ser retirada a força de casa, obrigada a participar de um ritual constrangedor de produção de provas contra seu interesse e vontade, sem que isso configure uma afrontosa violação do seu direito de defesa negativo, de não autoincriminação e de não produção de provas contra sua vontade³⁹.

Mormente porque, como se poderá concluir ao final, adotado tal entendimento, as irregularidades que se pretende pontuar no presente artigo não seriam verificadas e, com isso, inocentes não seriam chamados à Justiça para responder por um crime que se concluiu, ao final, não terem sido eles os autores. Ademais, diante da negativa do imputado, cumpre ao órgão acusador buscar outros elementos que possam embasar sua acusação⁴⁰.

No entanto, o princípio do *nemo tenetur se detegere* não é respeitado na prática jurídica no que toca ao reconhecimento, pois é ele determinado coercitivamente, ou seja, mesmo que contra a vontade do suspeito⁴¹.

De outro lado, no que toca ao princípio do livre convencimento motivado, o magistrado é livre para formar seu convencimento de acordo com as provas produzidas nos autos, as quais têm legal e abstratamente o mesmo valor, contudo deve explicar em que elementos fundou seu convencimento⁴² (artigo 155 do CPP⁴³). Ademais, a decisão prolatada pelo magistrado, mesmo

³⁴ LOPES JR., Aury; ZUCCHETTI FILHO, Pedro. O Direito do Acusado de Não Comparecer ao Reconhecimento Pessoal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/limite-penal-direito-acusado-nao-comparecer-reconhecimento-pessoal> Acesso em: 27 abr. 2020.

³⁵ 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. 65.

³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra si Mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 287.

³⁷ (Vide ADPF 395)(Vide ADPF 444)

³⁸ Art. 260 do CPP: Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. (BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 18 mar. 2020).

³⁹ LOPES JR., Aury; ZUCCHETTI FILHO, Pedro. O Direito do Acusado de Não Comparecer ao Reconhecimento Pessoal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2019.

⁴⁰ LOPES JR., Aury; ZUCCHETTI FILHO, Pedro. O Direito do Acusado de Não Comparecer ao Reconhecimento Pessoal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2019.

⁴¹ LOPES JR., Aury; ZUCCHETTI FILHO, Pedro. O Direito do Acusado de Não Comparecer ao Reconhecimento Pessoal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2019.

⁴² FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7.ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 745.

⁴³ Art. 155, do CPP, diz que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos

que independente da prova tarifada, precisa estar ligada à prova válida e lícita, produzida perante as partes e orientada pela estrita legalidade⁴⁴.

De fato, nos termos do artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, vige o princípio da liberdade probatória, segundo o qual somente são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos; assim, conforme esclarece Feitoza: “os altos ‘valores’ em jogo no processo penal – de um lado, a segurança pública, depende da efetividade do direito penal e, de outro lado, a liberdade do réu qualificada pela liberdade constitucional – acarretaram, no modelo processual brasileiro, a mais ampla liberdade probatória”.⁴⁵

3.3 AS PROVAS E A VERDADE NO PROCESSO PENAL

Como já salientado, o sentido da ação de provar algo é transmitir às partes, mormente ao Estado-Juiz, fatos passados, a reconstrução da história em busca de uma pretensa verdade, tema ainda nebuloso e que encontra significativa divergência na doutrina.

Segundo Di Gesu, prova e verdade são temas profundamente ligados, principalmente porque, para muitos autores, o propósito do processo ainda é a busca pela verdade, por meio das provas⁴⁶. Contudo, tais autores, ao abordarem a epistemologia da prova, falham ao desconsiderar as bases e as categorias jurídicas próprias do processo penal, atingindo, inclusive, o lugar que o magistrado ocupa no processo e legitimando o decisionismo, uma vez que flexibiliza as regras do devido processo⁴⁷.

Conforme ensina a doutrina, a ideia de que o processo penal busca a mitológica “verdade real” é uma artimanha engendrada nos meados da inquisição, vinculada ao interesse público com sistemas políticos autoritários; a busca da verdade a qualquer custo chegou a legitimar as maiores atrocidades, incluindo a tortura em determinados momentos históricos⁴⁸.

Nessa senda, Pacelli de Oliveira explica que talvez o maior mal deixado pelo princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que culminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal, trazendo a crença de que a “verdade” estaria ao alcance do Estado, logo justificando sua perseguição no processo penal⁴⁹.

Ademais, comete um erro quem refere a verdade “real” tratando-se de um fato passado, histórico⁵⁰. Conforme Lopes Jr. e Gloeckner, “o real só existe no presente. O crime é um fato passado, reconstruído no presente, logo no campo da memória, do imaginário. A única coisa que ele não possui é um dado de realidade”⁵¹.

Assim, no processo penal passou-se a sustentar a legitimidade da verdade formal ou processual⁵², a qual é mais reduzida no que diz respeito ao seu conteúdo informativo, por

informativos *colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas*. (BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 18 mar. 2020).

⁴⁴ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 418.

⁴⁵ FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010, p. 742.

⁴⁶ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 88.

⁴⁷ 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> Acesso em: 17 jun. 2020.

⁴⁸ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 303.

⁴⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 333.

⁵⁰ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**, p. 306.

⁵¹ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**, p. 306.

⁵² LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**, p. 304.

respeitar as regras para a obtenção da prova e por não ter a pretensão de ser a verdade⁵³. Para Ferrajoli, a verdade processual pode ser entendida como uma verdade aproximada, limitada⁵⁴. Outrossim, a relevância do formalismo se dá ao nortear (regular) os limites judiciais e amparar a liberdade do indivíduo frente a verdades substancialmente arbitrárias ou incontroláveis⁵⁵.

Mas alerta Lopes Jr. que desconstituir o mito da verdade real não é suficiente, também é preciso questionar a “verdade processual”, especialmente, a “ambição pela verdade”. Segundo Carnelutti, o problema é a verdade, na medida em que “a verdade está no todo, não na parte, e o todo é demais para nós”⁵⁶.

Não se trata de negar a verdade no processo penal, mas sim de discutir qual é o “lugar” que ela ocupa, deslocando-a para outra dimensão, em que ela é contingencial e não estruturante do processo⁵⁷. No mesmo sentido posiciona-se Badaró quando afirma a necessidade de se abandonar a dicotomia verdade formal e verdade material, que, para o autor, muito mais tem contribuído para equívocos do que para construções válidas⁵⁸.

Oportuno destacar que o processo é o ambiente no qual se desenvolvem diálogos, discursos e se narram fatos, assim as provas servem para obter, dentro das regras do jogo, o convencimento do juiz, que faz ao final (sentença) a eleição dos significados de cada discurso para a construção do seu; a sentença não é a revelação da verdade, mas uma manifestação do convencimento do magistrado formado em contraditório⁵⁹.

Na mesma linha, segundo Khaled Jr. e Divan, “a atividade probatória não pode ter como referencial a verdade correspondente (real, material, substancial ou relativa) ou a verdade formal, pois ambas se mostram insuficientes para explicar no que consiste a dimensão cognitiva do processo”. Para eles, um ponto primordial é ignorado por ambas as posições: o fato de o juiz ser o destinatário da prova⁶⁰.

Observa Pacelli de Oliveira que o processo penal produzirá uma *certeza do tipo jurídica*, a qual, em regra, nunca se saberá se corresponde ou não à verdade da realidade histórica⁶¹.

Por fim, como muito bem destaca Di Gesu, a desconstrução do mito da verdade como escopo do processo é de suma importância para o estudo da existência das falsas memórias no processo penal. Os relatos, recordações e reconhecimentos de vítimas e testemunhas de um fato delituoso estão sujeitos a contaminações de várias ordens, não são fidedignos à realidade por conta do próprio processo mnemônico em si. Assim, devido à impossibilidade de reconstrução do fato tal qual ele ocorre, inviável seguir falando em verdade no processo⁶².

