

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
DIREITO – NOTURNO**

Vinícius Prates Soares

**FATORES QUE AFETAM A CONFIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DE
PESSOAS: UMA ANÁLISE DAS FALSAS MEMÓRIAS E DA DESOBEDIÊNCIA
DAS REGRAS DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO**

Santa Maria, Rio Grande do Sul
2023

Vinícius Prates Soares

Fatores que afetam a confiabilidade do reconhecimento de pessoas: uma análise das falsas memórias e da desobediência das regras procedimento probatório

Trabalho de conclusão apresentado ao curso de Direito noturno da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel em Direito**.

Orientadora: Prof^a. Dra. Joelíria Vey de Castro
Co-orientador: Prof. Dr. Luis Gustavo Durigon

Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil
2023

Vinícius Prates Soares

Fatores que afetam a confiabilidade do reconhecimento de pessoas: uma análise das falsas memórias e da desobediência das regras procedimento probatório

Monografia apresentado ao curso de Direito noturno da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito parcial para obtenção do título de **Bacharel Em Direito.**

Aprovado em 11 de Julho de 2023.

Joelíria Vey de Castro

Luis Gustavo Durigon

Daniela Richter

Larissa Nunes Cavalheiro

Santa Maria
2023

RESUMO

FATORES QUE AFETAM A CONFIABILIDADE DO RECONHECIMENTO DE PESSOAS: UMA ANÁLISE DAS FALSAS MEMÓRIAS E DA DESOBEDIÊNCIA DAS REGRAS DO PROCEDIMENTO PROBATÓRIO

AUTOR: Vinícius Prates Soares
ORIENTADORA: Joelíria Vey de Castro

O presente trabalho teve como objetivo analisar fatores que afetam a confiabilidade do reconhecimento de pessoas a partir dos efeitos das falsas memórias e da desobediência das regras do procedimento probatório. No primeiro capítulo foi examinado quais os tipos de sistemas processuais penais existentes e qual é adotado no Brasil. Além disso, foram tecidas considerações sobre os princípios aplicados às provas no processo penal. No segundo capítulo foi analisado o instituto do reconhecimento de pessoas, um meio de prova típico, cuja proceduralização encontra delineada no art. 226 do Código de Processo Penal. Ademais foram apresentadas controvérsias que doutrinadores observam a respeito do tema com objetivo de fazer uma análise sobre a condução do procedimento. Chegando ao terceiro capítulo foi levando a discussão a respeito da consequência da desobediência às regras previstas nas normas que acabam por fazer com que reconhecimentos de pessoas sejam falhos e no mesmo capítulo foi discutido o efeito das memórias falsas nos procedimentos de reconhecimento. Para tanto, a pesquisa contou com a utilização do método de abordagem indutivo, assim como os métodos de procedimento comparativo e monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. Ao final, concluiu-se que, da maneira como são dispostas as regras do ordenamento jurídico brasileiro pode levar as autoridades a executarem o reconhecimento pessoal desrespeitando princípios inerentes do direito, não se devendo confiar cegamente neste tipo probatório e utilizá-lo como único fundamento para definir uma sentença condenatória.

Palavras-chave: Processo penal. Princípios. Reconhecimento pessoal. Falsas memórias. Ordenamento Jurídico.

ABSTRACT

FACTORS THAT AFFECT THE RELIABILITY OF PERSONAL RECOGNITION: AN ANALYSIS OF FALSE MEMORIES AND DISOBEDIENCE OF THE RULES OF THE EVIDENCE PROCEDURE

AUTHOR: Vinícius Prates Soares

ADVISOR: Joelíria Vey de Castro

The present work aimed to analyze factors that affect the reliability of people recognition from the effects of false memories and disobedience of the rules of evidentiary procedure. In the first chapter it was examined which types of criminal procedural systems exist and which one is adopted in Brazil. In addition, considerations were made on the principles applied to evidence in criminal proceedings. In the second chapter, the institute of recognition of people was analyzed, a typical means of proof, whose proceduralization is outlined in art. 226 of the Criminal Procedure Code. In addition, controversies were presented that doctrinaires observe on the subject in order to make an analysis on the conduct of the procedure. Arriving at the third chapter, the discussion took place regarding the consequence of disobeying the rules laid down in the norms that end up making people's recognitions flawed, and in the same chapter the effect of false memories on recognition procedures was discussed. Therefore, the research used the inductive approach method, as well as the comparative and monographic procedure methods and the bibliographic and jurisprudential research techniques. In the end, it was concluded that, the way in which the rules of the Brazilian legal system are arranged, it can lead the authorities to carry out the personal recognition, disrespecting inherent principles of the law, and one should not blindly trust this type of evidence and use it as the only basis for define a conviction.

Keywords: Criminal procedure. Principles. Personal recognition. False memories. Legal Order.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO I.....	10
1. SISTEMAS DE PROCESSO	10
2. PRINCÍPIOS APLICADOS ÀS PROVAS NO PROCESSO PENAL.....	13
3 INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DA PROVA	20
3. DAS PROVAS	25
CAPÍTULO II	31
1. DO RECONHECIMENTO PESSOAL.....	31
2. DO PROCEDIMENTO DO RECONHECIMENTO	32
CAPÍTULO III	42
1. A DESOBEDIÊNCIA AS REGRAS PREVISTAS NAS NORMAS.....	42
2. AS FALSAS MEMÓRIAS	46
CAPÍTULO IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS	51
REFERÊNCIAS	54

INTRODUÇÃO

O reconhecimento de pessoas, que figura como um dos elementos probatórios utilizados no processo penal brasileiro e emerge como uma das formas mais relevantes de prova servindo para identificar a autoria de um crime a partir da identificação de objetos, indivíduos, vítimas ou até mesmo co-acusados, perante a presença de uma autoridade policial ou judicial.

Apesar dessa prova ser usada no momento de indicar a autoria de um delito, tem sido divulgado na mídia casos recentes que indicam sua inerente falibilidade. Já foi divulgado em jornais de grandes redes de televisão aberta casos de condenações injustas ou pedidos de prisões – também injustos - baseados em reconhecimentos de pessoas falhos.

O procedimento do reconhecimento tem se demonstrado como um dos mais frágeis dentro do arcabouço jurídico nacional, principalmente devido à violação do procedimento legal estabelecido pelo Código de Processo Penal e à inerente falibilidade da memória humana, que desempenha um papel crucial na reconstrução dos eventos ocorridos. Suspeitando-se que o nível de confiabilidade do reconhecimento pessoal é baixo, torna-se importante averiguar qual ou quais os fatores que potencializam a falta de confiança desse modelo probatório e se esses fatores acontecem isoladamente ou combinados.

O sistema processual brasileiro permite que os magistrados baseiem suas sentenças condenatórias utilizando o reconhecimento como prova cabal para indicar a autoria do delito, sem observar as causas de falibilidade da confiança do reconhecimento. Isso nos leva a questionar: Quais são os fatores que causam o decréscimo da confiabilidade da referida prova? Pesquisas interdisciplinares no âmbito da Psicologia Cognitiva e do Direito têm evidenciado a suscetibilidade da memória à falhas que podem comprometer as lembranças. Portanto, é imprescindível analisar a influência das chamadas "falsas memórias" no instituto do reconhecimento de pessoas.

Apesar de acreditar-se que possam existir inúmeros fatores que afetam a credibilidade da prova em questão, este trabalho limitará seu objetivo a investigar dois: As falsas memórias e a desobediência às regras estabelecidas no código de processo penal.

A decisão de averiguar esses dois surgiu a partir da observação de que são

fatores que afetam dois participantes diferentes da persecução penal: Enquanto as chamadas falsas memórias afetam as testemunhas e vítimas chamadas ao reconhecimento, a falta de cumprimento das regras estabelecidas pelo artigo 226 do Código de Processo Penal é um fator ocasionado pelo sistema policial e judiciário. Ambos fatores ressaltam a necessidade premente de uma reformulação na abordagem adotada em relação ao reconhecimento de pessoas no âmbito da persecução penal brasileira.

O presente trabalho tem como propósito conduzir uma análise do instituto do reconhecimento de pessoas no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, com ênfase na sua fragilidade enquanto meio de prova. Para tanto, será realizado um levantamento bibliográfico, contemplando a origem histórica desse instituto, as contribuições doutrinárias relevantes e os precedentes jurisprudenciais que buscaram explorar essa temática.

Nesse contexto, serão examinadas as bases que sustentam a problemática do reconhecimento de pessoas como prova no processo penal. Serão abordadas as implicações das falsas memórias, bem como os riscos associados à contaminação do procedimento de reconhecimento. Ao evidenciar esses aspectos, busca-se lançar luz sobre os desafios enfrentados pelos sistemas de justiça na utilização desse meio de prova e promover a reflexão acerca de possíveis medidas para garantir maior segurança e confiabilidade na análise de identificação de pessoas no âmbito processual.

No primeiro capítulo, a partir da análise da teoria geral da prova, serão expostos conceitos básicos e essenciais ao direito penal e direito processual penal, mais precisamente conceitos inerentes à teoria geral da prova.

No segundo capítulo, serão explorados os elementos abrangentes do reconhecimento: a sua interligação com o processo de identificação de indivíduos, o procedimento envolvido, os sujeitos participantes, os resultados obtidos e a sua valoração como meio de prova no contexto da persecução penal. Serão analisados os fundamentos teóricos e práticos que envolvem essa importante ferramenta probatória, a fim de compreender sua relevância na investigação e no julgamento de crimes. Ao examinar esses aspectos gerais do reconhecimento, busca-se aprofundar o entendimento sobre sua aplicação no sistema de justiça criminal, considerando seus impactos na construção de um processo justo e na busca pela verdade dos fatos.

No terceiro capítulo, será explorada a relação do reconhecimento de pessoas

como meio de prova no âmbito do processo penal. Um enfoque especial será dado à questão central deste estudo, que se refere ao baixo nível de confiabilidade da prova de reconhecimento pessoal, em razão da existência de fatores interferentes, como o processo de formação de falsas memórias. Além disso, serão analisados os riscos iminentes de contaminação do procedimento de reconhecimento de pessoas devido a tais falsas memórias, destacando a necessidade de uma abordagem cautelosa e crítica desse meio de prova.

CAPÍTULO I

1. SISTEMAS DE PROCESSO

Para que tenhamos uma compreensão de como o reconhecimento de pessoas é utilizado e posteriormente analisarmos como fatores podem afetar a sua confiabilidade, primeiro devemos compreender como funcionam os. Todos fatores que regem este meio de prova. Assim abordamos a seguir quais são os tipos de sistemas de processo penal, qual o sistema predominante no Brasil e definimos quais são os princípios e normas que regem a matéria e fornecem as bases teóricas necessárias para o entendimento e aplicação adequada dos elementos probatórios e dentre eles o reconhecimento de pessoas.

O primeiro ponto a ser abordado são os sistemas de processo. “Historicamente, há, como regra, três sistemas regentes do processo penal: a) inquisitivo; b) acusatório; c) misto” (Nucci, 2022, p 27). Apesar da doutrina majoritária classificar a existência desses 3 sistemas dificilmente encontraremos algum doutrinador que concorde que eles sejam integralmente individuais e não se sobreponham no plano existencial, ou seja, os sistemas são associados:

Historicamente, há, como regra, três sistemas regentes do processo penal: a) inquisitivo; b) acusatório; c) misto. Entretanto, convém, desde logo, mencionar que, na atualidade, eles jamais conseguiram ser adotados, integral e individualmente, por um único ordenamento jurídico. Há vantagens de um que, associadas aos aspectos positivos de outro, constroem o mais apurado método de persecução penal. Entretanto, convém, desde logo, mencionar que, na atualidade, eles jamais conseguiram ser adotados, integral e individualmente, por um único ordenamento jurídico. Há vantagens de um que, associadas aos aspectos positivos de outro, constroem o mais apurado método de persecução penal. (NUCCI, 2022, p 27)

A doutrina brasileira, majoritariamente, aponta que o sistema brasileiro contemporâneo é misto (LOPES JR, 2023. P 19) e, portanto, predomina o sistema inquisitório na fase pré-processual e o acusatório, na processual:

Ora, afirmar que o “sistema é misto” é absolutamente insuficiente, é um reducionismo ilusório, até porque não existem mais sistemas puros (são tipos históricos), todos são mistos. A questão é, a partir do reconhecimento de que não existem mais sistemas puros, identificar o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório, pois essa classificação feita a partir do seu núcleo é de extrema relevância. (LOPES JR, 2023, p 20)

“Os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época” (LOPES

JR, 2023, p 72). Assim, em épocas que o estado entende que existe uma ameaça maior da criminalidade, o direito penal se torna mais duro assim como as penas.

Nesse sentido:

É natural que, nas épocas em que o Estado se viu seriamente ameaçado pela criminalidade, o direito penal tenha estabelecido penas severas e o processo tivesse de ser também inflexível²⁷⁷. Para tanto, a posição e o papel do juiz no processo penal constituem o busílis da questão. Os sistemas processuais inquisitório e acusatório são reflexos da resposta do processo penal frente às exigências do direito penal e do Estado da época. Atualmente, o law and order é mais uma ilusão de reduzir a ameaça da criminalidade endurecendo o direito penal e o processo (LOPES JR, 2023, p 72).

