

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO**

LUCAS VICENTE DUTRA NUNES

**AS FRAGILIDADES DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO
PENAL: OS PERIGOS DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA NO
RECONHECIMENTO DE PESSOAS**

**Juiz de Fora
2021**

Lucas Vicente Dutra Nunes

**AS FRAGILIDADES DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO
PENAL: OS PERIGOS DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA NO
RECONHECIMENTO DE PESSOAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Penal, sob orientação do Prof. Ms. Thiago Almeida de Oliveira

Juiz de Fora

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

Lucas Vicente Dutra Nunes

AS FRAGILIDADES DA PROVA TESTEMUNHAL NO PROCESSO PENAL: OS PERIGOS DE UMA CONDENAÇÃO BASEADA NO RECONHECIMENTO DE PESSOAS

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito submetida à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Ms. Thiago Almeida de Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cristiano Álvares
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dra. Marcella Nardelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

- APROVADO
 REPROVADO

Juiz de Fora, 10 de setembro de 2021

RESUMO

O presente artigo busca analisar de que maneiras os procedimentos da prática penal podem ser realizados em observância aos princípios constitucionais, em especial, o reconhecimento de pessoas. Sob a égide do Estado democrático de direito, devem ser estabelecidas medidas capazes de assegurar as garantias fundamentais do cidadão no âmbito da justiça penal, e, nesse sentido, esse trabalho objetiva apontar quais seriam as melhores técnicas de coleta da prova do reconhecimento do pessoas, e demonstrar a pertinência da implementação de tais técnicas.

Palavras-chave: Reconhecimento de pessoas; garantias fundamentais; prova testemunhal; processo penal; prisões injustas; valor da justiça; sistema acusatório.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the ways in which criminal practice procedures can be carried out in compliance with constitutional principles, in particular, the recognition of persons. Under the aegis of the democratic rule of law, measures capable of assuring the fundamental guarantees of the citizen in the scope of criminal justice must be established, and, in this sense, this work aims to indicate what would be the best techniques for collecting evidence of the recognition of people, and demonstrate the relevance of implementing such techniques.

Keywords: People recognition; fundamental guarantees; testimonial evidence; criminal proceedings; unjust arrests; value of justice; accusatory system.

SUMÁRIO:

1 INTRODUÇÃO.....	7
2 CONCEITO DE PROCESSO PENAL SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL	8
2.1 Sistema inquisitório e acusatório.....	9
2.2 Conceito de Prova.....	11
3 PROBLEMÁTICA DA MEMORIA E A EFETIVIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL	14
4 PROPOSTAS PARA UMA COLETA DO TESTEMUNHO	16
4.1 O VALOR DA JUSTIÇA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.....	20
5. CONSIDERAÇÕES FINAIS	23
6. REFERENCIAS	24.

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do Estado democrático de direito, o processo penal é um instrumento por meio do qual condiciona-se o poder de apenar alguém à uma série de regras e princípios, devendo sempre ser observados para se alcançar uma pena justa e coerente.

Nesse sentido, temos a produção probatória como uma tentativa de reconstrução, de maneira aproximativa, de um determinado fato ocorrido no passado para que o magistrado possa exercer sua atividade recognitiva, formando assim seu convencimento acerca dos fatos apresentados a ele, e, eventualmente, imputando pena ao acusado.

Outrossim, tal atividade probatória é, inevitavelmente, um espaço dentro da trajetória processual em que irá se cumprir uma certa função persuasiva, já que os elementos decorrentes da mencionada atividade têm o condão de influenciar diretamente a decisão judicial. Portanto, é preciso que a prova tenha algum grau de confiabilidade, pois, do contrário, corre-se o risco de que seja proferida uma sentença injusta, submetendo um inocente à todas as implicações severas inerentes a uma condenação criminal.

Tendo em vista as condições degradantes de nossos estabelecimentos prisionais, bem como todo o estigma social suportado pelo condenado, é necessária muita cautela antes de submeter um cidadão ao sistema penal.

Diante de todo exposto, o presente trabalho pretende explorar a fragilidade da prova testemunhal, especialmente do reconhecimento de pessoas, à medida em que essas espécies probatórias dependem da memória da vítima ou da testemunha. Insta salientar que, no contexto de um fato criminoso, não raramente, há uma situação traumática ou de intensa emoção, assim sendo, podem ocorrer distúrbios na memória de quem presenciou o desenrolar dos fatos, levando ao erro na indicação da autoria do delito, e, conseqüentemente, ocasionando a condenação de inocentes.

