UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE

WANESSA YASMIN SÁ LIMA

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA ADOÇÃO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS

Recife
2022

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA ADOÇÃO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Área de Concentração:

Orientador: Sérgio Torres Teixeira

Recife

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do programa de geração automática do SIB/UFPE

Lima, Wanessa Yasmin Sá .

O reconhecimento de pessoas e suas implicações no processo penal brasileiro à luz do princípio da presunção de inocência e da adoção de standards probatórios /
Wanessa Yasmin Sá Lima. - Recife, 2022.
35 p.

Orientador(a): Sérgio Torres Teixeira

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, Direito - Bacharelado, 2022.

1. Presunção de inocência. 2. Reconhecimento de Pessoas. 3. Art. 226 do CPP. 4. Falsa Memória. 5. Standards de prova. I. Teixeira, Sérgio Torres . (Orientação). II. Título.

340 CDD (22.ed.)

WANESSA YASMIN SÁ LIMA

O RECONHECIMENTO DE PESSOAS E SUAS IMPLICAÇÕES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E DA ADOÇÃO DE *STANDARDS* PROBATÓRIOS

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal de Pernambuco, Centro de Ciências Jurídicas, como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em: 18/10/2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Sérgio Torres Teixeira (Orientador)
Universidade Federal de Pernambuco

Profª. Drª. Patrícia Alves da Silva (Examinadora Interna)
Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr. Delmiro Borges Cabral (Examinador externo)
FOCCA

AGRADECIMENTOS

Nas palavras de Fernando Pessoa, é preciso sonhar mesmo que seja impossível. Lutar mesmo que o inimigo seja invencível. Suportar a dor, mesmo que seja insuportável. Correr, mesmo onde o bravo não ouse ir. Transformar no bem o que é mal, mesmo que o caminho seja de mil milhas. Amar o puro e o inocente, mesmo que seja insistente. Persistir, mesmo quando o corpo não mais resista. E, afinal, tocar aquela estrela, mesmo que seja impossível.

Formar-me em Direito na Faculdade de Direito do Recife me pareceu, por muito tempo, um sonho distante, quase impossível. Agora, cada dia mais perto da conclusão deste curso, sinto que valeu a pena todos os esforços que me trouxeram até aqui. Devo ressaltar que não fui a única a me esforçar para que isso acontecesse.

Por isso, agradeço, em primeiro lugar, a Deus, pela simples dádiva da vida. Agradeço também aos meus pais, Aline e Rodrigo, por tudo que fizeram por mim para que eu pudesse chegar até aqui. Minha avó, Maria do Carmo, talvez não faça ideia do tamanho do amor que tenho por ela e o quanto ele me move. Minhas tias-avós, o apoio de vocês foi indispensável durante minha jornada na faculdade, até porque vir do interior do estado para a capital representa uma grande mudança de vida. Tia Janaína, obrigada por semear em mim a vontade de trabalhar pela justiça. Minha prima e irmã Beatriz, obrigada por acreditar em mim. Meus irmãos, Matheus e Gabriela, mesmo de longe, me fazem persistir nos meus sonhos, obrigada por existirem. Agradeço, enfim, a toda minha família, a cada um que me ajudou, de alguma forma, a conquistar esse sonho.

Não posso deixar de agradecer aos meus amigos de infância e aos que cultivei após minha chegada em Recife, vocês são essenciais em minha vida. Agradeço, ainda, aos meus queridos colegas de turma e amigos da Faculdade de Direito, especialmente Pedro Henrique Costa, Amanda de Morais, Manoel Alves e todos do grupo “Só os otários”, por todos os “perrengues” que passamos juntos e por todas as memórias que construímos.

Imprescindível mencionar, ainda, que sou grata aos escritórios Queiroz Cavalcanti Advocacia e Dias, Rezende e Alencar Advocacia pelas oportunidades de aprendizado em anos de estágio. Atualmente na Central de Inquéritos do Ministério Público de Pernambuco, aprendo diariamente sobre o processo penal e devo isso a Dr. José Roberto da Silva, um exemplo de Promotor de Justiça, e a sua assessora, Ana Teresa Selva, que muito me ensina sobre tudo.

Por fim, agradeço aos ótimos professores com os quais tive o prazer de aprender muita coisa para além do Direito. Professor Sérgio Torres, obrigada por todos os ensinamentos, especialmente na matéria de TGP, que me fez amar direito processual.

