

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

Mateus Pereira

**A PROVA POR RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL E A  
VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACUSADO**

Florianópolis  
2022

Mateus Pereira

**A PROVA POR RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL E A  
VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACUSADO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Orientador:** Prof. Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto.

**Coorientador:** Prof. Me. Antônio Leonardo Amorim.

Florianópolis  
2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Pereira, Mateus

A PROVA POR RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO NO PROCESSO PENAL E A VIOLAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS DO ACUSADO / Mateus Pereira ; orientador, Francisco Quintanilha Veras Neto, coorientador, Antonio Leonardo Amorim, 2022.  
58 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -  
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Processo Penal. I. Neto, Francisco Quintanilha Veras. II. Amorim, Antonio Leonardo. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

## **AGRADECIMENTOS**

Em primeiro lugar, agradeço à toda minha família, que se manteve ao meu lado em todas as situações. Em especial aos meus pais, Adão e Osilei, por todo amor e apoio que me foram proporcionados. Sem eles, certamente eu não chegaria onde estou, então obrigado por sempre acreditarem em mim,

Obrigado também aos meus avós, principalmente a minha avó Odilia e minha avó Terezinha, com vocês tive a oportunidade de conhecer o verdadeiro significado de amor.

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina, pelos últimos cinco anos de crescimento e aprendizado constante – acadêmico, profissional e pessoal, e também por todas as experiências e pessoas que conheci.

Agradeço a todos os amigos que fiz durante essa jornada, especialmente: Thompson, Rodrigo, Mazzoli, Eduardo e Vinicius. Muito obrigado pela ajuda ao longo de toda graduação, tenho certeza que o apoio de vocês foi primordial para que eu conseguisse concluir a graduação em direito.

Agradeço aos meus orientadores, Prof. Dr. Francisco Quintanilha Veras Neto e Prof. Me. Antônio Leonardo Amorim, por me auxiliarem na produção do presente trabalho e por toda a orientação que foi essencial para a conclusão deste trabalho.

## RESUMO

O reconhecimento de pessoas é um meio de prova importante no processo penal brasileiro, que tem a função de identificar o autor de um fato delitivo. Porém, o reconhecimento pessoal por meio de fotografias, embora amplamente utilizado pelas autoridades policiais, não foi disciplinado pelo legislador brasileiro. Todavia, por ser um meio de prova que depende da memória humana, está muito suscetível a erros, levando inocentes a serem reconhecidos por crimes que não cometeram. O presente trabalho possui o objetivo de abordar o reconhecimento fotográfico, realizando uma análise crítica sobre a utilização deste procedimento, baseando-se no diálogo entre epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho. A metodologia utilizada foi a consulta bibliográfica, com base na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Assim, são apresentados dados empíricos e argumentos favoráveis a proteção das garantias processuais do acusado na persecução criminal.

**Palavras-chave:** Direitos e Garantias Fundamentais. Direito Penal. Processo Penal. Garantismo.

## **ABSTRACT**

The recognition of people is an important means of proof in Brazilian criminal proceedings, which has the function of identifying the perpetrator of a criminal act. However, personal recognition through photographs, although widely used by police authorities, was not disciplined by the Brazilian legislator. However, as it is a means of proving that it depends on human memory, it is very susceptible to errors, leading innocent people to be recognized for crimes they did not commit. The present work aims to address photographic recognition, performing a critical analysis on the use of this procedure, based on the dialogue between legal epistemology and the psychology of testimony. The methodology used was the bibliographic consultation, based on the doctrine and jurisprudence of the Superior Courts. Thus, empirical data and arguments favorable to the protection of the procedural guarantees of the accused in criminal prosecution are presented.

**Keywords:** Fundamental Rights and Guarantees. Criminal Law. Criminal proceedings.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>4</b>
<b>2 TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL</b> .....	<b>6</b>
2.1 DIREITO PENAL MÍNIMO - O GARANTISMO PENAL E DIREITOS INERENTES AOS ACUSADOS .....	6
2.2 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA .....	9
2.3 PRINCÍPIOS ATINENTES A PRODUÇÃO DA PROBATÓRIA .....	13
<b>2.3.1 Princípio do Devido Processo Legal</b> .....	<b>14</b>
<b>2.3.2 Princípio do Contraditório</b> .....	<b>16</b>
<b>2.3.3 Princípio do Estado de Inocência</b> .....	<b>18</b>
<b>3. RECONHECIMENTO DE PESSOAS POR MEIO DE FOTOGRAFIAS</b> .....	<b>20</b>
3.1 RECONHECIMENTO PESSOAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO .....	20
3.2 RECONHECIMENTO PESSOAL ATRAVÉS DE FOTOGRAFIAS .....	25
3.3 O TRATAMENTO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO PELA JURISPRUDÊNCIA .....	27
<b>4 FALSAS MEMÓRIAS E A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA</b> .....	<b>32</b>
4.1 CONCEITO DE FALSAS MEMÓRIAS .....	32
4.2 A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO ATO DE RECONHECIMENTO	35
4.4 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A VIOLAÇÃO DE GARANTIAS DO INDIVÍDUO ACUSADO .....	44
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	<b>50</b>
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	<b>52</b>

## INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, os estudos acerca do reconhecimento de pessoas e da psicologia judiciária vem avançando cada vez mais. Com isso, têm-se construído um arcabouço cada vez melhor, para que o procedimento de identificação de pessoas seja cada vez mais confiável.

A função do reconhecimento é identificar o autor de um fato delitivo. Porém, o reconhecimento pessoal por meio de fotografias, embora amplamente utilizado pelas autoridades policiais, não foi disciplinado pelo legislador brasileiro. Todavia, por ser um meio de prova que depende da memória humana, está muito suscetível a erros, levando inocentes a serem reconhecidos por crimes que não cometeram.

O presente trabalho possui o objetivo de abordar o reconhecimento fotográfico, realizando uma análise crítica sobre a utilização deste procedimento, baseando-se no diálogo entre epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho. A metodologia utilizada foi a consulta bibliográfica, com base na doutrina e na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Assim, são apresentados dados empíricos e argumentos favoráveis a proteção das garantias processuais do acusado na persecução criminal.

Este trabalho observará a forma como o aparato de justiça criminal utiliza o reconhecimento fotográfico, analisando se a inobservância do art. 226, do CPP, acarreta na violação dos direitos e garantias constitucionais dos investigados.

O referido acórdão do STJ, aponta a recorrência de falhas e equívocos da memória humana e da capacidade de armazenamento das informações, o que infirma o valor probatório do reconhecimento, permeado por um elevado grau de subjetivismo, logo, apto a causar erros judiciais muitas vezes irreversíveis. Principalmente em casos com o reconhecimento fotográfico, realizado nas delegacias, que não tem amparo legal, e não segue o mínimo de requisitos para o procedimento.

O reconhecimento pessoal é um meio de prova penal realizado na fase inquisitorial (extraprocessual), porém, pode ser feito na fase processual (audiência de instrução e julgamento), o que não é muito comum.

O procedimento que regula a realização do reconhecimento de pessoas está descrito nos artigos 226 e 228, ambos do Código de Processo Penal, e consiste primeiramente na descrição do autor do delito pela vítima ou por uma testemunha que presenciou os fatos.

Posteriormente, o suspeito é colocado ao lado de pessoas parecidas fisicamente para que a vítima ou testemunha afirme qual delas é o autor do crime, tudo será levado a termo e assinado pela autoridade competente.

Por outro lado, o procedimento de reconhecimento fotográfico não possui previsão legal, porém diversos tribunais conhecem-no como prova válida, com a justificativa de que o procedimento de reconhecimento pessoal contido no Código de Processo Penal seria apenas “mera recomendação” do legislador.

Desse modo, se tem o seguinte problema de pesquisa: o reconhecimento fotográfico realizado em desacordo com o sistema de garantia do Processo Penal viola os Direitos Fundamentais do investigado?

Sendo assim, o trabalho buscará fazer uma análise na forma como o aparato de justiça criminal utiliza o reconhecimento fotográfico, analisando a possibilidade de falhas neste tipo de prova, o que causaria injustiças no modo de julgamento, violando os direitos fundamentais dos réus.

## 2 TEORIA GERAL DAS PROVAS NO PROCESSO PENAL

Antes de adentrar propriamente nas questões atinentes ao reconhecimento fotográfico no processo penal pátrio, é essencial transcorrer a teoria geral e as noções das provas e seus desdobramentos no âmbito do direito processual penal, para poder inseri-lo em uma das categorias probatórias.

### 2.1 DIREITO PENAL MÍNIMO - O GARANTISMO PENAL E DIREITOS INERENTES AOS ACUSADOS

As demandas pelo respeito da autoridade soberana ao ordenamento jurídico, dentre os demais fatores responsáveis, foram essenciais para a passagem do Modelo de Estado Moderno para Estado de Direito. Assim, neste capítulo serão apontados os caminhos para a concretização de um processo penal verdadeiramente democrático.

Cesare Beccaria (2015), em sua obra intitulada “Dos Delitos e das Penas”, apresenta um ponto de vista pioneiro sobre a punição estatal, em consonância com os princípios liberais do século XVIII (BECCARIA, 2015).

Tomando como ponto de partida uma origem Iluminista, Beccaria elabora princípios de natureza humanitária que buscam restringir a interferência e os abusos estatais nas liberdades individuais. Para o autor, a interferência estatal deve ser limitada, e o Estado somente poderia influenciar nos atos particulares quando a interferência for estritamente necessária (BECCARIA, 2015).

Em que pese Luigi Ferrajoli não tenha criado a expressão garantismo, a consolidação deste termo na literatura é fruto de suas produções acadêmicas. Ferrajoli caracteriza seu constitucionalismo garantista como “sendo de normatividade forte”, de tipo regulador.

A tentativa de transpor o garantismo para o direito brasileiro, começou no processo de redemocratização, em 1988, quando a “Constituição Cidadã” foi promulgada, cuja característica principal foi a exigência de respeito, no plano constitucional, aos direitos e garantias fundamentais.

No Brasil, a utilização da teoria garantista foi maior nas searas penal e processual penal, com o desenvolvimento de inúmeros estudos acadêmicos importantes a partir deste marco teórico.

No âmbito do Direito Processual Penal, Ferrajoli (2015, p. 454) explica que, como modelo normativo de direito, o garantismo é um sistema de legalidade estrita:

Que sob o plano epistemológico se caracteriza como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, sob o plano político se caracteriza como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos.

Toda restrição de liberdade, por mais breve que seja, é potencialmente prejudicial ao futuro da pessoa apenada, capaz de ferir sua dignidade como ser humano. Isto foi reconhecido por decisão liminar na ADPF 347(1), em que o STF reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro – fere de forma grave sua honra e sua imagem.

A situação se agrava ainda mais, quando o cerceamento de liberdade ocorre de maneira injusta ou ilegal.

Ainda que reste provada a inocência, com sentença absolutória ou até mesmo com ajuizamento da ação, o indivíduo sairá da prisão taxado como criminoso pelo julgamento equivocado que o colocou dentro do sistema prisional e com uma afronta incurável de sua dignidade.

No exercício da função jurisdicional penal, o judiciário, em conjunto com os demais poderes, deve comprometer-se com a dignidade da pessoa humana, e os direitos fundamentais, no objetivo de evitar falhas judiciárias e, principalmente, extinguir o encarceramento de pessoas inocentes presas injustamente. Tendo isso em vista, Ingo Wolfgang Sarlet (2006, p. 110), leciona que:

O princípio da dignidade de pessoa impõe limites à atuação estatal, objetivando impedir que o poder público venha a violar a dignidade pessoal, mas também implica (numa perspectiva que se poderia designar de programática ou impositiva, mas nem por isso destituída de plena eficácia) que o Estado deverá ter como meta permanente, proteção, promoção e realização concreta de uma vida com dignidade para todos (...)

A Dignidade da Pessoa Humana é um dos princípios regentes do processo penal, portanto, ao analisar os procedimentos de produção probatória, esse princípio deve ter papel central de regulação de todas as relações processuais, desde a formação da investigação até a sentença com trânsito em julgado.

Nesta senda, Ferrajoli explica que a expansão do sentido de “garantias” aconteceu na seara criminal. O termo “garantismo penal”, surgiu no meio jurídico de

esquerda na Itália, no fim da década de 1970, como contraposição teórica às normas e aos julgamentos emergências que suprimiram as garantias do sistema processual italiano (FERRAJOLI, 2015).

É justamente nessa conjuntura que aparece o “garantismo penal”, inicialmente contemplado por outras áreas do direito desde o direito constitucional. Ferrajoli, principal precursor da doutrina garantista, em sua obra “Direito e Razão” (FERRAJOLI, 2015).

Precisamente, nesse contexto, é que surge o chamado “garantismo penal”, originalmente concebido de forma mais ampla desde o direito constitucional. Considerado um dos precursores da doutrina, Luigi Ferrajoli desenvolveu, principalmente em seu “Direito e Razão”, obra de inspiração contratualista.