Logo, conforme defendido pelos doutrinadores Lopes Jr. e Gloeckner, face ao excesso epistêmico da “verdade”, o que interessa é o convencimento construído a partir das provas produzidas e inseridas legalmente no processo, com o rigoroso respeito as regras do devido

⁵³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 92.

⁵⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 42.

⁵⁵ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 305.

⁵⁶ CARNELUTTI, 1965 *apud* LOPES JR., 2019, p.375.

⁵⁷ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 377.

⁵⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. Revista dos Tribunais, 2003, p.36.

⁵⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 419.

⁶⁰ KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no Processo Penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, ano 27, p. 395-423. Ed. RT, junho 2019, p. 412.

⁶¹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 328.

⁶² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**, p. 92.

processo legal (princípio que por vezes limita a busca pela “verdade”), refutando-se as provas ilícitas⁶³.

Com efeito, no processo penal, na tensão entre a busca da verdade e o respeito as regras do *due processo of law*, inquestionável concluir que o que vale é a regra, independente da gravidade ou relevância do conteúdo⁶⁴. Mesmo porque, no caso em estudo, constatar que a “verdade” formada no processo por um reconhecimento mal conduzido sem observância da norma, e apresentado ao juiz, destinatário da prova, gera efeitos por vezes irreversíveis e resulta na condenação de inocentes, pois nem sempre elementos outros de prova serão suficientes para afastar a formulação de autoria por apontamento delitivo equivocado.

Na dicção de Ávila, “as falsas memórias existem, possuem repercussão crucial (inclusive judicial) e são de difícil identificação, pois quem relata crê verdadeiramente em sua versão⁶⁵”.

Eis, portanto, a importância de uma nova visão acerca do reconhecimento pessoal.

4 O RECONHECIMENTO PESSOAL

Inicialmente, deve-se esclarecer que o reconhecimento pode ser pessoal ou de coisas⁶⁶, sendo objeto do presente estudo apenas o reconhecimento pessoal. Para Zucchetti Filho, o procedimento mais frequentemente utilizado é o reconhecimento pessoal, o qual se baseia na busca pela individualização do criminoso enquanto as autoridades responsáveis pela investigação ainda não identificaram ou possuem dúvidas a respeito de quem seja o imputado⁶⁷.

Camargo Aranha define o reconhecimento como um meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual uma pessoa é chamada para analisar e confirmar ou não a identidade de um indivíduo ou coisa que lhe é apresentado(a) com outro(a) que viu no passado⁶⁸.

A lei adjetiva determina, no artigo 226⁶⁹, uma forma específica para se produzir a prova, contudo sua redação é, ainda, a de sua edição no ano de 1941. Assim, compreende-se sua defasagem em relação aos achados científicos mais atuais acerca do reconhecimento⁷⁰.

⁶³ LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 316.

⁶⁴ 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> Acesso em: 17 jun. 2020.

⁶⁵ 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.

⁶⁶ O artigo 227 do CPP expressa que *no reconhecimento de objeto, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no artigo anterior, no que for aplicável*.

⁶⁷ ZUCCHETTI FILHO, Pedro. **Reconhecimento Pessoal: Procedimento Penal e Aportes Psicológicos**. 2020. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p.38.

⁶⁸ ARANHA, 1999 *apud* QUEIJO, 2012, p. 300.

⁶⁹ Artigo 226, do CPP: Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma: I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida; II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la; III - se houver razão para recear que a pessoa chamada para o reconhecimento, por efeito de intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa que deve ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela; IV - do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais.

⁷⁰ 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. 35. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

Soma-se a isso que, como explica a doutrina, sendo o reconhecimento de pessoas um processo de memória, as identificações feitas por vítimas/testemunhas podem não ser confiáveis. A memória não retém os registros como uma máquina fotográfica ou filmadora, podendo esses registros sofrerem perdas e distorções. O ato de reconhecimento de uma pessoa estranha, a qual por inúmeras vezes foi vista em condições precárias – pouca luz, de forma rápida ou à distância - é uma dura tarefa para a nossa memória, uma vez que muitas vezes sentimos dificuldades de reconhecer um conhecido que não vemos há algum tempo ou encontramos essa pessoa em um contexto diferente⁷¹.

Por outro lado, não fosse o bastante o atraso da legislação e as dificuldades inerentes ao reconhecimento, porque dependente da memória e, portanto, sujeito a falhas, o que se observa é que a prática nem sempre está alinhada à técnica prescrita.

E Espinola Filho⁷² alerta: o reconhecimento de pessoas deve ser feito com a maior seriedade e rigor técnicos. Entretanto, conforme aponta Nucci, observa-se na prática forense um verdadeiro desprezo à forma legalmente estabelecida, podendo-se dizer que raramente a vítima reconhece o acusado nos termos preceituados no Código de Processo Penal⁷³.

Faz-se oportuno, então, sejam destacadas as formas e procedimentos atinentes ao reconhecimento de pessoas.

4.1 RECONHECIMENTO DE PESSOAS: FORMAS E PROCEDIMENTOS

O reconhecimento de pessoas, como dito, está regrado no artigo 226 do Código de Processo Penal e, como se observa, a legislação brasileira adota o ato de reconhecimento pessoal por alinhamento e não prevê, expressamente, o reconhecimento por fotografia, muito embora a prática releve sua comum utilização.

Segundo Zucchetti Filho, o reconhecimento fotográfico ocorre de forma corriqueira durante a fase de investigação preliminar⁷⁴. Como observa Lopes Jr., o reconhecimento do imputado por fotografia não é pacífico na doutrina ou na jurisprudência, contudo posiciona-se no sentido de que somente pode ser utilizado como ato preparatório ou instrumento-meio, substituindo a descrição prevista no artigo 226, I, do CPP⁷⁵. Há, ainda, quem entenda que os reconhecimentos fotográficos (reconhecimento atípico) são vedados e devem ser evitados, sendo a exceção em situações de “estado de necessidade investigativo”⁷⁶. Também não se desconhece o entendimento quanto à possibilidade de sua utilização. Conforme explica Malpass:

O alinhamento fotográfico é inclusive mais recomendado por facilitar a fundamental realização do teste de adequação e equilíbrio do alinhamento. [...] um banco digital de

⁷¹ 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. 67. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

⁷² ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965, p.140.

⁷³ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p.116.

⁷⁴ 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.

⁷⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 490-491.

⁷⁶ 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.

fotografias, por exemplo, permite uma escolha mais precisa daqueles que comporão o alinhamento juntamente com o suspeito⁷⁷.

De qualquer sorte, seguindo as disposições legais, em uma breve análise do artigo 226 verificamos que o inciso I, ao prever a necessidade de prévia descrição do imputado pela vítima/testemunha, busca verificar o grau de conhecimento interno que o reconhecedor possui do ofensor⁷⁸, se ela possui o mínimo de fixidez para proceder ao ato de reconhecimento, ou seja, se guarda o núcleo central da imagem da pessoa⁷⁹.

Zucchetti Filho destaca que esta é uma fase necessária e com alto grau de prejuízo quando não observada, posto que, diante da inexistência de um treinamento técnico adequado, pode, mesmo que inconscientemente, questionar o reconhecedor de forma sugestiva. Visa-se reprimir a atuação ativa do policial condutor. Outrossim, neste momento, a vítima/testemunha deve descrever os detalhes de que recorda, tais como idade aproximada, cor da pele, do cabelo, estatura, eventuais tatuagens ou debilidades observadas. Tal providência é fundamental para que a autoridade policial possa aferir a existência de um grau razoável de segurança do ato, aduz o autor⁸⁰.