RESUMO

O presente estudo tem por objeto a análise da prova do reconhecimento de pessoas sob a ótica do princípio da presunção de inocência e da teoria dos standards probatórios. Nesse sentido, o objetivo principal deste trabalho é demonstrar a fragilidade do reconhecimento de pessoas enquanto prova base para a condenação no processo penal à luz da doutrina da presunção de inocência e suas diversas facetas e da aplicação de standards de prova elevados, à altura do sistema processual acusatório. Para tanto, foi utilizada a técnica bibliográfica, pautando-se em obras que abordam as temáticas mencionadas, bem como documental, a partir do uso de legislação, jurisprudência e pesquisas científicas.

Palavras-chave: presunção de inocência; reconhecimento de pessoas; art. 226 do CPP; falsa memória, standards de prova.

ABSTRATCT

The present study aims to analyze the evidence of recognition of persons from the perspective of the principle of presumption of innocence and the theory of evidentiary standards. In this sense, the main objective of this work is to demonstrate the fragility of the recognition of persons as a basis for conviction in criminal proceedings in the light of the doctrine of the presumption of innocence and its various facets and the application of high standards of proof, at the height of the system. accusatory procedure. For this, the bibliographic technique was used, based on works that address the mentioned themes, as well as documentary, from the use of legislation, jurisprudence and scientific research.

Keywords: presumption of innocence; recognition of people; art. 226 of the CPP; false memory, standards of proof.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....08

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA 09

2.1 Origem 09

2.2 A presunção de inocência no Brasil..... 11

2.3 A presunção de inocência na jurisprudência dos Tribunais Superiores 12

2.4 As distintas dimensões da presunção de inocências.....**14**

3 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO PROVA NO PROCESSO PENAL..... 16

3.1 Considerações sobre prova..... 16

3.2 Cadeia de custódia de prova..... 18

3.3 Da prova obtida através do reconhecimento de pessoas e o artigo 226 do CPP**.....** 19

3.3.1 Reconhecimento por fotografia na jurisprudência dos Tribunais Superiores. 21

3.3.2 Problematização do reconhecimento pessoal à luz da Psicologia Judiciária 26

4 *STANDARD* DE PROVA E A VALORAÇÃO DO RECONHECIMENTO PESSOAL 28

4.1 Considerações sobre *standards* probatórios e a verdade no processo penal..... 28

4.2 *Standard*s probatórios e as decisões condenatórias fundadas em reconhecimento pessoal.....31

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. POSSÍVEIS MEDIDAS DE APRIMORAMENTO DO RECONHECIMENTO PESSOAL 34

REFERÊNCIAS.....41

1 INTRODUÇÃO

No estudo do processo penal, é inevitável deparar-se com tensões entre a gestão da prova e o princípio constitucional da presunção de inocência. Tal princípio foi positivado na Constituição Federal de 1988 de forma expressa e contundente, sem qualquer espaço para o rigor da chamada presunção de culpabilidade que guiou o processo penal em muitos momentos sombrios da história.

Conforme leitura sistêmica da Constituição Federal e do Código de Processo Penal, tomando como base as recentes alterações feitas pelo chamado Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/2019), apesar de suspensas por razões que serão demonstradas neste trabalho, é possível afirmar que o processo penal brasileiro está consolidando, de uma vez por todos, o sistema acusatório como matriz.

Nesse sentido, é indispensável refletir sobre a adequação, em especial, da prova do reconhecimento pessoal, aos novos paradigmas que vêm sendo estabelecidos no processo penal brasileiro, inclusive no que diz respeito à temática dos *standards* de prova e da própria doutrina do princípio da presunção de inocência e seus correlatos.

Inicialmente, no capítulo 1 deste trabalho, são expostas breves considerações acerca do referido princípio constitucional, tais como sua origem, sua aplicabilidade no Brasil, em geral e no âmbito dos tribunais superiores, além de considerações doutrinárias sobre suas variadas facetas/formas de expressão.

À luz de tal princípio, o capítulo 2 propõe o estudo da prova do reconhecimento de pessoas no processo, trazendo-se à baila as mudanças legislativas trazidas pela introdução da cadeia de custódia ao CPP e as muitas discussões acerca da redação do art. 226 do referido Código e sua interpretação pela jurisprudência pátria a partir de análise de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. Ainda, faz-se algumas considerações acerca da problemática dessa prova sob a ótica da psicologia judiciária.

