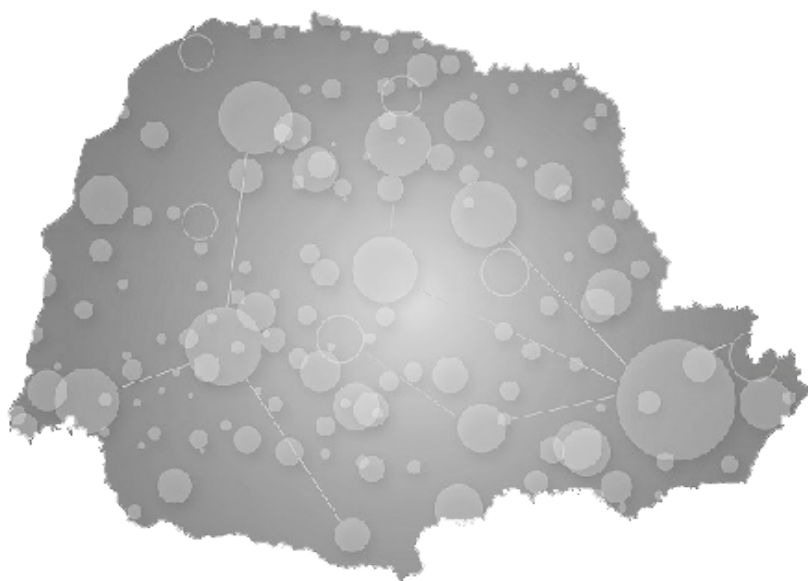


CURITIBA 2020

Centro de Apoio Operacional das Promotorias
Criminais, do Júri e de Execuções Penais

ESTUDO DE CASO

**O reconhecimento de pessoas e a observância ao
procedimento descrito no artigo 226 do
Código de Processo Penal**



*MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná*



MINISTÉRIO PÚBLICO
do Estado do Paraná

COORDENAÇÃO-GERAL

Cláudio Rubino Zuan Esteves | Procurador de Justiça/MPPR

AUTORES E COLABORADORES*

Gustavo Eloi Razera | Promotor de Justiça/MPPR
Juliano Fontanella da Silva | Assessor de Promotor
Thaís Cristal Bressan | Estagiária de Pós-graduação

Alexey Choi Caruncho | Promotor de Justiça/MPPR
Ricardo Casseb Lois | Promotor de Justiça/MPPR
Donizete de Arruda Gordiano | Assessor de Procurador
Kenny Robert Lui Bettio | Assessor de Promotor

ARTE E DIAGRAMAÇÃO

Ana Paula Moreira | Assessora de Promotor

Ministério Público do Estado do Paraná. **Estudo de Caso: O reconhecimento de pessoas e a observância ao procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal.** 18 de dezembro de 2020. Curitiba, Paraná.

1. Direito. 2. Ministério Público do Estado do Paraná. 3. Processo Penal.

* Este estudo foi elaborado pela equipe da 1ª Promotoria de Justiça de Capanema/PR, tendo contado com a contribuição dos Promotores de Justiça e Assessores do CAOPCrim para fins de sua publicação institucional.

SUMÁRIO

ESTUDO DE CASO.....	2
1. O CASO.....	2
2. PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL.....	4
3. POSIÇÃO ADOTADA PELA 6ª TURMA DO STJ NO HC Nº 598.886/SC: É POSSÍVEL REFERIR A UMA PRETENSA VIRAGEM JURISPRUDENCIAL?.....	7
4. PRIMEIRO NÍVEL DE REFLEXÕES SUGERIDO PELO JULGADO: A NECESSÁRIA CAUTELA NA OBSERVÂNCIA DE UM PROCEDIMENTO ADEQUADO.....	9
5. SEGUNDO NÍVEL DE REFLEXÕES SUGERIDO PELO JULGADO: ATENÇÃO ÀS PARTICULARIDADES DO CASO DECIDIDO E SEU VÍNCULO COM O LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL MOTIVADO.....	14
6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS.....	24

ESTUDO DE CASO

O reconhecimento de pessoas e a observância ao procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal

“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” (destaque da ementa do Habeas Corpus nº 598.886 – SC)

1. O CASO

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 27.10.2020, ao julgar o Habeas Corpus nº 598.886/SC, sob a Relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, por votação unânime, concedeu a ordem para *declarar nulo o reconhecimento de pessoas realizado sem a observância do procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal* e, em decorrência disso, absolver pessoa que havia sido condenada pela prática do crime de roubo circunstanciado.

O *habeas corpus* foi impetrado pela Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, alegando coação ilegal em acórdão proferido pelo Tribunal catarinense que, no que ora interessa, teria mantido uma condenação sustentada, exclusivamente, em reconhecimento fotográfico realizado pelas vítimas.

O histórico narra a prática de um roubo com emprego de arma de fogo no interior de restaurante, tendo havido o posterior reconhecimento por uma das vítimas em procedimento realizado na Delegacia de Polícia. Em juízo, a vítima afirmou que confirmava o reconhecimento então realizado em sede extrajudicial, porém, em razão do transcurso do tempo, já não teria condições de reconhecer novamente o assaltante.

O Ministro Schietti registrou em seu voto que:

“o reconhecimento se deu por meio fotográfico e não seguiu minimamente o roteiro normativo previsto no Código de Processo Penal. Não houve prévia descrição da pessoa a ser reconhecida e não se exibiram outras fotografias de possíveis suspeitos; ao contrário, escolheu a autoridade policial fotos de um suspeito que já cometera outros crimes, mas que absolutamente nada indicava, até então, ter qualquer ligação com o roubo investigado”.

Com base nesses argumentos, concluiu que a sucessão de falhas no procedimento implicava a invalidação completa do reconhecimento fotográfico que:

“deve ser *declarado absolutamente nulo*, com sua conseqüente absolvição, ante a inexistência, como se deflui da sentença, de qualquer outra prova independente e idônea a formar o convencimento judicial sobre a autoria do crime de roubo que lhe foi imputado.”

O julgado é relevante e merece especial atenção por parte dos operadores, pois pode representar mudança da jurisprudência até então amplamente prevalecente nos Tribunais Superiores, no sentido de que o artigo 226 do Código traduziria “*mera recomendação*” do legislador sobre o procedimento a ser adotado para o reconhecimento de pessoas.

A relevância do julgado decorre, ainda, do fato de poder levar a inúmeras declarações de nulidade, dando margem a que interpretações precipitadas recaiam sobre casos nos quais o reconhecimento realizado pela vítima tenha figurado como um dos poucos elementos probatórios existentes ao longo da persecução. E isto, não raro, por força das circunstâncias em que certos crimes são praticados (v.g. delitos sexuais).

2. PANORAMA DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL

O Código de Processo Penal dedica três sucintos artigos ao ato do reconhecimento de pessoas e coisas (arts. 226, 227 e 228). Dispõe o art. 226 que o ato deverá observar o seguinte fluxo:

i) a pessoa que tiver de fazer o reconhecimento será convidada a descrever o indivíduo que deva ser reconhecido (art. 226, I);

ii) a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la (art. 226, II);

iii) se houver razão para recear que a pessoa chamada para realizar o ato, por intimidação ou outra influência, não diga a verdade em face da pessoa a ser reconhecida, a autoridade providenciará para que esta não veja aquela (art. 226, III);

iv) do ato de reconhecimento lavrar-se-á termo pormenorizado, subscrito pela autoridade, pela pessoa chamada para proceder ao reconhecimento e por duas testemunhas presenciais (art. 226, IV).