A refundação do sistema penal em Ferrajoli (2009, p. 413) e consequentemente, das penas, está assentada nas seguintes premissas:

Ante a gravidade da atual crise, compromete de maneira radical a legitimidade do direito e da jurisdição penal, a meu juízo, a única resposta racional é a refundação do sistema punitivo em seu conjunto, dirigida a restaurar sua eficiência e garantias de acordo com o modelo normativo que tem se chamado de direito penal mínimo. Um programa reformador semelhante deveria orientar-se a restaurar o papel do direito penal como instrumento danoso, somente utilizável como extrema ratio e dirigido à minimização da violência tanto dos delitos como das penas e a tutela dos bens e dos direitos fundamentais constitucionalmente estabelecidos. Orientado, pois, de um lado, a uma drástica despenalização e radical descarcerização do sistema penal; de outro, a procurar seu retorno à função de defesa frente às ofensas mais graves a tais bens e direitos. Se trata de um programa diametralmente oposto às políticas predominantes hoje que, como se viu, tem provocado a dupla expansão patológica da demanda inflacionária da legislação penal e do uso crescente do cárcere em relação à pobreza. E cabe delineá-lo, de forma sumária, com três ordens de indicações, relativas aos três momentos naqueles que se articula a intervenção penal, ou seja, o delito, a pena e o processo. (...) Por este motivo um programa de direito penal mínimo deveria procurar a restauração da certeza da pena, eliminando a atual divergência entre pena legal, pena imposta e pena cumprida, com a redução da primeira para a segunda até a terceira.

A teoria garantista apoia-se na dogmática penal, e representa “ao mesmo tempo o resgate e valorização das normas constitucionais como elementos fundamentais para limitar os abusos estatais rotineiros na demanda penal” (FREITAS, MANDARINO, ROSA, 2017).

Deste modo, o fundamento teórico do garantismo forma um instrumento para limitar os abusos que o Estado Penal comete contra os excluídos sociais, mais

especificamente para defender e bem equacionar o constitucional Estado Democrático de Direito.

É possível observar que o discurso garantista tem por base o respeito à dignidade da pessoa humana e seus direitos fundamentais, com sujeição formal e material das práticas jurídicas aos conteúdos constitucionais.

Para Luigi Ferrajoli (1995, p. 851), a expressão garantismo possui três acepções principais:

A expressão garantismo apresenta três acepções: numa primeira, designa um modelo normativo de Direito, próprio do Estado de Direito, entendido aquele em três planos no plano epistemológico caracteriza-se como um sistema cognoscitivo ou de poder mínimo, no plano político como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade e no plano jurídico como um sistema de vínculos impostos à potestade punitiva do Estado na garantia dos direitos dos cidadãos.

Estas características correspondem, no Direito penal, segundo o referido autor, ao modelo de “legalidade estrita”, assim, mesmo que reconheça que no plano epistemológico é possível pelo sistema cognoscitivo que o julgador tenha formado sua opinião sobre o crime, acentua que deve essas ações serem responsáveis pela diminuição de todo tipo de violência e, de outro lado, promotora da liberdade no plano jurídico normativo.

## 2.2 CONCEITO E FINALIDADE DA PROVA

Partindo da premissa que os fatos são regulados pelo ordenamento de modo normativo e abstrato, percebemos que, na realidade, não existiria Direito sem a ocorrência dos fatos.

Portanto, a legitimidade do processo penal surge com a função de demonstrar uma série de acontecimentos decorridos durante certo período, ou seja, na realização da retrospectiva de fatos determinados.

Conforme ensina Francesco Carnelutti (2009), o encargo do processo penal está em saber se o imputado é culpado ou inocente e, antes disso, na necessidade de saber se determinado fato histórico ocorreu ou não.

Assim, Carnelutti (2009, p. 63) compara o trabalho de um magistrado ao de um historiador:

As provas servem, precisamente, para voltar atrás, ou melhor ainda, para reconstruir a história. Como faz quem, tendo caminhado por meio dos campos, quer percorrer em sentido contrário o mesmo caminho? Segue as pegadas de seu passo. [...] O trabalho do historiador é este. Um trabalho de habilidade e paciência (...).

Nessa toada, James Goldschmidt (*apud* Lopes Jr., 2021, 351) reconhece que:

O processo penal está destinado a instruir o julgador, a proporcionar o conhecimento do juiz por meio da reconstrução histórica de um fato. Nesse contexto, as provas são os meios através dos quais se fará essa reconstrução do fato passado (crime).

Portanto, na visão de James Golschmidt, o objetivo do processo penal é propiciar as informações necessárias, através da revisão histórica dos fatos, para que o magistrado tenha condições de construir sua sentença. É nesse contexto que as provas estão inseridas, como meio de efetuar a revisão histórica comentada.

Desse modo, aponta Aury Lopes Júnior (2021) que o processo penal se apresenta como ferramenta de retrospectiva, que consiste em proporcionar as condições que possibilitem a persuasão ao magistrado por meio da reconstrução histórica de determinado fato (LOPES JR, 2021).

Sabidamente, a palavra “prova” possui múltiplos sentidos. No campo do direito, entre os principais sentidos atribuídos ao termo “prova” destacam-se: “atividade” com o objetivo de demonstrar a ocorrência de um fato, “meio” utilizado para demonstrar o acerto de uma hipótese e o de “resultado” produzido na convicção do julgador (JUAREZ TAVAREZ; RUBENS CASARA, 2020).

Com efeito, o destinatário da prova é o juiz e, acerca da finalidade da mesma, Renato Brasileiro de Lima (2021, p. 574) assevera que:

A finalidade da prova é a convicção do órgão julgador. Na verdade, por meio da atividade probatória desenvolvida ao longo do processo, objetiva-se a reconstrução dos fatos investigados na fase extraprocessual, buscando a maior coincidência possível com a realidade histórica. Verdade seja dita, jamais será possível se atingir com absoluta precisão a verdade histórica dos fatos em questão. Daí se dizer que a busca é a verdade processual, ou seja, daquela verdade que pode ser atingida através da atividade probatória desenvolvida durante o processo. Essa verdade pode (ou não) corresponder à realidade histórica, sendo certo que é com base nela que o juiz deve proferir sua decisão.

Como já discutido, Lopes Jr. expõe que o processo penal serve para reconstrução de um fato, com objeto de informar o julgador, através das provas, que servirão para esse processo de reconstrução. Segundo o autor, entre as dificuldades enfrentadas nesse exercício, há o paradoxo temporal inerente à atividade

jurisdicional: um juiz julgando hoje, uma pessoa e um acontecimento que ocorreu no passado distante, com base na prova obtida no passado próximo cujos efeitos terão repercussão futura (LOPES JR., 2021).

Sendo assim, o processo penal é uma atividade de reconhecimento, no qual é incumbido às partes do processo penal, proporcionar ao julgador o conhecimento dos fatos necessários e, deste modo, proporcionar o ambiente ideal para a devida resposta jurisdicional (LOPES JR., 2021).

Assim, o processo surge como instrumento para reconstrução do passado, com o objetivo de informar ao juiz sobre a relação entre um fato e o autor do fato, assim, a elucidação das provas é o meio usado para atingir este objetivo.

Outra identificação de “prova jurídica” é o elemento apto a demonstrar a ocorrência de um fato, enquanto outros a apontam como um ato discursivo dirigido ao juiz destinado a produzir a fixação judicial de um acontecimento a partir de um procedimento (JUAREZ TAVAREZ; RUBENS CASARA, 2020).

Como ensina Renato Brasileiro de Lima, o ato de provar consiste em demonstrar a verdade sobre um acontecimento no mundo real. Para o autor, a terminologia “prova” poderá assumir diversos significados. A prova então destina-se à formação da convicção do Juiz no ato de análise da controvérsia (LIMA, 2021, p. 583).

Luigi Ferrajoli, apresenta o conceito de prova como a forma com que o magistrado é induzido a partir dos dados probatórios colhidos e presentes na demanda judicial. Ora, com muita convicção o ilustríssimo professor entende que a prova induz o convencimento do juiz acerca da dinâmica dos fatos ocorridos.

Por esse ângulo, a acusação deve trazer aos autos processuais a demonstração daquilo que acusa e, após a incidência do contraditório e da ampla defesa, será possível a formação do conjunto probatório para que por fim o Juiz possa motivar sua decisão final.

Nesta senda, a perspectiva de Ferrajoli quanto a indução do julgador é a seguinte (2002, p. 105):

[...] A indução judicial é idêntica a qualquer outra indução: nela, precisamente, a conclusão provada ou descoberta tem o valor de uma hipótese explicativa de uma natureza provável quanto ao nexos causal entre uma ação imputada à culpabilidade de um sujeito e o conjunto de fatos – o evento danoso e os dados probatórios coletados – descritos nas premissas. Sua especificidade consiste no fato de que o procedimento mediante o qual se realiza não é apenas uma atividade intelectual, mas é também uma

atividade jurídica, normativamente disciplinada. Isso complica os já enormes problemas epistemológicos relativos à justificação da indução em geral. Estes problemas são, contudo, prejudiciais àquele das garantias jurídicas e normativas da prova.

Em sua tese de doutorado, Mariângela Tomé Lopes (2011) faz uma diferenciação do que classifica como partes da “sequência probatória”, classificando-os primeiramente, como elementos de prova, fontes de prova e, por fim, meios de prova.

Outro tema candente pertinente à teoria da prova é a sua valoração, assim, Tavares e Casara (2020) expõem que a valoração envolve a validade das espécies ou meios de prova além do próprio sistema de busca da verdade. Após a superação do sistema das provas legais, no qual sua análise era limitada à existência de prova tarifada, a valoração da prova se tornou incumbência do julgador.

Desse modo, o julgador poderia exercê-la como ato de sua íntima convicção ou como expressão de seu convencimento, porém, motivado pelos elementos colhidos durante o procedimento.

A íntima convicção assenta-se em um juízo subjetivo, sem necessidade de justificação. Já a convicção motivada, decorre de um juízo formulado por elementos materiais. Sendo assim, o direito processual moderno, com raras exceções, baseia-se no sistema da convicção motivada (CASARA; TAVARES, 2020).

No que tange a finalidade da prova, Guilherme de Souza Nucci (2021, p. 691) explica que:

A finalidade da prova é convencer o juiz a respeito da verdade de um fato litigioso. Busca-se a verdade processual, ou seja, a verdade atingível ou possível (probable truth, do direito anglo-americano). A verdade processual emerge durante a lide, podendo corresponder à realidade ou não, embora seja com base nela que o magistrado deve proferir sua decisão.

Sendo assim, para Nucci, a prova se finda na produção do convencimento do magistrado no que se refere à verdade processual, seja de acordo com a realidade, ou não. Resumidamente, é a verdade alcançável.

Já Lopes Jr. (2016), esclarece que o processo penal tem uma finalidade retrospectiva, em que, através das provas, intenciona-se obter condições para a atividade cognitiva do juiz sobre um fato passado, ressaltando que o conhecimento decorrente desse fato irá legitimar a sentença a ser proferida. Cabe destacar, ademais, que toda e qualquer atividade probatória no âmbito do processo penal deve

ser orientada por princípios indissociáveis de um processo constitucionalmente adequado, sendo relevante uma análise principiológica.

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

### 2.3 PRINCÍPIOS ATINENTES A PRODUÇÃO DA PROBATÓRIA

O estudo das provas passa pela análise dos direitos e garantias fundamentais, por isso, é necessário o exame das garantias e princípios constitucionais. Em seguida, será demonstrado o panorama geral acerca de alguns dos princípios e garantias constitucionais no processo penal brasileiro.

Segundo Lopes Jr. (2021, p. 393) o sistema penal democrático caracteriza-se pela imposição das garantias:

O sistema processual penal democrático impõe a máxima eficácia das garantias constitucionais e está calcado no “amor ao contraditório”. É aquele que, partindo da Constituição, cria condições de possibilidade para a máxima eficácia do sistema de garantias fundamentais, estando fundado no contraditório efetivo, para assegurar o tratamento igualitário entre as partes, permitir a ampla defesa, afastar o juiz ator e o ativismo judicial para garantir a imparcialidade.

Atualmente, no que tange à luta pela democratização da Justiça e, mais especificamente, a democratização da justiça criminal, conforme destaca-se Aury Lopes Júnior (2021), é preciso ser pautado em um modelo de Justiça garantista ou de garantismo penal, tomando-se como ponto de partida a teoria propalada por Ferrajoli.

Nesta toada, Cadermatori acentua que no plano epistemológico, a teoria garantista penal tem como base a ideia de centralidade da pessoa, deste modo, “em nome de quem o poder deve constituir-se e a quem deve o mesmo servir” (CADEMARTORI, 1997, p. 103).

Aury Lopes Jr. destaca que a defesa do garantismo não remete a mero legalismo ou formalismo, menos ainda com a defesa da impunidade, como propagam manipuladores e críticos desta teoria. Na verdade, o garantismo jurídico é baseado na tutela dos direitos fundamentais, como a defesa de liberdades civis, também passa por outros direitos individuais e coletivos (LOPES JR., 2021).

Rui Barbosa (*apud* VARGAS, 1992, p. 46) já apontava as diferenças entre direitos e garantias:

(...) no texto da lei fundamental, (...) as disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos: estas as garantias: ocorrendo não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia, com a declaração do direito.

Quanto às garantias mínimas do processo penal que têm relação com as provas, destaca-se que os meios de obtenção de prova devem seguir as normas legais para que haja comprovação da culpabilidade. Portanto, a sentença penal condenatória deve ter como arcabouço provas processualmente válidas.

De acordo com o ponto de vista de Norberto Bobbio, um dos maiores teóricos do direito do século XX, os princípios precisam ser tratados como “normas fundamentais ou generalíssimas dos sistemas, as normas mais gerais”.

Para Norberto Bobbio, existem duas razões para que os princípios sejam entendidos dessa maneira:

(...) antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devem ser normas também eles: se abstraio da espécie animal obtenho sempre animais, e não flores e estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma a ser cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de Lacuna? Para regulamentar um comportamento não regulamentado.

Segundo Cristina Di Gesu (2014), por meio dos princípios, não se procura apenas a simples regulamentação de um caso ou suprimir as lacunas do ordenamento jurídico, vai além disso.