No capítulo 3, na esteira do que fora exposto sobre a presunção de inocência e o reconhecimento de pessoas, traz-se ao debate o tema dos standards probatórios e a valoração dessa prova no processo penal brasileiro. Nesse sentido, são expostas algumas considerações sobre os standards de provas e o lugar da vparerdade no processo penal, bem como a relação

desses standards com as decisões condenatórias baseadas na prova de reconhecimento pessoal, tecidas algumas críticas ao chamado *rebaixamento de standard.*

Por fim, no capítulo 4, traz-se à baila algumas propostas de aprimoramento na produção e valoração da prova do reconhecimento pessoal visando uma redução de riscos e, consequentemente, uma redução nos "erros" que podem levar à condenação de pessoas inocentes. Para isso, condensam-se as ideias trazidas acerca da função dos standards de prova no momento da decisão do julgador e dos reflexos disso na "vida" do princípio da presunção de inocência no processo penal.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

2.1 Origem

O surgimento dos primeiros preceitos do que hoje se entende como direito/princípio da presunção de inocência é tema controverso na doutrina. Autores como Luigi Ferrajoli entendem que sua origem remonta ao Direito Romano, mas foi completamente afastado durante o período das práticas inquisitórias da Baixa Idade Média[1], quando aqueles suspeitos de transgredir as normas impostas pela Igreja Católica eram torturados até que os inquisidores conseguissem sua confissão, prova de maior relevância no Tribunal do Santo Ofício[2].

Canotilho, minoritariamente, defende que a presunção de inocência foi prevista pela primeira vez na Carta Magna de 1215 do Rei João Sem-Terra, que "proibia" julgamentos e penas divergentes daqueles previsto em lei[3]. É possível afirmar, independente da corrente doutrinária adotada, que a presunção de inocência surgiu em momento anterior à contemporaneidade. Entretanto, o princípio que conhecemos hoje passou por inúmeras transformações, dentre as quais três foram marcos históricos: o Iluminismo, a Revolução Industrial Inglesa e Revolução Francesa.

Na Época das Luzes, o movimento intelectual francês fez oposição ao Antigo Regime e semeou os primeiros ideais de liberdade. Em seguida, no contexto da Revolução Industrial, o proletariado se revoltou contra as condições de trabalho e o desenvolvimento crescente do capitalismo deu origem às lutas de classe.

A Revolução Francesa, por sua vez, merece destaque. Isso porque a revolução burguesa foi o berço de novos direitos e elevou a outro nível a defesa da cidadania e da liberdade. Por conseguinte, em 26 de agosto de 1789, a Assembleia Nacional Constituinte da França aprovou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento que previu direitos individuais e de caráter universal, estabelecendo a igualdade entre todos os cidadãos. Com base na doutrina jusnaturalista, a referida Declaração era de caráter universal, pois os direitos dos homens, como

---

[1] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 6ª Ed. Trad.: Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg. 441.

[2] GAMA LIMA, Lana Lage. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado. Dossiê Cidadania e Violência. Rev. Sociol. Polit. Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/vSgDrG75Lkj7C9WzXgp3xfB/?lang=pt. Acesso em 26 set 2022.

[3] CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

eram chamados, eram inerentes à própria natureza humana, de modo que eram válidos e exigíveis para todos e a qualquer tempo.

Em seu artigo 9º, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 previu: "Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei". [4]

Pela primeira vez, de forma expressa, o princípio da presunção de inocência foi positivado, substituindo o rigor da presunção de culpabilidade que vigorava anteriormente, quando o ônus da prova era do próprio réu. Além disso, a Declaração determinou a moderação na execução das penas, fato que também significou um grande avanço para a sociedade francesa, que acabou inspirando outros ordenamentos jurídicos ao redor do mundo.

A desigualdade político-econômica gerada durante o apogeu da sociedade liberal na Europa culminou na Primeira Guerra Mundial em 1914, assim como na Segunda Guerra Mundial – de 1939 até 1945.