Percebe-se que não é incomum a decretação de prisão provisória, preventiva, ou até mesmo uma condenação baseada exclusivamente na prova testemunhal, tal fato revela a importância da discussão acerca do tema objeto da presente dissertação, isso porque, inegavelmente, pelas comarcas desse imenso país, existem inúmeros cidadãos presos injustamente em função de uma prova testemunhal viciada.

Assim, para efetivar a construção do estudo serão utilizadas pesquisas bibliográficas em doutrinas brasileiras, revistas científicas, informativas, jurisprudências, notícias jornalísticas atinentes à temática da prova testemunhal ou outros meios que se fizerem necessários.

2 CONCEITO DE PROCESSO PENAL SOB UMA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL

Tratando do processo penal num Estado democrático de direito, temos que ter em mente a razão de sua existência e qual a sua função na construção de sociedade mais justa e igualitária. Numa análise apressada, podemos cair no engano de enxergar a jurisdição penal como um mecanismo de repressão à criminalidade, e tão somente isso. Ocorre que, levando em consideração as diretrizes trazidas pela constituição de nossa republica, o processo penal é também um espaço de consolidação dos direitos fundamentais, não no sentido de isentar um condenado de sua pena, mas sim de se alcançar uma pena justa e adequada.

É tendo por base essa perspectiva constitucional que se pode conceber o processo penal como instrumento das garantias fundamentais de todo cidadão, todavia, é preciso notar que há várias circunstancias que “empurram” o direito penal na direção contraria. Nessa toada, temos fatores como a grande demanda social, potencializada pela mídia, por um aumento na repressão ao crime, bem como a influência da política no judiciário, como catalizadores dessa visão utilitarista do processo penal. Nota-se também que essa visão vem ganhando força no cenário nacional, nos afastando ainda mais do modelo de processo penal desenhado pela Constituição cidadã de 1988.

Entretanto, não se pode perder de vista que, uma sociedade que se pretenda democrática deve buscar incansavelmente um processo penal democrático e justo, tudo isso em observância à instrumentalidade constitucional, ou seja, todo processo deve ser um mecanismo lógico e coerente, de onde se extrairá uma pena também coerente, e, sobretudo, justa.

Cumprе ressaltar ainda que, todo raciocínio desenvolvido até aqui baseia-se no princípio do devido processo legal, expresso na Constituição, em seu art.5º, inciso LIV, já que desse princípio decorre a necessidade de assegurar um processo que passe por todas as etapas previstas em lei, e que ao longo de seu transcurso seja garantido ao acusado meio de atuar e de efetivamente influenciar na decisão judicial, em resumo, deve-se respeitar as “regras do jogo”.

Portanto, tendo vista tudo o que foi dito, devemos rechaçar a visão de um processo que se presta a saciar o desejo de punir, é preciso compreender que não se trata apenas do exercício do poder punitivo, mas além disso, há a o compromisso com as garantias da pessoa submetida à jurisdição penal. No âmbito do processo penal é necessário que se

reconheça o acusado com sujeito processual, e não mero “objeto”, algo que não se confunde com impunidade, mas exalta a legalidade enquanto caminho mais seguro para submeter alguém às severas consequências de uma condenação criminal.

2.1 Sistema inquisitório e acusatório

Para uma compreensão mais profunda acerca da prova testemunhal, é relevante apontar, de maneira sucinta, algumas distinções entre os modelos acusatório e inquisitório. Essa breve contextualização acerca dos modelos processuais penais é de grande valia, já que é necessária a observação da conjuntura em que se insere a produção probatória.

Nesse sentido, de antemão, ressalta-se que sempre houve grande confusão quanto à natureza do sistema brasileiro, isso por que trata-se de um processo que, por mais antagônico que possa parecer, convive com elementos acusatórios e inquisitórios simultaneamente.

Importante notar que, o modelo inquisitivo, muito presente nos tribunais eclesiásticos do passado, nos remete a ideia de um processo sigiloso em que há concentração de poderes na figura do juiz, sendo esse responsável tanto pela acusação quanto pela decisão, havendo também a ausência de contraditório, sendo o acusado um mero “objeto”.

Por outro lado, o processo acusatório é marcado pela clara separação de funções entre os atores processuais, pelo pleno exercício do contraditório e pela ampla publicidade.

Em linhas gerais, a grande diferença entre ambos os sistemas reside na parcialidade do juiz, já que para o sistema acusatório é de extrema importância a observação ao princípio *ne procedat iudex ex officio*, enquanto que a característica mais marcante do sistema adverso é justamente a atuação judicial sem previa provocação.

Cumprе ressaltar que, antes da vigência da Lei nº13.964/19, o famoso “PACOTE ANTICRIME”, era comum a classificação do sistema brasileiro como “misto”. Essa definição decorre da divisão do processo em duas fases, quais sejam o inquérito policial, e, após recebida a denúncia, a fase do processo judicial.