Também para se avaliar o grau de autenticidade de um reconhecimento, deve-se questionar ao reconhecedor acerca das condições de luminosidade no local dos fatos, das vestes do autor do delito, do tempo de contato, se foi próximo ou distante, bem como seu estado de ânimo no momento dos fatos e se chegou a ver a imagem da pessoa nos jornais, foto ou algum outro ponto de identificação⁸¹.

Alguns doutrinadores, como Tomé Lopes, posicionam-se no sentido de que, se nesta primeira fase do reconhecimento for identificado indivíduo completamente diferente daquele a ser submetido ao reconhecimento, não deve seguir para as próximas etapas⁸².

Outrossim, o procedimento previsto no inciso II⁸³ do supracitado artigo, é o que tem apresentado maior dissídio na história recente, como aponta Zucchetti Filho⁸⁴.

No que concerne às semelhanças físicas, Lopes Jr. sustenta que a autoridade que conduzir o ato deve possibilitar a formação do ato de reconhecimento com sujeitos que possuem características físicas próximas, por exemplo, estatura, cor de cabelo e pele, ressaltando a importância das roupas utilizadas para que não exista discrepâncias absurdas entre os indivíduos submetidos ao procedimento, tudo para que o nível de indução seja o menor possível⁸⁵.

Ademais, em relação ao número de pessoas participantes, o Código de Processo Penal brasileiro também é omissivo. Para a doutrina, objetivando-se uma maior credibilidade do ato e

⁷⁷ MALPASS, 2015 *apud* STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de., 2015, p. 30.

⁷⁸ 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. 123.

⁷⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 487.

⁸⁰ ZUCCHETTI FILHO, Pedro. Reconhecimento de Pessoas: Ponderações Acerca do Artigo 226 do Código de Processo Penal e do Reconhecimento Fotográfico, p. 123.

⁸¹ 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. 52.

⁸² TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova**. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro, p. 53.

⁸³ Artigo 226, do CPP, inciso 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.

⁸⁴ ZUCCHETTI FILHO, Pedro. Reconhecimento de Pessoas: Ponderações Acerca do Artigo 226 do Código de Processo Penal e do Reconhecimento Fotográfico, p. 124.

⁸⁵ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 490.

redução da margem de erro, indica-se que o número de pessoas não seja inferior a cinco, sendo o imputado e mais quatro outros indivíduos⁸⁶.

No que tange aos incisos III e IV⁸⁷ do dispositivo legal em exame, o primeiro tem por objetivo impedir que o investigado veja o reconhecedor em circunstâncias que a este possam ser constrangedoras e garantir que a vítima/testemunha não passe qualquer tipo de pressão ou ameaça. Por derradeiro, o inciso IV versa acerca da confecção do auto de reconhecimento pormenorizado do procedimento. A importância desse registro funciona de modo a atestar a veracidade do ato, bem como a voluntariedade da indicação fornecida pelo reconhecedor em relação a esse ou aquele suspeito⁸⁸. Tomé Lopes indica a importância de constar na referida certidão a presença ou não de advogado, a quantidade de indivíduos participantes e a indicação de suas semelhanças, a localização do suspeito, bem como os dados de identificação apresentados pelo reconhecedor antes de iniciado o ato e, por fim, a resposta do reconhecimento⁸⁹.

Na lição de Lopes Jr., as referidas cautelas, longe de serem inúteis formalidades, formam condições mínimas de credibilidade do instrumento probatório, repercutindo na qualidade da tutela jurisdicional, assim como na credibilidade do sistema judiciário⁹⁰.

Ainda, conforme disciplina o artigo 228 do Código de Processo Penal⁹¹, em sendo várias as pessoas a identificar o indivíduo, o ato deverá ser realizado separadamente, evitando qualquer comunicação entre os reconhecedores. Conforme Zucchetti Filho, a incomunicabilidade entre as vítimas/testemunhas é de extrema importância para evitar que ambas percam a sinceridade dos seus relatos e haja contaminação involuntária, visto que suas memórias e percepções do fato e do autor do delito são diversas, ainda que tenham compartilhado da mesma experiência⁹². Como Stein sinaliza: “cada testemunha possui uma representação mental única do evento”⁹³.

Feitas essas considerações, mostra-se importante a análise das técnicas de reconhecimento por alinhamento (seja pessoalmente ou por imagens), de acordo com as pesquisas da psicologia do testemunho, quais sejam, o simultâneo e o sequencial⁹⁴.

O reconhecimento simultâneo consiste em apresentar à vítima ou testemunha um conjunto de indivíduos ou fotos alinhadas ao mesmo tempo. Nesta técnica, as pesquisas mostram que os reconhecedores acabam por fazer comparações entre os integrantes do

⁸⁶ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 489.

⁸⁷ Inciso III, do art. 226, do CPP: 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.

⁸⁸ 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.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 490.

⁹¹ Art. 228, do CPP: 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.

⁹² ZUCCHETTI FILHO, Pedro. **Reconhecimento Pessoal: Procedimento Penal e Aportes Psicológicos**. 2020. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020, p. 139-140.

⁹³ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 219.

⁹⁴ 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. 28. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

alinhamento, em oposição a buscar na memória as lembranças das características do autor do delito. Ademais, existe uma grande possibilidade que nos casos em que o suspeito não se encontra presente ocorra a tendência de a vítima escolher erroneamente o indivíduo que mais se assemelha com o verdadeiro suspeito⁹⁵.

Por outro lado, no alinhamento sequencial – hipótese em que a vítima analisa cada pessoa ou foto separadamente, uma de cada vez – ela precisa usar o julgamento incondicional da memória para recordar do criminoso e não a comparação com todos os presentes, visto que necessita, a cada apresentação, tomar a decisão antes de poder visualizar o próximo⁹⁶. Contudo, os pesquisadores ainda apontam que, apesar das evidências de que o alinhamento sequencial resultaria em menor número de falsos reconhecimentos, esta técnica deve ser vista com reservas, na medida em que há estudos apontando que, em casos em que o reconhecedor ainda não escolheu nenhum suspeito, no final da apresentação acabam por flexibilizar as evidências da sua memória para escolher algum dos suspeitos⁹⁷. Outro ponto sensível seria que a vítima/testemunha fica muito mais propensa a sugestões do agente condutor do ato (intencionalmente ou não), por exemplo, através de um ruído ou tosse do policial⁹⁸.

Para Stein e Ávila, independente de qual das técnicas utilizadas, existem algumas normas básicas a serem observadas, dentre elas a condução do reconhecimento “às cegas”, forma pela qual o profissional que conduz o ato, além de ser qualificado para tal procedimento, não deve ter o conhecimento sobre quem é o suspeito, seja na apresentação de fotos ou no reconhecimento pessoal. A doutrina aponta que, tendo o policial ciência de quem é o suspeito, ele pode vir a demonstrar isso quando da apresentação para reconhecimento, mesmo que de forma não intencional. Tal cuidado é chamado de *double-blindness* (cegueira dupla - nem policial e nem testemunha sabem quem é o suspeito)⁹⁹.

Há, ainda, o reconhecimento conhecido por “*show-up*”, caso em que somente um suspeito é apresentado à vítima/testemunha para que faça o reconhecimento, sendo muitas vezes utilizado quando a polícia tem praticamente certeza que a pessoa é culpada, quando o suspeito for conhecido da testemunha ou quando o suspeito é preso em flagrante. Importa salientar que, mesmo nessas condições, de forma alguma o suspeito deve ser apresentado em um contexto sugestivo, a saber, aparecer dentro de uma viatura ou estar algemado ao lado de policiais¹⁰⁰. Nas palavras de Lopes Jr., “não é reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima virar e reconhecer o réu (único presente e algemado...) pois descumpra a forma e é um ato induzido”¹⁰¹. O autor refere ao “reconhecimento” em juízo, contudo se aplica à identificação realizada em via pública, com o suspeito algemado e sendo o único a ser apresentado às vítimas, tal como o caso em estudo.