Através da principiologia da prova, busca-se sistematizar a matéria, frente à exigência de o intérprete ajustar e combinar direitos e garantias constitucionais em um sistema atrasado e de matriz inquisitorial, como é o direito processual penal no Brasil.

### **2.3.1 Princípio do Devido Processo Legal**

O devido processo legal surgiu durante a ascensão do Iluminismo, como forma de limitar a atuação estatal em face da primazia do poder popular, para mais tarde, o

princípio ser associado aos princípios do Estado Democrático de Direito (LOPES, 2011).

Mariângela Tomé Lopes (2011) entende que esta garantia somente teve previsão no Brasil, na Constituição de 1988, em seu artigo 5º, inciso LIV, que anuncia que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O devido processo legal, como o próprio nome já explica, trata-se da garantia de que um cidadão somente terá sua liberdade cerceada, por meio de um processo em consonância com as normas estabelecidas (LOPES, 2011).

Em um apartado resgate histórico, Mariângela Lopes (2011) relembra que a garantia do devido processo legal surgiu com o advento da Magna Carta, outorgada pelo João Sem Terra, tratada como ‘*Law of the Land*’. Mais tarde, passou a ser denominada ‘*Due process of Law*,’ foi então introduzida nas Constituições americana e europeia.

Do mesmo modo, Guilherme de Souza Nucci ensina que o devido processo legal é um princípio regente do direito material e processual penal. Teve sua origem na Magna Carta de 1215, com a expressão legal de que “Nenhum homem pode ser preso ou privado de sua propriedade a não ser pelo julgamento de seus pares ou pela lei da terra” (NUCCI, 2020, p. 141)

O famoso termo “*by the lay of the land*” (lei da terra), que originalmente estava expresso em tal documento histórico, transformou-se em “*due process of law*”, cuja tradução significa devido processo legal.

Assim, a lei proclamava que ninguém seria preso ou privado de seus bens senão pela lei da terra (*by the law of the land*, ou seja, lei dos costumes), posteriormente transformada a parte final em devido processo legal (*due process of law*).

O objetivo desta lei era garantir a proteção contra a arbitrariedade do soberano, em período de autoritarismo absolutista na Inglaterra. Nesta senda, o poder do Estado deve respeitar esta garantia, repercussão do “exercício da soberania popular” (SOUZA, 2014).

Diante disso, considera-se que o referido princípio como regente dos demais e, portanto, uma autêntica garantia, somente respeitada, com efetividade, quando todos os demais princípios penais e processuais penais também o são no caso concreto.

Além disso, o devido processo legal, como princípio norteador do sistema processual, guarda relação intrínseca com as garantias da presunção de inocência, contraditório e ampla defesa. Nesses termos, pontua Eugenio Pacelli que (2020, p. 419):

Diríamos, assim, que o contraditório e ampla defesa constituem a base da estrutura do devido processo legal, em que, ao lado do princípio da presunção de inocência, autorizam a afirmação no sentido de ser o processo penal um instrumento de garantia do indivíduo diante do Estado.

Ora, qualquer forma de obtenção de prova para a ação penal, deve estritamente observar a garantia do devido processo legal alinhada à presunção de inocência (PACELLI, 2020). Portanto, o devido processo legal assegura às partes a existência de um processo em conformidade com às normas preexistentes, baseando-se em preceitos como razoabilidade e justiça.

Este preceito se irradia por todos os demais princípios processuais, pois o cumprimento dele depende da efetiva realização de todos os outros e consiste na garantia de que uma pessoa somente será privada de sua liberdade ou de seus bens, através de um processo desenvolvido de acordo com os preceitos estabelecido pelo ordenamento jurídico.

### **2.3.2 Princípio do Contraditório**

O direito ao contraditório é um princípio consagrado pelo Estado Democrático de Direito, e está insculpido no art. 5º, LV, da Constituição (CRFB), como garantia fundamental do jurisdicionado à participação dialética no processo em igualdade de oportunidades, com efetivo poder de influência nos resultados advindos do exercício da atividade jurisdicional. O contraditório encontra sua positivação, de igual modo, no artigo 10, da Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948).

Para Lopes Jr. (2021), pode-se tratar contraditório como “método de confrontação da prova e comprovação da verdade”, com fundamento não mais sobre um juízo de vontades, mas sobre

Na visão Eugênio Pacelli (2020), até a década de 1970, o princípio do contraditório estava limitado ao direito de participação conferido às partes do processo, além do acesso à informação e o direito de contra arrazoar as alegações da parte adversa.

No entanto, foi com a introdução da doutrina de Teoria do Processo de Elio Fazzalari, que o conceito de paridade de armas (*par conditio*) foi incluído no direito processual brasileiro, fazendo com que a participação das partes se desse de modo mais simétrico e com igualdade probatória entre as partes.

Aury Lopes Júnior relembra que na teoria do processo estruturada por Fazzalari (1924-2010), que tem como base o processo como procedimento em contraditório, é notória a influência dos estudos de James Goldschmidt, de processo como situação jurídica, ainda que Fazzalari não tenha assumido essa questão.

Segundo Lopes Jr. (2021), não é possível falar em contraditório sem passar pelos ensinamentos de Fazzalari. Para FAZZALARI, o “processo é procedimento contraditório” (*apud*, LOPES JR, 2016, p. 54).

O fundamento da doutrina de Fazzalari está no papel central atribuído ao contraditório, fazendo importante função na democratização do processo penal, ao tempo em que se coloca como núcleo do processo, não mais a jurisdição, mas sim o efetivo contraditório entre as partes.

Desse modo, o veredicto final deve se basear em contraditório, e do mesmo modo por ele ser legitimado. Na teoria mencionada, a sentença passa de um simples ato de “poder e dever”, devendo ser construída em contraditório real, da participação igualitária e efetiva das partes no processo.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior explica (2021, p. 24):

A essência do processo está na simétrica paridade da participação dos interessados, reforçando o papel das partes e do contraditório. Os atos do procedimento miram o provimento final e estão inter-relacionados, de modo que a validade do subsequente depende da validade do antecedente, e da validade de todos eles, depende a sentença. Isso reforça a unidade do processo e exige (re)pensar a teoria das nulidades. Com FAZZALARI o conceito e a amplitude da teoria da “contaminação” adquirem outra dimensão, à luz da unidade processual por ele concebida e o atrelamento de todos os atos ao provimento final, havendo uma relação de prejudicialidade na dimensão da validade entre eles.

Essa situação fortalece as partes do processo, principalmente do sujeito passivo no direito penal. O contraditório, na visão de Fazzalari, deve ser observado em dois aspectos, no primeiro momento, é o direito à informação ou conhecimento, e num segundo, é a efetiva participação igualitária das partes. Trata-se efetivação da paridade de armas.

### 2.3.3 Princípio do Estado de Inocência

As primeiras notícias que se têm acerca do princípio do estado de inocência, nos levam ao Direito Romano. O referido princípio encontra-se previsto no art. 5.º, LVII, da Magna Carta, o qual determina que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Inicialmente, importante explicar que Aury Lopes Júnior (2021), defende a utilização da “expressão estado de inocência” no lugar de “presunção”, de que não há uma presunção de inocência, na verdade o acusado é inocente, e esse estado apenas será alterado até que ocorra contra si o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Para Ferrajoli (2000, p. 549), a presunção de inocência figura como um princípio fundamental:

[...] é um princípio fundamental de civilidade, fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável. Isso porque, ao corpo social, lhe basta que os culpados sejam geralmente punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes, sem exceção, estejam protegidos.

Por outro lado, Guilherme Nucci (2020), entende que o princípio do estado de inocência também possui a nomenclatura de princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade. Este princípio preceitua que todo acusado é presumidamente inocente, até que seja declarado culpado por sentença penal condenatória, com trânsito em julgado (NUCCI, 2020).

O princípio da presunção de inocência está amparado em várias convenções de direito internacional, inclusive no Pacto de San José da Costa Rica, em que se lê: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”.

O Pacto de San José da Costa Rica passou a vigorar no Brasil a partir de 25 de setembro de 1992, com a promulgação do Decreto 678/1992, se tornando um dos pilares da proteção dos direitos humanos no país, ao consagrar direitos políticos e civis, bem como os relacionados à integridade pessoal, à liberdade e à proteção judicial.

Sobre a presunção de inocência, Tavares e Casara (2020, p. 101) relembram a lição de Luigi Ferrajoli:

Correlato ao princípio da necessidade de jurisdição (não há declaração de culpabilidade sem juízo), a “presunção de inocência” revela que “a culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada”. Trata-se, como quer FERRAJOLI, de um princípio fundamental de civilidade, “o fruto de uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado”. Mais do que uma opção “garantista”, o princípio da presunção de inocência representa uma proposta de segurança para o corpo social, posto que o arbítrio estatal, corporificado na condenação de inocentes, representa uma forma de violência igual, ou mesmo pior (por se tratar de violência estatal ilegítima), que a cometida pelo sujeito criminalizado.

Por fim, Rubens Casara e Juarez Tavares explicam que o princípio da presunção de inocência correlaciona-se ao princípio da necessidade de jurisdição, representando uma forma de segurança para os indivíduos da sociedade, contra as formas de violência estatal.

### 3. RECONHECIMENTO DE PESSOAS POR MEIO DE FOTOGRAFIAS

Com o objetivo de realizar um estudo sobre o reconhecimento, mostra-se essencial a análise de sua previsão no ordenamento. É o que realizaremos nesse momento para, em seguida, fazer a leitura interdisciplinar com base na psicologia do testemunho no terceiro capítulo e, por fim, buscaremos demonstrar as consequências de sua (má) utilização nos capítulos que seguem.

#### 3.1 RECONHECIMENTO PESSOAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Para adentrar no tratamento do instituto do reconhecimento de pessoas, primeiramente é preciso definir seu conceito, para que então se possa diferenciá-lo de outros procedimentos semelhantes utilizados também no processo penal. Conforme o dicionário Michaelis, reconhecer significa “identificar alguém ou alguma coisa que se conheceu anteriormente; distinguir alguém ou algo por determinados traços” (MICHAELIS, 2022).

Conforme explica o doutrinador Aury Lopes Júnior (2021), reconhecimento de pessoas é o procedimento por meio do qual uma pessoa é levada a analisar outra pessoa e, lembrando sua experiência anterior, compara se a pessoa analisada é mesmo aquela que praticou determinado fato delitivo que está sendo alvo da investigação (LOPES JR, 2021).

Em outras palavras, de acordo como o conceito de Paolo Moscarini, reconhecimento “é o ato do procedimento penal que visa estabelecer a identidade de pessoa ou coisa com outra anteriormente vista por alguém” (*apud* TOMÉ LOPES, 2011).

No mesmo sentido, Gustavo Henrique Ivahy Badaró (2021, p. 436) define reconhecimento como:

O reconhecimento de pessoa ou coisa é um meio de prova no qual alguém é chamado para descrever uma pessoa ou coisa por ele vista no passado, para verificar e confirmar a sua identidade perante outras pessoas ou coisas semelhantes às descritas. Trata-se de ato eminentemente formal, para cuja validade é rigorosamente necessária a observância do procedimento probatório previsto no art. 226 do CPP.

Do mesmo modo, para Enrico ALTAVILLA, “reconhecimento é o resultado de um juízo de identidade entre uma percepção presente e uma passada. Reconhece-

se uma pessoa ou uma coisa quando, vendo-a, se recorda havê-la visto anteriormente” (NUCCI, 2020, p.). Através do reconhecimento, a vítima ou testemunha tem condições de identificar uma pessoa. (NUCCI, 2020).

Assim, o reconhecimento trata-se de meio de prova correspondente a um julgamento de identidade determinado por uma comparação, de memórias do que a pessoa presenciou, com o objetivo de identificar pessoa ou coisa que esteja envolvida com fato delitivo.

A prova por reconhecimento de pessoas no processo penal é a ação em que se busca obter de uma vítima, testemunha ou coautor de um crime, o reconhecimento de um terceiro suspeito de participação em determinado fato criminoso.

Mariângela Tomé Lopes explica que o reconhecimento de pessoas no processo penal consiste na identificação dos possíveis partícipes envolvidos no fato criminoso, por meio da informação obtida a partir de alguma vítima ou testemunha. Sendo assim, no reconhecimento de pessoas, a testemunha teria o papel de evocar de suas lembranças a memória da pessoa indicada (LOPES, 2011).

Importa aqui fazer a ressalva de que, o reconhecimento de suspeitos, quando realizado através de fotografias não tem expressa previsão normativa, já que o texto legal se limita ao tratamento do reconhecimento presencial.

Entretanto, em algumas situações, por ser inviável a realização do reconhecimento presencial ou por qualquer outro motivo, acaba-se utilizando do artifício do reconhecimento a partir do uso de fotografias. Esse procedimento é rechaçado por maioria dos doutrinadores, já que, além de não ser recepcionado em lei, aumenta significativamente a ocorrência de reconhecimentos falhos ou enganosos.

Renato Brasileiro de LIMA (2021) ressalta que, seja em função do princípio da busca da verdade, ou então por razão do princípio da liberdade de produção probatória, o reconhecimento fotográfico vem sendo recepcionado na jurisprudência e doutrina brasileiras, tido como espécie de prova inominada.

O reconhecimento possui natureza jurídica de meio de prova, portanto, além de ser realizado na fase investigatória, deverá ser realizado também diante do juiz, formando elemento de prova que pode ou não ser considerado no momento da decisão do magistrado.

Cabe visualizar que a matriz do reconhecimento está na prova testemunhal e, primeiramente, foi classificado inclusive como elemento deste tipo de prova. Tomé Lopes destaca a evolução do tratamento entregue pela doutrina ao reconhecimento (2011, p. 30):

Houve grande evolução nos estudos processuais para se chegar à conclusão de que se trata de meio de prova independente da prova testemunhal, tendo em vista características muito específicas que apresenta este meio de prova.