Quando falamos em sistema inquisitivo automaticamente vem à mente a idade média e os tribunais da inquisição. E essa imagem não é difícil de se formar tamanho o número de obras literárias¹, cinematográficas e científicas que demonstram – às vezes fidedigna, as vezes não – os métodos inquisitórios que hoje são considerados, cruéis, inumanos, atroz, perversos. Sobre o sistema inquisitório:

Esse sistema foi utilizado com sucesso em parte da Idade Média para combater os abusos cometidos pelos senhores feudais e pela aristocracia em detrimento de vassallos e pessoas pobres. Diante disso, os reis podiam enviar os juizes inquisidores, em seu nome, com poder suficiente para se voltar contra os ricos, autores de delitos graves, que não podiam ser tratados com absoluta igualdade. Aliás, aplicava-se a ideia da isonomia – tratar desigualmente os desiguais. (NUCCI, 2022, p 27)

“Uma das características mais marcantes do sistema inquisitório é o papel do juiz: atua como parte, investiga, dirige, acusa e julga” (LOPES JR, 2023, p 75). “Desta maneira o sistema inquisitório é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador” (NUCCI, 2022, p 27).

Em oposição ao sistema inquisitório existe o sistema acusatório. Interessante que a origem do sistema acusatório é anterior ao sistema inquisitório. “A origem do sistema acusatório remonta ao direito grego, o qual se desenvolve referendado pela participação direta do povo no exercício da acusação e como julgador” (LOPES JR, 2023, p. 73).

Como dito em épocas que o estado entende que existe uma ameaça maior da criminalidade, o processo penal se torna mais duro assim como as penas. Existem

¹ Cita-se como exemplo o livro “O Nome Da Rosa” (UMBERTO ECO; VAZ, J. O nome da rosa. Lisboa: Gradiva, Julho De, 2018.)

alguns fatores que podemos observar que caracterizam esse endurecimento normativo:

No processo, o endurecimento manifesta-se no utilitarismo judicial, em atos dominados pelo segredo, forma escrita, aumento das penas processuais (prisões cautelares, crimes inafiançáveis etc.), algumas absurdas inversões da carga probatória e, principalmente, mais poderes para os juízes “investigarem”. Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais. (LOPES JR, 2023, p 72)

“Assim, séculos depois do fim da existência da civilização grega é que a inquisição da Igreja Católica (especialmente espanhola) constrói um processo com o núcleo inquisitório mais característico” (LOPES JR, 2023, p 74).

Retornando às características do sistema acusatório que se opõem ao inquisitório temos a questão da valorização das provas: “Na inquisição, a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve”. (LOPES JR, 2023, p 42). Em contrapartida ao peso da prova, no sistema acusatório prevalece - ou deveria prevalecer – a presunção da inocência:

O in dubio pro reo é uma manifestação da presunção de inocência enquanto regra probatória e também como regra para o juiz, no sentido de que não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. Na dúvida, a absolvição se impõe. Não só não incumbe ao réu nenhuma carga probatória, mas também no sentido de que para condená-lo é preciso prova robusta e que supere a dúvida razoável. (LOPES JR, 2023, p 170)

Para finalizarmos a compreensão quanto às características do sistema acusatório que se opõem ao inquisitório – que são muitas – cabe o discutido que:

Na atualidade, a forma acusatória caracteriza-se pela:

- a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar;
- b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades);
- c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo;
- d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo);
- e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente);
- f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte);
- g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa);

- h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional;
 - i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada;
 - j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição.
- (LOPES JR, 2023, p 74)

Pode-se constatar que predomina o sistema acusatório nos países que respeitam mais a liberdade individual e que possuem uma sólida base democrática. Em sentido oposto, o sistema inquisitório predomina historicamente em países de maior repressão, caracterizados pelo autoritarismo ou totalitarismo, em que se fortalece a hegemonia estatal em detrimento dos direitos individuais.

A seguir abordaremos os princípios inerentes ao processo penal e posteriormente será discorrido sobre a teoria geral da prova, abordando conceitos básicos e essenciais tanto para o direito penal quanto para o direito processual penal. Dessa forma, buscaremos estabelecer uma fundamentação teórica que servirá como alicerce para a abordagem dos demais capítulos, proporcionando uma visão mais completa e embasada sobre a temática da prova no âmbito penal.

2. PRINCÍPIOS APLICADOS ÀS PROVAS NO PROCESSO PENAL

As normas previstas no sistema processual penal do Brasil devem ser elaboradas levando-se em conta as garantias e princípios previstas, principalmente na Constituição Federal. Ademais também é possível levar-se em conta as garantias e princípios previstos em tratados firmados pelo Brasil posto que são considerados uma das fontes do Direito. Portanto para estudarmos e compreendermos as normas do sistema processual penal do Brasil devemos primeiro estudar e compreender as garantias e princípios previstos no sistema jurídico brasileiro pois “Toda norma implica, na sua elaboração, várias opções valorativas. Essas opções, que são fundamentos da norma, correspondem a princípios” (CUNHA, 2012, p 27).

Interessante diferenciar os termos “princípio” e “regra”. Para Cunha (2012) “A diferença específica entre regra e princípio parece residir em que o princípio é uma prescrição fundamental, cujo âmbito de eficácia é mais extenso que o da regra, uma espécie de guarda-chuva sob o qual se podem abrigar regras e normas”. Seguindo no mesmo sentido CUNHA (2012) ainda afirma que os princípios “podem ter funções formais (como as de construção, operação, continuidade e reforma do sistema) e funções intencionais ou materiais (as relativas à projeção da Constituição, com a

organização do governo e da sociedade).” Quanto às funções específicas dos princípios:

“[...]parecem-me seis, porém, as funções dos princípios: a) gerar normas (função nomogenética); b) orientar a interpretação (função hermenêutica); c) inibir a eficácia de norma que os contrarie (função inibitória); d) suprir a falta de norma (função supletiva); e) regular o sistema (função de regulação do sistema); f) projetar o texto sobre a sociedade (função de projeção). (CUNHA, 2012, p 92)

Posto o conceito e as funções dos princípios, torna-se proveitoso o momento para passar a fundamentar os princípios inerentes ao processo penal e que devem nortear a produção de provas. Dentre os princípios que serão apresentados no trabalho o primeiro é o princípio da presunção de inocência.

“Presunção vem do latim *praesumptio*, cujo verbo é *praesumere* e significa imaginar previamente” (CRETELA JÚNIOR, José; CINTRA, Geraldo de Ulhoa, 1944, p 896). Assim como a palavra “presunção” a palavra “inocência” tem origem no latim *innocentia* e significa o que não prejudica, inocuidade, honestidade, virtude, comportamento irrepreensível (REZENDE, Antônio Martinez de; BIANCHET, Sandra B, 2014, p 189). Assim, presumir inocente, é imaginar o réu, antes de qualquer coisa, inocente.

A presunção de inocência, de acordo com Aury Lopes Jr (2023), remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média em especial depois da publicação do livro *Directorium Inquisitorum*, escrito pelo teólogo e inquisidor Nicolau Eimeric. Na inquisição, ainda de acordo com LOPES JR (2023, p 42), “a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semi prova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve”. A partir da Declaração dos Direitos do Homem de 1789 é que, de acordo com FERRAJOLI (2011), a presunção de inocência e o princípio de jurisdicionalidade foram certificados e afirmados no Artigo 9º: “Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”.

Diferentemente em termos legais, a inocência é um princípio fundamental na maioria dos sistemas jurídicos, que pressupõe que uma pessoa é inocente até que se prove o contrário e o ônus da prova recai sobre a acusação, portanto o acusador (seja

uma pessoa ou um órgão representante da ação penal) deve apresentar provas que comprovem a autoria. A presunção de inocência garante que uma pessoa acusada seja protegida de falsas acusações e condenações injustas.

O conceito de inocência está intimamente relacionado com o conceito de justiça pois o sistema de justiça visa garantir que os inocentes sejam protegidos e que os culpados sejam punidos, ou seja, a presunção de inocência é um componente crítico da justiça, pois garante que os indivíduos não sejam acusados ou condenados injustamente. Quando uma pessoa inocente é condenada, é um erro judiciário que mina a integridade do sistema jurídico.

No direito brasileiro o princípio da presunção da inocência está previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988, esta que foi um marco para a consolidação de um estado democrático de direito no nosso país. Apesar de não ser o que observamos na prática, a regra é que o réu deve ser tratado como inocente durante o curso da persecução criminal, ou seja, o princípio da presunção da Inocência impossibilitaria que esse réu sofresse medidas restritivas de direito em razão de um processo que ainda não teve o trânsito em julgado. O princípio da presunção da Inocência:

1) tem por finalidade estabelecer garantias para o acusado diante do poder do Estado de punir (significado atribuído pelas escolas doutrinárias italianas); 2) visa proteger o acusado durante o processo penal, pois, se é presumido inocente, não deve sofrer medidas restritivas de direito no decorrer deste (é o significado que tem o princípio no art. IX da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789); 3) trata-se de regra dirigida diretamente ao juízo de fato da sentença penal, o qual deve analisar se a acusação provou os fatos imputados ao acusado, sendo que, em caso negativo, a absolvição é de rigor (significado da presunção de inocência na Declaração Universal de Direitos dos Homens e do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos) (LIMA, 2015, p. 43).

Como dito antes, a inocência é um princípio fundamental da maioria dos sistemas jurídicos, e a presunção de inocência garante que os indivíduos sejam protegidos de falsas acusações e condenações injustas, por isso deve ser considerado com base fundamental em qualquer ação penal.

No artigo quinto inciso 54 da Constituição Federal de 1988 está previsto outro princípio fundamental: o princípio do devido processo legal. Este teve origem em 1215, na Inglaterra, conforme a obra de Siqueira Castro (1989), e encontra-se no art. 39 da Magna Carta, imposta, ao rei João Sem Terra, pelos barões feudais, como forma de limitação ao absolutismo e suas práticas:

[...] inicialmente não se usou a expressão *devido processo legal*, o que só veio a ocorrer em 1354, sob o reinado de Eduardo III, em lei aprovada pelo parlamento inglês, na fórmula *due process of law*. Mas sempre se entendeu que a locução *law of the land* significava o mesmo que *due process of law*, tendo esta sido consagrada como sucessora daquela, com idêntico teor, tanto pelas cortes inglesas como pelas norte-americanas. (CARVALHO, 2014, p. 99)

O referido tem como finalidade a concretização dos direitos fundamentais do réu. Versa o artigo anteriormente citado que ninguém será privado de Liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Nesse sentido é possível afirmar que o princípio do devido processo legal é a base fundamental da visão garantistas do processo penal e é este o princípio que fomenta todos os outros princípios fundamentais.

Em referência aos elementos formadores do conteúdo essencial da presunção de inocência, resume Mauricio Zanoide de Moraes:

Pelo vetor racional empreendido pelo Iluminismo na expressão 'presunção de inocência' assevera-se a certeza de que a maioria dos homens é honesta e não criminosa e que a reconstrução probatória atinge somente o provável, jamais a perfeição. Logo, remanescendo a dúvida sobre o cometimento ou não do crime, o razoável é manter o estado de inocência do indivíduo, não reconhecer sua culpa, que é exceção à regra. Nasce assim a parêmia latina 'quilibet preasumitur bonus, donec contrariam probetur' (qualquer um se presume bom, até se provar o contrário), e o ônus da prova, por essa observação da regra dos acontecimentos humanos, já então ficava relegado à acusação. (ZANOIDE DE MORAES, op. cit. P. 92)

O aspecto material do princípio é diretamente ligado ao direito penal e o aspecto processual do princípio versa que é legítimo do réu demonstrar sua Inocência e cabe ao acusador produzir provas para convencer o julgador. Ademais são direitos do réu um julgamento público sem demora desnecessária, o direito a um advogado, o direito a um júri imparcial e o direito de saber quem são seus acusadores e a natureza das acusações e provas contra ele produzidas.

Intimamente ligado ao o princípio do devido processo legal está o princípio da garantia do contraditório, que é o princípio mais intensamente conectado ao aspecto fático do processo. Importante observar que não é possível afirmar que ele esteja ligado somente a esse aspecto. O princípio citado está disposto no artigo quinto inciso 55 da Constituição Federal de 1988 e garante que ambas as partes do processo terão o direito de se manifestar sobre qualquer fato ou prova produzida por qualquer das partes da ação.

Como dito anteriormente, o contraditório está muito ligado ao aspecto fático do processo, mas é perfeitamente possível que o princípio do contraditório também possa ser aplicado em matéria de direito e isso ocorre quando a matéria de direito possibilitar a extinção da ação. O direito ao contraditório é o direito de se defender e de ter a oportunidade de responder às acusações que lhe são feitas. Isto significa que o réu tem o direito de contestar as provas apresentadas pela acusação e de oferecer as suas próprias provas em defesa. Nas palavras de Lopes Jr (2023, p. 44),

O contraditório pode ser inicialmente tratado como um método de confrontação da prova e comprovação da verdade, fundando-se não mais sobre um juízo potestativo, mas sobre o conflito, disciplinado e ritualizado, entre partes contrapostas: a acusação (expressão do interesse punitivo do Estado) e a defesa (expressão do interesse do acusado [e da sociedade] em ficar livre de acusações infundadas e imune a penas arbitrárias e desproporcionadas). É imprescindível para a própria existência da estrutura dialética do processo.