Entendia-se que na primeira fase prevaleciam as características inquisitórias e na segunda as acusatórias, todavia, vale notar que o núcleo básico do processo penal era certamente de viés inquisitorial, visto a grande iniciativa do juiz, chegando até mesmo ao

ponto de determinar a produção de probatória conforme melhor lhe aprouvesse. Portanto, tendo em conta a postura do juiz no processo penal brasileiro, pode-se afirmar que o termo “sistema misto” é um grande eufemismo.

A argumentação exposta até aqui não pretende atacar credibilidade dos magistrados, mas sim endossar o raciocínio de que um juiz que participa da produção de prova certamente estará inclinado a decidir de maneira parcial. Vale dizer ainda que, toda essa situação é reflexo da mentalidade inquisitorial presente no sistema penal brasileiro.

Nessa toada, cumpre ressaltar a trajetória histórica de nosso sistema penal, com objetivo de expor as raízes do punitivíssimo que permeia a justiça dessa pátria. Por óbvio, desde o início da ocupação portuguesa havia um sistema de justiça excludente e totalmente despreocupado com a salvaguarda da dignidade humana da pessoa do acusado.

Durante o período colonial havia um sistema de justiça penal, muito atrelado a ideias precisamente medievais, em que as brutalidades das punições eram comuns, bem como as arbitrariedades do julgador e a absoluta ausência de um processo capaz de resguardar as garantias do acusado eram a regra do sistema de justiça penal vigente.

Assim segue nossa história, avançando a passos curtíssimos no caminho para um sistema penal mais humano e com mudanças pontuais ocorridas ao sabor das mudanças políticas que foram se desenrolando com o passar dos séculos.

A grande guinada nessa caminhada histórica ocorre justamente com a ascensão da constituição de 1988, a qual traz à baila o processo penal acusatório, apesar do texto constitucional não fazer menção a ele explicitamente.

Nesse cenário, cabe destacar as lições do professor Geraldo Prado, que em sua obra ilustre “Sistema Acusatório, A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais” trata das implicações constitucionais na área do Direito Processual Penal:

“A propositura da ação penal condenatória, todavia, está condicionada à demonstração prévia, pelo autor, das condições mínimas de viabilidade da pretensão que objetiva deduzir. Isso decorre, não se questiona, da tutela constitucional da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República), projetada, no campo do processo penal, pela exigência de justa causa para a sua deflagração, sob pena de caracterizar, irremediavelmente, coação ilegal, a ser arrostada por habeas corpus.”

É muito relevante perceber que, logo em seu art.1º, a Constituição já explicita a sua preocupação com a preservação da dignidade da pessoa humana em todos os âmbitos da atuação estatal, mas com implicações seríssimas em sede de justiça penal, já que esse ramo de atuação estatal tem grandes implicações na vida do jurisdicionado.

Por fim, é preciso dizer que com o advento do PACOTE ANTICRIME, a Lei evidenciou a adoção do sistema acusatório, muito embora nossa Carta Magna já desenhasse um sistema na esteira dos princípios acusatórios.

O destaque dado pela Lei nº13.964/19 ao sistema acusatório de sistema penal é imenso, como se pode depreender da leitura do art.3º-A: “**Art. 3º-A.** O processo penal terá estrutura **acusatória**, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”

Entretanto, ainda é necessária uma mudança de mentalidade no âmbito do judiciário brasileiro, ainda muito afeito às práticas inquisitórias, pois esse é único caminho para a construção de um processo de fato acusatório. No tocante à prova, vale notar que o pensamento inquisitorial exercerá grande influência sobre ela, como se verá melhor adiante.

2.2 Conceito de Prova

Até o presente momento tratamos de desenhar, em linhas gerais, como deve ser o processo penal consoante com as diretrizes expressas em nossa constituição cidadã. Por esse ângulo, cumpre ressaltar também qual seria o papel da prova nesse cenário, explorando suas características e salientando de que maneira ela deve servir a formação do convencimento judicial.

Nessa toada, temos a prova como elemento pelo qual o juiz irá verificar as circunstâncias dos fatos narrados na denúncia/queixa, e, desse modo, formar seu convencimento acerca da veracidade e existência de tais fatos. Conforme as lições do Professor Aury Lopes Júnior, o processo penal irá “reconstruir” um fato histórico. Nessa direção, o mesmo autor explica que:

O processo penal, inserido na complexidade do ritual judiciário, busca fazer uma reconstrução (aproximativa) de um fato passado. Através - essencialmente- das provas, o processo penal pretende criar condições para que o juiz exerça sua atividade recognitiva, a partir da qual se

produzirá o convencimento externado na sentença. É a prova que permite a atividade recognoscitiva do juiz em relação ao fato histórico (story of the case) narrado na peça acusatória. O processo penal e a prova nele admitida integram o que se poderia chamar de *modos de construção do convencimento* do julgador, que formará sua convicção e legitimará o poder contido na sentença.