O reconhecimento de pessoas, segundo Tomé Lopes passou a ser previsto expressamente como meio de prova independente a partir da promulgação do Código de Processo Penal de 1941. Atualmente, o reconhecimento, consoante aprovado por vários ordenamentos jurídicos, é um meio de prova autônomo (LOPES, 2011).

Portanto, o reconhecimento como aponta Tomé Lopes, o reconhecimento consiste em meio de prova autônomo, capaz de formar elementos de prova, caso colhido perante autoridade judicial, sob o crivo do contraditório e respeitando-se o procedimento legal na sua utilização (LOPES, 2011).

Já é sabido que o reconhecimento de pessoas constitui meio de prova. Sendo assim, resta realizar a análise do posicionamento doutrinário quanto à irrepetibilidade deste procedimento.

Num primeiro olhar, pode-se imaginar que estamos diante de meio de prova repetível, dada a possibilidade de realização da reprodução do procedimento perante a autoridade judicial. Porém, por ser uma prova que depende da capacidade de memória humana, é sensível à interferência de variados fenômenos internos e externos.

Segundo Eduardo M. Jauchen, o juízo de valor expressado pelo reconhecedor, é um dos fatores que tornam o reconhecimento de pessoas meio de prova irreproduzível (2011):

Para Eduardo M. Jauchen, o fato de o reconhecedor expressar um juízo de identidade quando lhe são exibidas pessoas ou coisas, configura experiência que uma vez efetuada e obtido um resultado, positivo ou negativo, tornará ineficaz uma nova realização, pois a imagem incorporada nesse ato interferirá na cadeia de memória da pessoa. Assim, perderia toda a eficácia probatória eventual realização de um segundo reconhecimento. (*apud* TOMÉ LOPES, 2011, p. 32)

Tomé Lopes explica que por se tratar de prova com natureza especial, “o reconhecimento é “ato definitivo e irreproduzível”, e nunca poderá ser repetido

exatamente nas mesmas condições, principalmente devido a influência principal fator psicológico do sujeito que realiza o reconhecimento (TOMÉ LOPES, 2011, p. 23).

Renato Brasileiro de Lima nos explica que meio de prova são entendidas as atividades endoprocessuais, produzidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, diferentemente dos meios de investigação, que representam as atividades, em regra, executadas nas fases preliminares de investigação, que antecedem o processo (LIMA, 2021, p. 580).

O procedimento de reconhecimento de pessoas está insculpido nos artigos 226, 227 e 228, desde sua redação original do Código de Processo Penal, promulgado em 1941. Apesar de todas as discussões envolvendo o assunto, e todos os avanços científicos na área da psicologia, desde então os artigos que tratam do reconhecimento pessoal se mantiveram incólumes.

Aury Lopes Junior (2021, p. 772) defende que devem ser colocadas ao menos cinco pessoas, com características físicas semelhantes, lado a lado, devendo ser observado também as vestimentas dos suspeitos, a fim de evitar que a pessoa que procederá o reconhecimento, seja induzida de alguma forma no momento do procedimento.

Sendo assim, podemos concluir que reconhecimento pessoal é um dos meios de prova, conceituado como "o ato pelo qual uma pessoa admite e afirma como certa a identidade de outra ou a qualidade de uma coisa".

Deste modo, tem como objetivo fazer com que uma pessoa, seja ela testemunha ou vítima, identifique por meio de uma imagem a pessoa que cometeu o delito. A autora destaca ainda que essa prática deve ser utilizada subsidiariamente, nas hipóteses em que não há possibilidade para que seja realizado o reconhecimento presencial, na delegacia de polícia.

Tendo em vista o que fora discutido, o reconhecimento de pessoas trata-se de 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. Quando coincide a recordação empírica com essa nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, ocorre o reconhecer (TOMÉ LOPES, 2011).

No Código de Processo Penal, o reconhecimento de pessoas e coisas está disposto expressamente nos artigos 226 até o art. 228, com a seguinte redação (BRASIL, 2022):

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.

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

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

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

Nesse sentido, destaca-se que o CPP italiano e o português, dispõem um mínimo de duas pessoas além do réu para proceder o reconhecimento (LOPES JUNIOR, 2021, p. 1863), o que parte da doutrina brasileira considera insuficiente.

Nesse sentido, Pacelli (2020, p. 547) explica que:

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

LIMA aponta que a jurisprudência majoritária mantinha o entendimento de que o procedimento disposto no CPP tratava-se de mera recomendação do Poder Judiciário. No entanto, esta postura acarretava no estímulo à desobediência do procedimento de reconhecimento de pessoas, tanto quando realizado perante a autoridade policial, quanto frente à autoridade judicial (LIMA, 2021).

O autor acentua a importância da observância do procedimento expresso em lei na realização reconhecimento de pessoal (2021, p. 680):

Por isso, o reconhecimento de pessoas deve observar o procedimento previsto no artigo 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como tem se compreendido, de “mera recomendação do legislador”. Em verdade, a inobservância de tal procedimento há de ensejar nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato

realizado na fase inquisitória, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Enfim, é de se exigir que a Polícia Judiciária, o Ministério Público e outros órgãos dotados de atribuição investigatória, realizem sua função comprometidos com o absoluto respeito às formalidades desse meio de prova. Afinal, sob a égide de um processo penal comprometido com os direitos e valores, positivados na Constituição da República, há de se buscar uma verdade processual em que a reconstrução histórica dos fatos objeto do juízo esteja vinculada a regras precisas, que assegurem às partes um maior controle sobre a atividade jurisdicional; uma verdade, portanto, obtida de modo processualmente admissível e válido. (LIMA, 2021, p. 680)

Deste modo, podemos perceber a importância do respeito às formalidades procedimentais, sob a égide de um direito processual penal que respeita os direitos e garantias do acusado, observando e valores positivados na Constituição da República.

Para Lilia Stein (2015), a forma de procedimento para o reconhecimento é denominada pela ciência como *line-up*, quando as pessoas a serem identificadas são perfiladas lado a lado para que a vítima ou testemunha aponte o possível responsável pelo delito. Entretanto, nossa legislação não obriga à realização dessa formalidade podendo, inclusive, o suspeito ser colocado sozinho (*show-up*) para ser reconhecido pela vítima.

### 3.2 RECONHECIMENTO PESSOAL ATRAVÉS DE FOTOGRAFIAS

Nos últimos anos, muito tem-se discutido tanto doutrinariamente como também na jurisprudência, acerca do peso probatório do ato de reconhecimento de pessoas efetuado através de fotografias. Entretanto, pode-se afirmar que, atualmente, há uma certa unanimidade sobre o conceito de reconhecimento.

O reconhecimento de suspeitos por meio de fotografias não tem expressa previsão normativa. Entretanto, Renato Brasileiro de Lima (2021) ressalta que, seja em função do princípio da busca da verdade, ou então por razão do princípio da liberdade de produção probatória, o reconhecimento fotográfico vem sendo recepcionado na jurisprudência e doutrina brasileiras, tido como espécie de prova inominada<sup>1</sup>.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu:

[...] O reconhecimento fotográfico dos prováveis autores do crime pela vítima, quando noticia o crime, não se confunde com a prova obtida

---

<sup>1</sup> Provas inominadas são aquelas não contempladas no CPP.

no reconhecimento de pessoas que, no caso, observou de modo eskorreito o art. 226 e seguintes do Código de Processo Penal. A condenação, de todo modo, não está fundada apenas no reconhecimento dos autores do crime pela vítima, na fase inquisitorial, mas em amplo contexto probatório, colhido durante a instrução criminal, sendo descabida a pretensão de anular a sentença condenatória. Ordem denegada (Habeas Corpus nº 105.966/RJ, STJ, 5ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14.9.2010, publicado no DJ em 4.10.2010)

Porém, Lima (2021) faz um alerta para a problemática acerca do reconhecimento pessoal através de fotografias, principalmente quando realizada por mera apresentação ao reconhecedor de fotografias do suspeito, escolhidas pelos próprios policiais, obtidas de álbuns policiais ou redes sociais.

Desse modo, o reconhecimento 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.

No pensamento de Eugênio Pacelli, as provas com base em reconhecimentos de pessoas através de fotografias são extremamente frágeis. Para Pacelli (2020, p. 1316) as fotografias estão sempre no passado das pessoas fotografadas:

Pensamos – e assim também a jurisprudência – ser absolutamente frágil uma prova fundada em semelhante reconhecimento. E mais: desnecessário argumentar nesse sentido. A fotografia está sempre no passado. Mas no passado do fotografado e não no da testemunha. Assim, a diferença que pode haver entre o que ela (testemunha) presenciou e a fotografia que lhe é apresentada em juízo não pode ser aferida e nem controlada. Condições do tempo (clima), da máquina fotográfica, da pose fotografada, e, enfim, a diversidade entre o real, o passado da foto e o passado da memória da testemunha recomendam a imprestabilidade de semelhante meio de prova.

Sendo assim, Pacelli aponta para o risco que se corre, ao utilizar-se de uma fotografia no processo penal, que muitas vezes foi registrada décadas antes do procedimento de reconhecimento.

Lima (2021) alerta para a realização do procedimento de reconhecimento fotográfico. Isso porque seria ainda mais problemático que o reconhecimento pessoal, principalmente quando realizado por mera exibição ao reconhecedor de fotografias do suspeito extraída de álbuns policiais ou de redes sociais.

Na excepcionalidade da admissão do reconhecimento fotográfico, vale dizer que não se pode admitir o mesmo valor probatório que o reconhecimento de pessoas, é o que defende Pacelli (2020, p. 547):

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

Portanto, entende-se que o reconhecimento por meio de fotos, ainda que tenha sido admitido como prova no processo penal, deve ser analisado cautelosamente e com muito critério, pois a identificação de uma pessoa ou o reconhecimento por intermédio da visualização de uma fotografia pode não espelhar a realidade, dando margem a muitos equívocos e erros.

### 3.3 O TRATAMENTO DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO PELA JURISPRUDÊNCIA

Em 27 de outubro de 2020, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do *Habeas Corpus* 598.886/SC, impetrado pela Defensoria Pública de Santa Catarina, acolheu a tese defensiva e prolatou uma decisão emblemática.

O STJ reconheceu a invalidez do procedimento de reconhecimento de pessoa realizado com a inobservância do artigo 226, do CPP, absolvendo o paciente Vânio da Silva Gazola, acusado de roubo cuja condenação foi baseada unicamente no reconhecimento de pessoas.

Neste julgamento, o Ministro relator do Habeas Corpus, Rogério Schietti Cruz, estabeleceu novas orientações para a validade do reconhecimento de pessoas no processo penal brasileiro, modificando completamente sua jurisprudência já consolidada e massivamente repetida.

O Ministro Relator ainda apontou para a exigência da adoção por deste novo posicionamento por parte dos juízes, a fim de que sejam minimizados os efeitos dos erros judiciários. Ainda, o Ministro relembra que o STJ é o Tribunal encarregado de realizar a uniformização das interpretações de leis federais.

Outro ponto a ser destacado no voto, é a verificação da influência das emoções e do ambiente, que reflete diretamente no grau de confiança das informações obtidas com o reconhecimento, por isso esse meio de prova tem que ser usado com máxima cautela, sob o risco de cometimento de graves erros.

Na visão de Weber, Stein e Ávila (2020), o entendimento do STJ é um sinal para que os reconhecimentos passem a ser baseados em critérios científicos, prevenindo as falhas na utilização deste meio de prova. Ainda, o autor aponta que a decisão estabelece a necessidade de um padrão mínimo para que o reconhecimento de pessoas seja contemplado como prova.

Neste sentido, a conclusão do Ministro demonstra os caminhos a serem seguidos para que a prova de reconhecimento seja utilizada com maior segurança pelos tribunais brasileiros (BRASIL, 2020):

**1. O reconhecimento de pessoa, presencialmente ou por fotografia, realizado na fase do inquérito policial, apenas é apto, para identificar o réu e fixar a autoria delitiva, quando observadas as formalidades previstas no art. 226 do Código de Processo Penal e quando corroborado por outras provas colhidas na fase judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.**

3. O reconhecimento de pessoas deve, portanto, observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se vê na condição de suspeito da prática de um crime, não se tratando, como se tem compreendido, de "mera recomendação" do legislador. Em verdade, a inobservância de tal procedimento enseja a nulidade da prova e, portanto, não pode servir de lastro para sua condenação, ainda que confirmado, em juízo, o ato realizado na fase inquisitorial, a menos que outras provas, por si mesmas, conduzam o magistrado a convencer-se acerca da autoria delitiva. Nada obsta, ressalve-se, que o juiz realize, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório.

O entendimento do Ministro Schietti é que a prova por reconhecimento pessoal ou fotográfico, somente é apta à identificação do réu e para atribuir a autoria delitiva, quando respeitados os preceitos normativos. Ademais, para o Relator do HC, é necessária a corroboração com outras provas obtidas no deslinde do processo.

A decisão do *Habeas Corpus*, em parte, se baseou nos estudos científicos da Psicologia do Testemunho, a área da ciência que procura explicar, entre outras coisas, os fatores que podem culminar em um reconhecimento falho, como por exemplo o reconhecimento de uma pessoa por crime que não cometeu, e quais as maneiras de se evitar que a justiça cometa tais erros.