Em resumo, o direito do réu ao contraditório é parte essencial do processo legal que garante que a justiça seja feita de forma justa e imparcial. Permite ao arguido defender-se contra as acusações feitas pela acusação e ter uma oportunidade justa de apresentar as suas próprias provas em tribunal. Este direito baseia-se no princípio da equidade e do devido processo legal, o que garante que ambas as partes em uma disputa legal tenham uma oportunidade justa e igual para apresentar seu caso. Sem o direito ao contraditório, a acusação poderia apresentar provas sem qualquer contestação ou resposta do réu, o que não seria justo.

Na visão de Ferrajoli (2002) “a lógica dialética ou do contraditório do processo se sustenta na observância de três condições que a justificam: a) a necessidade da prova; b) a possibilidade de contraprova ou refutação; e c) a convicção justificada ou motivação”. A possibilidade de refutação ou contraprova, que é a segunda condição citada por Ferrajoli, é o contraditório, que é um dos métodos que garante o alcance da verdade no processo penal.

É imperioso saber que “todos réus possuem o direito de apresentar qualquer prova que possa ser relevante para sua defesa, portanto defesa e contraditório estão indissoluvelmente ligados” (Lopes Jr, 2023, p 45) e é princípio da ampla defesa que garante isso. Como ponto de partida para entender esse princípio é necessário dividir ele em duas modalidades: a auto defesa e a defesa técnica.

Auto defesa é de maneira sucinta aquela realizada pelo próprio acusado, é a oportunidade de o réu expor as suas versões dos fatos. Insta salientar que o réu possui

o direito de se calar conforme o artigo quinto da Constituição Federal de 1988. Portanto pode-se afirmar que a autodefesa é disponível e não obrigatória. Nas palavras de LOPES JR (2023, p. 46):

A chamada defesa pessoal ou autodefesa manifesta-se de várias formas, mas encontra no interrogatório policial e judicial seu momento de maior relevância. Classificamos a autodefesa a partir de seu caráter exterior, como uma atividade positiva ou negativa. O interrogatório é o momento em que o sujeito passivo tem a oportunidade de atuar de forma efetiva – comissão –, expressando os motivos e as justificativas ou negativas de autoria ou de materialidade do fato que se lhe imputa.

Já a outra classificação da ampla defesa é a defesa técnica que é realizada por um defensor técnico e é de natureza indisponível, ou seja, o réu não pode se defender sozinho a única exceção é quando o acusado é advogado inscrito na OAB:

“A defesa técnica supõe a assistência de uma pessoa com conhecimentos teóricos do Direito, um profissional, que será tratado como advogado de defesa, defensor ou simplesmente advogado. É o profissional do direito, com conhecimento técnico e habilitação específica para exercer essa atividade defensiva no processo judicial” (LOPES JR, 2023, p. 45).

O princípio da ampla defesa do réu é um princípio fundamental no direito penal que é assegurado no art. 5º, LV, da Constituição Federal de 1988: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Tal artigo garante aos réus o direito de apresentar qualquer prova que possa ser relevante para sua defesa. Este princípio é uma salvaguarda crítica contra condenações injustas e é essencial para garantir que o sistema de justiça criminal seja justo e imparcial.

Um dos aspectos-chave do princípio da ampla defesa do réu é que ele permite que os réus contestem as provas apresentadas pela acusação. Isso é crítico porque a acusação muitas vezes tem acesso a mais recursos e provas do que a defesa. Ao permitir que os réus apresentem evidências em sua defesa, o princípio da ampla defesa do réu ajuda a nivelar o campo de jogo e garantir que a verdade seja revelada.

O princípio da ampla defesa do réu também é importante porque ajuda a prevenir condenações injustas. Em muitos casos, pessoas inocentes são condenadas injustamente porque a acusação apresenta um fato unilateral que não leva em consideração todas as evidências disponíveis. Ao permitir que os réus apresentem evidências em sua defesa, o princípio da ampla defesa do réu garante que todas as

evidências disponíveis sejam consideradas antes que um veredicto seja alcançado.

Além de permitir que os réus contestem as evidências apresentadas pela acusação, o princípio da ampla defesa do réu também permite que os réus apresentem evidências que apoiem sua versão dos eventos: “O juiz deve dar “ouvida” a ambas as partes, sob pena de parcialidade” (LOPES JR, 2023, p. 44). Isso inclui depoimentos de testemunhas oculares, evidências físicas e outras formas de evidência que podem ser cruciais para sua defesa. Ao permitir que os réus apresentem essas provas, o princípio da ampla defesa do réu ajuda a garantir que a verdade seja revelada e que a justiça seja feita.

No sistema legal, o réu além de ter o direito à ampla defesa possui também o direito de permanecer calado e não se incriminar. Isso significa que um réu não pode ser forçado a testemunhar contra si mesmo ou fornecer provas que possam incriminá-lo. Este princípio é conhecido como o "direito contra a autoincriminação" que é derivado do princípio da presunção da inocência e destina-se a proteger os direitos constitucionais do réu. O referido princípio, contido no artigo 5º, inciso LXIII da CF, está entre os conhecimentos jurídicos mais difundidos na população e, de maneira simplória, afirma que ninguém é obrigado a produzir provas contra si.

O motivo dessa proteção é evitar confissões coagidas, que eram comuns no passado, quando os suspeitos eram física ou mentalmente forçados a confessar crimes que não cometeram. Isso também garante que a culpa ou inocência de um réu não seja determinada por sua capacidade de resistir à pressão do interrogatório ou de se defender contra acusações. Ao não permitir que um réu produza provas contra si mesmo, coloca o ônus da prova na acusação para fornecer provas que provem a culpa do réu além de qualquer dúvida razoável.

Além disso, permitir que um réu produza provas contra si mesmo prejudicaria a justiça do processo legal. Isso poderia criar uma situação em que o réu é pressionado ou coagido a fornecer provas que possam ser incriminatórias, o que iria contra o princípio da justiça e do devido processo legal. Permitir que o réu permaneça em silêncio e não forneça provas contra si mesmo protege os direitos do réu e garante um julgamento justo e imparcial.

3 INTRODUÇÃO À TEORIA GERAL DA PROVA

Para entendermos o quanto o reconhecimento pessoal é uma prova frágil e suscetível de falha primeiramente devemos entender conceitos básicos e essenciais ao direito penal e direito processual penal. Existe uma disciplina que se dedica à análise dos conceitos jurídicos fundamentais que são comuns aos diferentes sistemas jurídicos ou ramos do direito que é a Teoria Geral da prova. Portanto inicialmente é necessário avaliar conceitos básicos e essenciais ao direito penal e direito processual penal a partir da Teoria Geral da prova.

Os conceitos demonstrados a seguir são amplamente difundidos e alvos de debates frequentes no meio acadêmico, bem como no meio policial e forense. No entanto no meio popular esses conceitos tendem a serem confusos e também tendem a gerar discordância.

A teoria das provas no processo penal é um ponto nevrálgico pois é base para definir as regras gerais da produção da prova. O Código De Processo Penal (CPP) de 1941 (e atualmente vigente) prevê inclusive uma série de atos de prova. No entanto, por se tratar de um código antigo, o CPP não abarca em seu texto os novos recursos tecnológicos.

A teoria da prova serve para balizar a legalidade da produção e utilização das provas. Sempre lembrando que, no processo Penal, “forma” significa garantia e formalidade emite poder, então se a lei prevê que um ato tem que ser feito de determinada forma, esta ação deve seguir rigorosamente o que está previsto em lei, sob pena de nulidade. Essa formalidade é essencial para a legalidade, para a validade do ato e para garantir a limitação do poder de punir.

A teoria da prova é um conceito basilar no campo do direito, relacionada com as regras e princípios que regem como as provas são reunidas, apresentadas e avaliadas em processos judiciais e desempenha um papel crítico em garantir que as decisões legais sejam justas, imparciais e baseadas em raciocínio e evidências sólidas além de fornecer diretrizes para determinar se a evidência atende a esses critérios e deve ser admitida no tribunal.

Um dos principais objetivos da referida é garantir a admissibilidade das provas, ou seja, atestar que o meio de obtenção das provas seja legal e eu estas podem ser apresentadas e consideradas pelo magistrado para que ele forme sua convicção a respeito do fato. Para que a evidência seja admissível, ela deve atender a certos

critérios, como relevância, confiabilidade e autenticidade.

Outro aspecto substancial de se compreender é o ônus da prova. O ônus da prova refere-se à responsabilidade da parte que apresenta uma ação legal de fornecer provas suficientes para apoiar sua reivindicação. A teoria da prova estabelece diretrizes para determinar quais evidências são necessárias para cumprir o ônus da prova, dependendo do tipo de alegação que está sendo feita.

A teoria também aborda o padrão de prova, que diz respeito ao nível de evidência necessário para provar uma reivindicação no tribunal. O padrão de prova varia de acordo com o tipo de alegação que está sendo feita e pode variar de uma preponderância da evidência (mais provável do que não) para além de uma dúvida razoável. A teoria da evidência indica quais diretrizes devem ser tomadas para determinar qual padrão de prova é exigido em diferentes tipos de procedimentos legais.

No geral, a teoria da evidência é um componente crítico do sistema jurídico. Ele estabelece diretrizes para determinar quais evidências são admissíveis, quais evidências são necessárias para cumprir o ônus da prova e qual padrão de prova é necessário para provar uma reivindicação no tribunal. Ao garantir que as decisões legais sejam baseadas em argumentos e evidências sólidas, a teoria das evidências ajuda a promover a equidade, a justiça e o estado de direito. Nesse sentido:

A teoria dos sistemas processuais influencia o processo penal na sua formulação legislativa e práticas judiciais, trazendo reflexos nos princípios da imparcialidade, valoração da prova, paridade de armas, contraditório, ônus da prova e teorias das nulidades, medidas cautelares etc. (Andrade e Iacono)

Um princípio que precisamos analisar para entendermos a fragilidade do reconhecimento é o princípio da verdade real que é um princípio infraconstitucional implícito encontrado no artigo 156, inciso I e II do Código de Processo Penal². O objetivo final do procedimento jurídico denominado processo penal é reunir elementos capazes de conduzir o julgador a uma decisão mais correta sobre a ocorrência ou não de um determinado fato delitivo. A comprovação da ocorrência desse fato depende muito dos elementos demonstrados a partir da coleta das provas.

² Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:
I – Ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;
II – Determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

O exercício do direito de punir estatal, conhecido como *jus puniendi*, é uma atribuição poderosa que tem o potencial de impactar de forma significativa os direitos e interesses individuais sensíveis. Diante dessa responsabilidade, é indispensável que tal exercício seja conduzido através de um processo embasado em diretrizes bem definidas, que permitam uma verificação precisa dos fatos. Esse processo deve garantir a análise minuciosa de todos os elementos relevantes, assegurando a proteção dos direitos dos indivíduos envolvidos. Dessa maneira, a aplicação da punição estatal poderá ocorrer de forma justa e equilibrada, respeitando os princípios fundamentais da justiça e promovendo o respeito aos direitos humanos. Ao estabelecer diretrizes claras e garantir a devida verificação dos fatos, busca-se evitar abusos e assegurar que a intervenção do Estado seja exercida dentro dos limites legais, preservando assim a imparcialidade e a integridade do sistema de justiça.

O processo penal tem como finalidade principal regular como devem ser reunidos elementos capazes de demonstrar ao julgador a ocorrência ou não do fato delituoso:

O Direito Processual Penal é o corpo de normas jurídicas com a finalidade de regular o modo, os meios e os órgãos encarregados de punir do Estado, realizando-se por intermédio do Poder Judiciário, constitucionalmente incumbido de aplicar a lei ao caso concreto. É o ramo das ciências criminais cuja meta é permitir a aplicação de vários dos princípios constitucionais, consagradores de garantias humanas fundamentais, servindo de anteparo entre a pretensão punitiva estatal, advinda do Direito Penal, e a liberdade do acusado, direito individual. (NUCCI, 2022, p 01)

Essa busca pela verdade depende da apresentação de dados passados, que são evidenciados por meio provas. No Código De Processo Penal não existe um rol taxativo indicando quais provas podem compor o processo, no entanto existem artigos esparsos que indicam componentes probatórios que incluem inquirição testemunhas, documentos, perícias, entre outros meios de prova admitidos em lei. São exemplos de provas:

1. A Prova Pericial e Exame de Corpo de Delito; 2. O Interrogatório do réu; 3. A Confissão 4. A inquirição do Ofendido (Palavra da Vítima); 5. A Prova Testemunhal; 6. O Reconhecimento de Pessoas e Coisas; 7. A Reconstituição do Delito (Reprodução Simulada); 8. A acareação e 9. A Prova Documental. (LOPES JR, 2023, p 20)

As partes têm o direito de empregar todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no Código, para provar a verdade

dos fatos em que se funda o pedido ou a defesa e influir eficazmente na convicção do juiz. É por meio da análise criteriosa desses elementos que se busca obter uma compreensão clara e objetiva dos fatos, permitindo ao julgador formar uma convicção segura e fundamentada para tomar suas decisões judiciais. Assim, o processo penal desempenha um papel essencial na busca pela justiça, garantindo que a verdade dos fatos seja devidamente esclarecida e que os direitos das partes envolvidas sejam respeitados. Lopes Jr (2023, p 164) indica:

O processo penal é um instrumento de retrospectiva, de reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico. Como ritual, está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato.