Apesar das limitações normativas, sempre foi firme na jurisprudência dos Tribunais Superiores que a não observância do procedimento descrito no artigo 226 não invalidaria o ato de reconhecimento, por se tratar de *mera sugestão do legislador*. Ademais, sempre prevaleceu o entendimento de que o *reconhecimento fotográfico também seria um ato legítimo*, sobretudo quando *ratificado em juízo*.¹

A título exemplificativo e considerando apenas julgados recentes do próprio Superior Tribunal de Justiça, merecem citação os seguintes extratos:

(...) 2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que "a inobservância das formalidades legais para o reconhecimento pessoal do acusado não enseja nulidade, por não se tratar de exigência, apenas recomendação, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei, notadamente quando

¹ Ambos aspectos fizeram parte, inclusive, do material de apoio disponibilizado pelo CAOPCriminal no 1º Encontro do 1º Ciclo das Oficinas para o desenvolvimento de protocolos de investigação do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: [Oficinas para o desenvolvimento de Protocolos de Investigação Ministério Público do Estado do Paraná](#). Se, por um lado, as considerações sobre as consequências jurídicas da não observância do procedimento descrito no artigo 226 confrontam com o julgado ora sob estudo, por outro, mostra-se atual e merece revisitação o tópico do material que alude às recomendações da psicologia experimental para oitivas e reconhecimentos (vide "4.5 Recomendações da psicologia experimental para realizar oitivas e reconhecimentos", p. 129 - [Oficinas para o desenvolvimento de Protocolos de Investigação Ministério Público do Estado do Paraná](#)).

amparado em outros elementos de prova" (AgRg no AREsp n. 837.171/MA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe de 20/4/2016), como ocorreu na hipótese dos autos. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1623978/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 28/09/2020).

(...) 6. Desse modo, nos termos do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, ainda que o reconhecimento do Réu na fase policial não tenha observado as disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal, se for posteriormente ratificado pelas vítimas no curso da instrução judicial, não há falar em absolvição do Réu em decorrência da suscitada nulidade do procedimento, sendo plenamente válido para comprovar a autoria delitiva, especialmente quando aliado às demais provas constantes dos autos, como na hipótese em epígrafe. 7. Cumpre ressaltar, ainda, que "[a]s disposições contidas no art. 226 do Código de Processo Penal se consubstanciam em recomendações legais, e não em exigências, sendo válido o ato quando realizado de forma diversa da prevista em lei" (AgRg no HC 394.357/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/12/2018, DJe 04/02/2019.) 8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 608.756/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 19/10/2020).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DESARQUIVAMENTO DO INQUÉRITO POLICIAL. ART. 18 DO CPP. NOTÍCIAS DE NOVAS PROVAS. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. ART. 226 DO CPP. RECOMENDAÇÃO LEGAL. NULIDADE NÃO IDENTIFICADA. PRONÚNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 3. As diretrizes sobre o reconhecimento fotográfico, dispostas no art. 226 do CPP, configuram uma recomendação legal, cuja inobservância não acarreta, por si só, a declaração de sua nulidade (...) (AgRg no AREsp 1648540/RO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 21/09/2020).²

No campo doutrinário, tampouco o tema parece ganhar alguma dissonância. Quiçá em virtude do até então consolidado entendimento jurisprudencial, a maioria dos autores não parece reservar mais do que algumas linhas para tratar do tema.

Eugênio Pacelli, por exemplo, não vê nenhuma especialidade no procedimento, embora reconheça que as formas de realização do reconhecimento merecem diverso valor probatório³.

2 No mesmo sentido: (i) AgRg no AREsp n. 1.054.280/PE, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, DJe de 13/6/2017; (ii) AgRg no HC 461.248/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 4/12/2018, DJe 13/12/2018; (iii) EDcl no AgRg no AREsp 1238085/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/3/2019, DJe 28/3/2019; (iv) AgRg no AREsp 1662901/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 14/05/2020.

3 Não vemos, aqui, qualquer necessidade de mais explicações ou explicitações: trata-se de mero procedimento, tendente à identificação de pessoas, de alguma maneira envolvidas no fato delituoso, e de coisas, cuja prova da existência e individualização seja relevante para a apuração das responsabilidades. (...) O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais,

Norberto Avena, por sua vez, embora reconheça que o ato é formal, já que possui formalidade prevista em lei, não verifica invalidade no reconhecimento quando não observado o procedimento previsto no artigo 226 do CPP, não vendo ilegitimidade ainda no reconhecimento fotográfico⁴. Na mesma linha, Renato Brasileiro de Lima aponta a admissibilidade do reconhecimento fotográfico⁵.

Em sentido contrário, entretanto, advogando a nulidade do reconhecimento de pessoas sem a estrita observância do procedimento previsto no CPP, tem-se Aury Lopes Júnior⁶ e Gustavo Henrique Badaró, ambos citados no voto ora sob análise.

quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas. Há decisões na Suprema Corte admitindo o reconhecimento fotográfico (RT nº 739/546). Já o reconhecimento de pessoa por meio de fitas de vídeo deve merecer maior força de evidência probatória, diante da possibilidade concreta de reconhecimento da imagem da pessoa, em posições diferentes, tudo a depender, porém, do caso concreto. (PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 23. ed. – São Paulo: Atlas, 2019. p. 535-536).

- 4 E se não forem observadas as formalidades do art. 226 do CPP? Isto implica mera irregularidade, não invalidando o ato, tampouco afetando seu poder de convencimento. E quanto ao reconhecimento por meio de fotografia realizado na fase do inquérito? Trata-se de meio legítimo de prova, em especial se for renovado de forma pessoal em juízo. E, ainda que não haja essa renovação judicial, nem assim poderá ser considerado o reconhecimento fotográfico uma prova irregular. Entretanto, neste caso, terá seu valor reduzido, podendo servir de elemento de convicção apenas quando confirmado por outras provas. Veja-se que a legitimidade do reconhecimento efetuado por meio de fotografia na fase do inquérito policial, se confirmado por outras provas, não apenas é capaz de justificar o recebimento da denúncia e da queixa, como também de permitir a imposição de medidas cautelares restritivas, inclusive a prisão preventiva. Poderá, ainda, nestas mesmas condições, contribuir para a formação do convencimento do juiz visando à prolação de sentença condenatória (AVENA, Norberto. Processo Penal. 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019. p. 1.026).
- 5 Por força do princípio da busca da verdade e da liberdade das provas, tem-se admitido a utilização do reconhecimento fotográfico, observando-se, por analogia, o procedimento previsto no CPP para o reconhecimento pessoal (LIMA, Renato Brasileiro de. Curso de processo penal. Niterói, RJ: Impetus, 2013. p. 98).
- 6 Aury Lopes Júnior defende a inadmissibilidade do reconhecimento por fotografia: exemplo típico de prova inadmissível é o reconhecimento do imputado por fotografia, utilizado, em muitos casos, quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, exercendo seu direito de silêncio (*nemo tenetur se detegere*). O reconhecimento fotográfico somente pode ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal, nos termos do art. 226, inciso I, do CPP, nunca como um substitutivo àquele ou como uma prova inominada (LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 16. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 600).

3. POSIÇÃO ADOTADA PELA 6ª TURMA DO STJ NO HC Nº 598.886/SC: É POSSÍVEL REFERIR A UMA PRETENSA VIRAGEM JURISPRUDENCIAL?

“5. De todo urgente, portanto, que se adote um novo rumo na compreensão dos Tribunais acerca das consequências da atipicidade procedimental do ato de 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 desse foco de erros judiciários e, conseqüentemente, de graves injustiças.” (destaque da ementa do julgado em estudo)

Rompendo com a posição jurisprudencial majoritária até então, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Habeas Corpus n. 598.886, entendeu que o procedimento previsto no artigo 226 do Código *não configura mera recomendação do legislador, mas rito de observância necessária, sob pena de invalidade do ato.*

Para chegar a essa conclusão, o Ministro Relator lançou mão de ensinamentos da psicologia do testemunho,⁷ notadamente acerca da falibilidade da memória humana.⁸ É o que resta evidente ao analisar-se o teor do tópico IV (*O reconhecimento de pessoas e a memória humana*) de seu voto.