O relator ainda aponta para os perigos no procedimento do reconhecimento fotográfico (BRASIL, 2020):

4. O reconhecimento de pessoa por meio fotográfico é ainda mais problemático, máxime quando se realiza por simples exibição ao reconhecedor de fotos do conjecturado suspeito extraídas de álbuns Superior Tribunal de Justiça policiais ou de redes sociais, já previamente selecionadas pela autoridade policial. E, mesmo quando se procura seguir, com

adaptações, o procedimento indicado no Código de Processo Penal para o reconhecimento presencial, não há como ignorar que o caráter estático, a qualidade da foto, a ausência de expressões e trejeitos corporais e a quase sempre visualização apenas do busto do suspeito podem comprometer a idoneidade e a confiabilidade do ato.

Assim, o reconhecimento pessoal, quando realizado através de fotografia, principalmente com a mera apresentação de fotos retiradas de álbuns policiais ou redes sociais escolhidas previamente pelos policiais. O ministro ainda destaca que mesmo quando realizado resguardando-se o procedimento a ser seguido como indica o CPP para o reconhecimento presencial, não é possível ignorar que as fotos são estáticas.

Portanto, a qualidade da imagem, a falta de expressões e a visualização somente da face do suspeito comprometem a idoneidade do procedimento. Cabe ressaltar que ao apresentar apenas imagem do busto do suspeito, ignora-se outras características do suspeito

O reconhecimento a partir do *show-up*, quando se apresenta uma única fotografia do suspeito à vítima ou testemunha, mora na ausência de alternativas para que a vítima ou testemunha possa realizar a comparação entre os rostos de diferentes suspeitos. No *show-up*, a vítima pode reconhecer uma pessoa como autora do delito, meramente por consequência da semelhança com o auto de fato (CECCONELLO; STEIN, 2020).

Portanto, o *show-up* é um método altamente sugestivos, possibilitando chances de riscos para falsos reconhecimento, por isso, como apontam Cecconelo e Stein (2020), sempre é desencorajado por estudiosos como procedimento para identificação do suspeito.

Nesse sentido, colacionam-se as considerações elencadas pelo relator, quanto a psicologia judiciária (BRASIL, 2020):

**2. Segundo estudos da Psicologia moderna, são comuns as falhas e os equívocos que podem advir da memória humana e da capacidade de armazenamento de informações. Isso porque a memória pode, ao longo do tempo, se fragmentar e, por fim, se tornar inacessível para a reconstrução do fato.** O valor probatório do reconhecimento, portanto, possui considerável grau de subjetivismo, a potencializar falhas e distorções do ato e, conseqüentemente, causar erros judiciais de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis. [...]

**7. Estudos sobre a epistemologia jurídica e a psicologia do testemunho alertam que é contraindicado o show-up (conduta que consiste em exhibir apenas a pessoa suspeita, ou sua fotografia, e solicitar que a vítima ou a testemunha reconheça se essa pessoa suspeita é, ou não, autora do crime), por incrementar o risco de falso reconhecimento. O**

maior problema dessa dinâmica adotada pela autoridade policial está no seu efeito indutor, porquanto se estabelece uma percepção precedente, ou seja, um pré-juízo acerca de quem seria o autor do crime, que acaba por contaminar e comprometer a memória. **Ademais, uma vez que a testemunha ou a vítima reconhece alguém como o autor do delito, há tendência, por um viés de confirmação, a repetir a mesma resposta em reconhecimentos futuros, pois sua memória estará mais ativa e predisposta a tanto.** 8. Em verdade, o resultado do reconhecimento formal depende tanto da capacidade de memorização do reconhecedor quanto de diversos aspectos externos que podem influenciá-lo, como o tempo em que a vítima esteve exposta ao delito e ao agressor (tempo de duração do evento criminoso), a gravidade do fato, as condições ambientais (tais como visibilidade do local no momento dos fatos, aspectos geográficos etc.), a natureza do crime (com ou sem violência física, grau de violência psicológica), o tempo decorrido entre o contato com o autor do delito e a realização do reconhecimento etc.

Mariângela Lopes (2011) explica que falsas memórias são a capacidade que o ser humano possui de lembrar-se, de forma espontânea ou sugerida, de situações que nunca ocorreram na realidade

Por outro lado, Mariângela Lopes (2011) segue expondo que o tempo faz com que as informações sejam apagadas na memória, o que dá causa ao esquecimento. Dessa forma, não se pode ignorar que quando ocorre a demora entre a data dos fatos até o momento do reconhecimento de pessoas, diminui a fidedignidade do procedimento, aumentando as chances de ocorrência de um reconhecimento enganoso.

O Ministro Schietti aponta para que se tomem novos rumos no procedimento de reconhecimento pessoal:

Se adote um novo rumo na compreensão dos tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato do reconhecimento formal de pessoas; não se pode mais referendar a jurisprudência que afirma se tratar de mera recomendação do legislador, o que acaba por permitir a perpetuação de foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças (HC 598886 – SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020).

Sendo assim, Matida e Cecconelo (2021, p.423):

No álbum, todo e qualquer sujeito é tido como um potencial suspeito; todo e qualquer apontamento tende a abrir uma linha investigativa que, aliada à visão de túnel há pouco descrita, servirá a cravar um erro judiciário. Por outro lado, a seleção do suspeito em procedimento que lhe apresentou na companhia de pessoas sabidamente inocentes e com ele semelhantes produz uma informação que deverá ser considerada pelo investigador cuidadoso.

Matida e Ceconello enfatizam a imprescindibilidade de um alinhamento justo, instruções adequadas e ausência de feedbacks no procedimento de reconhecimento de pessoa, como condições mínimas de proteção do princípio de presunção de inocência, necessário a todos os cidadãos que correm o risco de sofrer com as consequências de uma injusta condenação (MATIDA; CECANELLO, 2021).

Do mesmo modo, na referida decisão, o Ministro Nefi Cordeiro (BRASIL, 2021) ressalta quanto aos riscos das falsas memórias e outras influências na utilização deste meio de prova na persecução criminal: “a Falsa Memória é grave risco à prova penal, especialmente relevante no reconhecimento de autores do crime, onde a emoção, o tempo e lapsos espontâneos levam ao erro, apenas aumentado em sucessivos reconhecimentos. ”

Em seu voto, o Ministro Sebastião Reis Júnior afirma que:

[...] não vejo mais como endossar a desobediência de formalidades impostas pela nossa norma processual sob a justificativa eterna de que o Judiciário (e aqui no caso a nossa polícia) não tem estrutura humana e matéria para tornar efetiva a letra da lei.

O precedente firmado pelos membros da Sexta Turma, através do *HC 598.886/SC*, vem servindo de referência para muitos juízes, que têm utilizado o julgado como base para suas decisões.

Tanto que, no julgamento do Habeas Corpus, nº 652.284/ SC, o Ministro da 5ª turma do STJ, Reynaldo Soares da Fonseca, destacou a relevância desse entendimento, definindo o julgado como “profundo, detalhado e extremamente bem fundamentado”.

Por fim, reafirma-se que a decisão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça no *Habeas Corpus 598.886/SC*, representa um importante avanço para no âmbito processual penal brasileiro.

Isso porque a decisão é baseada em amplas pesquisas acerca do tema de reconhecimento de pessoas, psicologia judiciária e falsas memórias, e aponta novas diretrizes, utilizando-se de estudos científicos para garantir um processo penal menos injusto.

## **4 FALSAS MEMÓRIAS E A FRAGILIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO COMO MEIO DE PROVA**

Dada a complexidade do tema das falsas memórias, é essencial analisar os pontos de congruência entre o procedimento de reconhecimento e a memória humana. Portanto, primeiramente faremos uma análise sobre o fenômeno das memórias, para então, analisá-la com o regramento jurídico e o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

### **4.1 CONCEITO DE FALSAS MEMÓRIAS**

O Processo Penal, como já mencionado neste trabalho, tem como objetivo encontrar a verdade que mais se aproxima do modo como aconteceram os fatos (LOPES JR., 2020). Nessa busca, existem muitos fatores capazes de distorcer a verdade.

Nesta seção, serão abordados os fatores de interferência na confiabilidade do reconhecimento pessoal e fotográfico, os quais influenciam na qualidade da prova colhidas nas fases investigativa e judicial.

Cristina Di Gesu nos lembra que os estudos sobre a produção de memórias remontam ao século XX. Entretanto, foi somente a partir do ano de 1881, com o psicólogo francês Theodule Ribot, que a expressão “falsas lembranças” começou a ser utilizada. ” (GESU, 2014, p. 140).

Todavia, foi através dos estudos de Elizabeth Loftus (2006), com a introdução de diferentes técnicas, que ocorreu uma verdadeira revolução nas pesquisas envolvendo falsas memórias (GESU, 2014).

Por volta dos anos 1970, Elizabeth Loftus (2006) desenvolveu uma importante pesquisa no campo de estudo das memórias falsas. Loftus demonstrou que as falsas memórias podem surgir da sugestibilidade externa a uma informação falsa. Assim, alguém pode crer em uma notícia falsa, a depender de como ficou sabendo da informação (DI GESU, 2014).

As pesquisas de Loftus sobre as deturpações da memória resultaram em descobertas impressionantes no campo da psicologia: as lembranças podem facilmente manipuladas a partir de informações falsas de acontecimentos que jamais

foram experimentados. Também descobriu que a memória de como ocorreram fatos reais pode ser alterada. (DI GESU, 2014).

Desse modo, Lilian Stein e Nygaard (p. 153, 2003) versam sobre a influências que a memória humana pode sofrer: “As deformações trazidas são geralmente atribuídas à passagem do tempo, à imaginação fértil, ao ambiente estressante dos tribunais e delegacias de polícia”.

É de amplo conhecimento que a passagem do tempo é um dos principais fatores capazes de alterar as memórias. Mas Stein e Nygaard (2003) colocam o estresse sofrido em alguns ambientes, como por exemplo os Tribunais no momento do depoimento, e até mesmo a fertilidade da imagem, como fatores condicionantes para a transmutação de memórias.

Dando seguimento ao pensando de Stein e Nygaard (2003) os autores ressaltam os avanços obtidos na área da psicologia:

Os avanços das pesquisas em Psicologia Experimental Cognitiva, na última década, possibilitaram a confirmação científica e, hoje em dia, inquestionável de que o transcurso do tempo pode transformar as lembranças. Essas recordações sobre eventos vividos podem ser distorcidas internamente ou por sugestões externas (intencionais ou acidentais).”

Ivan Antonio Izquierdo (2006), médico e cientista pioneiro no estudo da memória, procura definir “memória” como aquisição, formação, conservação e evocação de informações. A aquisição, pode ser chamada de aprendizagem, pois somente gravamos aquilo que foi aprendido.

Por sua vez, a evocação também é chamada de recordação ou lembrança. Apenas podemos nos lembrar daquilo que está gravado em nossa cognição, aquilo que foi aprendido, para posterior execução (IZQUIERDO, 2006).

Ademais, a memória é considerada pela psicologia um dos mecanismo mais importantes do cérebro, porque trata-se de área da cognição responsável pela identidade das pessoas, presente desde as atividades mais simples, até as mais complexas, como o aprendizado e a execução do que se aprendeu.

É através da função da memória que as pessoas são capazes de realizar ações inconscientes, como fazer o caminho de volta para casa sem atenção no trajeto.

Como visto anteriormente, o processo penal tem como objetivo elencar os elementos válidos para demonstrar a um juiz o acontecimento ou não de um crime. É sabido que a busca da verdade real não mais vigora no processo penal (TAVARES,

CASARA, 2020), até porque trata-se de uma utopia. Porém, no processo penal, busca-se aproximar o máximo possível da realidade dos fatos ocorridos (LOPES JR., 2016).

Desse modo, mostra-se essencial a compreensão dos fenômenos envolvendo a memória para o processo penal, haja vista sua natureza cognitiva. Essa atividade de retrospectiva é alimentada pelas partes do processo, na tentativa de demonstrar como ocorreu o delito. Nesse sentido, o maior desafio para a reconstrução dos fatos, é o fenômeno denominado pela psicologia como falsas memória.

Aury Lopes Júnior e Carolina Di Gesu (2006, p. 26) remontam a função persuasiva da prova:

O processo penal é uma máquina retrospectiva, onde, através do seu ritual, busca-se desenvolver uma atividade cognitiva dirigida ao julgador. A atividade processual gira em torno da busca pelo convencimento do julgador. Trata-se da função persuasiva da prova, de que fala Tarufo, no intuito de obter a captura psíquica do juiz. É ingenuidade seguir falando em “verdade processual” ou, mais grave ainda, falar-se na verdade real, cuja única “realidade” é a de fundar um sistema inquisitório.

Para esta atividade cognitiva, é preciso contar com a memória humana. A memória pode ser compreendida como um conglomerado de processos que permitem manipular e entender o mundo.

Saber como funciona o processo de memorização é primordial não só para os estudiosos da psicologia, mas para os operadores do direito, já que o testemunho e também o reconhecimento são “testes de recuperação de memória” (TOMÉ LOPES, 2011).

As pesquisas de Loftus sobre as deturpações da memória resultaram em descobertas impressionantes no campo da psicologia: as lembranças podem facilmente manipuladas a partir de informações falsas de acontecimentos que jamais foram experimentados. Também descobriu que a memória de como ocorreram fatos reais pode ser alterada (DI GESU, 2014).

Entender como funciona o mecanismo de falsas memórias possui muita relevância no âmbito do direito processual penal. Isso porque, em suma, o processo penal necessita da reconstrução de eventos passados, e para isso é primordial que se tenha conhecimento sobre a psicologia humana.

Portanto, a prova por meio do reconhecimento de suspeitos depende da memória humana, sendo assim, é suscetível a erros. As falhas causadas pelo

funcionamento padrão da memória são objetos de estudo da Psicologia do Testemunho.