“A estrutura do processo penal variou ao longo dos séculos, conforme o predomínio da ideologia punitiva ou libertária” (Lopes Jr 2023, p 20). Insta salientar que no Brasil predomina o sistema penal acusatório:

Há dois sistemas processuais penais: inquisitório, com viés autoritário, com a gestão da prova incumbida ao juiz, sem forma predefinida ou que deva ser respeitada, as figuras do julgador e acusador se confundem; e o acusatório, com viés democrático, com a gestão da prova incumbida à acusação e defesa, regras predefinidas, separação entre julgador e acusador. A teoria dos sistemas processuais influencia o processo penal na sua formulação legislativa e práticas judiciais, trazendo reflexos nos princípios da imparcialidade, valorização da prova, paridade de armas, contraditório, ônus da prova e teorias das nulidades, medidas cautelares etc. (André Lozano Andrade e Ricardo Fantilacono)

Compreendido que no sistema acusatório busca-se garantir não apenas a efetividade da justiça, mas também a proteção dos direitos fundamentais das partes envolvidas no processo penal, resta compreender qual o papel dos indivíduos do processo na obtenção da verdade dos fatos que surgirá – ou não – ao longo do processo.

Ao longo do tempo, desenvolveu-se um mito de que os fatos delituosos poderiam ser reproduzidos com fidelidade absoluta no processo penal, que seria regido pelo princípio da verdade real. No entanto, nas palavras de Aury Lopes Jr. (2023), “essa busca incessante pela chamada "verdade real" resultou na criação de uma cultura inquisitiva na investigação criminal, sendo utilizada como justificativa para legitimar ações arbitrárias por parte do Estado”.

Essa mentalidade de busca absoluta pela verdade, muitas vezes

desconsiderando garantias individuais e tratando os acusados como meros objetos de prova, abriu margem para abusos e violações de direitos fundamentais, dentre eles a liberdade. É necessário repensar esse paradigma e buscar um equilíbrio entre a busca pela verdade e o respeito aos direitos e garantias individuais, de modo a assegurar um processo penal justo e imparcial.

Nesse sentido, discorre Aury Lopes Jr (2020, p. 563) que, “Historicamente, está demonstrado empiricamente que o processo penal, sempre que buscou uma “verdade mais material e consistente” e com menos limites na atividade de busca, produziu uma “verdade” de menor qualidade e com pior trato para o imputado. Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura –, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados”.

Sobre o tema, leciona Gustavo Henrique Badaró (2015, p. 374):

No entanto, retirar a verdade do trono em que reinava absoluta no processo penal não significa desterrá-la. Se a verdade não é o centro do processo penal, não há como negar, por outro lado, que a verdade exerce um papel importante no processo. Não se trata de eliminá-la, mas de deslocá-la do lugar de centralidade, até então ocupado, para um ponto diverso, secundário. A verdade não é o fim último do processo penal e, sua busca não pode se dar a partir de uma premissa de que os fins justificam os meios. No caso em que uma limitação à descoberta da verdade se justifique para fazer prevalecer outro valor, como o respeito à dignidade humana, à proteção da intimidade, à preservação da imparcialidade do julgador, igualmente ou mais relevante para que se profira uma decisão justa, é de admitir a adoção de regras legais antiepisiêmicas, desde que fundamentais para preservar o outro valor em jogo.

Assim, a partir dessas lições mencionadas, pode-se entender que o sistema acusatório pressupõe a substituição do princípio da verdade real pela busca de um ato de convencimento, o qual será alcançado por meio da estrita observância do postulado constitucional do devido processo legal, bem como dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Nessa perspectiva, a busca pela verdade deixa de desempenhar um papel central, embora ainda seja reconhecida como uma peça fundamental para a obtenção de uma decisão jurisdicional justa. O foco recai na garantia de um processo equilibrado, onde as partes têm oportunidade de apresentar suas versões dos fatos, confrontar as provas e argumentos contrários, e contar com a imparcialidade do julgador.

No sistema acusatório, o exercício do poder punitivo estatal encontra respaldo no devido processo legal, que estabelece regras probatórias pré-definidas. Essas

regras têm como objetivo subsidiar a apuração da veracidade ou falsidade da imputação de um fato delituoso. É fundamental compreender as noções gerais das provas no sistema penal brasileiro para uma análise adequada. As provas são elementos fundamentais para a formação da convicção do julgador, devendo ser obtidas de acordo com critérios legais e éticos.

3. DAS PROVAS

O sistema penal brasileiro reconhece diversos meios de prova, como testemunhas, documentos, perícias, indícios, entre outros, cada um com suas peculiaridades e requisitos de admissibilidade. A análise cuidadosa dessas noções gerais de provas é essencial para garantir um processo justo, assegurando que a imputação de um fato delituoso seja fundamentada em evidências sólidas e confiáveis, em consonância com os princípios e normas do sistema jurídico vigente.

Dentre os tipos de provas observadas na teoria geral das provas temos as chamadas provas típicas, que são aquelas que estão tipificadas expressamente no código e as provas atípicas, que não tem uma definição legal de como elas devem ser produzidas formalmente.

De acordo com o doutrinador Guilherme Nucci existem 3 conceitos para o termo prova:

Há, fundamentalmente, três sentidos para o termo prova: a) ato de provar: é o processo pelo qual se verifica a exatidão ou a verdade do fato alegado pela parte no processo (ex.: fase probatória); b) meio: trata-se do instrumento pelo qual se demonstra a verdade de algo (ex.: prova testemunhal); c) resultado da ação de provar: é o produto extraído da análise dos instrumentos de prova oferecidos, demonstrando a verdade de um fato. Neste último senso, pode dizer o juiz, ao chegar à sentença: “Fez-se prova de que o réu é autor do crime”. Portanto, é o clímax do processo (NUCCI, 2020, p. 313, grifo do autor).

Os esforços em compreender os fatos investigados no bojo do processo estão intimamente ligados ao ato da produção das provas isto por que esta compreensão dos fatos tem a pretensão de convencer o julgador sobre a veracidade do ato delitivo.

Normas e princípios norteiam o uso e aplicação das provas nos Processos Penais brasileiros. “Em latim norma significa “esquadro”, instrumento destinado a medir a correção dos ângulos” (CUNHA, 2012. P 26). Tais normas e princípios podem ter origens constitucionais ou infraconstitucionais, como no caso das normas encontradas no Código de Processo Penal. No citado código, infelizmente,

encontram-se escassas disposições gerais a respeito das provas, abrangidas em apenas 3 artigos. Com relação ao estudo doutrinário o tema das provas no processo penal é abordado com uma importância ligeiramente maior, posto a importância do tema em relação ao direito do estado de punir e as consequências drásticas de quem sofre uma condenação injusta.

Fundamental definirmos o que é prova: “A palavra prova tem origem no latim *probatio* que é um vocábulo originado do verbo *probare*. O dito verbo tem o significado de demonstrar, reconhecer, formar juízo de algo” (Plácido e Silva, 1987, p 491). Nesse sentido demonstra o mesmo referido autor sobre a definição do que é prova:

Entende-se, assim, no sentido jurídico, a demonstração que se faz, pelos meios legais, da existência ou veracidade de um fato material ou de um ato jurídico, em virtude da qual se conclui por sua existência ou se afirma a certeza a respeito da existência do fato ou do ato demonstrado. (DE PLÁCIDO E SILVA, 1967, pág. 1.253.)

A partir do exposto pode-se entender que a existência da verdade de um fato deve ser comprovada através das provas apresentadas nos autos do processo. Essas provas servem para influenciar o convencimento do julgador sobre a existência ou não do fato.

São exemplos de meios de prova a declaração do ofendido, a prova testemunhal, o reconhecimento (de pessoas e objetos) e o interrogatório do acusado, além de outros meios como laudos periciais, exames de corpo de delito, etc. Os meios de provas são aqueles através dos quais o juiz tomará conhecimento da veracidade ou não de determinada situação fática, a fim de formar sua convicção para decidir sobre o caso.

As provas no processo penal nada mais são do que elementos que vão servir de maneira direta ou indireta para comprovar uma verdade, ou seja formar a convicção do magistrado sobre um fato. Doutrinariamente existem provas típicas e atípicas. As provas típicas são as regulamentadas por lei e estão contidas desde o artigo 158 do Código de Processo Penal até o artigo 250 do mesmo código. Já as provas atípicas não são regulamentadas por nenhuma lei.

Se tratando de provas atípicas é importante citar que o artigo 332 do Código de Processo Civil estabelece que todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados no código, são hábeis para provar a verdade dos fatos em que se funda a ação ou a defesa. Um ponto importante é que quando for

possível a resolução da questão por meio de provas tipificadas na lei não será admitida a utilização de meios de prova atípicos.

Renato Brasileiro de Lima versa sobre o assunto:

A produção da prova atípica deve se dar de maneira subsidiária, ou seja, somente deve ser admitida a utilização de meio de prova atípico quando não houver meio de prova típico capaz de atingir o resultado que se pretende. Também não se admite o uso da prova atípica quando houver alguma restrição quanto à prova de tal fato pela lei civil (CPP, art. 155, parágrafo único), nem tampouco quando houver alguma limitação quanto às regras de proibição da prova (LIMA, 2020, p.670).

Portanto, no contexto do processo penal, quando for possível resolver uma questão por meio de provas estabelecidas e previstas de forma clara na lei, não se admitirá a utilização de meios de prova atípicos. Isso significa que, caso existem meios de prova tipificados e regulamentados pela legislação, deve-se dar preferência a esses meios em detrimento de outros que não estejam expressamente previstos. A utilização de provas atípicas, que não estejam em conformidade com as normas legais, pode comprometer a legalidade e a segurança jurídica do processo, afetando os direitos das partes envolvidas e fragilizando a confiabilidade do sistema de justiça. Portanto, é fundamental observar os meios de prova estabelecidos na lei para garantir a regularidade e a justiça na resolução das questões jurídicas.

É de suma importância entender que a formação da convicção do juiz advém das provas apresentadas durante o curso do processo e nesse sentido o artigo 155 do Código do Processo Penal afirma que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Portanto conclui-se que o magistrado deve formar sua convicção com base nas provas produzidas durante o curso da ação judicial. As únicas provas que poderão ser utilizadas caso tenham sido colhidas durante a investigação são as 3 espécies de provas indicadas no artigo 155 do CPP, quais sejam as provas não repetíveis, cautelares e antecipadas

A prova não repetível é aquela cuja sua reprodução não pode ser realizada em razão de alteração significativa das características ou de sua extinção. Já as provas cautelares são aquelas que existem sob o risco de desaparecimento eminente, como por exemplo o testemunho de uma pessoa que está em estágio terminal de alguma doença. Via de regra a prova cautelar necessita de aval judicial para ser produzida e

essa produção pode ser feita tanto na fase investigatória quanto na fase processual.

Enquanto as provas cautelares correm o risco de desaparecimento, as provas antecipadas são aquelas que uma das partes acha por bem que seja produzida de imediato por motivos diversos. Tais provas podem ser produzidas na fase de investigação ou na fase processual. A produção das provas antecipadas depende de autorização judicial que deve ser concretamente fundamentada.

Observa-se na prática forense que frequentemente as sentenças, sejam elas condenatórias ou absolutórias, são fundamentadas exclusivamente nos depoimentos das testemunhas, o que deve ser considerado uma aguda irregularidade do sistema processual criminal, posto que os depoimentos são elementos probatórios dotados de uma enorme fragilidade e não deveriam ser o principal meio de prova do processo.

A produção da prova no processo sugere o problema: “a quem compete provar?” (TORNAGHI, 2007, p. 311). Paulo Rangel é enfático ao afirmar que o ônus da prova é somente da acusação.:

Há que se interpretar a regra do ônus da prova à luz da Constituição, pois se é cediço que a regra é a liberdade (art. 5º, XV, da CRFB) e que, para que se possa perdê-la, dever-se-á observar o devido processo legal e dentro deste encontra-se o sistema acusatório, onde o juiz é afastado da persecução penal, dando-se ao Ministério Público, para a defesa da ordem jurídica, a totalidade do ônus da prova do fato descrito na denúncia (RANGEL, 2015, p. 568).

Por outro lado, Renato Brasileiro de Lima indica que deve haver uma igual obrigação entre defesa e acusação quanto ao ônus de produzir provas, ou seja, a acusação precisa produzir provas de maneira a produzir um juízo de certeza quanto ao acusado:

Em suma, enquanto o Ministério Público e o querelante têm o ônus de provar os fatos delituosos além de qualquer dúvida razoável, produzindo no magistrado um juízo de certeza em relação ao fato delituoso imputado ao acusado, à defesa é suficiente gerar apenas uma fundada dúvida sobre causas excludentes da ilicitude, causas excludentes da culpabilidade, causas extintivas da punibilidade ou acerca de eventual álibi. Há, inegavelmente, uma distinção em relação ao quantum de prova necessário para cumprir o ônus da prova: para a acusação, exige-se prova além de qualquer dúvida razoável; para a defesa, basta criar um estado de dúvida (LIMA, 2020, p.679).

Nos sistemas de justiça criminal em todo o mundo, o acusador é normalmente aquele que deve apresentar as provas necessárias para provar a culpa do réu. Este é um princípio importante que se baseia na presunção de inocência, que é uma pedra

angular do direito penal.