Assim, utilizando dados da ONG norte-americana *Innocence Project*, o voto condutor registrou que o reconhecimento equivocado (*“mistaken eyewitness identification”*) tem sido uma das principais causas de erro judiciário. Logo, para evitar a perpetuação de erros decorrentes de falsos reconhecimentos, evocou-se a necessidade de rigorosa observância do art. 226, que estabeleceria, no entender do julgado, “um procedimento e requisitos mínimos para que essa importante fonte de informações possa ter valor probatório”.

Na esteira do julgado, portanto, os procedimentos prescritos no CPP

⁷ A *psicologia do testemunho* é um campo disciplinar específico dentro da psicologia, que se ocupa de estudar o funcionamento da memória de testemunhas, e “conta com uma ampla base de dados empíricos e se fundamenta teoricamente nos modelos cognitivos da memória humana” (DIGES, Margarita. *Testigos, sospechosos y recuerdos falsos*. Estudios de psicología forenses, 2016, p. 48 y 49).

⁸ Acerca do tema a Escola Superior do MPPR promoveu recentemente a live “Provas dependentes da memória: um olhar científico a partir da psicologia do testemunho”, disponível em: [MPPR \[LIVE\] Provas dependentes da memória: um olhar científico a partir da psicologia do testemunho](#).

traduzem “garantia mínima”⁹, cuja inobservância majora injustificadamente os riscos de condenações equivocadas, razão pela qual a prova colhida em desacordo deve ser considerada *nula*, ou seja, *não poderá ser valorada pelo julgador*.

Acrescentou-se, ainda, que *o reconhecimento por fotografias tampouco atende adequadamente ao quanto preconiza o art. 226*, pois:

“(…) mesmo quando se procura seguir, com adaptações, o procedimento indicado no CPP 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 comprometem a idoneidade e a confiabilidade do ato”.

Por fim, manifestando preocupação com uma das espécies de erros judiciais (*condenações errôneas*), concluiu-se pela necessária superação da jurisprudência vigente, propondo por isto as seguintes *orientações*:

(i) Que o reconhecimento de pessoas deva observar o procedimento previsto no art. 226 do Código de Processo Penal, cujas formalidades constituem garantia mínima para quem se encontra na condição de suspeito da prática de um crime;

(ii) Que, à vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, *a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual deva tornar inválido o reconhecimento da pessoa suspeita* e não possa servir de lastro a eventual condenação, *mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo*;

(iii) Que, de toda forma, isto não significaria reconhecer que não se possa realizar em juízo um ato de *reconhecimento formal*, mas que, em tais casos, deverá ser observado o devido procedimento probatório;

(iv) Que, ademais, naqueles casos em que tenha existido um ato viciado de reconhecimento, isto tampouco significará que o julgador estará impedido de

9 Seguindo a classificação proposta por Gascón Abellán, as normas processuais podem ser classificadas em *normas pró-epistêmicas* (que têm o propósito de conduzir à verdade), *contra-epistêmicas* (que dificultam ou impedem a descoberta da verdade para garantir outros valores, como os direitos fundamentais) e *neutro-epistêmicas* (que não exercem influência na descoberta da verdade). (GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Los hechos en el derecho – Bases argumentales de la prueba*. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2004. p. 118-123). Seguindo a classificação proposta pela autora, poder-se-ia dizer que a norma do art. 226 revela uma regra processual pró-epistêmica, garantindo verdade conducente. Portanto, não se trata de privilegiar a forma em si mesma, como pretendem alguns processualistas.

se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com aquele ato;

(v) Que, por fim, especificamente em relação ao *reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia*, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, urge seja ele visto como um ato dotado de certas particularidades que levem ao seu *uso apenas como uma etapa antecedente ao reconhecimento pessoal*, não podendo, por isso, servir como prova em ação penal, ainda que seja, posteriormente, confirmado em juízo.

Como providência final, com o pretexto de provocar a adoção de *novas rotinas pelos órgãos de persecução*, o julgador sugeriu que se desse ciência do decidido “aos Presidentes dos Tribunais de Justiça dos Estados e aos Presidentes dos Tribunais Regionais Federais, bem como ao Ministro da Justiça e Segurança Pública e aos Governadores dos Estados e do Distrito Federal, encarecendo a estes últimos que façam conhecer da decisão os responsáveis por cada unidade policial de investigação”, bem como aos Ministérios Públicos estaduais e federal, além das Defensorias Públicas.

4. PRIMEIRO NÍVEL DE REFLEXÕES SUGERIDO PELO JULGADO: A NECESSÁRIA CAUTELA NA OBSERVÂNCIA DE UM PROCEDIMENTO ADEQUADO

Como mencionado, o voto esteve lastreado essencialmente na *psicologia do testemunho*, assumindo como premissa a concepção da falibilidade do reconhecimento de pessoas, dada a falibilidade da própria memória humana.

De fato, o *reconhecimento de pessoas* tem sido objeto de estudo de diversas disciplinas com o propósito de determinar a sua confiabilidade¹⁰. Nos últimos 30 anos, vários estudos sobre a matéria foram publicados e, em seu conjunto, têm consolidado um conhecimento de que, apesar de estar sempre em evolução, *a confiabilidade e a precisão dos reconhecimentos seria muito mais limitada do que*

¹⁰ Uma disciplina que tem prestado especial atenção à investigação científica nesta matéria é a psicologia, através de diversos ramos, especialmente a *psicologia experimental*, a *psicologia do testemunho* e a *psicologia forense*. Um resumo dos principais métodos utilizados nesse tipo de investigação, a partir do ponto de vista da psicologia, pode ser consultado em LOFTUS, Elizabeth F.; DOYLE, James M.; DYSART, Jennifer E., *Eyewitness Testimony: Civil and Criminal*, United States: LexisNexis, 2013, pp. 4-12. Não obstante, a investigação nesta matéria excede a área da psicologia e inclui, entre outras disciplinas, a *investigação médica* e, principalmente, a *neurociência*.

*intuitivamente se pensava*¹¹.

Segundo essa concepção, os erros em que incorrem vítimas e testemunhas se devem, em grande medida, ao fato de que o processo de memória seria um conjunto de processos ativos em reconstrução, onde a pessoa não registra mecanicamente os fatos e dados para a sua posterior repetição, senão que os elabora e os interpreta de um modo ativo, integrando-os “em” e “desde” seus conhecimentos prévios¹². Trata-se, por isto, de um processo falível por sua própria natureza reconstrutiva, o que traz como consequência que a testemunha, ainda que de forma não deliberada e sem desejo de mentir, possa cometer erros de memória quando instada a proceder ao reconhecimento.

Daí a importância em atentar para os riscos que o reconhecimento de pessoas pode trazer ao sistema de justiça criminal.

Em concreto, a literatura científica descreve que o trabalho da memória para efeito de levar a cabo reconhecimentos se desenvolve em três processos distintos: (a) *codificação* – que corresponde ao registro e retenção inicial dos dados de um rosto percebido; (b) *armazenamento* – por meio do qual os dados codificados são guardados ou armazenados por um período mais longo; e (c) *recuperação* – processo que consiste no acesso consciente às informações armazenadas seguido de seu uso para a tomada de decisão e orientação de comportamento¹³.

Essa mesma literatura descreve como a memória pode vir a ser afetada ou distorcida em cada um desses processos, por diversos fatores que têm um impacto direto na precisão do posterior reconhecimento.

Assim, argumenta-se que existe uma lista complexa de fatores que costumam ser agrupados em (i) *variáveis ou indicadores do incidente ou do evento* e (ii) *variáveis ou indicadores do sistema*¹⁴. A respeito de ambos, há certas considerações que comumente são trazidas.

11 DUCE, Mauricio. “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Art. 9, pp. 291-379. http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A9.pdf.

12 Um excelente resumo do *estado da arte*, do ponto de vista da ciência, acerca da capacidade humana para proceder a reconhecimentos com precisão, pode-se ver em: MAZZONI, Giuliana, *¿Se Puede Creer a un Testigo? El Testimonio y las Trampas de la Memoria*, Madrid: Editorial Trotta, 2010, especialmente pp. 15-61.