Portanto, é preciso conceber a atividade probatória como um meio de formar o convencimento do juiz, e não como um mecanismo de investigação judicial. Contudo, é preciso notar que o Código de Processo Penal, expressamente autoriza, conforme se observa no art.156, II, a determinação de produção de prova pelo magistrado.

Ora, é certo que havendo dúvida deve-se absolver réu, em homenagem ao princípio fundamental da presunção de inocência, assim sendo, não é razoável que o código autorize ao magistrado atuar de ofício para “dirimir dúvidas”. Desde modo, ressalta-se ainda mais o caráter inquisitório de nosso código, bem como reforça a necessidade da revogação expressa de alguns dispositivos do mesmo, entender a mentalidade em que se funda nosso sistema penal é de grande relevância para compreensão de suas mazelas.

É preciso destacar ainda que a processualística penal elenca três hipóteses de sistemas de valoração da prova, sendo esses o sistema tarifado de provas, o sistema da íntima convicção e sistema do livre convencimento motivado.

No tocante ao sistema tarifado, há a valoração pré-definida de cada elemento probatório, sendo a Lei responsável por estabelecer o valor de cada tipo de prova, formando uma hierarquia entre elas. Já o sistema da íntima convicção, como pode se intuir pelo nome, o valor de cada prova será dado ao sabor das crenças pessoais do magistrado, inexistindo a necessidade de justificativa para tal valoração.

Quanto ao sistema do livre convencimento motivo, temos que esse seria o modelo adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, é o que se pode depreender da leitura do art.155, do CPP, *in verbis*:

Art. 155. 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.

Vale dizer ainda que, tal sistema enseja grande subjetividade ao magistrado, visto a possibilidade de as provas não influenciarem o seu convencimento, mas sim de haver uma justificativa espúria da decisão, utilizando-se do “livre convencimento” para tanto.

3 A PROBLEMÁTICA DA MEMÓRIA E A EFETIVIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL.

Tendo em conta a necessidade de se assegurar um processo penal conforme os preceitos constitucionais, devemos observar como é exercida a atividade probatória, em especial o reconhecimento de pessoas, e verificar se esse procedimento é capaz de garantir a obtenção de uma prova idônea. Seguindo essa lógica, é importante destacarmos alguns aspectos do ato de reconhecimento no âmbito do processo.

O reconhecimento ocorre quando um indivíduo, que esteve diretamente ligado ao evento criminoso, seja vítima, ou testemunha, é levado a recordar dos fatos e apontar a autoria do delito, através da visualização do suposto autor.

Nessa toada é preciso ressaltar a imensa relevância do reconhecimento de pessoas em sede de investigação criminal, isso ocorre porque há uma grande quantidade de crimes cujo o melhor, ou único, meio de prova é justamente o reconhecimento, como por exemplo em casos de crimes contra o patrimônio ou contra a dignidade sexual.

Considerando o contexto acima exposto, constata-se que há uma supervalorização da prova obtida pela via do reconhecimento, e a ela é atribuído um valor probatório desarrazoado.

Assim sendo, tendo em conta a imensa recorrência da utilização do reconhecimento de pessoas no âmbito da instrução do processo penal, enseja maior cuidado com essa modalidade probatória, pois a observância das garantias constitucionais é um compromisso do Estado democrático de direito que deve ser mantido a qualquer custo.

Há que se tratar também das dificuldades inerentes a memória humana, já que esse fator pode comprometer a confiabilidade da prova. Desse modo, precisamos reconhecer a mente humana como um mecanismo capaz de armazenar uma grande quantidade de informações e reconhecer várias faces diferentes.

Noutro giro, esse mecanismo, qual seja a mente humana, não opera com exatidão e está passível de corrupção pelo decurso do tempo, sugestões externas e uma infinidade de fatores comprometedores da fidedignidade da memória.

Dentre os mencionados fatores corruptores da memória estão o alto grau de estresse inerente à situação da prática delitiva, a falta da ressalva expressa de que o autor do fato pode não ser aquele que está sendo submetido ao reconhecimento pela testemunha, ou vítima, bem como o uso de disfarce no momento do crime. Tais circunstâncias são muito

recorrentes e não raramente podem comprometer a integridade da identificação, e ainda ocasionar eventual encarceramento de um inocente.