São vários os motivos pelos quais é o acusador quem deve produzir as provas na justiça criminal. Uma razão é que a acusação tem mais recursos e acesso às provas do que a defesa. A promotoria pode usar o poder do estado para investigar crimes, coletar provas e convocar testemunhas para depor. A defesa, por outro lado, pode não ter o mesmo nível de recursos ou acesso às provas, o que pode dificultar a contestação do caso da acusação. Em contrapartida cabe à defesa demonstrar a existência de excludentes de ilicitude e culpabilidade, além de eventualmente comprovar causas de extinção de punibilidade e condições atenuadoras da pena. Assim não se pode afirmar que o ônus da prova é exclusivo da acusação.

Outra razão pela qual o acusador é quem deve produzir as provas é que isso promove justiça e imparcialidade no sistema de justiça criminal. Ao exigir que a promotoria prove a culpa do réu, o sistema garante que o réu receba um julgamento justo e não seja condenado com base em acusações ou rumores infundados. Também garante que a promotoria seja responsabilizada por suas ações e deve trabalhar para construir um caso forte contra o réu.

Além disso, exigir que o acusador apresente as provas também ajuda a prevenir o abuso de poder por parte do governo. Se o governo pudesse simplesmente acusar alguém de um crime e confiar no acusado para provar sua inocência, isso daria ao governo um enorme poder para manipular o sistema legal e silenciar as vozes dissidentes. Ao exigir que a promotoria prove seu caso, o sistema jurídico fornece uma verificação do poder do estado e ajuda a garantir que o governo não possa usar acusações criminais para silenciar seus críticos ou oponentes.

Finalmente, exigir que o acusador apresente as provas é consistente com o princípio do devido processo legal, que é um direito fundamental na maioria dos sistemas jurídicos. O devido processo exige que os indivíduos recebam uma audiência justa e imparcial antes de serem privados de sua liberdade ou propriedade. Ao exigir que a promotoria prove seu caso, o sistema legal garante que os réus tenham uma audiência justa e imparcial e não sejam privados de seus direitos sem o devido processo legal.

A exigência de que o acusador deve produzir as provas na justiça criminal é um princípio importante que se baseia na presunção de inocência, justiça, imparcialidade e devido processo legal. Ao exigir que a promotoria prove a culpa do réu além de qualquer dúvida razoável, o sistema legal garante que pessoas inocentes não sejam

condenadas injustamente e que o governo não possa abusar de seu poder de silenciar vozes dissidentes ou privar indivíduos de seus direitos sem o devido processo legal.

CAPÍTULO II

1. DO RECONHECIMENTO PESSOAL

A apuração da materialidade após a ocorrência de um delito se dá através de um processo investigatório no qual, além da materialidade, busca-se apurar as circunstâncias do fato e a autoria. “A prova testemunhal constitui um *meio de prova* por intermédio da qual quem presenciou ou possui algum conhecimento relevante sobre um fato depõe sobre o que assistiu, ouviu, ou até mesmo sobre sua percepção por meio dos outros sentidos” (SILVA, 2022).

Sem sombra de dúvida é impossível que haja uma ação penal contra um indivíduo sem que haja, pelo menos mínimos, indícios de sua autoria tendo em vista que a propositura da ação penal exige tais indícios. Indubitavelmente o reconhecimento de pessoas é de suma importância para o processo de identificação afinal a distinção de uma pessoa é aferida por esse meio da prova.

No ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento está previsto no Código de Processo Penal nos artigos 226, 227 e 228. De acordo com o artigo 226 do Código de Processo Penal, o reconhecimento pessoal deve ocorrer durante a instrução criminal, sendo facultativo e não obrigatório. O procedimento deve ser conduzido de forma a garantir a imparcialidade e a idoneidade da prova, respeitando os direitos fundamentais do acusado. O procedimento do reconhecimento pessoal consiste na identificação do suspeito ou acusado por parte de uma testemunha, vítima ou corréu, na presença de autoridade policial ou judicial.

No entanto, existem críticas e debates sobre a ordem em que o reconhecimento pessoal é realizado. Alguns argumentam que a atual disposição legal, que permite que a testemunha veja o acusado na sala de audiência antes do reconhecimento, pode comprometer a imparcialidade da prova, uma vez que a memória da testemunha pode ser influenciada pela exposição prévia ao acusado, como explica Lopes Jr:

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato”. Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática pode ensejar nulidade. (LOPES JR, 2023, p. 230)

Essa controvérsia levanta a necessidade de uma análise cuidadosa sobre a condução do procedimento de reconhecimento pessoal, buscando aprimorar as práticas e garantir a confiabilidade da prova. Diversos estudos e debates têm sido realizados no sentido de propor alterações legislativas ou orientações jurisprudenciais que visem a uma abordagem mais coerente e eficaz do reconhecimento pessoal como meio de prova no sistema processual penal brasileiro.

2. DO PROCEDIMENTO DO RECONHECIMENTO

O reconhecimento de pessoas e coisas está previsto no Código de Processo Penal nos art. 226 e seguintes. De acordo com a redação desses artigos ele pode ocorrer tanto na fase pré-processual como também processual. Nas palavras de Franco Cordero (CORDERO, Franco. *Procedimiento Penal*, cit., v. 2, p. 106.) o reconhecimento é um ato através do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em um determinado contexto, compara as duas experiências. Em suma: o reconhecimento é o meio de prova pelo qual se busca obter a identificação de pessoas ou coisas em um ato processual previsto em lei praticado perante a autoridade policial ou judiciária.

Já a identificação é o ato de apontar características únicas de uma pessoa como por exemplo a colheita de material genético ou da impressão digital da pessoa:

A identificação criminal prevista no art. 5º, LVIII, da CB, foi regulamentada pela Lei n. 12.037/2009 e constitui o gênero, do qual são espécies a identificação datiloscópica, a identificação fotográfica e a coleta de material genético (modificação introduzida pela Lei n. 12.654/2012). A regra é que o civilmente identificado não seja submetido à identificação criminal (ou seja, nem datiloscópica, nem fotográfica, nem coleta de material genético), definindo a lei que a identificação civil pode ser atestada por qualquer dos seguintes documentos: carteira de identidade; carteira de trabalho; carteira profissional; passaporte; carteira de identificação funcional; outro documento público que permita a identificação do indiciado. A lei equipara aos documentos civis os de identificação militar (LOPES Jr, 2023, p. 74)

Indubitavelmente o procedimento da identificação é potencialmente constrangedor para o indivíduo e por ter-se esse entendimento, somente admite-se a identificação criminal para aquele indivíduo que não tiver identificação civil.

A identificação criminal sempre foi um constrangimento para as pessoas que a ela se submetiam. Agora, nos termos da Constituição, este constrangimento só será admitido para aquele que não tiver identificação civil, mesmo assim

deverá a autoridade encarregada de realizar a identificação criminal adotar providências necessárias para evitar qualquer tipo de constrangimento ao investigado (RANGEL, 2015, p.169).

O Supremo Tribunal Federal, no verbete sumular de n. 568, entendia que “A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente”.

A evidência, referido enunciado sumular não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Isto porque a Constituição Federal, em seu Título II – "Dos Direitos e Garantias Fundamentais", artigo 5º, inciso LVIII, estabelece que: "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei".

Diante do texto da Lei 12.037, de 1.º de outubro de 2009, alterada pela Lei 12.654/2012, será realizada a identificação quando houver uma incerteza concreta da veracidade e validade dos documentos apresentados, bem como quando houver informação de que a pessoa cometeu fraude em registros criminais. Tratando-se de uma norma de eficácia contida:

Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando:

- I – O documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
- II – O documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
- III – O indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si;
- IV – A identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;
- V – Constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
- VI – O estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

Dessa forma, não existe mais um rol de crimes que impõe a obrigatoriedade da identificação criminal. A identificação ficará a cargo da conveniência da investigação policial, sem considerar o delito cometido.

É possível classificar o reconhecimento em simultâneo e sequencial. Nesse sentido:

Existem duas formas de reconhecimento pessoal: simultâneo e sequencial. Nosso Código de Processo Penal, como visto, optou pelo sistema simultâneo, em que todos os membros são mostrados ao mesmo tempo. Esse

é o método mais sugestivo e perigoso. (LOPES JR, 2023, p 234)

Ademais o reconhecimento de pessoas podem ser variadas, contando com a presença do suspeito entre os reconhecidos ou não:

Devem-se agregar, ainda, as variações de reconhecimento “com suspeito presente” e “sem suspeito presente”, ou seja, deve-se permitir que o reconhecimento seja feito (de forma simultânea ou sequencial) apenas com distratores (pessoas que sabidamente não são autoras do crime). (LOPES JR, 2023, p 234)

Uma crítica que podemos fazer nesse momento é que é um vício o ato do reconhecimento de pessoas no ordenamento brasileiro não comportar a variação “sem o suspeito presente”:

O reconhecimento apenas com distratores (sem autor presente) evidencia como o sistema brasileiro atual é viciado, pois tanto vítimas como testemunhas sabem que somente se procede ao reconhecimento quando existe um suspeito. Essa pré compreensão atua de forma indutiva, encerrando graves índices de erro. (LOPES JR, 2023, p. 234)

Para quantificar o valor do reconhecimento como prova é preciso analisar sob qual circunstancia a prova foi produzida, ou seja, se foi produzida na fase investigatória ou judicial:

“Quando produzido na polícia, torna-se uma prova longe do crivo do contraditório, embora possa ser confirmada em juízo não só por outro reconhecimento, mas também pela inquirição das testemunhas, que assinaram o auto pormenorizado na fase extrajudicial. Tem, como as demais provas colhidas no inquérito, valor relativo, necessitando de confirmação.

Quanto ao reconhecimento feito em juízo, é prova direta, mas sempre subjetiva e merecedora de análise cautelosa. Se testemunhas podem mentir em seus depoimentos, é natural que reconhecedores também podem fazê-lo, durante o reconhecimento de alguém. Além disso, é preciso contar com o fator de deturpação da memória, favorecendo o esquecimento e proporcionando identificações casuísticas e falsas. O juiz jamais deve condenar uma pessoa única e tão somente com base no reconhecimento feito pela vítima, por exemplo, salvo se essa identificação vier acompanhada de um depoimento seguro e convincente, prestado pelo próprio ofendido, não demovido por outras evidências.” (NUCCI, 2022, p 299)

Os pressupostos para o reconhecimento de pessoas podem ser encontrados no código de processo penal nos artigos 226, 227 e 228. A base de origem do reconhecimento de pessoas como meio de prova está na prova testemunhal e este é tratado como uma forma de prova independente que deve ser feita em juízo respeitando o princípio do contraditório e respeitando os pressupostos encontrados

no código de processo penal caso contrário à sua realização deverá ser não deverá ser executada ou, se executada fora dos padrões, deverá ser anulada.

O reconhecimento de pessoas pode ser feito tanto na fase investigatória (na delegacia, na presença do presidente do inquérito policial) quanto em juízo. “Quando produzido na investigação, torna-se uma prova longe do crivo do contraditório” (NUCCI, 2022, p 299). Como veremos mais a frente quando analisarmos os incisos do artigo que normatiza o reconhecimento de pessoas, este deve ser confirmado em juízo. Nas palavras de NUCCI (2022, 299): “não só por outro reconhecimento, mas também pela inquirição das testemunhas, que assinaram o auto pormenorizado na fase extrajudicial”.

Insta salientar que uma decisão judicial não pode se basear apenas no reconhecimento de pessoas realizado um na fase de investigação posto que nesta fase não é realizado o procedimento de maneira que respeite o contraditório ou a ampla defesa isto pois o inquérito policial como o seu próprio nome indica é um procedimento inquisitório assim sendo não respeita o contraditório e a ampla defesa.

Também é errado pensar que o magistrado pode fundamentar uma sentença somente com base no reconhecimento da vítima:

O juiz deve condenar uma pessoa única e tão somente com base no reconhecimento feito pela vítima por exemplo salvo se essa identificação vier acompanhada de um depoimento seguro e convincente prestado pelo próprio ofendido não demovido por outras evidências (NUCCI, 2020, p 898).

O reconhecimento é um meio de prova e repetível e isto é indubitável, pois é impossível realizar 2 vezes o mesmo procedimento sem contaminá-lo. Em síntese realizado o primeiro procedimento caso venha a ser realizado um segundo com certeza o reconhecedor estará contaminado pelas conclusões chegadas no primeiro procedimento dessa maneira o reconhecedor não irá buscar em sua memória o autor do fato e sim buscará em sua memória a pessoa que ele reconheceu no primeiro procedimento.

É importante lembrarmos que o reconhecimento também é um meio de prova urgente e isso se justifica tendo em vista que o passar do tempo afeta diretamente o reconhecimento por isso o reconhecimento para ser utilizado como uma prova confiável deve ser realizado o mais breve possível, mas sempre obedecendo a previsão legal e garantindo o contraditório e a ampla defesa

Sem sombra de dúvidas quando falamos em reconhecimento seja pessoal ou de materiais o assunto mais polêmico é o reconhecimento por fotografia isto por que o reconhecimento fotográfico é amplamente utilizado especialmente na fase investigativa. Esse método de reconhecimento informal deveria ser utilizado apenas como forma subsidiária e complementar ao reconhecimento pessoal, no entanto devido à falta de recursos, materiais e tempo hábil em sede policial é comum ser feito o reconhecimento por fotos. Para NUCCI (2022) o reconhecimento por fotos deve ser considerado um mero indício:

Tem sido admitido como prova, embora deva ser analisado com muito critério e cautela, pois a identificação de uma pessoa ou o reconhecimento de uma coisa por intermédio da visualização de uma fotografia pode não espelhar a realidade, dando margem a muitos equívocos e erros.