13 SIMON, Dan, *In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process*, Cambridge: Harvard University Press, 2012, pp. 55-58.

14 Trata-se de categorização proposta na década de 70 por Gary Wells, um dos principais investigadores na área, e que vem sendo adotada pela maioria dos especialistas em razão da sua utilidade para ordenar o estudo, análise e desenvolvimento de políticas públicas sobre a matéria (LOFTUS/DOYLE/DYSART, *EyeWitness Testimony*, cit. nota nº 10, p. 16).

Com efeito, de um lado, refere-se que os **indicadores do incidente** dizem respeito aos fatores associados às circunstâncias sob as quais se produziu a observação da pessoa a identificar (por exemplo: distância e luminosidade no momento da percepção, tempo de duração, presença ou não de uma arma, nível de stress da pessoa, etc.). Cuidam-se, enfim, de *fatores sobre os quais o sistema de justiça criminal não tem grande ingerência, apenas sendo possível identificá-los (e registrá-los) no momento de valorar a confiabilidade e precisão do reconhecimento.*

De outro lado, sobre os chamados **indicadores do sistema**, recorda-se que eles se referem ao procedimento de reconhecimento em si, isto é, à maneira como ele é executado pelas agências de persecução penal (por exemplo: a linguagem utilizada pelos policiais que administram o procedimento, a entrega de informação prévia ou posterior ao reconhecedor, a quantidade de pessoas que compõem a fileira de reconhecimento, etc.). Aqui, sim, se está diante de *fatores que dependem do sistema de justiça criminal e que, por isso mesmo, podem ser objeto de controle*, por meio de regulações e práticas que minimizem a interferência nos processos de memória da pessoa que procederá ao reconhecimento.

A partir daí, conclui-se que, precisamente, para esses fatores passíveis de controle é que convém que sejam adotadas práticas recomendadas pela ciência, de modo a elevar a imparcialidade e os índices de assertividade do processo.

Foi, justamente, por força deste diagnóstico que, em certos ordenamentos, ocorreram modificações importantes nessa área. Ilustrativamente, há de se recordar o esforço interinstitucional capitaneado pelo Ministério Público chileno, em 2013, que fez com que o sistema de justiça daquele país regulamentasse boas práticas para as diligências de reconhecimento, propondo a elaboração de um *“Protocolo Interinstitucional de Reconocimiento de Imputados”*¹⁵.

15 “A la luz de estos objetivos y filosofía, el Protocolo se organiza en dos partes principales. *El capítulo II se destina a lo que se denomina en el texto como ‘actuaciones previas a la realización de la diligencia’*. Los puntos más relevantes contenidos en esta parte son tres en mi opinión. Lo primero es que el texto destaca que la realización de esta diligencia requiere previa instrucción del fiscal ya que se trata de una actividad que no forma parte de las facultades de actuación autónoma de las policías. En segundo término, se establece la necesidad que antes de la diligencia se debe constar con una descripción previa de la víctima o testigo con el propósito de verificar si la persona está en condiciones de realizar un reconocimiento. En tercer término, se excluye de la regulación las actividades de identificación realizadas en contextos de detención por flagrancia ya que se considera que su función es diferente a la de las diligencias de reconocimiento. Junto con estas materias, se analizan cuestiones como los derechos de las víctimas, el origen de las fotografías a utilizar en las ruedas fotográficas, las reglas que rigen la participación del defensor en la diligencia y cuestiones vinculadas a la frecuencia, oportunidad y lugar de su realización. *El capítulo III está destinado a regular los estándares mínimos de realización de la diligencia y, por lo mismo, constituye la parte central del documento.* Su estructura se divide en tres

Deve ser recordada, ainda, a obra de Dan Simon¹⁶, que também procurou dar conta do estado atual do debate nesta matéria:

“4.5.1 A psicologia experimental e suas recomendações para efetuar reconhecimentos de suspeitos, entrevistar testemunhas e interrogar investigados (Dan Simon, *In doubt: the psychology of the criminal justice process*. Harvard University Press: Cambridge, 2012)

As seguintes recomendações buscam instruir protocolos de boas práticas. São todas voltadas à maximização da precisão da identificação de suspeitos e à transparência do processo empregado:

1 – Na medida do possível reconstruções faciais com desenhos devem ser evitadas;

2 – Os reconhecimentos devem ser realizados apresentando-se o suspeito simultaneamente com outras pessoas inocentes, numa *lineup*, evitando-se apresentações sucessivas do suspeito e dos demais sujeitos; *lineups* em vídeo ou reais devem preferir as fotográficas;

3 – Suspeitos devem ser submetidos a *lineups* somente se pairar alguma suspeita concreta sobre eles;

4 – Antes do reconhecimento nenhuma testemunha deve ser exposta a nenhum tipo de informação sobre o suspeito;

5 – As *lineups* devem ser realizadas o quanto antes após a testemunha presenciar o evento criminoso;

secciones. La primera de ellas está destinada a fijar reglas comunes para todo tipo de procedimientos, incluyendo aspectos tales como la necesidad de contar con descripción previa; que sea una diligencia individual, es decir, de a una víctima o testigo a la vez; las obligaciones de los funcionarios a cargo de su realización; las instrucciones previas que deben darse a la víctima o testigo; su continuidad; y su registro. La segunda parte está destinada a regular los reconocimientos fotográficos. En ella se distingue entre reconocimientos sin sospechoso (exhibición de kardex) y con sospechoso (rueda de fotografías). Finalmente, se regulan los reconocimientos en rueda de personas. Las reglas principales en ambos tipos de reconocimientos están centradas en la manera de conformar las ruedas y exhibirlas, la participación de múltiples víctimas y de los defensores en su desarrollo, entre otras. El documento concluye incorporando un acta tipo para procedimientos de reconocimientos. Se trata de formato que contiene los aspectos básicos regulados en las secciones previas. En todo caso, es un modelo para un acta escrita en consistencia con las reglas de registro especificadas en el desarrollo del Protocolo. (DUCE, Mauricio. “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”. Polít. crim. Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Art. 9, pp. 291-379. Disponível em: http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_23/Vol12N23A9.pdf).

16 SIMON, Dan, *In Doubt: The Psychology of the Criminal Justice Process*, Cambridge: Harvard University Press, 2012. Trata-se de obra igualmente citada no material de apoio ao 1º Encontro do 1º Ciclo das Oficinas já referido.

6 – As *lineups* devem incluir apenas o suspeito e cinco ou mais pessoas reconhecidamente inocentes;

7 – As demais pessoas que serão alinhadas com o suspeito devem possuir características similares às descritas pelo reconhecedor e não possuir diferenças físicas notáveis para com a pessoa do suspeito;

8 – Ao suspeito deve ser permitido escolher o seu lugar na *lineup*, bem como trocar de lugar em casos de sucessivos reconhecimentos;

9 – O reconhecedor deve ser instruído que o autor do fato criminosos “pode ou não” estar naquela *lineup* e que é apropriado responder que o autor não está presente e que o reconhecedor não pode reconhecê-lo naquela *lineup*;

10 – Diferentes suspeitos devem ser apresentados sequencialmente e não simultaneamente;

11 – O procedimento de reconhecimento deve ser às cegas: o administrador não deve saber a identidade do suspeito, fato que deve ser comunicado ao reconhecedor;

12 – O administrador deve se abster de qualquer tipo de comunicação ou de comportamento que possa ser interpretado como sugestivo ou revelador da identidade do suspeito;

13 – O reconhecedor deve anunciar se o reconhecimento foi positivo ou negativo, seguido de um anúncio de seu grau de confiança no ato. O reconhecedor não deve receber nenhum retorno por parte do administrador do ato em relação ao seu desempenho;

14 – O tempo que o reconhecedor levou para indicar ou não o reconhecido deve ser registrado;

15 – Na medida do possível, o reconhecedor deve participar de apenas um procedimento de identificação; em casos excepcionais nos quais reconhecimentos sucessivos são necessários, as mesmas pessoas devem compor a *lineup*;

16 – O reconhecedor que reconhece alguém que não é suspeito não deve providenciar testemunho visando identificar o autor do fato criminoso;

17 – O reconhecedor que falha em reconhecer alguém, hesita, ou

expressa baixa confiança deve ser considerado alguém com um nível baixo de memória do suspeito;

18 – O procedimento de reconhecimento deve ser gravado na sua íntegra, preferencialmente em áudio e vídeo. A gravação deve incluir as instruções dadas pelo administrador do reconhecimento e as imagens, inclusive do reconhecedor.