De acordo com a pesquisa coordenada Stein, a polícia militar, ao localizar um suspeito que se enquadre nas características apresentadas pela vítima, realiza, de forma rotineira na fase

⁹⁵ 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. 28. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

⁹⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (2015). **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 28.

⁹⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (2015). **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 28.

⁹⁸ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (2015). **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 28.

⁹⁹ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (2015). **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 29.

¹⁰⁰ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 28.

¹⁰¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 489.

pré-investigativa, uma identificação prévia, a qual, devido à sua repercussão, pode ser tratada como verdadeiro reconhecimento¹⁰².

Tal procedimento pode ser subdividido em: (i) reconhecimento na viatura: ocorre quando vítimas e testemunhas são colocadas dentro do veículo da viatura e saem pelas ruas a procurado do autor do delito, indicando caso os identifiquem, caso em que o “reconhecimento” é feito do interior do veículo; (ii) reconhecimento via celular ou *whatsapp*: essa forma de “reconhecimento” geralmente acontece de duas formas, o suspeito é fotografado pelo policial em seu telefone particular, sendo posteriormente mostrada a imagem do indivíduo à vítima ou o agente público compartilha a fotografia nos grupos de *whatsApp* dos policiais; e (iii) reconhecimento na rua: desta maneira o suspeito é apresentado pessoalmente, na rua, às vítimas e testemunhas. Nas três formas expostas, mediante “reconhecimento” positivo, a polícia militar encaminha os envolvidos para a Polícia Civil¹⁰³.

De acordo com Stein e Ávila acerca do *show-up*.

Como vimos em nossa análise da literatura científica, esta é a forma de reconhecimento que mais expõe a vítima/testemunha à possível distorção de sua memória para o verdadeiro suspeito. A adoção da prática de reconhecimento através de *show-up* pode, inclusive, ter como potencial consequência a implantação de uma falsa memória na testemunha sobre a identidade do ator do delito¹⁰⁴.

Ocorre, contudo, conforme se pretende demonstrar, que tais procedimentos utilizados para fins de reconhecimento na fase pré-investigativa podem conduzir a equívocos, seja porque realizados sem observância dos requisitos legais, seja porque podem sugerir à identificação de terceiro estranho aos fatos. Nas palavras de Altavilla “a experiência passada, que deixou suas impressões na nossa memória, completa continuamente a experiência presente”¹⁰⁵.

Por isso, como bem aponta o trabalho coordenado por Stein, “os especialistas são unânimes em não recomendar a técnica de *show-up*, em função da grande margem de erro de reconhecimento”¹⁰⁶.

Cumprе ressaltar que, sendo o reconhecimento um meio de prova que possui um procedimento legal para a sua realização, deverá este obrigatoriamente ser respeitando, sob pena de ser reconhecida sua nulidade¹⁰⁷, sendo, inclusive, assim reconhecida pelo artigo 564, inciso IV, da Lei Adjetiva¹⁰⁸. E, como salienta a nominada autora, reconhecida a nulidade, com o desentranhamento da prova dos autos, e entendendo o ato como meio de prova irrepitível, cabe ao Estado buscar a identificação por outros meios¹⁰⁹.

¹⁰² 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. 50. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

¹⁰³ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 50.

¹⁰⁴ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 50.

¹⁰⁵ ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981, v. I, p. 28.

¹⁰⁶ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 28.

¹⁰⁷ 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. 101.

¹⁰⁸ Art. 564, do CPP: A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: IV - por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.

¹⁰⁹ TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova**. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro, p. 103.

Causa perplexidade, contudo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰ no sentido de que a inobservância das disposições constantes do art. 226 do Código de Processo Penal não importam nulidade, sob alegação de tratar-se de mera recomendação legal.

Tal entendimento afasta norma legal, além de trazer inegável prejuízo ao suspeito, pois como se observou no caso objeto de estudo do presente trabalho, um falso reconhecimento afeta sobremaneira a vida de qualquer cidadão, sobretudo em sua liberdade individual, ainda que, ao final, sobrevenha a sentença absolutória.

Não por outra razão Lopes Jr. chama a atenção para o nível de (in)observância por parte dos juízes e delegados da forma prevista em lei e assevera que, partindo da premissa de que “forma é garantia, não há espaço para *informalidades judiciais*”¹¹¹.

Por isso a necessidade de observância das regras legais, pois há possibilidade de que uma pessoa detida e submetida ao referido “reconhecimento na rua”, pela técnica de *show-up*, apenas por apresentar características semelhantes, mesmo sendo totalmente estranha ao evento criminoso, seja denunciada e processada por crime de que não participou e, em juízo, ser formalmente reconhecida, mas porque a vítima e/ou testemunhas foram sugestionadas a isso.

Como explica Altavilla:

A sensação, ao tornar-se percepção, é posta em correlação com as recordações latentes de outras sensações análogas, que podem fazer-nos cair no erro de reconhecer no objeto que percebemos atributos de objetos percebidos anteriormente¹¹².

Assim, por envolver um conjunto de percepções subjetivas e comparação de experiências, o reconhecimento de pessoas, devido ao considerável risco de falsas memórias, deve ser rigorosamente monitorado¹¹³.

5 MEMÓRIA, FORMAÇÃO DAS FALSAS MEMÓRIAS E FALSOS RECONHECIMENTOS

Como se pode notar, o reconhecimento pessoal mostra-se complexo, pois dependente de um fator incerto: a falibilidade da mente humana. A memória, recurso indissociável do mencionado meio de prova, não raras vezes falha, dando azo a falsos reconhecimentos.

Falhas são preocupantes pois, na atualidade, o processo penal brasileiro tem utilizado o reconhecimento pessoal, assim como o testemunho, como os principais meios probatórios, sendo milhares os processos julgados unicamente com base nesses meios¹¹⁴. Por isso, torna-se

¹¹⁰AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO AOS CORREIOS. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO ART. 201 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECONHECIMENTO. ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECOMENDAÇÃO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRECEDENTES. INVERSÃO DO JULGADO. SÚMULA N.º 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE PRISÃO ILEGAL. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO REFUTADO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 283 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior “as disposições insculpidas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência absoluta, não se cuidando, portanto, de nulidade quando praticado o ato processual (reconhecimento pessoal) de modo diverso” (AgRg no AREsp 1.291.275/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, DJe 11/10/2018). [...] (AgRg no AREsp 1534916/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/02/2020, DJe 21/02/2020) [Grifei]

¹¹¹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 488.

¹¹² ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981, v. I, p. 26.

¹¹³ 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-policial-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais> Acesso em: 28 abr. 2020.

¹¹⁴ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 103.

preocupante imaginar que inúmeros processos se formam e conduzem a condenações com base em meio probatório tão propenso a erros, pois amparado em recurso sugestível: a memória. Ora, a memória é a essência do reconhecimento¹¹⁵.

Porém, antes de ingressarmos na questão das falsas memórias, são necessários breves apontamentos para melhor entendê-las, seja quanto ao normal funcionamento, seja em relação às suas potenciais falhas.