A psicologia do testemunho nada mais é do que a área da ciência que visa entender processos cognitivos de testemunhas, como por exemplo, quando uma pessoa inocente é reconhecida como autora ou partícipe de determinado crime (LOFTUS, 2013).

#### 4.2 A INFLUÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO ATO DE RECONHECIMENTO

As testemunhas protagonizam papel central no processo penal. Portanto, é necessário admitir a centralidade da influência de falsas memórias na prova testemunhal, visto a fundamentalidade que a memória possui.

Inicialmente, cabe destacar as contribuições de Aury Lopes Jr. e Cristina Di Gesu, quando explicam que as imagens que observamos não permanecem eternamente salvas na memória. Isso acontece porque “qualquer tipo de “cópia” geraria problemas de capacidade de armazenamento, devido à imensa gama de conhecimentos adquiridos ao longo da vida” (LOPES JR.; DI GESU, 2007, p. 61).

Sobre o assunto, versa 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.

Conforme já fora exposto, a prova testemunhal é um dos meios de prova mais utilizados no processo penal pátrio. Aury Lopes Jr. (2019) explica que em que pese seja o mais usual, é um dos meios de prova menos confiáveis.

Dentre os vários aspectos que podem prejudicar a qualidade e confiabilidade da prova testemunhal, as falsas memórias estão figuram como as principais causas de erro judicial.

Seguindo este caminho, Antonio Damásio revela como ocorre armazenamento das imagens com as quais nos deparamos (2001, p.105):

As imagens não são armazenadas sob a forma de fotografias facsimilares de coisas, de acontecimentos, de palavras ou de frases. O cérebro não arquiva fotografias Polaroid de pessoas, objetos, paisagens; nem armazena fitas magnéticas com música e fala; não armazena filmes de cenas de nossa vida; nem retém cartões com 'deixas' ou mensagens de teleprompter do tipo daquelas que ajudam os políticos a ganhar a vida. [...]. Todos possuímos provas concretas de que sempre que recordamos um dado objeto, um rosto ou uma cena, não obtemos uma reprodução exata, mas antes uma interpretação, uma nova versão reconstruída do original. Mais ainda, à medida que a idade e experiência se modificam, as versões da mesma coisa evoluem. [...]. Essas imagens evocadas tendem a ser retidas na consciência apenas de forma passageira e, embora possam parecer boas réplicas, são frequentemente imprecisas ou incompletas

Seguramente, umas das maiores autoridades no estudo das falsas memórias, atualmente, seja Elizabeth Loftus (2006). Loftus causou uma revolução nos estudos nessa área, quando demonstrou que memórias falsas podem ser implantadas no cérebro de uma pessoa, por meio da sugestão de uma informação enganosa.

Sobre a construção das falsas memórias, Loftus elucida (LOFTUS, 2006, p. 93):

As falsas recordações são construídas combinando-se recordações verdadeiras com o conteúdo das sugestões recebidas de outros. Durante o processo, os indivíduos podem esquecer a fonte da informação. Este é um exemplo clássico de confusão sobre a origem da informação na qual o conteúdo e a proveniência da informação estão dissociados

Uma falsa informação pode criar uma falsa memória, afetando a anamnese da pessoa que recebeu tal informação. Isso pode acontecer quando alguém é interrogado sugestivamente ou quando essa pessoa lê e assiste várias notícias sobre um fato que tenha participado ou experimentado. A confusão quanto à origem da informação induz a criação de falsas memórias, o que ocorre quando falsas recordações se constroem misturando-se a recordações verdadeiras.

Essa confusão acerca de memórias reais em falsas é algo recorrente no campo da psicologia. A distinção entre memórias verdadeiras de memórias falsas torna-se uma tarefa complexa, e só é possível através da demonstração de que os fatos contradizem as falsas lembranças.

As provas provenientes de memórias são as mais utilizadas no processo penal, pois na maioria das vezes, o relato de testemunha que presenciou o fato é a única evidência à disposição para a solução da investigação criminal.

O cérebro, ao sofrer com interferências, como por exemplo o decorrer do tempo e até doenças psicológicas, pode transmutar e até mesmo gerar lembranças. Por esse motivo, as provas que dependem da memória humana, como a prova testemunhal, são extremamente suscetíveis a erros.

Conforme leciona Cristina di Gesu (2014, p. 81):

No processo penal, através da atividade recognitiva, faz-se uma retrospectiva do passado. E esta retrospectiva é impulsionada pelas partes – em observância ao sistema acusatório – através da prova, a qual busca reconstruir, no presente, o delito ocorrido no passado. Diante da ausência, na maioria dos casos, de provas técnicas, julga-se com fundamento naquilo que foi dito pelas vítimas e testemunhas, as quais se valem da memória. Daí a imprescindibilidade do estudo desta, sob diferentes perspectivas.

A partir daí, Mariângela Tomé Lopes (2011) nos ensina que a ocorrência do fenômeno das falsas memórias acontece devido à capacidade da memória humana de lembrar, de forma espontânea ou sugerida, de eventos que, na realidade, nunca aconteceram.

Neste sentido Willian Ceconello, Gustavo Ávila e Lilian Stein (2018, p. 1059), alertam para a utilização das provas provenientes da memória humana no processo penal:

A prova advinda da memória humana é uma das mais utilizadas no meio jurídico, sendo muitas vezes a única evidência disponível para a elucidação de um crime. Atualmente, no Brasil, a prova penal dependente da memória humana é considerada repetível, o que significa que pode ser coletada múltiplas vezes sem que, em tese, houvesse algum prejuízo. É esperado que a repetibilidade auxilie o processo de coleta de prova mais fidedigna dependente da memória, pois uma testemunha que diz a verdade estará segura e não haverá contradição em relação aos relatos desta. Porém, a repetibilidade do testemunho ou reconhecimento não é uma garantia de que as informações recordadas são verdadeiras, ou que a testemunha reconheceu, corretamente, o responsável pelo crime.

Explicam os autores que o procedimento de reconhecimento pessoal deve ser tomado como meio de prova irrepitível, pois a repetibilidade das provas provenientes da memória humana acaba “contaminando” as impressões do reconhecedor (CECONELLO, ÁVILA, STEIN, 2015).

LIMA (2021) recorda que a expressão prova não repetível, que já tinha previsão no art. 155, caput do CPP, com redação conferida pela Lei n. 11.690/2008, é usada pela doutrina em alusão à espécie de prova que não pode ser colhida por mais de uma vez.

Diversas pesquisas vêm demonstrando na prática, a dificuldade para a demonstração de Falsas Memórias, e, conseqüentemente, a tímida observância da ocorrência de Falsas Memórias ao longo do processo de criminalização (BALDASSO, ÁVILA, 2018).

Portanto, deve-se admitir que o reconhecimento de pessoas deve ser tomado como meio de prova irrepitível, ou seja, este tipo de prova só deve ser colhida uma vez já que, ao contrário do que se pensa, a repetição poderia diminuir a confiabilidade da prova e induzir o agente reconhecedor à erro, aumentando a falibilidade da prova.

Outro fenômeno a ser considerado no momento do reconhecimento são as falsas memórias, no que MATIDA e CECONELLO (2021, p. 411) sustentam sobre o fenômeno:

Em vista disso, é preciso considerar o risco das falsas memórias, que podem ser a recordação de informações que não ocorreram, ou o reconhecimento de um inocente como sendo erroneamente autor de um crime. A falsa memória não é uma mentira, não se confunde com a deliberada intenção de faltar com a verdade. Nas falsas memórias, por contaminação do registro, armazenamento ou na tentativa de se recuperar o fato ocorrido, falta correspondência entre o que aconteceu e o que é recordado (Stein, 2009). O fato ocorrido é x, mas a vítima/testemunha, por variáveis que atuam dificultando o registro, o armazenamento ou a recuperação, recorda y e, por isso, relata y. A falsa memória acompanhada da sinceridade do relato provoca um erro honesto; um descompasso entre o relatado e o ocorrido que é, inobstante, bem intencionado. Na mentira, vale esclarecer, para continuar com o mesmo exemplo do fato x, a vítima/testemunha recorda x e relata deliberadamente o fato y. O descompasso entre o relatado e o experienciado por ela não é bem intencionado, mas desonesto.

Do mesmo modo, Matida e Ceconello demonstram a necessidade de levar em consideração o risco das falsas memórias, e apontam para os dois principais riscos, recordações de fatos que não acontecera ou o reconhecimento de um inocente erroneamente como autor de fato delitivo.

Quanto aos estudos sobre falsas memórias, importante destacar também as considerações de Di Gesu (2014, p. 13), ao afirmar que:

Os estudos demonstram não ser o processo mnemônico fidedigno à realidade, isto é, a lembrança não reconstrói o fato tal e qual ocorreu na realidade. A memória, ao ser evocada, apresenta uma síntese aproximativa daquilo que foi percebido. Além disso, as recordações são fortemente influenciadas pela emoção. Com efeito, inegável ser o delito uma forte emoção para aquele que o presencia ou que dele é vítima. O sentimento, nesse contexto, vem a minimizar a observância dos detalhes do acontecimento, ou seja, prejudica aquilo que os depoentes viram e ouviram. Disso tudo resulta a inviabilidade da cisão entre razão e emoção proposta por Descartes. Da mesma forma, a situação fez-nos pensar que a

testemunha não pode ser tratada pela legislação processual de forma objetiva, pois inegável que ela narra o fato em primeira pessoa.

Portanto, com base nas considerações realizadas por Cristina Di Gesu, podemos aferir que as memórias são apenas aproximações dos fatos que ocorreram. Portanto, muitas vezes, tendo em vista que as recordações sofrem influência das emoções, as recordações não nos mostram como um fato ocorreu, principalmente devido à subjetividade presente na memória.

Muitas vezes, tendo em vista que as recordações sofrem influência das emoções, as lembranças não nos mostram como um fato verdadeiramente ocorreu, principalmente devido à subjetividade, que possui grande influência na memória humana.

Deste modo, Lopes Jr. expõe sobre os riscos das provas testemunhais (2020, p. 732):

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.

Sendo assim, Aury Lopes Jr. explica que as falsas memórias não se confundem com mentiras, principalmente, porque as vítimas ou testemunhas acreditam naquilo que está relatando.

O doutrinador continua relatando que, tanto as memórias falsas quanto as mentiras, dão causa à falibilidade na persecução penal, porém, é muito mais difícil identificar as falsas memórias, ainda que ambas prejudiquem o transcorrer da persecução criminal.

#### 4.3 A FALIBILIDADE NA PRÁTICA: CASOS EMBLEMÁTICOS DE ERROS NO RECONHECIMENTO

Aqui no Brasil, o reconhecimento através de fotografias é usualmente classificado como procedimento informal, apto a anteceder o reconhecimento realizado de maneira presencial, nas Delegacias de Polícia. Sendo assim, a

testemunha que reconheceu o sujeito por meio de foto realizará o reconhecimento presencialmente (STEIN; ÁVILA, 2015).

Devido ao impacto das falsas memórias, o reconhecimento de pessoas por meio de fotografias, do modo como é utilizado na justiça brasileira, apresenta-se como meio de prova com altíssimo índice de falibilidade, resultando no cerceamento de liberdade de centenas de inocentes.

Neste sentido, o reconhecimento de pessoas, quando realizado sem a devida observância dos preceitos legais, culmina em condenações, e que por sua vez resulta em prisões. Por isso, a falibilidade deste meio de prova necessita de uma cautelosa análise.

A Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro (DPE/RJ) confeccionou um relatório com objetivo de divulgar sua pesquisa acerca do reconhecimento de pessoas, e o resultado do levantamento é de que a situação de encarceramento de inocentes não se trata de casos isolados.

Conforme aponta o referido relatório, o tempo médio em que os inocentes ficam encarcerados é de 1 (um) ano e 3 (três) meses, sem antes mesmo do julgamento. Um deles chegou a ficar quase seis anos preso preventivamente, mas ao fim da ação não foi considerado culpado pelo crime.

O relatório produzido pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro destaca (DPE/RJ, 2022, p. 22):

O presente relatório analisou 242 processos envolvendo 342 réus que se relacionam com o tema do reconhecimento fotográfico, mapeado a partir dos recursos apresentados em segunda instância no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Em 88,84% dos processos, os réus estavam sendo acusados de ter cometido o crime de roubo e foram mantidos presos provisoriamente em 83,91% das ocorrências individuais. A análise dos motivos que levaram ao indeferimento da prisão cautelar, indica que a maioria dizia respeito à forma como o reconhecimento foi realizado, mencionando questões como a fragilidade da prova, o fato de ser o único elemento de convicção ou lapso temporal entre os fatos e a ocorrência do reconhecimento. No mesmo sentido as decisões absolutórias, que também apontaram para a questão da fragilidade dos elementos probatórios e do reconhecimento em juízo ter sido negativo, apesar de serem minoritárias (72,9% dos casos sentenciados são de condenação). Destaca-se principalmente a inconstância entre o reconhecimento fotográfico em sede policial, criticado como “viciado” ou “induzido” em alguns casos, e o reconhecimento realizado em juízo, demonstrando exemplos significativos de reconhecimento negativo em que há ausência da descrição física do autor ou discrepância entre essa descrição e o réu reconhecido, além dos casos em que a própria vítima assume incerteza ou incapacidade para proceder ao reconhecer em juízo ou realiza reconhecimento incompatível com o realizado em sede policial.

Na totalidade, a DPE RJ realizou a análise de 242 processos, com 342 acusados, de competência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, de fatos ocorridos nos anos de 2005, 2007 e de 2013 até o ano de 2021. Dos 242 processos analisados, a grande maioria trata de delitos contra o patrimônio. Já entre os absolvidos, 83% tiveram sua liberdade cerceada em algum momento ao longo do processo.