Diante das consequências desses períodos sombrios e catastróficos e com o intuito de unir forças para a reconstrução da ordem internacional, a recém-criada Organização das Nações Unidas, por meio da Assembleia Geral, positivou internacionalmente a Declaração Universal dos Direitos Humanos no ano de 1948, por meio da Resolução 217 A-III, documento inspirado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

No que tange ao princípio da presunção de inocência, as Declarações são diferentes em suas apreciações. A Declaração francesa não previu nenhuma condicionante à presunção de inocência, ao passo que a Declaração de 1948 estabeleceu que a pessoa será considerada inocente até que sua culpa seja provada conforme a lei, asseguradas as demais garantias necessárias à sua defesa. Apesar de nem todos os países do mundo fazerem parte da ONU, a Carta das Nações Unidades influenciou inúmeras constituições, de forma que a presunção de inocência se fez presente expressa ou tacitamente nas legislações internacionais.

Na Constituição Federal brasileira de 1988, o constituinte adotou a Declaração dos Direitos Humanos como paradigma para a positivação de diversos direitos e garantias no texto constitucional, inclusive da presunção de inocência.

---

[4] NOVO, Benigno Núñez. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 22 set 2021, 04:36. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57218/a-declarao-dos-direitos-do-homem-e-do-cidado-de-1789 Acesso em 10 set 2022.

Feitas as devidas considerações acerca do surgimento desse princípio e das suas primeiras manifestações ao redor do mundo, cumpre analisar, a seguir, a sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro.

2.2 A presunção de inocência no Brasil

Os esforços direcionados à redemocratização do Brasil resultaram, em 1946, numa Constituição Federal que ampliou os direitos e garantias individuais de forma significativa para a época. Contudo, em 1964, o Golpe Militar instaurou um modelo de governo autoritário e antidemocrático no país, que perdurou por 21 anos.

O "Estado Democrático de Direito" foi massacrado por Atos Institucionais que visavam a destruição da ordem constitucional democrática até então vigente. Como resultado, direitos e garantias individuais e coletivos foram relativizados ou até suspensos durante o regime ditatorial.

O fim da Ditadura só aconteceu em 1985, com a eleição de Tancredo Neves para o cargo de Presidente da República, por escolha do Colégio Eleitoral. Após a morte de Tancredo, José Sarney, Vice-Presidente, assumiu a presidência do país e deu início ao processo de reconstrução da democracia brasileira e substituição do Ato Institucional nº 5 de 1967.

Instalada a Assembleia Nacional Constituinte em 1987, foram criadas diversas Comissões para tratar dos mais diversos temas, dentre eles o da "Soberania e Direitos e Garantias do Homem e da Mulher". Foi então que José Ignácio Ferreira sugeriu, por meio da Emenda nº 1P1198-7, o seguinte texto: "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória".

Devidamente promulgada em 1988, a Constituição Cidadã, como é conhecida, incluiu a presunção de inocência no rol de Direitos e Garantias Fundamentais, mais precisamente no art. 5º, LVII, da Carta Magna, *in verbis:*

> "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.[5]"

[5] BRASIL. Constituição Federal da República Federativa do Brasil (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 set. 2022.

Em miúdos, o constituinte definiu que aquele que responde a um processo criminal somente poderá ser considerado culpado após o esgotamento de todas as vias recursais. Ou seja, não basta a existência de uma sentença condenatória para que se altere o estado de não culpabilidade. A presunção de inocência é, portanto, um direito à segurança jurídica penal que limita a atuação punitiva do Estado.

2.3 A presunção de inocência na jurisprudência dos Tribunais Superiores

Em 2010, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) publicou a súmula 444, com o seguinte teor: "é vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para agravar a pena-base". Tal entendimento é oposto à visão tradicionalista que atribuía aos inquéritos policiais, termos circunstanciados e até mesmo aos atos infracionais pregressos tamanha relevância capaz de transformá-los em indicadores de maus antecedentes ou má conduta social com a finalidade de exasperar a pena-base.

O conteúdo da referida súmula revela o esforço dos tribunais superiores em readequar os instrumentos de dosagem da reprimenda penal à Constituição de 1988 a partir de propostas que garantem a devida individualização da pena, a correta fundamentação das decisões judiciais, e, sobretudo, o respeito aos direitos e garantias constitucionais, dentre os quais se encontra a presunção de inocência.