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

Em nossa avaliação, o reconhecimento fotográfico não pode ser considerado uma prova direta, mas sim indireta, ou seja, um mero indício. (NUCCI, 2022, p 297)

A utilização de fotos como provas diretas já foi alvo de matéria em grandes jornais da televisão aberta, como por exemplo o programa Fantástico, exibido pela Tv globo, que em 21/02/2021 exibiu uma reportagem³ sobre pessoas inocentes que foram presas em virtude de terem sido reconhecidas pelas vítimas através desse método falho que é o reconhecimento por foto. Em virtude de toda polêmica e da ampla divulgação na mídia a respeito do assunto, muito se discute a respeito do assunto, seja no meio jurídico, no meio doutrinário, no meio acadêmico chegando até na casa do cidadão comum.

Devido a baixíssima confiabilidade da prova do reconhecimento por foto o Superior TRIBUNAL DE JUSTIÇA se manifestou que o reconhecimento fotográfico só valido para identificação do réu se corroborado por outros elementos idôneos de convicção:

³ Reportagem: 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros. Disponível em <https://globoplay.globo.com/v/9288342/>

PENAL. HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. NULIDADE DA SENTENÇA.CONDENAÇÃO BASEADA FUNDAMENTALMENTE NO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO RÉU NA FASE INQUISITÓRIA. I - É firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o reconhecimento fotográfico, como meio de prova, é plenamente apto para a identificação do réu e fixação da autoria delituosa, desde que corroborado por outros elementos idôneos de convicção. II - *In casu*, a sentença condenatória do paciente se baseou, fundamentalmente, no reconhecimento fotográfico do acusado na fase inquisitória, quase um ano após a ocorrência dos fatos, o que não se mostra suficiente para sustentar a condenação do acusado. (STJ – HC: 22907 SP 2002/0069942-4, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 10/06/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2003).

Na visão do doutrinado Eugenio Pacelli Oliveira, o reconhecimento fotográfico deve ser considerado um mero indicio e não um prova direta:

O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas (OLIVEIRA, 2020, p. 547).

Na mesma linha, mas em termos diferentes, o doutrinador Aury Lopes Jr. (ano) defende que a reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório. Mas ainda existem doutrinadores que aceitam que o reconhecimento fotográfico possa ser usado como prova, como é o caso de Guilherme Nucci, que afirma que se o reconhecimento por foto for imprescindível o julgador deve seguir a regra contida nos incisos I 2 e 4 do art. 226 do Código de processo Penal. Vale a ressalva que mesmo assim Nucci afirma que a prova não deve ser considerada absoluta.

O reconhecimento de pessoas por fotografia é um meio de prova atípico no código de processo penal, uma vez que não há estipulação clara sobre como deve ser realizado. No entanto, esse aspecto gera um problema significativo, pois o reconhecimento fotográfico não segue, mesmo que de forma análoga, as diretrizes estabelecidas pelo legislador para o reconhecimento presencial. Isso resulta em uma grande fragilidade desse meio de prova, uma vez que, geralmente, durante as etapas investigatórias e antes do reconhecimento presencial, a testemunha tem acesso a um álbum de fotografias com o objetivo de realizar uma pré-identificação do suspeito.

Existe um risco muito grande da testemunha identificar alguém por meio de fotografia como sendo o autor do fato e, posteriormente, manter essa afirmação

durante o reconhecimento presencial, mesmo que não tenha plena certeza. Essa predisposição criada pela visualização anterior das fotografias pode comprometer a objetividade e a confiabilidade do reconhecimento, uma vez que a testemunha tende a confirmar a identificação prévia, mesmo que existem dúvidas ou incertezas.

Para Aury Lopes Jr (2014):

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

Outro fator que compromete a confiabilidade da identificação por foto é a qualidade da foto. Se a foto for de baixa qualidade ou tirada de um ângulo que dificulte a identificação do réu, ela pode ser menos confiável do que uma foto de maior qualidade. Da mesma forma, se a foto for antiga ou desatualizada, pode não refletir com precisão a aparência atual do réu, dificultando a identificação.

Mais uma condição que afeta a confiabilidade da identificação com foto é o procedimento usado para apresentar a foto à testemunha. Por exemplo, se for mostrada à testemunha apenas uma foto do réu, em vez de uma série de várias fotos, é mais provável que ela faça uma identificação falsa. Da mesma forma, se a pessoa que apresenta a foto à testemunha fornecer informações sugestivas sobre a identidade do réu, isso pode influenciar a testemunha e tornar a identificação menos confiável. Além disso, a confiabilidade da identificação com foto pode ser afetada por fatores como idade, memória e estado emocional da testemunha no momento da identificação.

No geral, embora a identificação com foto possa ser uma forma útil de evidência em alguns casos, ela quase sempre não é confiável. Para garantir a precisão da identificação da testemunha, é importante usar procedimentos adequados e considerar todas as evidências disponíveis em um caso. Chegando ao fim do ato do reconhecimento pode-se ter um resultado positivo ou um resultado negativo. É de suma importância que se entenda que apenas esses dois resultados são possíveis.

O resultado deve ser considerado positivo quando o reconhecedor apontar com certeza o acusado como sendo o autor dos fatos. Em sentido contrário, o resultado negativo ocorre quando o reconhecedor não reconhece dentre as pessoas

apresentadas aquele que seria o autor do fato. Diz-se que o reconhecimento é informal quando a autoridade competente realiza o reconhecimento sem o cumprimento integral das regras previstas na legislação. Infelizmente essa é uma prática recorrente durante a persecução penal. De maneira objetiva é fácil afirmar que frequentemente o regramento legal é ignorado e o reconhecimento é feito de maneira simplificada, ignorando a legislação.

Aury Lopes Jr tece o seguinte comentário sobre essa informalidade:

Essa “simplificação” arbitrária constitui um desprezo à formalidade do ato probatório, atropelando as regras do devido processo e, principalmente, violando o direito de não fazer prova contra si mesmo. Por mais que os tribunais brasileiros façam vista grossa para esse abuso, argumentando às vezes em nome do “livre convencimento do julgador”, a prática é ilegal e absurda (LOPES JR, 2014).

Como dito anteriormente: no processo penal “forma” significa garantia e essa formalidade é essencial para a legalidade, para a validade do ato e para garantir a limitação do poder de punir. Na visão de Aury Lopes Jr. (ano) a aplicação do reconhecimento informal afeta justamente a formalidade do ato e por consequência sua legalidade. Se afirmamos que forma é garantia e o reconhecimento informal não possui forma, significa dizer que ele também não possui garantia e por consequência possui baixo grau de confiabilidade.

Importantíssimo salientar que o reconhecimento deve ser claro e desprovido de dúvidas. Caso seja identificado que o reconhecedor possui a mínima dúvida ou está minimamente hesitante em apontar qualquer das pessoas apresentadas deve-se considerar o resultado do reconhecimento como negativo.

Como já falado anteriormente a decisão judicial não deve ser baseada exclusivamente no reconhecimento. Portanto para que seja considerado uma prova concreta deve-se adotar todas medidas cabíveis para que sejam juntadas outras provas que conjuntamente validem a acusação. Ademais o reconhecimento deve ser considerado um tipo de prova irrepetível pois ele não pode ser conduzido em iguais condições caso venha a ser repetido. Um dos motivos se dá porque a realidade encontrada no dia a dia nas delegacias é muito diferente da realidade do fórum. Desta maneira o reconhecedor fica contaminado pelos dois ambientes e acaba por não realizar de maneira confiável o reconhecimento.

Ainda se tratando da contaminação, pode ocorrer que na fase judicial o reconhecedor busque apontar a pessoa que ele apontou na fase investigatória sem

se questionar se foi ele mesmo o autor do delito.

Por exemplo: se João⁴, vítima em sede policial reconheceu Victor⁵ como o autor do crime, em sede judicial João buscará reconhecer Victor sem questionar avaliar outros eventuais suspeitos. Desta maneira o fator ambiental e as falsas memórias impedem que o reconhecimento pessoal possa ser considerado uma prova repetível e o ato de realiza-la duas vezes, na fase investigativa e na fase judicial, acaba por tornar baixo o nível de confiabilidade da prova.

Uma solução possível para reduzir os danos causados e aumentar a confiabilidade da prova seria realizar o ato uma única vez respeitando o disposto na legislação acerca do reconhecimento e das provas irrepetíveis. No entanto é extremamente comum o ato de reconhecimento ser repetido na audiência de instrução e julgamento criminal, que é o principal ato de um processo penal. Diante da indubitável importância da audiência de instrução e julgamento criminal da existe no Código de Processo Penal um artigo que versa exclusivamente sobre a ordem dos atos que ocorrerão nessa audiência:

Art. 400: Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.

A maior crítica a respeito desse dispositivo é o fato de que existe uma interpretação possível na qual se entende que o reconhecimento pessoal deve ser o penúltimo ato da audiência. É indubitável que existe um grau de inconveniência ao realizar o procedimento na ordem disposta no art. 400 do CPP posto que dessa maneira a testemunha fará o reconhecimento depois de tê-lo visto na sala de audiência, ficando assim a produção da prova sugestionada e sem confiabilidade.

Uma solução para essa problemática é que seja alterada a ordem dos atos da audiência, ou seja, realizar o reconhecimento pessoal no início dela. Essa é a ideia do doutrinador Denilson Feitoza (2010, p. 506-507):

No caso concreto, para que o reconhecimento, especialmente de pessoa, tenha validade ou seja crível, do ponto de vista cognitivo (ainda que, não o

⁴ nome ficcional criado para exemplificar

⁵ nome ficcional criado para exemplificar

fazendo, tenha validade formal), talvez tenha que ser praticado no início da audiência, antes de outros atos [...] Não nos é possível acreditar na seriedade do reconhecimento de um acusado quando o juiz pergunta ao ofendido, na audiência, se aquela (única pessoa (em trajés informais) ao lado do defensor (vestido de terno) ou, pior, aquele homem sentado em uma cadeira separado de todo mundo, bem próximo do ofendido, é o que praticou a suposta infração penal. Ou dirá que é, por não ter opção (é a única pessoa com perfil de acusado), ou dirá que não é por medo. O certo é que, normalmente, não poderemos confiar nesse procedimento. A eficiência jurídica é apenas economicidade (administração), com economia de recursos humanos, materiais, financeiros e temporais, mas também efetividade (qualidade do produto ou serviço resultante). Para o juiz não perder tempo, perdemos nosso tempo e a credibilidade da prova.

Assim a interpretação possível, de que o reconhecimento pessoal deve ocorrer como o penúltimo ato da audiência, traz consigo um grau de inconveniência, uma vez que a testemunha terá visto o acusado na sala de audiência antes de realizar o reconhecimento. Esse procedimento suscita preocupações quanto à confiabilidade e objetividade da prova, uma vez que a exposição prévia à figura do acusado pode influenciar a memória da testemunha e contaminar o resultado do reconhecimento. Dessa forma, a produção da prova fica sujeita a sugestões e sua confiabilidade é comprometida, gerando questionamentos acerca da eficácia desse procedimento quando realizado nessa ordem estabelecida pelo artigo 400 do Código de Processo Penal.

CAPÍTULO III

1. A DESOBEDIÊNCIA AS REGRAS PREVISTAS NAS NORMAS

Estão previstas no art. 226 do Código de Processo Penal as regras para a realização formal do reconhecimento de pessoa ou coisa. Portanto o reconhecimento não é um procedimento que pode ser realizado conforme a arbitrária vontade do juiz ou da autoridade policial. Na prática, no entanto, as disposições do citado artigo são tidas como sugestões, e não obrigatórias, de modo que “grande parte dos reconhecimentos realizados na fase extrajudicial e em juízo é feita de maneira informal, em nome do princípio do livre convencimento motivado” (LOPES JR, 2023). O reconhecimento “é uma prova cuja forma de produção está estritamente definida e, partindo da premissa de que – em matéria processual penal – forma é garantia, não há espaço para informalidades judiciais” (LOPES JR, 2023).

Vamos fazer, a seguir, uma análise do artigo 226 do código de processo penal:

Art. 226. Quando houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
I - a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida;
II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;
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.

É definido no Código de Processo Penal que o primeiro passo na execução do reconhecimento deve ser o seguinte: a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever a pessoa que deva ser reconhecida (art. 226, I, CPP). Essa primeira descrição feita pela testemunha é importante pois. Sobre esse primeiro passo:

Essa providência é importante para que o processo fragmentário da memória se torne conhecido, vale dizer, para que o juiz perceba se o reconhecedor tem a mínima fixidez (guarda o núcleo central da imagem da pessoa que pretende identificar) para proceder ao ato. Se descrever uma pessoa de dois metros de altura, não pode, em seguida, reconhecer como autor do crime um anão. É a

lei da lógica aplicada ao processo de reconhecimento, sempre envolto nas naturais falhas de percepção de todo ser humano (Nucci, 2023)

É uma perigosa informalidade quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se “reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato” (LOPES JR, 2023, p 230.) e, portanto, não deve ser considerado válido o reconhecimento quando o juiz simplesmente pede para a vítima olhar para o réu e questionar se reconhece ele pois essa execução informal descumpra a norma e é um ato induzido.