Além disso, a exibição de suspeitos de maneira sugestiva, sobretudo em sede de investigação policial, é uma circunstância capaz de influenciar imensamente na credibilidade da prova. Isso ocorre pois o depoente pode ser compelido a “colaborar com a investigação”, e, em função disso, apontar um suspeito inocente, não deliberadamente, mas porque toda o contexto em que é realizado o ato conduz o depoimento da testemunha na direção de identificar o suspeito como o verdadeiro autor dos fatos.

Há ainda o chamado “efeito foco na arma”, o qual tem o condão de corromper a segurança do reconhecimento em virtude da fixação da vítima na arma usada para o cometimento do crime. É notória a utilização de arma de fogo, especialmente em crimes contra o patrimônio, de maneira que esse fator deve ser levado em consideração na realização do ato do reconhecimento.

Nesse sentido, é fundamental a observação de critérios técnicos, que serão melhor explorados no capítulo seguinte, no caminho para diminuição efetiva de condenações injustas e para conferir maior credibilidade ao reconhecimento da vítima ou da testemunha. Para elucidarmos melhor a problemática da memória vale destacar as lições da Psicóloga Dra. Lilian Milnitsky Stein:

Um evento filmado por uma câmera pode ser revisto em sua forma original várias vezes, ser editado e salvo em diferentes versões. Por outro lado, a memória de um evento é um arquivo único que não registra tudo e pode perder informações importantes. Sempre que este arquivo de memória é acessado ele está sujeito a ser modificado permanentemente, de forma que seja impossível ter acesso ao registro original. O reconhecimento de um suspeito é subjacente às limitações de codificação, armazenamento, e recuperação, que devem ser consideradas por profissionais de justiça para evitar que seus procedimentos acabem aumentando a probabilidade de um falso reconhecimento.

Com efeito, a mente humana é de fato um mecanismo muito delicado que deve ser trabalho com a máxima cautela para garantir a efetividade da atividade probatória e evitar a ocorrência de decisões injustas.

4. PROPOSTAS PARA UM RECONHECIMENTO DE PESSOAS MAIS ADEQUADO.

É certo que para garantir maior credibilidade a prova recolhida através do procedimento de reconhecimento de pessoas é necessária a observação de alguns critérios. Em decisão recente, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais reconheceu a necessidade de se observar o procedimento previsto no art.226, do CPP, para sustentar a legitimidade do reconhecimento de pessoas. O entendimento do tribunal se manifestou no seguinte julgado:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - ROUBO - RECONHECIMENTO DE PESSOAS - VIABILIDADE - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONCURSO DE PESSOAS - DECOTE - IMPOSSIBILIDADE. Demonstradas a autoria e a materialidade delitiva, a manutenção da condenação do agente é medida que se impõe. **O reconhecimento de pessoas, realizado com a observância do procedimento previsto no art. 226 do CPP**, é fator idôneo para influir no convencimento do magistrado, independentemente do lapso transcorrido entre o fato e sua realização. Quando presentes os requisitos necessários ao reconhecimento do concurso de pessoas, inviável a sua não aplicação.

(TJ-MG - APR: 10704100014098001 Unaí, Relator: Anacleto Rodrigues, Data de Julgamento: 22/04/2021, Câmaras Criminais / 8ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: **26/04/2021**)

Nesse diapasão, a observância ao dispositivo legal pertinente é condição fundamental para consolidação de um reconhecimento de pessoas enquanto uma prova confiável. Nessa mesma linha de raciocínio, se faz necessário a observação da seguinte decisão do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ROUBO SIMPLES. NEGATIVA DE AUTORIA. RECONHECIMENTO PESSOAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ? CPP. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. SUPORTE PROBATÓRIO INSUFICIENTE À CONDENAÇÃO EM 2º GRAU. CERTEZA NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO QUE DEVE SER RESTABELECIDADA. AGRAVO

REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Em recente revisão a orientação jurisprudencial, ambas as Turmas Criminais que compõem esta Corte Superior de Justiça, a partir do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz), realizado em 27/10/2020, passou-se a ter nova interpretação do art. 226 do CPP, segundo a qual a **inobservância do procedimento descrito no mencionado dispositivo legal torna inválido o reconhecimento da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo**. Definiu-se que “o reconhecimento fotográfico serve como prova apenas inicial e deve ser ratificado por reconhecimento presencial, assim que possível. E, no caso de uma ou ambas as formas de reconhecimento terem sido efetuadas, em sede inquisitorial, sem a observância (parcial ou total) dos preceitos do art. 226 do CPP e sem justificativa idônea para o descumprimento do rito processual, o reconhecimento falho se revelará incapaz de permitir a condenação, como regra objetiva e de critério de prova, sem corroboração independente e idônea do restante do conjunto probatório, produzido na fase judicial” (HC 648.232/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2021, DJe 21/5/2021). Na hipótese, não há certeza sobre a autoria do delito, fundada unicamente em questionável reconhecimento fotográfico feito pela vítima em sede policial, sem o cumprimento do rito processual previsto em lei. Acresça-se que esta (vítima) ainda disse que o autor do roubo a proibiu de olhar para trás, tendo afirmado ainda que viu o rosto durante a fuga, mas não esclareceu se conseguiu vê-lo de frente. Nessa ordem de ideias, na esteira da decisão de primeiro grau (sentença absolutória de fls. 22/24) **deve ser reconhecida a ilegalidade do reconhecimento que serviu para fundamentar a condenação**. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 664.916/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 24/06/2021)

Diante as decisões anteriormente expostas, pode-se inferir que há movimentação jurisprudencial no sentido de se reconhecer a necessidade da observação das prescrições legais, expressas nos incisos do art.266, do Código de Processo Penal, para a validação do ato de reconhecimento, ou seja, segundo esse entendimento, se observados os requisitos procedimentais, o ato de reconhecimento estaria apto a instruir a decisão judicial.

No entanto, é necessário pontuar que não se trata apenas de uma questão de observância ao rigor técnico do procedimento estabelecido pelo Código de Processo, mas deve ser considerada também a prerrogativa do réu de defesa negativa, ou de não autoincriminação, já que em muitos casos o acusado é posto a ser reconhecido de maneira manifestamente sugestiva, deve-se ter a faculdade de participar ou não desse ato.

Para esclarecermos melhor a questão, segue a redação do dispositivo legal pertinente ao reconhecimento de pessoas:

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.

Mesmo com as orientações explícitas na lei, ainda restam várias circunstâncias do ato de reconhecimento que devem ser ponderadas para obtenção de uma prova mais segura. Nessa esteira, o inciso II do dispositivo acima mencionado estabelece que o acusado deve ser colocado ao lado de outras pessoas semelhantes a ele, porém sem deixar claro o número de indivíduos que deveriam participar desse ato.

Segundo as lições do Professor Aury Lopes JR., seguindo a melhor orientação da psicologia do testemunho, o número mínimo de “suspeitos” a serem expostos simultaneamente ao reconhecimento deve ser de cinco pessoas, dos quais quatro sabidamente serão inocente.

Condição fulcral para a realização adequada do reconhecimento de pessoas certamente é o momento em que é coletada essa prova. No âmbito das falsas memórias, o decurso do tempo é um fator determinante que conduz a uma maior dubiedade nas recordações da testemunha acerca dos fatos ocorridos, assim sendo, é externamente conveniente que esse ato ocorra ainda na etapa investigativa, com o menor decurso de tempo possível desde o acontecimento do delito.

Não é incomum vermos cenas de reconhecimento de pessoas em obras cinematográficas norte-americanas. Nesses cenários, a vítima é levada a apontar o autor do crime por de trás de um vidro espelhado, algo que é extremamente recomendável, já que a exposição da testemunha ao acusado durante o reconhecimento pode gerar um receio de futuras retaliações, comprometendo, portanto, a credibilidade da prova.

Assim sendo, a realização do reconhecimento através de um vidro espelhado, apesar de não estar expressa na lei, é uma medida capaz de conferir maior validade probatória ao reconhecimento de pessoas.

Quanto à preparação do ato de reconhecimento, é de fundamental importância o relato livre da testemunha, ou vítima, para afastar qualquer possibilidade de o depoimento ser conduzido ou influenciado pela autoridade responsável pelo ato. Dessa forma, é preciso assegurar um relato mais isento possível, para garantia de um reconhecimento mais fidedigno.

Além do mais, por óbvio, é necessária uma maior imparcialidade do profissional que conduz o ato de reconhecimento, pois conhecendo a identidade do acusado, estaria sujeito a influenciar a testemunha no sentido de identificar determinado indivíduo.

Diante o cenário acima retratado, seria ideal que o profissional responsável pela gerência do ato de reconhecimento fosse ignorante quanto à identidade do suposto autor dos fatos, tampouco ter conhecimento sobre sua posição dentre aqueles que estão sendo expostos ao reconhecimento por parte da vítima ou testemunha.