Assim, diante do aferido em relação aos avanços científicos nesta área e, principalmente, do cenário jurisprudencial que o julgado aqui tratado parece antecipar, mostra-se de todo oportuno admitir-se, como ponto inicial, que os operadores da justiça criminal passem a conceber o *reconhecimento de pessoas* sob a ideia de um *procedimento adequado*, buscando um contínuo refinamento das atividades a ele relacionadas, de modo a fazer com que seus registros (em áudio e vídeo) possam dar conta das imagens utilizadas, das instruções dadas ao reconhecedor, das afirmações realizadas pela testemunha, das suas eleições e do tempo de resposta, entre outros aspectos de relevância referidos. Afinal, esses são aspectos que já podem ser tidos como boas práticas que se extraem da experiência de ordenamentos estrangeiros e servem de norte para o aperfeiçoamento do nosso ordenamento processual.

5. SEGUNDO NÍVEL DE REFLEXÕES SUGERIDO PELO JULGADO: ATENÇÃO ÀS PARTICULARIDADES DO CASO DECIDIDO E SEU VÍNCULO COM O LIVRE CONVENCIMENTO JUDICIAL MOTIVADO

Tal qual mencionado, parece indiscutível que se aceite, atualmente, que já existem dados empíricos suficientes que sustentam os achados trazidos pela psicologia. São dados que, de fato, devem fazer com que certos ordenamentos passem a adotar vias mais cautelosas, de modo a criar uma “garantia mínima” para que também os reconhecimentos realizados por testemunhas e vítimas, independentemente do momento que o façam, persistam tendo um significado probatório.

Afinal, não se pode perder de norte que vários delitos são cometidos em circunstâncias que, não raras vezes, fazem com que o reconhecimento do imputado assuma a condição de elemento nuclear (senão único) da fase probatória.

A aceitação desta premissa, porém, longe está de admitir que o julgado ora comentado tenha implicado uma declaração automática de nulidade de todos os reconhecimentos efetuados em persecuções penais que estejam em curso e que, por diversos fatores, não tenham observado a íntegra do trâmite previsto pelo Código de Processo Penal.

Tanto é assim que, na própria parte final do voto condutor, verifica-se que foram adotadas diligências para instigar distintas instâncias estratégicas do sistema de justiça criminal a tomarem ciência do quanto decidido e, a partir daí, adotarem um fluxo de atividades mais cauteloso no que diz respeito ao reconhecimento de pessoas.

Esta ciência, porém, deve vir acompanhada da necessária cautela na interpretação do julgado, evitando-se uma precipitação nas suas conclusões, em especial diante de, ao menos, dois aspectos e seus desdobramentos que passamos a expor.

5.1. Com efeito, um primeiro aspecto a ser considerado relaciona-se às **circunstâncias fáticas** que envolveram o caso apreciado pelo julgado.

É que a leitura atenta do voto evidencia que, muito embora tenha sido realizado o reconhecimento extrajudicial, pelo que consta do caso concreto, diversas outras diligências investigatórias ficaram pendentes e poderiam ter sido adotadas para, efetivamente, robustecer aquele ato inicial.

Mencionou-se, por exemplo, que existiam gravações de câmeras do estabelecimento roubado que atestavam a presença dos investigados no mesmo local, momentos antes da prática do delito. Ao que parece, essas gravações nunca teriam sido juntadas ao processo criminal, embora tenha sido referido por uma das vítimas que participou do reconhecimento que foi, precisamente, por essa via que se inferiu que as pessoas identificadas por aquelas gravações portavam trajes que coincidiam com os dos autores do delito.

Ao que parece, ao longo da apuração, teria se apostado, exclusivamente, numa espécie de reconhecimento indireto, já que ambos os autores estavam encapuzados no momento da prática do fato.

O dado é relevante e desperta para que, em casos similares, não se abdique da obtenção de elementos probatórios mais seguros, que demonstrem quais foram os indícios e provas que fizeram com que o ato do reconhecimento pessoal fosse

conduzido de uma dada forma, sob pena de incorrer em equívocos que podem levar a um destino similar ao agora traçado pelo julgador do Superior Tribunal de Justiça.

Além disto, essas circunstâncias fáticas do caso apreciado ajudam a compreender a grande intolerância assumida ao longo do voto no que diz respeito a como teria sido conduzido o ato do reconhecimento em si e a fragilidade da valoração judicial a ela dispensada.

5.2. Este aspecto, porém, longe está de ser o ponto central que merece reflexão, pois existe uma **questão principiológica** que, até onde se alcança, está sendo desconsiderada.

De fato, já se destacou a importância e relevância da contribuição dos avanços científicos nesta área. No entanto, por mais que esta evolução seja aceita como premissa dada, não se pode olvidar que há muito restou ultrapassada a adoção de um sistema tarifado na valoração probatória, que conduziria a uma polarização de aceitação absoluta ou rechaço absoluto de um dado elemento que pretenda contribuir com a reconstrução fática.

Em outro dizer, muito embora os avanços científicos mencionados recomendem o redesenho procedimental dos reconhecimentos de pessoas por vítimas e testemunhas, mostra-se precipitado concluir, desde logo, que todo e qualquer procedimento adotado com menor cautela conduzirá à inevitável exclusão de seu conteúdo da apreciação judicial.

Não há dúvida de que, num tal cenário, é realmente possível que esse procedimento menos criterioso seja tido como “ilegítimo”, conforme a concepção referida pelo julgador. O será, porém, para fins de ser interpretado e admitido como “reconhecimento” em si. Afinal, será forçoso admitir que ocorreu um descumprimento do rito previsto pelo legislador ordinário.

Ocorre que, ainda assim, o quanto colhido e *documentado* nos autos poderá, perfeitamente, contribuir no processo de valoração judicial dos elementos de prova, como é próprio de um sistema no qual vige o *livre convencimento motivado do julgador*, inclusive, diante do quanto previsto pelo artigo 155 do Código de Processo Penal.

Logo, ainda que se cogite a existência de irregularidade no reconhecimento primevo, *eventuais nulidades ocorridas na fase investigatória não têm o*

condão de macular, de qualquer forma, o processo desenvolvido regularmente sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o qual poderá estar embasado em diversos elementos de provas aptos a amparar a sentença exarada.

Demais disso, fosse o caso de existência de máculas do “ato de reconhecimento” extrajudicial por descumprimento a formalidades legais, tal como se sustenta no voto, é consabidamente *possível despir o ato do caráter de “reconhecimento de pessoa”, passando a considerá-lo, pois, como prova de cunho testemunhal*, de avaliação subjetiva, apta a contribuir para a formação do convencimento do julgador. Trata-se de entendimento que, inclusive, não destoia do quanto sedimentado pela própria jurisprudência de Tribunais superiores e estaduais:

“As disposições inculpidas no art. 226, do CPP, configuram uma recomendação legal, e não uma exigência, não se tratando, pois, de nulidade’ (...). 2. Considerando que o reconhecimento extrajudicial não foi o único fator de convicção do magistrado, pois complementado na fase judicial por outros elementos de prova, não há falar em nulidade, haja vista não se ter demonstrado eventual prejuízo, o qual nem ao menos se pode presumir, diante da existência de outras provas da autoria. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ - AgRg no Ag: 1377407 SC 2011/0011211-1, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 18/06/2013, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/06/2013 – destacado).