Seguindo os passos formais previstos na norma brasileira, após a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento descrever a pessoa que deva ser reconhecida vem o segundo passo: a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, deve ser colocada ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança, se tal for possível, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II, CPP). Esse segundo passo serve para a testemunha reafirmar o que foi descrito no primeiro passo do reconhecimento: se descrever uma pessoa de dois metros de altura, não pode, em seguida, reconhecer como autor do crime um anão. Sobre a segunda etapa do reconhecimento esclarece NUCCI (2022, p. 297):

O reconhecedor precisa se valer do processo de comparação para buscar no fundo da consciência a imagem efetiva daquele que viu cometer algo relevante para o processo. Seja ele testemunha, seja vítima, precisa estabelecer um padrão de confronto para extrair a identificação certa ou, então, colocar-se em profunda dúvida, sendo incapaz de proceder ao reconhecimento. O ideal, pois, é colocar pessoas semelhantes para serem apresentadas em conjunto ao reconhecedor.

Nota-se que o inciso II do artigo 226 se limita a dizer que a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança. Essa expressão “se possível” é perigosa pois pode levar o magistrado à não apresentar outras pessoas semelhantes ao réu no momento do reconhecimento. LOPES JR (2023, p. 231) afirma que “é um dever do juiz providenciar que o imputado seja colocado ao lado de outras pessoas fisicamente semelhantes e complementa dizendo”. Nesse sentido o mesmo autor ainda afirma:

Tais cuidados, longe de serem inúteis formalidades, constituem condição de credibilidade do instrumento probatório, refletindo na qualidade da tutela jurisdicional prestada e na própria confiabilidade do sistema judiciário de um país. (Lopes Jr, 2023)

Não está descrito no Código de processo penal quantas pessoas devem ser postadas ao lado do reconhecido. Nesse sentido:

O Código é omissivo quanto ao número de pessoas que devem ser postadas ao lado do reconhecido nessa questão, mas recomenda-se que o número não seja inferior a 5 (cinco), ou seja, quatro pessoas mais o imputado, para maior credibilidade do ato e redução da margem de erro. (Lopes Jr, 2023. p 231)

Seguindo a análise dos incisos do art. 226 do Código de processo penal nos deparamos com o inciso III que diz: Se a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento rezear, de algum modo, sofrer algum tipo de intimidação ou influência, deve-se providenciar o isolamento entre quem vai reconhecer e a pessoa a ser reconhecida. Devido aos altos índices de criminalidade e existência de organizações criminosas que geram potenciais riscos às testemunhas e vítimas regra prevista no inciso III do art. 226 já se tornou habitual nos processos de reconhecimento:

O crescimento do crime organizado e o fortalecimento do delinquente diante da vítima e da testemunha fazem com que o Estado garanta a fiel aplicação da lei penal, protegendo aqueles que colaboram com a descoberta da verdade real. Assim, havendo fundamento plausível, é preciso que a autoridade policial – trata-se do reconhecimento na fase extrajudicial neste caso – providencie o isolamento do reconhecedor. Cumpre mencionar que tal regra já se tornou habitual nos processos de reconhecimento, o que deflui natural, em nosso entender, pelo aumento da criminalidade e da violência com que agem os delinquentes (NUCCI, 2022, p 298)

Ainda se referindo a regra prevista no inciso III do art. 226 não restam, por parte dos doutrinadores do Direito, críticas ou sugestões de mudanças posto que “A não aplicabilidade da preservação do reconhecedor frente ao reconhecido na fase judicial, como menciona o art. 226, parágrafo único, do CPP, é inviável” (NUCCI, 2022, p 298).

Como proposto anteriormente, partimos para uma análise do último inciso do art. 226 que diz: do ato de reconhecimento lavrar-se-á auto pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais. Dessa maneira devem ser anotadas as reações do reconhecedor e todas as suas manifestações, de modo a se poder analisar qual o processo mental utilizado para chegar à conclusão de que o reconhecendo é – ou não – a pessoa procurada (NUCCI, 2022, p 299).

Da análise do inciso percebemos que a norma afirma a necessidade de duas testemunhas presenciais do reconhecimento, além da autoridade policial e do

reconhecedor. Nucci afirma a importância dessas quatro pessoas participantes:

Essas pessoas podem ser chamadas a depor em juízo para confirmar e narrar o constatado no momento do reconhecimento, ratificando-o como prova válida ou infirmando-o pela precariedade de elementos com que foi produzido. É fundamental que a autoridade policial não se utilize de subordinados seus para validar tão importante prova. (NUCCI, 2022, p 299)

Feita uma breve análise dos incisos do artigo 226, importante debatermos sobre os riscos dos reconhecimentos informais. Como dito anteriormente o reconhecimento não é um procedimento que pode ser realizado conforme a arbitrária vontade do juiz ou da autoridade policial, pois não há espaço para informalidades judiciais posto que a forma de produção está estritamente definida.

Já falamos, brevemente, da questão de informalidade, que ocorre quando o quando um juiz questiona a testemunha ou vítima se reconhece(m) o(s) réu(s) ali presente(s) como sendo o(s) autor(es) do fato. Tal atitude é injustificada e representa uma evidente desconsideração às normas do de reconhecimento de pessoas, pois passa por cima de regras e princípios como a violação o direito de não fazer prova contra si mesmo. Neste contexto é importante sublinhar que “o réu ou investigado não é obrigado a participar do reconhecimento pessoal podendo se recusar. Trata-se de exercício do direito de defesa negativo, ou seja, de não autoincriminação” (LOPES JR, 2023, p 231).

Os Princípios e garantias no processo penal são previstos na Constituição Federal de 1988 (CF88), nas legislações infraconstitucionais e nos tratados Internacionais de Direitos Humanos firmados pelo Brasil. Salientamos que o Supremo Tribunal Federal (STF) já firmou entendimento quanto à hierarquia entre as normas citadas. Tal entendimento do STF veio a partir do julgamento do RE 466.343, no qual a Corte Suprema posicionou-se pela inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, revolucionando o entendimento acerca da hierarquia normativa dos tratados internacionais de direitos humanos no Estado Brasileiro, traçando criação jurisprudencial, qual seja a "norma supralegal".

Os princípios podem ser explícitos ou implícitos e refletem convicções, de uma determinada sociedade, adquiridas pelas vivências sociais ocorridas ao longo de sua existência. Esses princípios oferecem embasamentos para o ordenamento jurídico e fornecem vetores para que os legisladores e representantes do judiciário escrevam e apliquem as normas jurídicas respectivamente.

2. AS FALSAS MEMÓRIAS

O reconhecimento pessoal, como dito antes, é um tipo de prova testemunhal e a prova testemunhal é fundamental no processo penal. Porém esse reconhecimento é conhecido por ter um grau baixíssimo de confiabilidade. O motivo desse baixo grau de confiabilidade é o fato de que “a memória pode sofrer distorções, tanto fruto de processos internos quanto externos” (STEIN, 2010, P. 23). Como consequência da possibilidade de ocorrerem distorções na memória é possível afirmar que a prova testemunhal é frágil pois ela se sustenta em uma mera imagem alocada na memória da testemunha. Sobre a fragilidade e confiabilidade diz-se:

A prova testemunhal é o meio de prova mais utilizado no processo penal brasileiro (especialmente na criminalidade clássica) e, ao mesmo tempo, o mais perigoso, manipulável e pouco confiável. Esse grave paradoxo agudiza a crise de confiança existente em torno do processo penal e do próprio ritual judiciário (LOPES JR, 2014).

Além de estar suscetível de ser alterada por fatores externos e internos a prova testemunhal também pode ser influenciada por fatores voluntários (como por exemplo, a mentira) e involuntários (como as falsas memórias). Todos esses fatores diminuem o grau de confiabilidade da prova testemunhal. Sobre o assunto Agathe Elsa Schmid da Silva (1997, p. 52) expõe:

A inverdade de um depoimento pode provir: a) da vontade consciente da testemunha em mentir; b) da afirmação sobre fatos controvertidos sobre os quais não tem certeza, quando então pode mentir ou não; c) da desarmonia entre a realidade e o que a testemunha depõe, certa de que diz a verdade. As ilusões de percepção conduzem a erros involuntários, inconscientes, oriundos da falta de correspondência entre a sensação e a imagem.

O reconhecimento pessoal refere-se a qualquer declaração feita por uma testemunha afirmando reconhecer determinado indivíduo como autor do ilícito. Embora possa ser uma fonte valiosa de evidência em um caso legal, esta prova também pode não ser confiável em alguns casos. Existem algumas razões pelas quais a evidência colhida ante o reconhecimento pessoal pode ser considerada não confiável, como, por exemplo, o desrespeito às normas estabelecidas para obtenção da prova, o fator temporal e a manifestação dos fenômenos mentais.

Quanto à manifestação dos fenômenos mentais o exemplo mais comum é a

falsa memória. Os primeiros estudos sobre as falsas memórias surgiram no início do século XX. No entanto, o psicólogo francês Theodule Ribot, em 1881, foi o primeiro a utilizar a terminologia “falsas lembranças. Somente nos anos 70, a psicóloga americana Elizabeth Loftus introduziu uma nova técnica de estudos sobre as falsas memórias. Seu estudo ficou conhecido como “Procedimento de Sugestão de Falsa Informação ou Sugestão”, e consistia na tese que: se for inserida uma informação inverídica no contexto de uma situação vivenciada ou não, esse dado falso provocará o efeito da falsa informação e assim, o indivíduo passa a acreditar ter realmente vivenciado o fato. O estudo de Elizabeth constatou a problemática vivenciada hoje e, por isso, ela ainda é considerada uma das maiores profissionais no assunto (GESU, 2014, p.145). Já em 2001, Lílian Stein e Giovanni Pergher, em seus estudos, defenderam que as falsas memórias também podem ser criadas a partir de uma autossugestão: “as falsas memórias são geradas espontaneamente, como resultado do processo normal de compreensão, ou seja, fruto de processos de distorções mnemônicas endógenas” (STEIN; PERGHER, 2001, p.354). Em conformidade com os estudos, leciona Cristina Di Gesu:

As falsas memórias não giram apenas em torno de um processo inconsciente ou involuntário de “inflação da imaginação” sobre um determinado evento há tanto a possibilidade de as pessoas expostas à desinformação alterarem a memória de maneira previsível ou espetacular, de forma dirigida, quanto espontaneamente, ou seja, sem que haja sugestibilidade externa (GESU, 2014, p.149).

Assim, entende-se que as falhas que ocorrem em relação à aquisição, retenção e à recuperação da memória estão intimamente ligadas às falsas memórias que se formam através da instigação de outras pessoas, ou até mesmo pela autossugestão do citada anteriormente. Entretanto, ressalta-se que a partir de estudos coordenados por Loftus, concluiu-se que as pessoas que viveram experiências traumáticas são mais suscetíveis ao fenômeno das falsas memórias. Também é válido ressaltar que as falsas memórias não se confundem com a mentira, pois o indivíduo realmente acredita ter vivido a dita experiência, por essa razão, a identificação delas se torna tão difícil. Nesse sentido,

As falsas memórias diferenciam-se da mentira, essencialmente, porque, nas primeiras, o agente crê honestamente no que está relatando, pois, a sugestão é externa (ou interna, mas inconsciente), chegando a sofrer com isso. Já a mentira é um ato consciente, em que a pessoa tem noção do seu espaço de criação e manipulação. Ambos são perigosos para a

credibilidade da prova testemunhal, mas as falsas memórias são mais graves, pois a testemunha ou a vítima, desliza no imaginário sem consciência disso. Daí por que é mais difícil identificar uma falsa memória do que uma mentira, ainda que ambas sejam extremamente prejudiciais ao processo (LOPES JR, 2020, p. 732).

A partir da citação de Aury Lopes Jr é possível afirmar que as falsas memórias são distintas da mentira, pois envolvem a crença sincera e genuína de que uma lembrança é verdadeira, mesmo que essa lembrança seja uma fabricação ou uma distorção da realidade. As falsas memórias são resultado de diversos fatores, como sugestionabilidade, influência externa, manipulação de informações e a própria natureza falível da memória humana. Por outro lado, a mentira implica em uma intenção consciente e deliberada de enganar, onde o indivíduo sabe que está transmitindo informações falsas. A mentira envolve uma consciência da diferença entre a realidade e a afirmação feita. Nesse sentido,

Cabe ressaltar que as FM não são mentiras ou fantasias das pessoas, elas são semelhantes às MV, tanto no que tange a sua base cognitiva quanto neurofisiológica. No entanto, diferenciam-se das verdadeiras, pelo fato de as FM serem compostas no todo ou em parte por lembranças de informações ou eventos que não ocorreram na realidade. As FM são frutos do funcionamento normal, não patológico, de nossa memória. (STEIN, 2010, p. 20)

É importante reconhecer essa distinção entre falsas memórias e mentira, pois as falsas memórias podem surgir involuntariamente e afetar a precisão e a confiabilidade dos relatos de testemunhas e vítimas em processos judiciais. Compreender os mecanismos que levam à formação de falsas memórias é essencial para aprimorar os procedimentos de coleta de evidências e garantir uma justiça mais precisa e justa.