Em relação ao inciso IV, do artigo 266, do Código de Processo Penal, temos a previsão do registro, por escrito, do ato do reconhecimento, sem embargo, essa previsão não seria satisfatória, sendo uma medida mais adequada a gravação desse procedimento. Essa medida é de fácil implementação, considerando o aparato tecnológico disponível

hodiernamente, não seria um obstáculo intransponível a realização do registro audiovisual do reconhecimento, sendo esse um mecanismo capaz de conferir maior confiabilidade a prova, já que seria possível verificar, através da gravação, se o procedimento foi realizado da maneira mais adequada e justa possível.

Há que se considerar ainda a instrução a ser dada a testemunha antes da realização do ato de reconhecimento, fazendo a advertência expressa de que o criminoso pode não ser aquele que está sendo apresentado. Segundo a psicologia do testemunho, o depoente pode ser levado, mesmo que de maneira inconsciente, a “colaborar com a investigação”, sendo essa circunstância muito perigosa à obtenção de uma prova confiável.

A contaminação do testemunho pode ocorrer em função de ser apresentado um sujeito que se encaixa no estereótipo de um “criminoso”, no sentido lombrosiano, ainda mais estando algemando, de modo que através do senso comum a testemunha pode realizar um reconhecimento falso, pois todo o contexto em que se apresenta o suspeito, sem dúvida influenciará na indicação dele como o verdadeiro culpado.

Para remediar toda essa situação, ressalta-se as lições da especialista em psicologia do testemunho Dra. Lilian Milnitsky Stein: “A testemunha deve ser informada que criminoso pode não estar presente entre os rostos apresentados e que ela não é obrigada a identificar um rosto.”

Desse modo, podemos evidenciar a imensurável importância de mecanismos técnicos de realização do reconhecimento de pessoas, ainda não previstos em lei, para consolidação de uma atividade probatória mais segura, e, em última análise, dirimir a ocorrência de condenações injustas.

4.1 O valor da Justiça.

Nitidamente o Brasil é um país com muitos problemas no tocante a administração dos recursos públicos e certamente eles não são geridos da maneira mais adequada possível.

É nesse cenário, de descaso com a coisa pública, e de uma sociedade com uma infinidade de demandas urgentes, em que surge a discussão do “prejuízo” financeiro decorrente das implementações de medidas capazes de trazer mais humanidade ao

processo penal, já que elas requerem o dispêndio de valores que poderiam ser direcionados à outras áreas de atuação do Estado.

Para ilustrarmos a questão, podemos citar a grande celeuma que circunda a implementação do juiz das garantias no país. Nesse caso, muitas vezes se levantam para dizer que, vez que o Estado não presta a assistência adequada aos “cidadãos de bem”, não haveria razão para alocação de recursos em prol da implementação de medidas para assegurar o direito daqueles que são submetidos à justiça penal.

A implementação do Juiz das garantias é algo amplamente utilizado nos países desenvolvidos, e certamente traz mais confiabilidade para as decisões, no entanto, é mau visto por muitos, por entenderem que essa medida beneficiaria apenas àquelas pessoas consideradas criminosas.

A opinião pública, muito influenciável, tende a desqualificar todos aqueles que passam pelo sistema de justiça criminal, imputando-lhes a pecha de cidadãos de segunda categoria, sem embargo, se esquecem de que todos estamos sujeitos ao processo penal, uma vez que mesmo sendo inocente, podemos ser submetidos à uma investigação, ou processo.

Desse modo, resta evidente a imensa hipocrisia que eiva o modo como as pessoas enxergam esse debate, e por esse ângulo, parcelas da sociedade brasileira muitas vezes se mostram contrarias a medidas que inequivocamente trariam maior dignidade ao processo penal.

Da mesma forma, para implementação dos mecanismos mais recomendados pela doutrina para a assegurar a confiabilidade da coleta da prova testemunhal, será necessário investimento em infraestrutura, logística e na capacitação dos profissionais de segurança pública no sentido de exercerem os procedimentos da maneira mais técnica possível.

Portanto, podemos supor que a instalação dessas medidas, mesmo que evidentemente benéficas, podem causar alvoroço na sociedade na medida em que muitos consideram esses gastos desnecessário.

Para realizar um exercício de compreensão mais profundo acerca do tema é preciso considerar a trajetória histórica de nossa nação, isso porque restringir essa discussão a uma questão de ordem meramente financeira seria uma absoluta estupidez.

Nessa toada devemos sempre considerar que, desde os tempos mais remotos, o Brasil tem sua história marcada pela opressão ao povo menos favorecido e pela imposição de punições barbaras aos seus criminosos. Inclusive, toda essa carga histórica, em alguma medida, explica o absoluto estado de insalubridade de nossos estabelecimentos prisionais e a grande ocorrência de encarceramentos injustos.