5.1 O FUNCIONAMENTO DA MEMÓRIA

Segundo Izquierdo, memória traduz-se na aquisição, formação, conservação e evocação de informações, essa última também é chamada de recordação, lembrança, recuperação. As memórias provêm de experiências e há tantas memórias quanto experiências possíveis.¹¹⁶

Ainda, aduz o autor que “existe um processo de tradução entre a realidade das experiências e a formação da memória respectiva; e outro entre esta e a correspondente evocação.” Para cada tradução, realizada através de processos e códigos utilizados pelos neurônios, ocorrem perdas ou mudanças. Afinal, traduzir não significa simplesmente conduzir a outro código, mas também transformar.¹¹⁷

As classificações acerca da memória são bem diversificadas, podendo ser de acordo com suas funções, tempo de duração, assim como pelo seu conteúdo¹¹⁸. Como explica a doutrina, existe a memória de curto prazo, também conhecida como memória funcional ou de trabalho, mantida por segundos ou minutos (por exemplo, lembrar de um número de telefone), bem como a memória de longo prazo ou memória consolidada, mantida por até décadas¹¹⁹. No que tange ao conteúdo, Di Gesu destaca dois grandes grupos de memórias, a saber, o da memória de procedimentos e o da memória declarativa¹²⁰.

A memória procedural está ligada à habilidade motora ou sensorial (andar de bicicleta, nadar, soletrar, etc.), contudo é a respeito da memória declarativa que interessa ao presente trabalho e para a compreensão do fenômeno da falsa memória, porquanto diz respeito a memória dos fatos, das pessoas, das faces, conceitos e ideias¹²¹; são chamadas declarativas, pois nós, os humanos, podemos “declarar” que existem e descrever como as adquirimos¹²².

As memórias declarativas de longa duração levam tempo para serem consolidadas e nas primeiras horas após sua aquisição são suscetíveis a diversas interferências¹²³. Conforme afirma Izquierdo “as memórias de longa duração não ficam estabelecidas em sua forma estável ou permanente imediatamente depois de sua aquisição”¹²⁴.

De acordo com a neurologia, há a possibilidade de modificação da memória entre a sua aquisição e a consolidação – devido a influências externas e internas – que nos levam a crer na alteração da lembrança da vítima entre o acontecimento do fato e o reconhecimento pessoal¹²⁵.

¹¹⁵ 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. 19. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

¹¹⁶ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582714928/cfi/6/20!/4/2/24/4@0:100>. Acesso em: 15 abr. 2020.

¹¹⁷ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. *E-book*.

¹¹⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 106.

¹¹⁹ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. *E-book*.

¹²⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**, p. 107.

¹²¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**, p. 107.

¹²² IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. *E-book*.

¹²³ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. *E-book*.

¹²⁴ IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. *E-book*.

¹²⁵ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**, p. 108.

Conforme trabalho coordenado por Stein, tanto o reconhecimento, quanto o testemunho, são testes de recuperação da memória e constituem-se, em sua essência, nas lembranças que a vítima/testemunha conseguiu registrar e resgatar acerca dos fatos ocorridos e o reconhecimento de seus personagens¹²⁶.

No caso do reconhecimento, as imprecisões das lembranças podem direcionar a um resultado equivocado de uma investigação ou até mesmo de um julgamento. Com sérias consequências para a sociedade, como a condenação de uma pessoa inocente.¹²⁷ Nesse contexto, importante apontar um levantamento norte americano, segundo o qual indica o reconhecimento equivocado por parte de testemunhas é a maior causa de condenações injustas nos EUA¹²⁸.

E o caso objeto do presente estudo é exemplo e corrobora aqui a falibilidade por influências externas da memória. Nosso papel é identificar pontos de tensão entre o procedimento legalmente previsto e as circunstâncias que podem conduzir a reconhecimentos infiéis decorrentes de falsas memórias.

5.2 FALSAS MEMÓRIAS E FALSOS RECONHECIMENTOS

Inicialmente, cabe referir que o conceito de falsas memórias e suas primeiras pesquisas remontam o final do século XIX e o início do século XX. Pesquisas específicas sobre o tema, foram conduzidas pelo francês Alfred Binet, em 1.900, e pelo alemão Stern, em 1910. Seus estudos versam sobre as características de sugestibilidade da memória, a saber, a incorporação e a recordação de informações falsas, sejam de origem interna ou externa (autossugerida e sugerida), as quais o sujeito lembra como sendo verdadeiras. Mais tarde, em 1.932, na Inglaterra, Frederic Charles Bartlett descreveu a recordação como sendo um processo reconstrutivo, baseado em estruturas mentais e no conhecimento geral prévio do indivíduo, salientando o papel da compreensão e a influência da cultura nas lembranças,¹²⁹ o que atualmente está superado, pois se atua com a memória a partir de uma representação aproximativa¹³⁰.

Já na década de 70 do século passado, Elizabeth Loftus mostrou que uma falsa memória pode derivar-se de uma sugestibilidade externa a uma falsa afirmação. Dependendo de como uma informação chegou até o indivíduo, é possível que ele acredite como verdadeiro um acontecimento falso¹³¹. Trata-se de uma inserção de uma informação não verdadeira em meio a uma experiência realmente vivenciada ou não, conduzindo ao chamado efeito “falsa informação”. A autora constatou e identificou a questão como ela é compreendida hoje¹³².

Elizabeth Loftus, referência mundial no tema falsas memórias, salienta o potencial que informações enganosas, assim como conversas e interrogatórios sugestivos, podem invadir

¹²⁶ 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. Acesso em: 04 abr. 2020.

¹²⁷ STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 18.

¹²⁸ Pesquisa realizada pela renomada organização norte-americana *Innocence Project*, 2015. (STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Avanços Científicos em Psicologia do Testemunho Aplicados ao Reconhecimento Pessoal e aos Depoimentos Forenses**, p. 18.).

¹²⁹ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 23-24.

¹³⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 128.

¹³¹ 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. 44.

¹³² DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**, p. 128.

nossa mente e alterar nossas recordações. Isso pode ocorrer até mesmo quando lemos ou assistimos uma reportagem da mídia sobre algum evento que podemos ter experienciado nós mesmos¹³³.

Nesse sentido, é preciso diferenciar esse tipo de memória de uma mentira deliberada. Como aponta Lopes Jr., as falsas memórias são aquelas em que a pessoa acredita realmente no que está descrevendo, tendo em vista que a sugestão é externa (pode até ser interna, mas de forma inconsciente), contudo a mentira difere-se desta, pois a pessoa tem conhecimento do seu espaço de invenção e manipulação. O autor destaca que ambas oferecem risco à confiabilidade da prova, porém a primeira é mais preocupante e mais difícil de se identificar, tendo em vista que tal manipulação é realizada inconscientemente.¹³⁴

Consoante ensina Stein, as falsas memórias não devem ser confundidas com mentiras ou fantasias, elas são, inclusive, muito próximas das memórias verdadeiras, tanto no que se referem a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. Elas se distinguem das memórias verdadeiras pelo fato de que as falsas memórias são compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou fatos que não ocorreram na realidade. Destaca, ainda, que “as falsas memórias são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória”¹³⁵.

As falsas memórias podem se originar de duas maneiras distintas, tanto devido a uma distorção endógena, quanto por uma falsa informação oferecida pelo ambiente externo; assim, classificando-as conforme a origem do processo de falsificação, são denominadas espontâneas e sugeridas. As primeiras, também denominadas de autossugeridas, são resultantes de distorções internas ao sujeito, consequência do processo normal de compreensão de um evento, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas. As falsas memórias sugeridas, por sua vez, dizem respeito àquelas que resultam de uma sugestão externa ao indivíduo, seja esta proposital ou não, cuja ocorrência está ligada à aceitação de uma falsa informação posterior ao evento ocorrido e à subsequente incorporação na memória original. Assim, após se presenciar um evento, transcorre um certo período no qual uma nova informação é apresentada como fazendo parte do evento original, quando na realidade não faz¹³⁶.