Aury Lopes Júnior aponta que no processo penal brasileiro, a grande influência do racismo estrutural enraizado nas instituições. O forte impacto que o racismo estrutural acarreta no reconhecimento de pessoas presencial e fotográfico, contribui para a fragilidade do procedimento enquanto meio de prova (LOPES JR, 2022).

Extrai-se do relatório realizado pela obtido pelo Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (Condege) e pela Defensoria Pública do Rio de Janeiro (DP-RJ):

Foram realizados dois relatórios, o primeiro em setembro de 2020, apresentando 58 erros em reconhecimento fotográfico no Rio de Janeiro, em um período que vai de junho de 2019 a março de 2020. O relatório demonstrava que 80% dos suspeitos que possuíam informação racial inclusa no processo eram negros, contendo apenas oito sem esse apontamento. Ficou demonstrado, ainda, que houve decretação de prisão preventiva em 86% dos casos, onde a privação da liberdade variava de cinco dias até três anos. O último relatório, realizado em fevereiro de 2021, continha informações advindas de dez estados brasileiros, em um período que ia de 2012 a 2020. Foram utilizados 28 processos, destes, quatro contavam com dois suspeitos, totalizando 32 acusados diferentes. O Rio de Janeiro é o líder com o maior número de casos, apresentando 46% das ocorrências. Aqui, somente 3 acusados não possuíam informação racial inclusa no processo. No geral, 83% dos indivíduos apontados como suspeitos eram pessoas negras. O documento ainda apresenta que de 2012 a 2020 se decretou ao menos 90 prisões injustas por meio de reconhecimento fotográfico. Dessas prisões, 79 continham informações sobre a raça dos acusados, onde 81% eram pessoas negras. Ao construir esses relatórios, os casos foram escolhidos através dos seguintes critérios: o reconhecimento pessoal por fotografia; não confirmação do reconhecimento em juízo; e a sentença final de absolvição. Também foram utilizadas informações como nomes; data dos fatos; imputação; se houve prisão durante o processo; por quanto tempo; e motivos da absolvição. Ressalta-se que a maior parte das absolvições se deu por ausência de provas.

Dentre os inúmeros casos de erros judiciais, neste trabalho será destacado o caso de Ângelo Gustavo Pereira Nobre. Ângelo, trabalhava como produtor de eventos e possuía 28 anos de idade à época dos fatos.

Ângelo foi preso em setembro de 2020, como suspeito de participação em delito de roubo ocorrido em 2014. A investigação policial foi construída a partir do

momento em que Ângelo foi reconhecido, por meio de uma foto “postada” por ele nas redes sociais (Facebook).

Ângelo não possuía nenhuma condenação anterior, nem sequer tinha qualquer antecedente em algum caso policial (GLOBO, 2021). A sentença condenatória em face de Ângelo Pereira Nobre foi mantida em segunda instância, em seguida não foram apresentados Recursos aos tribunais superiores, e ocorreu o trânsito em julgado.

O roubo pelo qual Ângelo foi condenado, aconteceu dia 27 de agosto de 2014, aproximadamente às 22:50h da noite, no bairro do Flamengo, estado do Rio de Janeiro. No dia dos fatos, seis homens que estavam em três motos, cercaram um carro parada no semáforo e renderam a vítima, levando então o automóvel e uma joia.

Conforme a investigação, o veículo roubado foi encontrado alguns meses depois. No interior do carro, foram encontrados documentos de um dos suspeitos, chamado João Carlos da Silva Mateus. Em análise das fotos, a vítima reconheceu João como partícipe do roubo do carro.

Dias depois, a vítima retornou a delegacia e, segundo depoimento prestado em sede policial, a vítima admitiu que fez investigações por conta própria nas redes sociais de João Carlos e encontrou uma foto de João com Ângelo. A fotografia nem mesmo foi anexada aos autos do inquérito policial. Na fase judicial, a vítima reconheceu Ângelo Nobre como coautor do crime.

Porém, no depoimento em juízo, a vítima apresentou uma versão diferente de como a polícia teve acesso à fotografia de Ângelo. Afirmou que um agente policial se encarregou de investigar as redes sociais de João Carlos, e que apenas teria confirmado a participação de Ângelo como coautor.

Ao todo, Ângelo permaneceu 363 dias encarcerado injustamente, após ser inocentado pelo Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (TJRJ), na Revisão Criminal 006955252.2020.8.19.0000, relatada pela Desembargadora Maria Angélica Guerra Guedes.

A relatora da Revisão Criminal, Desembargadora Maria Angélica Guerra Guedes, destacou em sua decisão que que:

Ante a “descoberta” feita pela vítima, o ora requerente foi indiciado como sendo o outro roubo, sem que qualquer outra diligência tivesse sido feita pela autoridade policial (...) A má condução no processo de obtenção da

prova testemunhal pode gerar a formação de falsas memórias. Uma prova eivada de vícios desta natureza pode resultar em sérias violações aos princípios constitucionais e processuais, bem como resultar em condenações de inocentes.

A magistrada demonstra a comprovação, no processo, de que o produtor cultural enfrentava um problema de saúde, pouco tempo antes do crime, inclusive tendo passado por intervenções cirúrgicas.

A Desembargadora também relembrou que, no dia em que o crime aconteceu, fora celebrada uma missa em homenagem a morte de um dos melhores amigos de Ângelo. A família alega que Ângelo estava na Igreja no momento em que o roubo estava ocorrendo.

Sustenta a desembargadora que:

A ninguém interessa a condenação de um inocente, afinal, quando deixamos que um cidadão cumpra pena por um crime que não cometeu, somos forçados a reconhecer que o sistema de justiça falhou. Impossível conceber um Estado Democrático de Direito que não tenha o bem comum como pressuposto e, ao mesmo tempo, objetivo. Privar um cidadão inocente de sua liberdade sem dúvida atenta contra o bem comum, e fere a segurança jurídica, conquanto legítima injustiça.

Observa-se um trecho da decisão que concedeu a absolvição de Ângelo (Brasil, 2021):

[...] Enfim, por todo o acima pontuado não podemos deixar de perfilhar que a condenação ora guerreada, em que pese ratificada em segunda instância, é contrária à evidência dos autos. Afinal, não bastasse o fato de que a única “prova” produzida em desfavor do ora requerente ser nula, tem-se, também, que a defesa fez robusta prova no sentido de sua inocência. O trânsito em julgado de uma condenação desta estirpe, ao invés de ensejar segurança jurídica – escopo de nosso ordenamento – gera insegurança nos cidadãos e incute neles o sentimento de que o Judiciário não se coaduna com a justiça, daí a relevância de aprimorarmos os instrumentos de efetivação do valor justiça. Se a Constituição da República de um lado protege a coisa julgada, de outro, ela também garante ao Judiciário a apreciação sobre lesão ou ameaça de direito, e, se essa lesão ou ameaça de direito surgir depois do trânsito em julgado, deverá ser assegurado ao condenado uma maneira de modificar essa situação injusta pela via jurisdicional. O acesso à justiça passa, necessariamente, pelo respeito ao devido processo legal, princípio este expressamente insculpido na Carta Republicana (art.5º, LIV). Não há como falar de devido processo legal se não se atende aos princípios do contraditório, da ampla defesa, da motivação e da produção de provas por meios lícitos, como ocorreu na hipótese em cotejo. E é disso que estamos tratando: sob o enfoque legal, ou melhor dizendo, do devido processo legal, esse processo é um “nonada”. Outrossim, com relação à justificação produzida pela defesa no presente feito, esta prestou-se para apenas ratificar nosso convencimento de que o ora requerente não é o autor dos fatos que deveriam ter sido, e não foram, regularmente apurados nos autos originários. O processo penal não é, e não pode ser tido, como um instrumento de arbítrio do Estado. Ele é, e assim deve ser concebido, como poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos

incumbidos da persecução penal – um círculo de proteção em torno da pessoa do réu e que pode ser reduzido a quatro axiomas extraídos do “decálogo do garantismo penal”, cunhado por FERRAJOLI: “1) nenhuma culpa sem processo; 2) nenhum processo sem acusação; 3) nenhuma acusação sem prova e 4) nenhuma prova sem defesa.” Na hipótese versada nos presentes autos, por todo o acima exposto, a única conclusão advinda é a de que a condenação ora guerreada é contrária à evidência dos autos, impondo-se, pois, sua desconstituição, com a absolvição do ora requerente.

A Desembargadora destaca que, na decisão reformada, houveram inúmeras afrontas às garantias processuais na instrução da persecução penal, e ressalta a importância da proteção dos direitos das pessoas acusadas. Para a magistrada sustenta que o processo penal não pode ser tomado como instrumento de arbítrio do Estado

#### 4.4 O RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO E A VIOLAÇÃO DE GARANTIAS DO INDIVÍDUO ACUSADO

É sabido que há algum tempo, estamos vivendo em uma sociedade acelerada. Esta dinâmica contemporânea influencia todos os aspectos da vida em sociedade.

Em outro enfoque, Virilio explica que a tecnologia alcançada ao final dos anos 80 permitiu que os satélites possam transmitir as informações e imagens de modo muito mais acelerado, representando um relevante avanço dos veículos midiáticos. Verdade é que com o advento dessas novas tecnologias, as imagens passaram a ter visibilidade instantânea, ainda mais com o advento das redes sociais (*apud*, LOPES JR, 2019).

Porém, a velocidade da notícia e a dinâmica de uma sociedade acelerada, acostumada com a velocidade do “mundo virtual” que não quer esperar, são completamente diferentes da velocidade do processo.

Desse modo, passam a coexistir um tempo de direito que está completamente desvinculado do modo de viver dessa sociedade acelerada. A partir deste imediatismo, surge o Estado de Urgência, no qual a sociedade passa a exigir uma resposta instantânea da tutela jurisdicional (LOPES JR, 2019).

Ao não cuidar dos problemas com a devida profundidade e cautela necessárias, a Justiça brasileira não alcança os resultados eficientes (LOPES JR, 2019):

As intervenções de urgência parecem sempre chegar ao mesmo tempo demasiado cedo e demasiado tarde: demasiado cedo porque o tratamento aplicado é sempre superficial; demasiado tarde porque, sem uma inversão de lógica, o mal não parou de se propagar.

É neste cenário, que os juízes são pressionados para dar uma resposta célere, e os tribunais de reforma, se incumbem de inventar formas mais aceleradas de corrigir as sentenças. Assim, acaba-se esquecendo que o tempo do direito, sempre será outro, principalmente na questão de salvaguardar as garantias e direitos fundamentais.

Nesse sentido, os veículos midiáticos e o anseio em busca de culpados, são outros fatores importantes, que podem influenciar no processo penal. As violações ao princípio da presunção da inocência são preocupantes (LOPES JR, 2019):

Em meio a esse processo, policiais e magistrados, de vigilantes, se convertem em vigiados por grupos voluntários dispostos a assinalar cada um de seus movimentos, a interpretar cada um de seus gestos, a publicar cada uma de suas palavras. Os testemunhos são farejados como a “lebre pelo cão”, e a mídia torna-se verdadeira agência do sistema penal

É nesse cenário, com a pressão dos veículos midiáticos e da própria sociedade, criando um Estado de Urgência, que a tutela jurisdicional se vê na obrigação de apresentar uma resposta rápida. A partir daí, com a adoção de métodos duvidosos, acaba-se por atropelar uma série de garantia e direitos fundamentais de pessoas que estão na posição de réu.

A utilização de fotografias no procedimento de reconhecimento de pessoas recebe muitas críticas no Brasil e no mundo. Não há novidade quanto aos problemas que circundam o reconhecimento fotográfico no Brasil, os casos relatados neste trabalho demonstram que saltam aos olhos tamanhas são as irregularidades acerca do uso de imagens como viabilização do reconhecimento do autor do crime (MATIDA, CECCONELLO, 2021).

Em um de seus estudos, Matida e Cecconello (2021, p. 409-440) demonstram uma pesquisa realizada na Inglaterra, que perguntou para 406 pessoas que a qualquer momento poderiam ser selecionadas para compor o Júri, qual método de reconhecimento de pessoas tinham como o que entrega maior confiabilidade: 82% dos participantes responderam que o reconhecimento presencial era a alternativa mais confiável.

Matida e Ceconello ainda apontam para o problema no emprego dos álbuns de suspeitos:

Em síntese, seria ilusório esperar diferente, porque em circunstâncias de patente arbitrariedade, ser novamente reconhecido é questão de sorte/azar, uma “verdadeira roleta russa” (Matida; Nardelli, 2020). É de se notar que o emprego dos álbuns de foto suspeitos é terreno franqueado às arbitrariedades, tanto porque inexistem critérios para a inclusão/ exclusão das imagens, quanto porque há verdadeira lacuna quanto aos protocolos que devem ser seguidos para que a maneira de se conduzir o ato não represente, em si mesma, um fator de contaminação da memória da vítima/testemunha. A acurácia do resultado depende da adoção de critérios e protocolos para o uso de fotografias. (MATIDA, CECONELLO, 2021, p.13)

O envio de imagens à testemunhas e vítimas por meio de aplicativos de mensagens, como o *whatsapp*, com a apresentação de fotos sem padrões, obtidas através de redes sociais e o álbum de suspeitos, demonstram com segurança os perigos na utilização do reconhecimento fotográfico do acusado no processo penal brasileiro.

Conforme exposto em momento anterior neste trabalho, Eugênio Pacceli sustenta que o reconhecimento fotográfico jamais poderá ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoas realizado presencialmente. Primordialmente, haja vista a dificuldade de comparação entre a fotografia e a pessoa. (PACCELI, 2021)

Assim, o reconhecimento por meio de fotos deverá ser utilizado apenas em casos singulares, podendo servir de elemento para confirmação das demais provas angariadas durante a instrução processual. (PACELLI, 2021)

Portanto, epistemologicamente, a prova por meio do reconhecimento fotográfico não conduz à veracidade dos fatos e, ainda, no âmbito político-garantista, o reconhecimento realizado de tal modo traz graves afrontas às garantias processuais penais dos investigados e acusados.