Isso posto, a acessão do Estado democrático de direito, comprometido com o as garantias constitucionais, é fruto de muita luta do povo brasileiro, que num ato de cidadania, instituiu o Estado em que vivemos hoje.

Assim sendo, é um compromisso ético de todo cidadão apoiar qualquer medida capaz de concretizar as garantias fundamentais de todo ser humano. Justiça certamente é um valor que transcende as importâncias de ordem econômica, portanto, ela não tem preço.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Todo o ordenamento jurídico orbita em torno das garantias fundamentais, asseguradas por nossa carta magna, de maneira que essas garantias devem ser uma preocupação de primeira ordem.

No âmbito do direito processual penal, as garantias servem, em grande medida, para repelir a possibilidade da ocorrência de decisões injustas. Isso não se confunde com impunidade, mas sim representa um amadurecimento no nosso sistema de justiça, já que é sua função observar aos ditames da constituição federal.

Vale lembrar que, o próprio Código Penal, foi erigido sob a égide de um governo autoritário, além disso, o sistema de justiça penal brasileiro é permeado por arbitrariedades e injustiças, sendo, portanto, de extrema importância a implementação de medidas capazes de dirimir essas malezas.

Diante esse cenário, temos a alta ocorrência de prisões injustas, furto do procedimento equivocado do reconhecimento de pessoas.

É notório que na maioria das vezes pessoas jovens, negras, e pobres são as verdadeiras vítimas do sistema de justiça penal que, ao desrespeitar as recomendações de uma produção de prova adequada, acabam sendo submetidas ao cárcere de maneira absolutamente ilegal, e, sobretudo, injusta.

Ao final da pesquisa, restou verificada a extrema importância da revisão do “*modus operandi*” da atividade probatória no país, já que prevalece um sistema violador dos direitos fundamentais e incapaz de garantir confiabilidade a prova.

Assim sendo, o melhor caminho no sentido de dirimir as injustiças cometidas no âmbito do reconhecimento de pessoas é indubitavelmente a implementação das medidas indicadas pela doutrina da psicologia do testemunho.

6.REFERÊNCIAS:

LOFTUS, Elizabeth. Ate aonde se pode confiar na memoria. *In*: LOFTUS , Elizabeth. **Ate aonde se pode confiar na memoria** . 10.11.6. Ted talks, 2013. Disponível em:

https://www.ted.com/talks/elizabeth_loftus_how_reliable_is_your_memory?language=pt-br. Acesso em: 5 mar. 2021.

EXCLUSIVO:: 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros. *In*: **Exclusivo: 83% dos presos injustamente por reconhecimento fotográfico no Brasil são negros**. 10.11.6. TV GLOBO: Programa Fantástico, 21 fev. 2021. Disponível em: <https://globoplay.globo.com/v/9288342/>. Acesso em: 5 mar. 2021.

LIMITE PENAL. *In*: NARDELLI, Marcella. **LIMITE PENAL: "Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?"**. 10.11.6. Rio de Janeiro: Conjur, 18 dez. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito>. Acesso em: 5 mar. 2021.

LIMITE PENAL. *In*: LOPES JR., Aury; COUTINHO, Jacinto Nelon de Miranda; DA ROSA, Alexandre Morais. A prova de reconhecimento de pessoas não será mais a mesma. 10.11.6. Brasil: Revista Consultor Jurídico, 30 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-30/limite-penal-prova-reconhecimento-pessoas-nao-mesma>. Acesso em: 5 mar. 2021.

STEIN, Lilian Milnitsky; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. Entrevistas Forenses e Reconhecimento Pessoal nos Processos de Criminalização: um diagnóstico brasileiro. *Boletim de Análise Político-Institucional*, Brasil, p. 45-51, 2018.

STEIN, Lilian Milnitsky; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. AVANÇOS CIENTÍFICOS EM PSICOLOGIA DO TESTEMUNHO APLICADOS AO RECONHECIMENTO PESSOAL E AOS DEPOIMENTOS FORENSES. **Série Pensando o Direito**, Brasília, ed. nº 59, 2015.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17ª. ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1937 p.

STEIN, Lilian Milnitsky; CECCONELLO, William Weber; DE ÁVILA, Gustavo Noronha. A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho. *Revista Brasileira de políticas públicas*, Brasília, v. 8, ed. nº 2, p. 1052-1068, agosto 2018.

PRADO, Geraldo: **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª Edição. ed. Rio de Janeiro: EDITORA LUMEN JURIS, 2005. cap. A ELEIÇÃO CONSTITUCIONAL DO SISTEMA ACUSATÓRIO, p. 268-330.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17°. ed. rev. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. 1937 pg.772.