Nesse compasso, devemos lembrar que, no caso em estudo, os suspeitos foram apresentados à vítima e às testemunhas para realização de reconhecimento pessoal no local dos fatos, momentos após o ocorrido, com todo estigma de uma condução policial, o que, somado ao clamor popular por segurança que se formou no local, gerou situação que sugeriria terem sido eles os autores do delito.

Não se está, de modo algum, sustentando a ideia de uma acusação levemente, mas sim que as circunstâncias externas ao indivíduo influenciam o ato de reconhecer, a ponto de sugerir/incutir no ofendido a certeza de quem está reconhecendo.

E Stein assevera: as falsas memórias podem ser tão ricas em detalhes quanto as memórias verdadeiras, pois a relação confiança-acurácia da memória é fraca. Um reconhecimento correto, por exemplo, pode ter muita confiança, o mesmo pode ocorrer para reconhecimentos errôneos¹³⁷.

Existe uma crença, apesar de infundada em estudos científicos, que uma pessoa que

¹³³ LOFTUS, Elizabeth F. Criando falsas memórias. *Scientific American*, [S. l.], Sep. 1997. Disponível em: <http://www.oocities.org/athens/acropolis/6634/falsamemoria.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.

¹³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 477/478.

¹³⁵ STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 22.

¹³⁶ STEIN, Lilian Milnitsky. *Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas*, p. 25-26.

¹³⁷ 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. 24. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

vivenciou eventos emocionais nunca se esquecerá do fato, mantendo uma lembrança clara do que ocorreu e dos envolvidos. De fato, lembranças emocionalmente carregadas produzem memórias emocionais que tendem a ser bastante vívidas, mas não necessariamente precisas¹³⁸. O fato de lembrarmos mais de eventos emocionais não quer dizer que essas lembranças sejam imunes à distorção¹³⁹.

Embora se fale de memórias falsas (sugeridas ou espontâneas), não se quer afirmar que as demais lembranças sejam totalmente verdadeiras ou autênticas à realidade, porquanto o estudo sobre a memória não possibilita tal conclusão, como bem aponta Di Gesu¹⁴⁰.

De outra banda, deve ser destacado que a circunstância “tempo” também é de fundamental relevância para a fidedignidade do reconhecimento, pois este permite que informações desvançam na memória, provocando o esquecimento¹⁴¹.

Aliás, ao tratar do tempo e demais circunstâncias que influenciam no reconhecimento, Machado explica 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 indevidas¹⁴².

Por isso, não se pode, em nome de um rápido esclarecimento, desconsiderar-se os demais procedimentos de observância necessária para um correto reconhecimento, pois a emoção também é fator de influência na memória.

As emoções e o estado de ânimo, juntamente com o nível de consciência do indivíduo, são os maiores reguladores da aquisição, formação e evocação das memórias, como explica Di Gesu¹⁴³. Logo, mostra-se indispensável, na prática jurídica, não se ignorar sua estreita relação.

Por outra lado, deve ser destacada a expectativa da vítima ou testemunha. Lopes Jr., assevera que “as pessoas tendem a ver e ouvir aquilo que querem ver e ouvir”. Para além disso, os estereótipos culturais (como cor, classe social, sexo etc.) têm significativa influência na percepção dos delitos, conduzindo às vítimas a um reconhecimento em função desses estereótipos¹⁴⁴, geralmente nos crimes patrimoniais com violência, como é o exemplo no caso em análise, em que a raça e perfil socioeconômico são estruturantes de um estigma.

O mencionado autor destaca que no imaginário coletivo “o que é bonito, é bom”, logo, tende-se a reconhecer como criminoso a “cara mais feia”, dado que um rosto bonito e atraente possui traços de uma conduta mais socialmente desejável do que uma cara feia¹⁴⁵. E, no momento em que a testemunha é chamada para depor ou reconhecer, ela recupera o que recorda

¹³⁸ 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. 21. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

¹³⁹ STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 88.

¹⁴⁰ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 132.

¹⁴¹ 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.

¹⁴² 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-policial-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticas-criminais> Acesso em: 28 abr. 2020.

¹⁴³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**, p. 141-142.

¹⁴⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 493.

¹⁴⁵ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, p. 493-494.

do evento delituoso e junto com isso ela ativa a memória do seu esquema do estereótipo de assaltante, influenciando a sua memória para o momento que ela vivenciou¹⁴⁶.

Por fim, deve ser destacado, também, o efeito compromisso, o qual ocorre, como explica a doutrina, quando inicialmente a vítima identifica de forma incorreta (por exemplo, quando analisa diversas fotografias e elege erroneamente um indivíduo) e a *posteriori* realiza um reconhecimento pessoal. Neste caso, em que o agente tende a persistir no erro, existe um enorme risco que ele mantenha o compromisso anterior, mesmo com incertezas. O doutrinador alerta que o maior problema está no efeito indutor disso, no qual se estabelece um pré-juízo que acaba por contaminar o futuro reconhecimento pessoal¹⁴⁷.

Com base nesse arcabouço técnico elaborado, mostram-se perceptíveis as inúmeras falhas ocorridas no caso objeto de estudo do presente trabalho, as quais conduziram à prisão cautelar dos suspeitos e ao oferecimento de denúncia. Passemos, então, à sua análise.

6 ANÁLISE DO CASO: PROBLEMAS DO SISTEMA E MEDIDAS DE REDUÇÃO DE DANOS

Com base na breve análise legal e científica realizada, podemos reparar que o caso inicialmente trazido a estudo foi permeado por diversas inconstitucionalidades/ilegalidades, sendo necessários alguns apontamentos acerca dos riscos envolvendo o reconhecimento e as possíveis medidas de redução de danos que possam ser implementadas na prática.

Relembre-se que os acusados foram detidos nas imediações do local dos fatos, ambos foram algemados e trazidos em viatura policial diretamente ao local do crime, para serem reconhecidos pelas vítimas e testemunhas.

Note-se que desde a abordagem policial dos suspeitos, produziu-se a “prova” da autoria sem observância da garantia da jurisdição, já que, como antes referido, o primeiro reconhecimento realizado sugestiona e vicia, quando falso, todos os demais atos produzidos durante o processo sob o crivo do contraditório.

Chama-se a atenção à necessidade de que se observe o princípio em exame, pois a prova então formada será livremente valorada pelo magistrado, sob aparente manto de legalidade. Se o processo é o ambiente no qual se proporciona a construção da sentença, seu principal destinatário não pode ser conduzido equivocadamente à escolha da verdade que se formou, pois ela nem sequer existiu.

Também não se observou minimamente o princípio da presunção de inocência, o qual ampara o devido tratamento do acusado como inocente e impondo limites à sua estigmatização. De imediato os acusados foram tratados como culpados, obrigados a comparecer ao local do crime, sendo, também, ignorado completamente o seu direito de não se autoincriminarem¹⁴⁸ ou de não participarem da produção de prova que possa reverter contra si próprio (*nemo tenetur se detegere*).

Reprise-se que a identificação foi realizada em via pública, utilizando-se a técnica de *show-up*, com os suspeitos algemados e sendo os únicos a serem apresentados às vítimas e testemunhas, sem qualquer observância dos procedimentos legais previstos. Como referido alhures, forma é garantia¹⁴⁹, não podendo ser deliberadamente ignorada, sob pena de afronta ao

¹⁴⁶ 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. 29. Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

¹⁴⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 494.

¹⁴⁸ LOPES JR., Aury; ZUCCHETTI FILHO, Pedro. O Direito do Acusado de Não Comparecer ao Reconhecimento Pessoal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/limite-penal-direito-acusado-nao-comparecer-reconhecimento-pessoal> Acesso em: 27 abr. 2020.