A prática forense gerou a cultura de que a palavra das testemunhas, e principalmente das vítimas, possuem uma grande relevância. Desta maneira torna-se imprescindível que se entenda o impacto causado pelas falsas memórias quando se é produzida uma prova de reconhecimento pessoal onde a afirmação do reconhecimento por parte das testemunhas ou vítimas é imprescindível. Para Cristina Di Gesu (2014, p. 127):

O enfoque especial, quando se trata da prova penal e das falsas memórias, é justamente a prova oral. [...] Em que pese a necessidade de a prova no processo criminal ser muito mais robusta do que a do cível, a prova testemunhal, muitas vezes, é a única a embasar não só a acusação,

como também a condenação, diante da ausência de outros elementos. Daí a afirmação de Bentham de que “as testemunhas são os olhos e os ouvidos da justiça”.

Aury Lopes Jr critica essa cultura forense de se dar grande ênfase à prova testemunhal a ponto de serem diariamente proferidas incontáveis sentenças baseadas apenas na prova testemunhal:

Diariamente milhares de julgamentos são feitos a partir da prova testemunhal, muitos deles com provas maculadas pelas defraudações da memória. Por isso, existe uma alerta mundial em relação a credibilidade dos depoimentos (LOPES JR, 2014, p.).

É necessário adotar abordagens mais cautelosas e rigorosas na análise e utilização de provas que surgem a partir do cognitivo de testemunhas e vítimas, a fim de evitar equívocos e injustiças decorrentes de memórias distorcidas ou manipuladas. A credibilidade dos reconhecimentos deve ser vista com cautela, incentivando-se uma abordagem mais embasada em evidências sólidas e corroboração de outras fontes para garantir a justiça no processo de tomada de decisão.

O tempo é um fator que se deve levar em conta na hora de determinar se o reconhecimento foi confiável ou não. Isto porque o passar do tempo contamina a mente das vítimas e testemunhas enchendo-as de falsas memórias e causando esquecimento de detalhes importantes a respeito do delito ocorrido. Assim há de se afirmar que o reconhecimento deve ser realizado o mais breve possível, sem que se deixe passar muito tempo entre o fato e o ato de produção da prova. Como advertem González e Manzanero (2018, p. 200):

“estudos mostram que o transcurso do tempo é um dos fatores mais prejudiciais, fazendo com que a demora da investigação ou do processo possam tornar excessivamente longo o chamado intervalo de retenção, degradando a memória e aumentando as chances de reconhecimentos errôneos”

Ainda sobre a questão do tempo, se faz importe lembrar que o réu possui direito de ser julgado em prazo razoável e é injusto que sua condenação se baseie em uma prova de reconhecimento coletada anos depois da ocorrência do fato. Assim afirma LOPES JR:

Ademais, há que se considerar o direito ao julgamento no prazo razoável, redimensionando a questão do tempo do direito e seu (ab)uso por parte da

acusação, sem perder de vista, ainda, a falta de credibilidade de uma prova produzida muitos anos depois do fato, bem como a própria ineficácia da sanção penal (tão) descolada temporalmente do fato criminoso. Mas esse entendimento é minoritário e não tem acolhida nos tribunais (LOPES JR, 2023, p 107).

Porém não se deve atropelar as coisas, não se deve ter pressa ao conduzir o reconhecimento pois já se sabe que fatores como o pouco tempo de exposição do rosto, a precariedade da iluminação do local, a presença de um maior número de agressores etc. podem contribuir para diminuir a acurácia no reconhecimento e, conseqüentemente, aumentar as chances de erro, aí incluídas as possibilidades de falsos positivos (DIGES; PÉREZ-MATA, 2014, p. 36-43). Deve-se, portanto, ter uma dupla cautela: não se deve deixar criar um lapso temporal muito grande e nem deve ser apressado a ponto de não conseguir realizar o reconhecimento nas conformidades da legislação.

Existem inúmeros fatores que contribuem para que a prova testemunhal seja considerada descabida de confiança e sujeita à falibilidade. Portanto para que ela seja considerada uma prova concreta deve-se adotar todas medidas cabíveis para que sejam juntadas outras provas que conjuntamente validem a acusação.

CAPÍTULO IV - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho buscamos explorar como a persecução penal tem como objetivo apresentar ao juiz elementos capazes de evidenciar a ocorrência ou não de um fato criminoso. Por consequência, criou-se a crença equivocada de que os fatos poderiam ser reproduzidos de forma exata, tal como ocorreram anteriormente. A busca pela "verdade real" dos eventos deu origem a um procedimento investigativo de natureza inquisitorial, onde predominava uma abordagem autoritária e impositiva.

O presente trabalho teve como objetivo expor dois fatores que influenciam a confiabilidade da prova do reconhecimento de pessoas que são as falsas memórias e a desobediência às regras estabelecidas no código de processo penal. Através dessa reflexão, busca-se ressaltar a necessidade de cautela e rigor na utilização do reconhecimento de pessoas como prova, levando em consideração as limitações e vulnerabilidades associadas à memória, a fim de garantir a confiabilidade e a justiça no processo de persecução criminal.

Investigamos como a não observância do procedimento legalmente previsto e a falta de adoção das prescrições legais leva o instituto do reconhecimento de pessoas a sua banalização. É fundamental respeitar a forma estabelecida pela lei, não permitindo espaço para procedimentos informais criados de forma casuística pelos julgadores. Portanto, é crucial ampliar o detalhamento dessas normas e os tribunais devem tratá-las de maneira rigorosa e uniforme, reconhecendo a importância do devido processo legal como uma garantia fundamental para o acusado.

A prescrição legal estabelecida para o reconhecimento de pessoas deve ser rigorosamente seguida, não podendo ser ignorada ou tratada como mera recomendação, assim é possível garantir o respeito aos direitos e garantias do acusado, assegurando a aplicação do devido processo legal em sua plenitude. Urge aprimorar a clareza e detalhamento das normas referentes ao reconhecimento de pessoas, de forma a evitar arbitrariedades e assegurar que o procedimento seja conduzido de maneira justa, imparcial e de acordo com os princípios constitucionais. Somente assim será possível preservar a integridade do sistema de justiça criminal e garantir a confiança e credibilidade nos resultados obtidos.

Conforme abordado neste trabalho, a memória desempenha um papel fundamental no processo de reconhecimento de pessoas apesar de ela ser intrinsecamente frágil, uma vez que está sujeita a uma série de influências e

interferências tanto internas quanto externas, o que pode resultar na formação de falsas memórias. Essas falsas memórias são lembranças distorcidas ou inexistentes que podem ser erroneamente incorporadas à memória de um indivíduo, comprometendo sua capacidade de fornecer informações precisas durante o processo de reconhecimento. Devemos sempre considerar e compreender os desafios e limitações da memória humana ao lidar com o reconhecimento de pessoas, a fim de evitar equívocos e garantir a confiabilidade das provas apresentadas.

Mesmo que um reconhecimento pessoal seja considerado positivo, outros elementos probatórios devem ser considerados para embasar uma sentença. Isso se deve ao fato de que o reconhecimento, principalmente baseado na memória humana, é suscetível a vulnerabilidades e falta de confiabilidade. Além disso, o reconhecimento ocorre por meio de uma adesão visual por parte da testemunha, o que impede o acusado de contestar de maneira fundamentada o resultado alcançado.

Diante dessas circunstâncias, afirmamos que o sistema de justiça deve adotar medidas para evitar equívocos e injustiças decorrentes do reconhecimento pessoal como prova única e promover uma análise criteriosa e imparcial, considerando a fragilidade da memória humana e a possibilidade de influências externas ou contaminação dos procedimentos de identificação. Além disso, deve-se garantir direito de questionar e apresentar contraprovas em relação ao reconhecimento realizado. Somente assim será possível assegurar a integridade do processo penal e a proteção dos direitos fundamentais de todas as partes envolvidas.

O procedimento de reconhecimento de pessoas é reconhecidamente imperfeito devido às falhas inerentes da memória humana. Diante disso, é defendida a ideia de que as regras estabelecidas devem ser, no mínimo, cumpridas, e a sua não observância resultaria em nulidade, devido ao prejuízo implícito ao acusado. Uma solução para o problema seria promover inovações na legislação para tornar essas regras procedimentais ainda mais abrangentes no que diz respeito ao reconhecimento de pessoas, e a jurisprudência deve tratá-las de maneira estrita e uniforme, não apenas como recomendação.

Outra medida para reduzir danos consiste em tratar o reconhecimento como uma prova irrepetível, realizando-o com a maior celeridade possível, em conformidade com o disposto no Código de Processo Penal em relação à produção de provas antecipadas, além de adotar o reconhecimento sequencial, a fim de reduzir o nível de indução presente no procedimento simultâneo. Medidas simples, como informar à

testemunha que o autor do crime pode ou não estar presente e realizar primeiro um reconhecimento apenas com indivíduos distratores, podem aumentar a confiabilidade do ato, aprimorar o procedimento como um todo e fortalecer a integridade do sistema de justiça criminal para garantir uma aplicação mais justa e confiável da lei.

Ao abordar o valor probatório do reconhecimento de pessoas, este trabalho busca suscitar uma reflexão crítica acerca das práticas informais que frequentemente envolvem esse procedimento no sistema jurídico brasileiro. Destaca-se a importância de conscientizar sobre os riscos inerentes às falsas memórias, que podem comprometer a veracidade das identificações realizadas. Diante desse contexto, enfatizamos a necessidade de se defender a integralidade do cumprimento das normas legais e de promover inovações nos procedimentos, visando aprimorar a confiabilidade do reconhecimento como meio de prova no processo penal. Essas ações são essenciais para fortalecer a segurança e a justiça do sistema jurídico, garantindo uma análise mais precisa e equitativa dos fatos em discussão.

Consequentemente haverá estimulação do debate em torno desse tema, buscando conscientizar os profissionais do direito, os legisladores e a sociedade em geral sobre a importância de se estabelecer diretrizes mais claras e rigorosas para o reconhecimento de pessoas. A adoção de práticas procedimentais adequadas, como o cumprimento das disposições legais e a implementação de medidas que reduzam o impacto das falsas memórias, contribuirá para fortalecer a confiabilidade desse meio de prova. Dessa forma, será possível assegurar uma abordagem mais justa e precisa no processo penal, onde o direito de defesa e a busca pela verdade sejam devidamente equilibrados, garantindo a proteção dos direitos fundamentais e a efetiva aplicação da justiça.

Durante o estudo para a elaboração deste trabalho foi analisado o ato do reconhecimento de maneira confrontada com os principais princípios aplicados no direito penal e no direito processual penal. É indubitável que o reconhecimento pessoal não respeita o Princípio da presunção da inocência, o Princípio do devido processo legal, o Princípio da garantia do contraditório, o Princípio da garantia da ampla defesa e principalmente não respeita o Princípio da não autoincriminação. Por desrespeitar princípios inerentes do direito, não se deveria confiar cegamente neste tipo probatório e principalmente não se deve utilizá-lo como único fundamento para definir uma sentença condenatória.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, André Lozano; IACONO, Ricardo Fanti. **Por que estudar sistemas processuais penais? Por um processo penal democrático**. Revista do sindicato dos delegados de polícia do estado da bahia e ADEPOL-BR - ANO 2, Nº 3, p. (18-20), Fevereiro, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2014. *E-book*. ISBN 9788502224308. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502224308/>. Acesso em: 22 jun. 2023.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. [Digite o Local da Editora]: Editora Saraiva, 2012. *E-book*. ISBN 9788502169838. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502169838/>. Acesso em: 24 jun. 2023.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. **Princípios constitucionais**. 2. ed. – São Paulo : Saraiva, 2013.

CORDERO, Franco. Procedimiento Penal, cit., v. 2, p. 106.

DE PLÁCIDO E SILVA. "Vocabulário Jurídico". Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2ª ed., 1967

DI GESU, Cristina Carla. **Prova Penal e Falsas Memórias**. 2ª ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

FEITOZA, Denilson. **Direito Processual Penal: Teoria, Crítica e Práxis**. 7ª ed. rev. e ampli. Niterói, 2010.

Jr., Aury L. **Direito processual penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (20th edição). Editora Saraiva, 2023.

Jr., Aury L. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 8ª ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. Você confia na sua memória? **Revista Consultor Jurídico**, 2014. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2014-set-19/limite-penal-voce-confia-memoria-processo-penal-dependerela>>. Acesso em 18 de maio de 2023.

Nucci, Guilherme de S. **Manual de Processo Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (3rd edição).

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 19ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REZENDE, Antônio Martinez de; BIANCHET, Sandra B. **Dicionário do latim essencial**. Grupo Autêntica, 2014. E-book. ISBN 9788582173190. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582173190/>. Acesso em: 22 jun. 2023.

Rodrigo Faucz Pereira e Silva, **Memória, suas influências e a prova testemunhal no júri**, Revista Consultor Jurídico, 9 de abril de 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-09/tribunal-jurimemoria-influencias-prova-testemunhal-juri#author>

SILVA, D. P. E. **Vocabulário jurídico**. [s.l.] Rio De Janeiro: Forense, 1990.

STEIN, Lílian Milnitsky; PERGHER, Giovanni Kuckartz. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas**. Porto Alegre, 2001.

STJ. HC nº 22.907/SP. Relator Min. Felix Fischer. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7419809/habeas-corpus-hc-22907-sp-2002-0069942-4-stj>>. Data de Julgamento: 10/06/2003, T5 Quinta Turma. Acesso em 18 de maio de 2023.

ZANOIDE DE MORAES, Maurício. **Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.