Dessa forma, quando ocorre a inobservância dos requisitos legais para o procedimento do reconhecimento, os acusados se veem em situação de latente ofensa aos princípios que regem a colheita de provas. Assim, os investigados são tomados como se culpados fossem, desde o momento inicial da investigação, o que acaba dificultando o exercício do direito de defesa do acusado, e facilitando condenações de pessoas inocentes.

De acordo com Matida e Ceconello (2021, p. 412):

No que refere especificamente à prova de reconhecimento, a preservação do mito da “memória-máquina filmadora” significa aquiescer a falsos negativos e a falsos positivos, isto é, à absolvição de culpados e à condenação de inocentes. [...]

Em razão do limite de espaço, a relação entre standard probatório e provas dependentes da memória não será analisada. Mas é inegável que a constatação da falibilidade da memória traz importantes consequências para a resposta sobre se um standard probatório adequado ao processo penal pode ou não ser superado por uma hipótese fática seja única e exclusivamente uma prova dependente da memória, como a palavra de alguém ou o reconhecimento realizado por alguém. É entendimento de um dos autores deste artigo de que não é possível, por exemplo, superar o standard probatório elevado que o processo penal merece a partir de um reconhecimento de pessoa.

Nesse sentido, Matida e Cecconello (2021) apontam o mito de que a memória funcionaria como uma máquina fotográfica como forma de anuência para as condenações injustas.

Deste modo, considerando a aceitação do mero apontamento do suspeito como elemento apto para sua qualificação na investigação, é fato que a presunção de inocência e o devido processo legal não estão desempenhando limites frente ao poder estatal da forma como deveriam.

O CPP não determina como deve ocorrer a realização do reconhecimento fotográfico. Se trata, portanto, de meio de prova atípico.

O problema que envolve o reconhecimento fotográfico é a desconformidade com o que foi disposto pelo legislador em relação ao reconhecimento presencial de pessoas. Criando-se, desse modo, grandes brechas para a falibilidade do meio de prova, haja visto que, geralmente, a vítima tem acesso a álbuns de fotografia com imagem do criminoso.

Assim, o processualista Aury Lopes Júnior sustenta (2020):

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 (LOPES JR, 2020).

Quando a testemunha reconhece alguém através de fotografias como autor do crime, ocorre o efeito de compromisso, e isso faz com que ela mantenha a identificação mesmo com dúvidas acerca da autoria dos fatos. Esse efeito ocorre muito por conta do receio da impunidade, todavia, é claramente atentatório ao

princípio da presunção de inocência, e *in dubio pro reo*, já que a testemunha presume a culpabilidade do agente.

Com isso, o estudo do reconhecimento de pessoas da forma como é empregado no Brasil, e a complexidade da memória humana, que está suscetível a influências, que podem gerar falsas memórias, chamam atenção para a falta de confiabilidade do reconhecimento como, ainda mais quando realizado através da apresentação de fotografias.

Como fora salientado, a Constituição Federal protege a garantia do devido processo legal. Desse modo, todos os acusados, sem exceções, têm direito a um processo no qual as formalidades devem ser respeitadas. A exigência de procedimentos específicos na realização dos atos do processo, deriva-se do devido processo legal. Assim, concede-se maior segurança a quem sofre uma persecução criminal.

Fato é que a desobediência do procedimento expresso legalmente para a realização do reconhecimento de pessoas e, por conseguinte à forma processual penal, representam grave afronta aos preceitos constitucionais, como o devido processo legal.

Por essa razão, a previsão de um procedimento é primordial para a prática de todos os atos do processo, visando garantir ao acusado o respeito a todos os princípios relacionados ao devido processo legal.

Ainda, o reconhecimento fotográfico de pessoas, procedimento que ao ser realizado à revelia da lei, é potencial violador da garantia de presunção de inocência, haja visto que, ao realizar o procedimento, sem levar em consideração os estudos da psicologia judiciária e as falsas memórias, acreditando no mito da memória máquina-fotográfica. Portanto, trata-se o suspeito em potencial como se fosse culpado desde o início da persecução criminal.

Mariângela Tomé Lopes ensina que (2011, p 25):

Isto significa que a sua produção deve ser realizada de acordo com o procedimento existente para a formação do meio de prova. Assim, quando se realizar um reconhecimento, deve-se realizar na presença do juiz e das partes, em respeito ao contraditório, respeitando-se o rito existente para sua realização. O ideal é que sejam cumpridas as exigências do contraditório no momento da produção do meio de prova. Excepcionalmente, pode-se admitir o contraditório diferido em caso de urgência, quando realmente for impossível respeitar o procedimento legal no momento da produção do meio de prova, por exemplo, quando a testemunha está no leito de morte e não há tempo hábil para intimar as partes.

Desse modo, o princípio do contraditório é de suma importância para a efetivação dos direitos de defesa da parte, para isso, importante que o direito ao contraditório se dê no momento da produção probatória.

Portanto, o procedimento de reconhecimento de pessoas através de fotografias, do modo como é empregado pelas autoridades brasileiras, acontece sem a mínima observância dos princípios e garantias fundamentais, tais como o devido processo legal, a garantia da jurisdição, a produção de provas contra vontade do investigado e a presunção de inocência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho, procurou-se comprovar o carecimento de meios de controle sobre o procedimento de reconhecimento de pessoas, mais especificamente, o reconhecimento pessoal realizado através de fotografias, no campo do processo penal, sobretudo em razão da falibilidade presente na produção deste meio de prova. Principalmente por tratar-se de prova dependente da memória humana.

Com o passar dos anos, os estudos acerca do reconhecimento de pessoas e da psicologia judiciária vem avançando cada vez mais. Com isso, têm-se construído um arcabouço cada vez melhor, para que o procedimento de identificação de pessoas seja cada vez mais confiável.

Foi possível constatar a ocorrência de vários fenômenos que podem alterar a confiabilidade e eficácia do procedimento de reconhecimento do modo como é realizado pelas autoridades brasileiras, e também a necessidade de procurar reduzir os danos e injustiças trazidos por esse meio de prova, haja vista que todos os anos dezenas de inocentes são encarcerados, com sentenças baseadas unicamente na prova por reconhecimento através de fotografia.

Denota-se a partir dos estudos psicológicos expostos no trabalho, que a memória humana é muito suscetível a falhas, já que a reconstrução dos fatos passados sempre sofre influência da subjetividade das pessoas que os presenciaram. Assim, as provas provenientes da memória humana devem ser utilizadas com muita cautela e parcimônia.

Observou-se a banalização do instituto expresso na legislação e a inobservância dos procedimentos legais, o que, segundo o entendimento recente do STJ, ensejaria a nulidade do processo.

O valor probatório do reconhecimento de pessoas através de fotografias, meio de prova presente no ordenamento jurídico pátrio, principalmente por consequência da informalidade com que é tratado no Brasil. Ainda, buscou-se alertar sobre os riscos causados pelo fenômeno das falsas memórias.

Ressalta-se ainda a carência de repensar o valor probatório desse meio de prova, haja vista as consequências que essa prova traz na condução da ação penal, e principalmente na vida do acusado.

Por fim, conclui-se que se mostra evidente a imprescindibilidade da defesa dos direitos e garantias constitucionais da pessoa que é alvo de uma persecução criminal.

Sendo assim, a observância das diretrizes normativas estabelecidas é fato condicionante de confiabilidade deste meio de prova, para que se possa buscar um processo penal verdadeiramente democrático.

Diante o exposto, é necessário a rigorosa observância do procedimento normativo para realização de do reconhecimento pessoal, além de que seja realizado com base nos estudos da psicologia judiciária e das falsas memórias, já que se trata de procedimento com enorme potencial de causar injustiças.

## REFERÊNCIAS

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

ÁVILA, Gustavo Noronha de. **Falsas memórias e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Disponível em: [<http://maringa.academia.edu/GustavoNoronha>]. Acesso em 01.11.2022.

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

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

BALDASSO, Flaviane; ÁVILA, Gustavo Noronha de. **A repercussão do fenômeno das falsas memórias na prova testemunhal: uma análise a partir dos julgados do tribunal de justiça do Rio Grande do Sul**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 4, n. 1, p. 371-409, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) Acesso em: 06.11.2022

BRASIL. Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm) Acesso em: 06.11.2022.

BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em: 06.11.2022

BEDÊ JR., A.; CAMPOS, G. S. Q. **Sentença criminal e aplicação da pena**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

CECCONELO, W. W., & STEIN, M. L. **Prevenindo injustiças: como a psicologia do testemunho pode ajudar a compreender e prevenir o falso reconhecimento de suspeitos**. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 38 (1), 172-188. <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/apl/a.6471>.

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

CECCONELLO, William Weber; AVILA, Gustavo Noronha de; STEIN, Lilian Milnitsky. **A (ir)repetibilidade da prova penal dependente da memória: uma discussão com base na psicologia do testemunho**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, n. 2, p. 1058-1073, 2018.

DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. 8ª ed. trad. Dora Vicente e Georgina Segurado. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DI GESU, Cristina Carla; LOPES JR, Aury. **Falsas Memórias e Prova Testemunhal no Processo Penal: Em busca da Redução de Danos**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: . Acesso em: 15.11.2022.

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

GOMES FILHO, Antonio Magalhães; BADARÓ, Gustavo. **Prova e sucedâneos de prova no processo penal brasileiro**. RBCC, São Paulo, v. 65, p. 175-208, mar./abr. 2007, versão eletrônica.

FISCHER, D. **Em busca da aplicação correta e justa das penas perdidas: o caos decorrente de um sistema anacrônico e repetitivo de “precedentes-ementas”**.

FERNANDES. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do garantismo penal**. 3 ed. São Paulo: RT, 2010. \_\_\_\_\_. **Derecho y razón**. 2. ed. Trad. André Ibenêz, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Tarradillo Basoco e Rocio Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

IZQUIERDO, Iván. **Memória**. Porto Alegre: Artmed, 2006.

LOFTUS. Elizabeth. **“Criando falsas memórias”**. Disponível em: <http://ateus.net/artigos/miscelanea/criando-memorias-falsas/>. Acesso em 01/11/2022.

LOPES, Mariângela Tomé. **O Reconhecimento como Meio de Prova: Necessidade de reformulação do direito brasileiro**. São Paulo: 2011. Tese de Doutorado Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal: Introdução crítica** 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOPES JR., Aury. Conjur, 2019. **Ainda precisamos falar sobre o falso reconhecimento pessoal.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-08/limite-penal-ainda-precisamos-falar-falso-reconhecimento-pessoal#>. Acesso em 10 de nov. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOPES JR., Aury Celso e GESU, Cristina Carla di. **Falsas memórias e prova testemunhal no processo penal em busca de redução de danos.** Revista de Estudos Criminais nº 7, de Porto Alegre, 2007. 201

LOPES JR. Aury Celso e GESU, **Cristina Carla di. Prova penal e falsas memórias: em busca da redução de danos.** Boletim IBCCrim nº 175, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES JR., Aury Celso. **Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal,** 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2017

MATIDA, Janaina. **O reconhecimento de pessoas não pode ser porta aberta à seletividade penal.** Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/limite-penal-reconhecimento-pessoas-nao-porta-aberta-seletividade-penal?pa-gina-2>. Acesso 15.10.2022.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella Marcella. **Álbum de suspeitos: uma vez suspeito, para sempre suspeito?** Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-dez-18/limite-penal-album-suspeitos-vez-suspeito-sempre-suspeito>. Acesso 15.10.2022.

MATIDA, Janaina; NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. **A prova precisa passar por uma filtragem epistêmica.** Conjur, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica>. Acesso 15.10.2022.

MATIDA, Janaina; CECCONELLO, William W. **Reconhecimento fotográfico e presunção de inocência.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 7, n. 1, p. 409-440, jan./abr. 2021. Disponível em <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.506>. Acesso em 29.10.2022.

Ministério Público do Estado do Paraná. **Estudo de Caso - Reconhecimento de pessoas.** Disponível em: [https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo\\_de\\_Caso\\_-\\_Reconhecimento\\_de\\_pessoas\\_-\\_versao\\_18-12-2020\\_final.pdf](https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/Estudo_de_Caso_-_Reconhecimento_de_pessoas_-_versao_18-12-2020_final.pdf). Acesso em 13 de nov. de 2022.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência.** São Paulo: Atlas, 2021.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes? Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. São Paulo: Fundação Getulio Vargas, 2013.

STERNBERG, R. J. **Psicologia cognitiva**. Porto Alegre: Artes Médicas Sul, 2000.

STEIN, Lilian Milnitsky; ÁVILA, Gustavo Noronha de. (...) **Avanços científicos em psicologia do testemunho aplicados ao reconhecimento pessoal e aos depoimentos forenses**. Série Pensando o Direito, n. 59, Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

STEIN, Lilian Milnitsky; NYGAARD, Naria Lúcia Campani. **A memória em julgamento: uma análise cognitiva dos depoimentos testemunhais**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 43, abril/junho de 2003, Editora Revista dos Tribunais.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência**. Revista da Ajuris, ano XXXII, no 98, junho/2005.

STRECK, Lênio Luiz. **A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais**. Revista da Ajuris, Ano XXXII, no 97, março/2005.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. **Manual da prova penal constitucional**. 2 ed. Curitiba: Juruá, 2014.

TAVARES, Juarez; CASARA, Rubens. **Prova e verdade**. 1 ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020