O Supremo Tribunal Federal (STF), por sua vez, no julgamento do Habeas Corpus (HC) nº 84.078-7/MG[6], declarou inconstitucional a chamada "execução antecipada da pena" face ao art. 5º, LVII, da Constituição da República, pois o estado de inocência só se altera quando se prova a culpa e esta só se confirma após o esgotamento de todas as vias recursais cabíveis, ou seja, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Entretanto, no ano de 2016, ao julgar HC nº 126.292/SP[7], o STF rediscutiu o tema e estabeleceu um novo paradigma para considerar constitucional o início da execução da pena após a confirmação da sentença penal condenatória em segundo grau, dispensado o trânsito em julgado. Ao fundamentar o seu voto, o Min. Relator Teori Zavascki frisou:

> "**A execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não culpabilidade**, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. **Não é incompatível com a garantia constitucional**

[6] STF. Plenário. HC: 84078 MG, Rel. Min. EROS GRAU, julgado em 05/02/2009.

[7] STF. Plenário. HC: 126292 SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

> **autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias**".[8] (grifo nosso)

Apesar da clareza e precisão do texto constitucional ao determinar que uma pessoa somente poderá ser considerada culpada pela prática de crime, e, portanto, punida, após o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, a Corte relativizou esse mandamento para autorizar a prisão em segunda instância.

Com a devida vênia, o resultado do julgamento do referido HC foi infeliz. O STF, de forma arbitrária e por razões não fundadas na lei, reinventou, ali, o conceito de trânsito em julgado, o qual já está sedimentado após séculos de estudos doutrinários e jurisprudenciais.

Após um período sombrio de insegurança jurídica e afronta à Carta Magna, o STF voltou a enfrentar a temática da execução da pena após condenação em segunda instância para alterar, mais uma vez, seu entendimento. No ano de 2019, aconteceu o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 43, 44 e 54[9], cujo mérito versa sobre a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal (CPP), *in verbis*:

> "Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva."

Por seis votos a cinco, a Corte Maior declarou a constitucionalidade do referido artigo do CPP em face do art. 5º, LVII, da CF para proibir a prisão antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória, sem prejuízo, claro, das prisões cautelares legalmente previstas. Em seu voto, o Min. Rel. Marco Aurélio é incisivo ao afirmar que "não vivêssemos tempos estranhos, o pleito soaria extravagante, sem propósito; mas, infelizmente, a pertinência do requerido nas iniciais surge inafastável", se referindo aos pedidos das ADCs. Isso porque, segundo o Ministro, a norma do art. 283 do CPP é praticamente uma reprodução do art. 5º,

---

[8] STF. Plenário. HC 126.292/SP, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

[9] Destaque para trecho do voto do Min. Celso de Mello: "cabe acentuar, por necessário, que a presunção de inocência, que confere suporte legitimador a um direito fundamental, protegido por cláusula pétrea, titularizado, sem exceção, pela generalidade das pessoas, **não se reveste de valor absoluto, porque encontra limite no trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a partir de cujo transcurso o condenado passa, então , em razão de seu novo *status poenalis*, a ostentar a condição de culpado**". (STF. Plenário. ADC 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019.)

LVII, da CF, e sua constitucionalidade não comporta questionamentos justamente por reproduzir uma cláusula pétrea[10].

Com base em debates jurisprudenciais e doutrinários acerca do conceito da presunção de inocência, passe-se à análise das suas funções ou formas de manifestação no processo e fora dele.

2.4 As distintas dimensões da presunção de inocência

Conforme demonstrado, o atual entendimento jurisprudencial das Cortes brasileiras define a presunção de inocência, dentre outras coisas, como uma garantia processual, isso, pois, não se pode falar em culpa até o esgotamento de todas as vias recursais.

Sobre o tema, leciona Aury Lopes[11]:

> "a) É um princípio fundante, em torno do qual é construído todo o processo penal liberal, estabelecendo essencialmente garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal;
>
> 2.4.1 É um postulado que está diretamente relacionado ao tratamento do imputado durante o processo penal, segundo o qual haveria de partir-se da ideia de que ele é inocente e, portanto, deve reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se, é claro, a fase pré-processual);
>
> 2.4.2 Finalmente, a presunção de inocência é uma regra diretamente referida ao juízo do fato que a sentença penal faz. É sua incidência no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é uma carga da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar suficientemente demonstrada".

Nesse sentido, o princípio da não culpabilidade se manifesta dentro do processo e fora dele, de maneira ampla, com reflexos em uma gama de outros direitos e princípios constitucionais e/ou processuais.

Enquanto norma de tratamento, a presunção de inocência desempenha funções endoprocessuais e extraprocessuais. Internamente, impõe ao juiz o dever de tratar o acusado como inocente até o trânsito em julgado de eventual sentença penal condenatória. Isso reflete, inclusive, no uso das prisões cautelares, que, à luz desse princípio, não podem ser usadas como meio de antecipação de pena.