¹⁴⁹ LOPES JR. Aury. **Direito Processual Penal**, p. 488.

devido processo legal. Não pode ser considerado devido o processo conduzido alheio às normativas aplicáveis, em nome de uma pretensa verdade real. A verdade deve ser formada no processo, com observâncias das regras aplicáveis, pois do contrário, a ambição pela verdade acaba por legitimar abusos¹⁵⁰ como os ocorridos no presente caso.

Observa-se no caso em exame que a primeira identificação realizada pelo ofendido no local dos fatos, momentos após o delito, com todo o estigma de uma condução policial, somado ao clamor popular por segurança que se formou no local, suggestionaram e induziram o reconhecimento dos acusados. Tais influências externas¹⁵¹, contaminaram inconscientemente¹⁵² vítima e testemunhas para que afirmassem positivamente ao reconhecimento.

Ora, os reconhecedores, ao avistarem a viatura militar retornando ao local com dois sujeitos algemados e ouvirem vozes de populares indicando serem os detidos os autores do crime, prontamente acenaram positivamente ao reconhecimento. Assim, não fosse a emoção como fatores de influência na formação da memória¹⁵³, não se teria formado o ambiente propício ao reconhecimento contaminado, suggestionado pelas circunstâncias externas que o permearam.

Cumpre salientar que tal forma de reconhecimento, além de não observar os requisitos legais previstos, não permite a mínima confrontação das características *a priori* informadas pela vítima com o posterior reconhecimento. Além do mais, restou completamente ignorado o disposto no artigo 228 do Código de Processo Penal, o qual prevê que cada vítima/testemunha realize o reconhecimento em separado da outra, conservando a incomunicabilidade entre si, para que se mantenha a espontaneidade e a sinceridade das declarações.

Alerta-se para a possível ocorrência da aceitação inconsciente da falsa informação externa ao indivíduo, mesmo que sem intenção, a qual ocorre posterior ao evento ocorrido. Não intencional, sem dúvida, pois o caso em exame envolvia pessoa esclarecida, magistrado de carreira, que não tinha motivo algum para incriminar inocentes.

No que tange à questão do estereótipo, observa-se que tanto no momento em que os policiais decidem abordar os acusados, como no instante da identificação pelo ofendido no local do crime, essa variável estava presente. O acusado 1, em seu depoimento, relatou que foi questionado pela guarnição acerca das suas vestes, como poderiam pertencer a um médico como ele se dizia ser, com barba por fazer, tênis velho e com gorro preto. Vale dizer, fora tratado como suspeito pela aparência¹⁵⁴ descuidada e por ela também reconhecido.

A questão se agrava nos crimes, como o do presente estudo, em que houve o uso de arma. Como ressalta a doutrina, em casos tais a vítima tem em seu campo de visão um objeto raro, causador de temor e medo, o qual passa a ser o objeto direto de sua percepção e levando, em nome da sobrevivência, a preocupar-se basicamente com seu movimento. A sequência visual das pessoas em cenas traumáticas é diversa da ocorrida em situações normais e não raras vezes o ofendido consegue descrever a cor e alguns detalhes da arma utilizada, tendo mínima capacidade perceptiva dos demais detalhes da cena, como, por exemplo, a roupa e o rosto do acusado.

Esse fenômeno foi estudado pela psicologia e denominado como fator “foco da arma”¹⁵⁵. Nesse contexto, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento

¹⁵⁰ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 333.

¹⁵¹ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 108.

¹⁵² STEIN, Lilian Milnitsky. **Falsas Memórias: fundamentos científicos e suas aplicações clínicas e jurídicas**. Porto Alegre: Artmed, 2010, p. 219.

¹⁵³ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**, p. 141-142.

¹⁵⁴ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 493.

¹⁵⁵ LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Memória não é Polaroid: Precisamos Falar sobre Reconhecimentos Criminais. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>. Acesso em: 27 abr. 2020.

positivo, especialmente em crimes como o do caso estudado, em que o contato agressor-vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo¹⁵⁶. E como se observou no caso inicialmente trazido, a própria vítima relatou, em primeiro momento, não ter visualizado ou tê-lo visto superficialmente quando da abordagem, amparando seu reconhecimento em associações periféricas.

Por sorte, no presente caso, a prova da autoria – o reconhecimento – restou descredibilizada pelo forte álibi apresentado pelo suspeito 1, testemunhos e registros telefônicos. O suspeito 2, desde a apresentação, foi reconhecido apenas por “parecer” com o autor do delito e, mesmo assim, foi preso em flagrante e preventivamente, denunciado e processado.

Assim, fica evidente a fragilidade do nosso sistema penal, que direciona todo seu aparato estatal com base em indícios de autoria angariados sem qualquer observância das regras legais, quiçá deixando de atender ao mandamento constitucional de uma punição amparada por um devido processo legal e garantindo-se, até a sentença final, a presunção de inocência.

Por isso, conforme muito bem relatado por Lopes Jr., “para além das ilegalidades costumeiramente realizadas no reconhecimento pessoal, [...] é importante uma visão prospectiva, mirando futuras reformas processuais”. Nessa senda cabe alguns apontamentos objetivando qualificar a colheita deste meio probante, assim como, se não eliminando, ao menos diminuir injustiças.

A adoção do ato de reconhecimento deve ocorrer por alinhamento, preferencialmente sequencial, utilizando-se a chamada condução às cegas, na qual nem policial condutor do ato e nem vítima ou testemunha sabem quem é o suspeito entre os participantes, evitando sugestionamentos.

Não menos importante, deve-se advertir ao reconhecedor que o suspeito pode ou não pode estar presente. Isso reduz a margem de falhas de um reconhecimento realizado a partir de um pré-entendimento de que o suspeito está presente¹⁵⁷. Muitas são as identificações confirmadas devido à crença das pessoas de que o agente público somente realiza um reconhecimento quando já tem um bom suspeito¹⁵⁸.

É de especial valia, também, que o reconhecimento seja realizado uma única vez na medida em que não há como reproduzi-lo nas mesmas condições, nem mesmo com os mesmos sujeitos participantes do primeiro ato (o único presente nos dois momentos seria o acusado). Assim, no momento em que a vítima teve contato com o suspeito, a imagem guardada em sua memória influirá no segundo reconhecimento, viciando o ato. Logo, é um meio irrepetível de prova¹⁵⁹.

Nessa linha, destacamos o seu caráter de urgência, visto a influência que a memória produz no reconhecimento, não sendo impossível falar em prova antecipada, contudo indispensável sua produção perante as partes e o juiz, em respeito ao contraditório,¹⁶⁰ mirando, assim, a diminuição da ação do tempo (esquecimento)¹⁶¹.

De outra banda, os procedimentos previstos nos arts. 226 e 228 do Código de Processo Penal devem ser observados impreterivelmente, pois, como verificamos, não existem

¹⁵⁶ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 493.

¹⁵⁷ LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**, p. 497.

¹⁵⁸ DI GESU, Cristina. **Prova penal e falsas memórias**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p. 160.

¹⁵⁹ 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. 32.

¹⁶⁰ TOMÉ LOPES, Mariângela. **O Reconhecimento como Meio de Prova**. Necessidade de Reformulação do Direito Brasileiro, p. 32-33.

¹⁶¹ 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. 69.

reconhecimentos informais. As disposições previstas nos mencionados artigos prestam-se a “filtrar” possíveis erros. Para Nucci, a padronização e a automatização dos reconhecimentos informais, por vezes falhos e vulgarizados, podem levar ao cárcere inocentes, os quais, não raras vezes, clamam pela negativa de autoria, desde o prelúdio da fase policial¹⁶².