“(...) a) É válido o reconhecimento pessoal, mesmo sem a observância de todas as formalidades legais, se em consonância com outros elementos de prova. (...) c) Em sede de crimes patrimoniais, os quais costumam ocorrer na clandestinidade, a palavra da vítima se destaca, principalmente se confirmada pelas demais provas produzidas durante a instrução criminal. (...)” (TJPR - 3ª C. Criminal - AC - 1086704-2 - Francisco Beltrão - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - J. 07.11.2013 – destacado).

Daí referir Guilherme de Souza Nucci, acompanhado de Camargo Aranha, que “a forma se exige para a existência do reconhecimento; a inobservância da forma acarreta a inexistência deste ato, mas não a inexistência de todo e qualquer ato. E se outro ato praticado convence o juiz, não é possível dizer que ele não está convencido. A lei prevê determinados meios de prova, mas não impede outros”.¹⁷

De toda forma, é importante notar que não se está aqui admitindo que o regramento traçado em lei para determinadas modalidades probatórias possa ser ignorado. O apego a essa forma, porém, não há de conduzir a um equívoco na

¹⁷ NUCCI, Guilherme de Souza (2013). *Manual de Processo Penal*. 10. ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, p. 509.

reconstrução histórica do fato que é, em última análise, o que se pretende com toda a instrução probatória.

Até mesmo porque, não é difícil prever situações em que o investigado poderá vir a se *recusar ao reconhecimento*. E, a aceitar-se, incondicionalmente, que toda e qualquer inobservância da forma prevista inviabilizará a valoração do produto que se obtenha, imediatamente, se apresentará a questão relacionada à obrigatoriedade de participação do suspeito no reconhecimento, cujos obstáculos a vencer são de há muito conhecidos.¹⁸

Na verdade, esta é uma ordem de ideias que deve ir, ainda, além. É

18 No âmbito doutrinário: *(i)* Aury Lopes Júnior defende que o réu pode negar-se a participar do reconhecimento. A questão, segundo este autor, resolve-se pela observância de uma das principais regras probatórias de nosso sistema: respeitar o direito de silêncio e o de não produzir prova contra si mesmo, que assistem ao réu. Por isto ele poderia negar-se a participar, no todo ou em parte, do ato, sem que dessa recusa se presuma ou extraia qualquer consequência que lhe seja prejudicial (*nemo tenetur se detegere*) (*op. cit.* p. 601); *(ii)* Norberto Avena, por sua vez, defende a legitimidade de condução do investigado para participar do procedimento de reconhecimento. Diante da indagação sobre a legitimidade da condução do investigado ou acusado para fins de seu reconhecimento por vítimas ou testemunhas quando, notificado, não comparecer a esse ato, afirma que o art. 260 do CPP insere esta possibilidade, ao dispor que “se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”. Ressalta que, não obstante o Plenário do STF, no julgamento, em 13 e 14.06.2018, respectivamente, das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395/DF (intentada pelo Partido dos Trabalhadores) e 444/DF (proposta pelo Conselho Federal da OAB), tenha declarado que a expressão “para interrogatório” inserida no art. 260 do CPP não foi recepcionada pela Constituição (proibindo-se, via de consequência, a condução coercitiva do investigado ou do réu à presença da autoridade policial ou do juiz com a finalidade de submetê-lo a interrogatório sobre os fatos), nada foi deliberado em relação aos comandos remanescentes do referido dispositivo legal, os quais dizem com a possibilidade de condução para “reconhecimento ou qualquer outro ato” que, para ser realizado, exija a presença do investigado ou réu. Logo, conforme seu entender, pelo menos em princípio, estas demais formas de condução coercitiva permanecem autorizadas. Ademais, sobre a possibilidade do delegado, à revelia de ordem judicial, ordenar a condução coercitiva de pessoas, refere tratar-se de matéria controvertida. Alguns entendem que o delegado, quando necessitar, deve postular ao juiz que ordene a condução coercitiva de qualquer pessoa (salvo o investigado para fins de interrogatório, em razão da citada deliberação do STF) à sua presença. Argumenta-se, neste caso, que a condução implica forma de privação da liberdade, procedimento este que, abstraída a situação de flagrante delito, não poderia ser realizado sem ordem judicial. Outros, ao contrário, sustentam que o art. 144, § 4.º, da Constituição atribuiu às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais. Sendo assim, deveria ser facultado à autoridade policial adotar todas as providências necessárias para que seja realizada tal apuração (ressalvadas, por óbvio, aquelas sobre as quais incide a reserva de jurisdição), até mesmo a própria condução de testemunhas e vítimas para prestar informações sobre o fato investigado. Esta a posição com a qual concorda este autor (*op. cit.* p. 1.026-1.027); *(iii)* Por fim, para Renato Brasileiro de Lima, a negativa em participar do reconhecimento de pessoas não estaria abarcada pelo direito de não produzir provas contra si mesmo. Segundo este autor, por força do direito de não produzir prova contra si mesmo (*nemo tenetur se detegere*), o investigado tem o direito de não colaborar na produção da prova sempre que se lhe exigir um comportamento ativo, um *facere*, daí porque não estaria obrigado a participar da acareação. Todavia, em relação às provas que demandam apenas que o acusado tolere a sua realização, ou seja, aquelas que exijam uma cooperação meramente passiva, não se haveria de falar em violação ao *nemo tenetur se detegere*. O direito de não produzir prova contra si mesmo não persistiria, portanto, quando o acusado fosse mero objeto de verificação. Assim, em se tratando de reconhecimento pessoal, ainda que o acusado não queira voluntariamente participar, admite-se sua execução coercitiva, conforme referido autor (*op. cit.* p. 98).

que, assumindo-se pela não obrigatoriedade da participação do suspeito no ato, indaga-se se o julgado teria dado margem a alguma espécie de via alternativa para produzir um reconhecimento válido. Da mesma forma, caso a resposta a esta última provocação seja negativa, persistirá a pergunta de como apurar aqueles crimes em que a prova de autoria dependa, necessariamente, de uma identificação pela vítima ou por uma testemunha presencial.

Embora retóricos, esses questionamentos evidenciam que, dentro de um contexto de ordenamento no qual vige o *livre convencimento*, não se pode perder de vista que serão, precisamente, as tradicionais balizas da *necessidade de motivação das decisões* e da *inadmissibilidade de provas ilícitas* que figuram como os únicos freios à apreciação judicial de todo e qualquer elemento probatório.¹⁹

Em definitivo, na interpretação do julgado não se pode olvidar que todo e qualquer elemento relacionado à prática do delito ou à sua autoria, que possa contribuir com a reconstrução histórica dos fatos, em princípio, tem aptidão para servir de elemento probatório a ser utilizado na motivação judicial, salvo se presente uma inobservância que conduza, tecnicamente, à ilicitude de prova.

Não parece ter sido este o caso dos autos, tanto que, na parte inicial do voto, há expressa assunção da premissa de que devem ser diferenciadas as hipóteses de *ilicitude* e de *ilegitimidade* probatória.

Ao nosso sentir, só a partir da admissão dessa linha condutora é que se tornará possível interpretar a sequência argumentativa trazida pelo voto, seja no que diz respeito à *irrepetibilidade do ato*, seja no tocante ao seu *aproveitamento ou não pelo juízo* no caso concreto.

5.2.1. De fato, sobre a *irrepetibilidade do ato*, identificam-se diversos trechos no voto que, partindo de evidências empíricas, admitem que, quanto mais vezes se repetir o reconhecimento de pessoas, maiores serão as chances de se produzir um reconhecimento equivocado²⁰. Ademais, assume-se que similares conclusões tendem a

19 Neste particular, ao ressaltar como as *provas tarifadas (reglas de pruebas legales)* devem constituir uma exceção dentro de uma perspectiva de busca da reconstrução histórica dos fatos, Wolfgang Frisch menciona que há muito as provas dessa natureza “tomaron la forma más bien de una teoría negativa de la prueba”. Cf. FRISCH, Wolfgang (2016): “Libre valoración de la prueba y estándar probatorio. Fundamentos históricos y de teoría del conocimiento”, em Kai AMBOS, María Laura BÖHM, e John E. ZULUAGA (eds.), *Desarrollos actuales de las ciencias criminales en Alemania: Segunda y Tercera Escuela de Verano en ciencias criminales y dogmática penal alemana*, CEDPAL, Göttingen, Göttingen University Press, pp. 53-82 (55).

20 “Nesse contexto, vale mencionar a interessante conclusão de pesquisa realizada nos Estados Unidos, conduzida pelo professor Brandon Garrett, a qual apontou que a repetição de procedimentos de

ser obtidas com a *apresentação de fotografias ao reconhecedor*, a qual introduziria *falsas memórias* e, portanto, também induziria ao reconhecimento errôneo.

Apesar dessas incursões, porém, quanto ao primeiro aspecto, consta no mesmo julgado expressa referência à possibilidade de *refazimento* (e não de mera *confirmação*) do ato em juízo²¹. Quanto ao reconhecimento por exibição de fotografia, por sua vez, assume-se que ele deverá ser visto como uma *etapa antecedente ao eventual reconhecimento pessoal*,²² o que, em certa medida, traz certa ambiguidade já que, assumida a probabilidade do reconhecimento anterior induzir a falsas memórias, seria previsível admitir que o reconhecimento a *posteriori* teria ainda menor confiabilidade.

5.2.2. Similares problemas argumentativos verificam-se no que diz respeito às menções realizadas pelo julgado sobre o *aproveitamento do reconhecimento* que tenha sido realizado sem a observância do rito procedimental traçado pelo Código.

Com efeito, tal qual se extrai do voto, a sanção processual consistiria no impedimento de se valorar qualquer prova decorrente de reconhecimento realizado em desconformidade com os comandos do Código, o que se justificaria dado o baixo valor

identificação não confere maior grau de confiabilidade a um reconhecimento. *Há, no entanto, correlação entre a quantidade de vezes que uma testemunha/vítima é solicitada a reconhecer uma mesma pessoa e a produção de uma resposta positiva.* Em amostra com 161 condenações de inocentes revertidas após a realização de exame de DNA, 57% dos casos contaram com mais de um procedimento de identificação: a testemunha admitiu em juízo que, inicialmente, não tinha certeza quanto à autoria do delito e que passou a reconhecer o acusado somente depois do primeiro reconhecimento (*Innocence Project Brasil. Prova de reconhecimento e erro judiciário.* São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 13). *Daí a razão pela qual as psicólogas Nancy K. Steblay e Jennifer E. Dysart recomendam não só que sejam evitados procedimentos de identificação que usam um mesmo suspeito como também que identificações produzidas por procedimentos repetidos não sejam consideradas tão confiáveis, justamente porque, quanto mais vezes uma testemunha for solicitada a reconhecer uma mesma pessoa, mais provável ela desenvolver falsa memória a seu respeito* (STEBLAY, Nancy K.; DYSART, Jennier. E. *Repeated eyewitness identification procedures with the same suspect.* Journal of Applied Research in Memory and Cognition *apud Innocence Project Brasil.* Prova de reconhecimento e erro judiciário. São Paulo. 1. ed., jun. 2020, p. 13). Não por outro motivo, Gustavo A. Arocena, ao se referir à doutrina jurídica argentina, afirma *ser unânime naquele país o entendimento de que o reconhecimento pessoal é um ato definitivo e irreprodutível, porque não se pode repeti-lo em idênticas condições (El reconocimiento por fotografía, las atribuciones de la Policía Judicial y los actos definitivos e irreproductibles.* In: *Temas de derecho procesal penal (contemporaneos).* Córdoba: Editorial Mediterránea, 2004, p. 97).” (trecho destacado da ementa).

21 “De fato, a existência de distinção entre as provas ilegítimas e as ilícitas, para além da natureza do direito violado (material ou processual), se dá, também, quanto aos efeitos ou à sanção aplicável (inadmissibilidade ou nulidade). A inadmissibilidade da prova ilícita impede o seu ingresso (ou, se já produzida, sua exclusão) no processo, enquanto a ilegítima será sancionada com sua nulidade. Vale dizer, as provas produzidas com violação das normas procedimentais serão nulas e não produzirão resultados no processo, o que, todavia, não impede que sejam refeitos os atos, em conformidade com a lei, de modo a possibilitar, assim, o aproveitamento da fonte de prova” (trecho do voto do Ministro Relator).

22 “O reconhecimento do suspeito por mera exibição de fotografia(s) ao reconhecedor, a par de dever seguir o mesmo procedimento do reconhecimento pessoal, há de ser visto como etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal e, portanto, não pode servir como prova em ação penal, ainda que confirmado em juízo” (trecho destacado da ementa).

epistemológico da prova. Essas mesmas razões incrementariam o risco de uma má-avaliação pelo julgador, que viria a conferir à prova um maior valor do que ela realmente mereceria e, conseqüentemente, o levaria a possíveis condenações errôneas.

Esta argumentação já teve uma primeira insurgência que se evidenciou durante o próprio julgamento. Neste sentido, embora tenha votado com o Relator, foi ponderado pelo Min. Nefi Cordeiro que, no seu entender, a *nulidade da prova* – e, portanto, o impedimento à sua valoração – não poderia decorrer de qualquer descumprimento da forma prescrita, como critério de tudo ou nada. Destacou, por isto, que o “grau de invalidade” da prova deve ser progressivo ao “grau de vulneração da norma”, cuja avaliação caberá ao julgador em cada caso concreto, mitigando, assim, a exclusão absoluta de prova relevante²³.

Na realidade, o que se nota neste ponto do voto é que foi desconsiderada uma classificação que tem sido cada vez mais admitida processualmente, assumindo a existência de *distintos momentos na atividade probatória* e, portanto, *variados efeitos a serem considerados*.

Efetivamente, debruçando-se sobre os *três distintos e sucessivos* momentos fundamentais no processo de tomada de decisão judicial sobre os fatos, Ferrer Beltrán ressalta que:

(i) Na chamada *conformação dos elementos de julgamento*, ocorre propriamente um filtro de admissibilidade das provas no processo, inicialmente, de cunho epistemológico, fazendo com que *toda prova relevante (que confirme ou refute as hipóteses à luz dos princípios gerais da lógica e da ciência) sobre os fatos em julgamento deve ser admitida*. É ainda nesse primeiro momento que se afere se a prova foi obtida com violação a direitos fundamentais, se foram produzidas sob o crivo do contraditório, etc. Essas iniciais análises, que excluem elementos probatórios relevantes, justificam-se pela proteção, por parte do Direito, de valores distintos à verificação da verdade (direitos fundamentais, autonomia individual, relações familiares, etc), optando-se pela sua exclusão, numa evidente ponderação de interesses envolvidos;

(ii) Somente quando ultrapassado o primeiro momento, passa-se à

²³ Os votos escritos dos Ministros da Turma, com exceção do voto do Ministro Relator, ainda não foram divulgados até a presente publicação. As ponderações do Ministro Nefi Cordeiro, no que foi acompanhado pelo Ministro Antonio Saldanha, porém, constam da mídia da sessão, disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=RENZeTSw_tw, a partir de 1h24min. Acesso em 5. dez. 2020.

avaliação dos elementos de julgamento, verificando-se racionalmente, de forma individual e em conjunto, qual é o grau de corroboração que as provas que foram admitidas conferem a cada uma das hipóteses a serem julgadas;

(iii) E será, a partir daí, no terceiro e último momento, que será atingida a fase da *adoção da decisão sobre os fatos provados*, decidindo-se, efetivamente, se o grau de corroboração de um dado elemento foi suficiente para justificar determinada decisão, aplicando-se, em consequência, o *standard* de prova para verificar se determinada hipótese pode ser declarada provada suficientemente.²⁴

Este resgate é relevante na medida em que destaca que as regras de exclusão de provas de baixo valor epistemológico – como um *reconhecimento de pessoas sem os cuidados mínimos para garantia da sua confiabilidade* – devem variar em função dos diferentes ordenamentos, do tipo de processo e jurisdição.