Nesta senda, cumpre destacar, ainda, a importância da descrição prévia ao reconhecimento, pela qual se poderá observar as características descritas pela vítima e comparar se são minimamente compatíveis com as do suspeito.

A técnica do *show-up* não deve ser utilizada, dado o alto nível de sugestibilidade inconsciente, já que não observado um número mínimo de participantes do ato, não podendo serem confrontadas pessoas com semelhanças. Tais exigências precisam ser respeitadas, para que o nível de indução seja o menor possível.

A prova produzida em desconformidade com o procedimento previsto não pode ser valorada no processo, cabendo à acusação buscar a identificação da autoria por outros meios de prova que não o reconhecimento reputado viciado.

De outro lado, a legislação deve ser atualizada e o reconhecimento produzido ao arrepio da lei precisa receber o mesmo tratamento normativo previsto para as provas ilegais, artigo 157 do Código de Processo Penal¹⁶³.

Por fim, embora exista liberdade probatória e mesmo sendo livre o convencimento do magistrado, há que angariar outros elementos de provas acerca da autoria, não podendo a condenação ser pautada exclusivamente no reconhecimento pessoal, para que não haja supervalorização da prova, como observa Machado¹⁶⁴.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo das técnicas de reconhecimento pessoal empregadas no Brasil e o complexo funcionamento da memória e da possibilidade de falsas lembranças alerta-nos para a fragilidade do reconhecimento pessoal como meio de prova. Nessa linha, com base na breve análise legal e científica realizada nos tópicos anteriores, podemos reparar que o caso inicialmente trazido a estudo foi permeado por diversas inconstitucionalidades/ilegalidades.

Princípios e garantias fundamentais como o devido processo legal, a garantia da jurisdição, a violação de produção de provas contra a vontade do suspeito e a sua presunção de inocência não foram minimamente observados, resultando em sua prisão cautelar, submissão a processo penal e gerando a sua estigmatização. Verificou-se através do *study case* que o reconhecimento pessoal foi sugerido, tendo resultado em indução de reconhecimento.

Oportuno destacar, também, como ocorreu no caso abordado, que a apresentação de um único indivíduo (técnica de *show-up*), sem a observância das diretrizes normativas estabelecidas, como, por exemplo, a descrição do criminoso antes de a vítima/testemunha ser submetida ao procedimento de reconhecimento, somados a um ambiente influenciável, como é o caso do local do crime, e estando o suspeito algemado ao lado de policiais, gera a sugestão que seria o conduzido o autor do delito.

Ademais, uma identificação realizada logo após um evento criminoso, com toda a carga emocional inerente a situação vivida e suscetível a toda influência externa provocada por

¹⁶² NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 117.

¹⁶³ Art. 157, do CPP: São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

¹⁶⁴ 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-policial-reconhecimento-pessoas-fonte-injusticias-criminais> Acesso em: 28 abr. 2020.

populares e testemunhas insatisfeitos com a violência, são fatores a proporcionar um ambiente fértil para o surgimento de falsas memórias, tanto sugeridas como espontâneas.

Lembrando-se que as falsas memórias não se tratam de mentiras ou de uma acusação leviana, mas sim um funcionamento normal da memória, da aceitação inconsciente da falsa informação externa, as quais podem ser tão ricas em detalhes e expressadas com tanta confiança como a de uma memória verdadeira.

Assim, verificou-se a fragilidade do nosso sistema penal, em especial no cumprimento do ato de reconhecimento pessoal, importante meio probatório, contudo, extremamente vulnerável, terreno propício para as falsas memórias, produzindo reconhecimentos errôneos.

Nesse sentido, parece de fundamental importância que o reconhecimento seja realizado com seriedade e em estrita observância dos requisitos legais, adotando-se medidas capazes de reduzir a ocorrência de reconhecimentos incorretos. Com efeito, o procedimento precisa ser executado em local apropriado, diverso daquele onde os fatos ocorreram. Dever, também, ser implementada e valorizada a prévia descrição do imputado pela testemunha/vítima. Para o ato, imprescindível a utilização da técnica por alinhamento, sequencial ou simultâneo, com participantes de características parecidas a do suspeito e em número de pessoas não inferior a cinco. Ainda, necessária seja realizada a condução do ato “às cegas” e advertindo-se o reconhecedor que o suspeito pode ou não estar presente. Por fim, o ato precisa ser realizado com uma testemunha/vítima de cada vez, com a presença da acusação e defesa.

Cabe referir, outrossim, que o valor dado para este meio de prova deve ser repensado, visto que o resultado desta identificação, independente do momento do processo que é realizada, tem implicações diretas na condução da persecução penal, no deslinde do processo criminal e na vida do imputado.

Sob tais perspectivas, vislumbra-se a necessidade de que ao reconhecimento pessoal seja dispensado rigoroso tratamento, à luz das diretrizes normativas, bem como seja estudado em consonância com a ciência da memória e das falsas memórias, pois, quando mal conduzido, resulta não em mera irregularidade, mas sim em verdadeira injustiça. A observância dos requisitos estabelecidos forma condições mínimas de credibilidade deste meio de prova.

REFERÊNCIAS

ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1981, v. I.

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.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Ônus da prova no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 15 abr. 2020

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em: 18 mar. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em: 18 mar. 2020.

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

ESPINOLA FILHO, Eduardo. **Código de Processo Penal Brasileiro Anotado**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1965.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal**. 7. ed. Niterói, RJ: Impetus, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

IZQUIERDO, Ivan. **Memória**. 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2018. *E-book*. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582714928/cfi/6/20!/4/2/24/4@0:100>. Acesso em: 15 abr. 2020.

KHALED JR., Salah H.; DIVAN, Gabriel Antinolfi. A captura psíquica do juiz e o sentido da atividade probatória no Processo Penal contemporâneo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, ano 27, p. 395-423. Ed. RT, junho 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 5. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOFTUS, Elizabeth F. Criando falsas memórias. **Scientific American**, [S. l.], Sep. 1997. Disponível em: <http://www.oocities.org/athens/acropolis/6634/falsamemoria.htm>. Acesso em: 27 abr. 2020.

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

LOPES JR.; Aury; FELIX, Yuri. Editorial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 156, ano 27, p. 19-21. Ed. RT, junho 2019.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

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> Acesso em: 17 jun. 2020.

LOPES JR., Aury; ROSA, Alexandre Morais da. Memória não é Polaroid: Precisamos Falar sobre Reconhecimentos Criminais. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-07/limite-penal-memoria-nao-polarid-precisamos-falar-reconhecimentos-criminais>. Acesso em: 27 abr. 2020.

LOPES JR., Aury; ZUCCHETTI FILHO, Pedro. O Direito do Acusado de Não Comparecer ao Reconhecimento Pessoal. **Revista Consultor Jurídico**, [S. l.], 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mar-08/limite-penal-direito-acusado-nao-comparecer-reconhecimento-pessoal> Acesso em: 27 abr. 2020.

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> Acesso em: 28 abr. 2020.

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.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra si Mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara Criminal) **Apelação Crime, Nº 70054904396**. Relator: Ícaro Carvalho de Bem Osório, Julgado em: 30-01-2014. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site/busca-solr/index.html?aba=jurisprudencia> Acesso em: 20 mar. 2020.

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). Disponível em: http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/PoD_59_Lilian_web-1.pdf. Acesso em: 04 abr. 2020.

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

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, v. 3.

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.

ZUCCHETTI FILHO, Pedro. **Reconhecimento Pessoal: Procedimento Penal e Aportes Psicológicos**. 2020. 321 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Escola de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2020.

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.