Assim, é previsível que em ordenamentos fortemente influenciados pelo *common law* essas regras tendam a estar mais presentes por duas razões que costumam operar-se: (i) a decisão não ser fundamentada (ao menos, nos termos em que se dá em nosso entorno) e (ii) o juízo de mérito, em certos casos, advir de juízos leigos.

Já, nos ordenamentos regidos pela *civil law*, o controle da racionalidade da decisão e da fiabilidade dessa prova se dá de forma muito mais intensa, como referido, especialmente pela *necessidade de motivação de toda e qualquer decisão judicial*²⁵.

Na realidade, mesmo em ordenamentos de *common law*, onde o tema da admissão ou não da prova de reconhecimento já apresenta há muito uma maior profundidade, a questão ganha contornos bem mais complexos e vem sendo objeto de diversas disputas, não se aplicando uma regra de *exclusão absoluta* diante de toda e qualquer violação procedimental, como parece ter concluído o julgado aqui tratado²⁶.

24 FERRER BELTRÁN, Jordi (2017). *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, IX (18), pág 150-169.

25 FERRER BELTRÁN, Jordi (2017). *La prueba es libertad, pero no tanto: Una teoría de la prueba cuasi-benthamiana*. Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo, IX (18), pág 150-169.

26 No sistema federal dos EUA, por exemplo, permite-se a exclusão de prova vinculada aos reconhecimentos desde a década de 70, produto de uma interessante evolução jurisprudencial da Corte Suprema. O precedente atual sobre o tema é o caso *Manson v. Brathwaite*, julgado no ano de 1977 e permite, em termos gerais, excluir a prova de reconhecimento nos casos em que há um "risco substancial de identificação incorreta". Para tanto, deve-se proceder a uma análise em dois passos: (i) primeiro deve-se avaliar se os procedimentos foram "inadmissivelmente sugestivos"; (ii) segundo, se deve determinar, avaliando a totalidade das circunstâncias, se apesar do procedimento inadequado o

Por isto, diante da *questão central relacionada à anulação, exclusão ou aproveitamento de provas relevantes de baixo valor epistêmico*, deve-se sempre ter presente a diferença entre esses sistemas e, em especial, a existência e o momento em que se dá a *motivação judicial sobre os elementos probatórios* levados à apreciação.

Assim, em ordenamentos regidos por sistemas em que esta motivação inexistente tem-se como consectário que o controle deva ser *ex ante*, ou seja, ainda na *fase da admissão* de um dado elemento de prova. Por outro lado, quando tiver existido uma opção pelo sistema continental, como se dá no nosso ordenamento – no qual, inclusive, as motivações judiciais recaem sobre “fatos provados” –, o controle do “peso” que se dará a uma dada prova de baixa confiabilidade deverá ser *ex post*, ou seja, *na motivação*.

Aplicadas ao caso concreto, essas ideias admitem assumir que mesmo quando inobservado o rito legal previsto no art. 226, será possível estar-se diante de uma prova de alta confiabilidade, em particular, quando demonstrar-se que a sequência de atos tomou por base um contexto em que foram adotadas boas práticas recomendadas por estudos científicos, por exemplo. Em tais casos, a exclusão ou anulação destes elementos de prova demonstraria um mero apego à forma, lastreando-se num discurso retórico de garantias que, inevitavelmente, diminuiria a probabilidade de se ter uma decisão de fatos provados que corresponda à pretendida reconstrução histórica dos fatos.

reconhecimento ainda mostra-se confiável. Para determinar a confiabilidade, a Corte tem fixado um conjunto de fatores (conhecidos como fatores *Biggers*, por resultarem do caso *Neil v. Biggers*, de 1972) que incluem: a oportunidade que teve a vítima ou testemunha de observar a pessoa; o nível de atenção que prestou; a precisão da primeira descrição; o grau de certeza manifestado ao reconhecer; e o tempo transcorrido entre o evento e o reconhecimento. Um apanhado sobre esta evolução jurisprudencial e legal, desde o caso Manson até julgados mais recentes das cortes estaduais pode ser consultado em: WELLS, Gary; QUINLIVAN, Deah, “*Suggestive Eyewitness Identification Procedures and the Supreme Court’s Reliability Test in Light of Eyewitness Science: 30 Years Later*”, *Law and Human Behavior*, Vol. 33, N° 1 (2009), pp 1-24.

6. CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Conforme todo o exposto, as seguintes conclusões podem ser extraídas do atual panorama sobre o tema:

(i) até o julgamento aqui analisado, era firme o entendimento jurisprudencial no sentido de que o procedimento descrito no artigo 226 do Código de Processo Penal se traduzia em mera *recomendação legislativa*, de modo que a sua inobservância não prejudicaria a validade da prova;

(ii) a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, porém, ao julgar o *Habeas Corpus* n. 598.886/SC, reconheceu que o rito legal para o reconhecimento de pessoas deve ser interpretado como de *observância obrigatória* e que a sua inobservância dá ensejo à nulidade da prova;

(iii) com isto, o julgado pretendeu estabelecer uma *viragem jurisprudencial*, sob o fundamento de que o reconhecimento de pessoas realizado sem observar o rito legal produziria um elemento probatório de baixa confiabilidade suscetível à provocação de erros judiciários;

(iv) embora o julgamento tenha sido unânime na concessão da ordem, houve entendimento dissidente pela não concordância com a sanção de nulidade proposta para todo e qualquer ato de reconhecimento pessoal realizado sem a observância do rito;

(v) ademais, é importante notar que o julgado longe esteve de produzir um imediato reconhecimento de nulidade de todo e qualquer reconhecimento de pessoas que tenha sido ou venha a ser realizado sem a observância integral do rito previsto em nosso ordenamento processual;

(vi) isto porque, dentro de um sistema de livre convencimento motivado, tem plena vigência o *princípio da admissão dos elementos de prova relevantes*, que faz com que deva realizar-se um *controle da racionalidade da decisão ex post*, o qual se dá mediante o *controle da motivação*;

(vii) daí a necessidade de entregar-se relevância aos elementos de prova em si, ainda que efetuando-se um juízo de valor sobre sua confiabilidade, sem que se perca de vista que serão a *necessidade de motivação das decisões* e a *regra da*

inadmissibilidade de provas ilícitas que vão figurar como os únicos freios à apreciação judicial desses elementos probatórios na reconstrução histórica dos fatos;

(viii) mostra-se devido, por isso, entregar-se um significado probatório também àqueles reconhecimentos de pessoas que tenham inobservado a forma prevista, valorando o conteúdo documentado nos autos, sob pena de descartar-se indevidamente provas de cunho testemunhal, de avaliação subjetiva, que possam ser aptas a contribuir para a formação do convencimento do julgador;

(ix) de toda forma, independentemente da questão atinente à validade ou não da prova e seu aproveitamento, cada vez mais, devem ser adotadas cautelas diferenciadas na utilização desta modalidade probatória, ciente de que certas medidas de controle consentâneas com os ensinamentos da psicologia tendem a produzir uma prova de maior confiabilidade;

(x) por isso, na busca da melhora da qualidade da prova decorrente dos procedimentos de reconhecimento, é de todo recomendável caminhar-se para uma *standardização das práticas*, o que passa, invariavelmente, pela adoção de *protocolos de atuação para fixar standards mínimos de qualidade*, formalmente institucionalizados e que sejam objeto de esforço interinstitucional entre as agências persecutórias.