---

[10] STF. Plenário. ADC 43/DF. Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 07/11/2019. Disponível em https://www.conjur.com.br/dl/adc-43-stf-publica-acordaos-julgamento.pdf . Acesso em 14 set 2022.

[11] LOPES JÚNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 139.

Segundo Jordi Ferrer Beltrán[12], existem duas situações extraprocessuais nas quais o princípio da presunção de inocência seria aplicado: aquelas que implicam o poder sancionador e/ou sancionador administrativo do Estado e as que envolvem particulares. No primeiro caso, de início, não parece difícil aplicar tal princípio por analogia.

No entanto, é mais difícil a extensão da presunção de inocência no âmbito dos particulares. A rigor, seria mais fácil fazer esse controle no meio jornalístico, por exemplo, mas, na realidade brasileira, observa-se, com frequência, o fenômeno do *trial by media,* ou seja, a influência da mídia enquanto um verdadeiro poder dentro do processo penal, formando monstros e heróis, dignos e indignos[13].

No Processo Penal, a carga da prova ou o ônus da prova é do acusador, pois, como o acusado deve-se presumir inocente, ele não tem o que provar. Essa é uma manifestação processual da presunção de inocência que exige, para o seu afastamento, a produção de prova pelo órgão acusador de forma lícita e em observância aos preceitos constitucionais e legais.

Por essas mesmas razões, tampouco se admite a inversão do ônus da prova. Além disso, a presunção de inocência enquanto norma de tratamento exige que eventual condenação seja baseada em provas concretas e não em "elementos informativos" do inquérito policial ou suspeitas do julgador.

Cabe ressaltar que este é um dos pontos chaves para a caracterização de um sistema processual penal de matriz acusatória, como se pretende no Brasil, ao menos à luz da Constituição Federal. Sobre o tema, importante foi a mudança feita pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime", no CPP.

Vejamos a redação do art. 3º-A: "O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão da acusação".

Percebe-se, a partir da leitura desse dispositivo, a adoção expressa do sistema acusatório, que consagra o juiz das garantias e repele o juiz inquisidor. Entretanto, a vigência desse artigo acrescido pelo mencionado "Pacote Anticrime" está suspensa por decisão liminar proferida pelo Min. Luiz Fux nos autos das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, em trâmite perante o STF, sob o fundamento de que as mudanças decorrentes dessa norma (implementação do juiz das

---

[12] FERRER BELTRÁN, Jordi. Uma concepção minimalista e garantista de presunção de inocência. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal,* Porto Alegre, vol. 4, n. 1, p.149-182, jan./abri. 2018. Disponível em https://doi.org./10.22197/rbdpp.v4i1.131 Acesso em 14 set 2022.

[13] RIBEIRO, Bruna Bispo. **A influência da mídia no processo penal.** Trabalho de Conclusão de Curso. Dourados, MS. 91 pg., 2018.

garantias e seus consectários) implicariam mudanças estruturais de grande porte no Poder Judiciário que precisam de prévia dotação orçamentária[14].

A presunção de inocência também é uma norma "para o juízo", a ser estritamente observado pelo julgador. Nesse caso, desempenha uma função mais subjetiva, no momento da valoração, pelo juiz, do material probatório produzido ao longo do processo. Além disso, outros princípios como o *in dubio pro reo* e o *favor rei* acabam refletindo essa norma de julgamento em diversos momentos, não apenas durante o "julgamento" em sentido estrito, mas ao longo de todo o processo.

Exige-se, a partir dessa norma, a suficiência probatória para que haja uma condenação, com base na observância de *standards* ou padrões mínimos de prova. Em vista disso, cumpre trazer à baila reflexão acerca do valor da prova obtida por meio do reconhecimento pessoal face aos *standards* probatórios e à exigência da presunção de inocência enquanto norma de julgamento.

[14] ALVES DE OLIVEIRA, Pedro Luiz Cunha; FRAZÃO, Janaína. **Acórdão do TJ/SP aplica e dá efetividade ao artigo 3ª-a do CPP, referendando definitivamente o sistema acusatório**. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/364335/acordao-do-tj-sp-aplica-e-da-efetividade-ao-artigo-3-a-do-cpp . Acesso em 26 set 2022.

3 O RECONHECIMENTO DE PESSOAS COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

3.1 Considerações sobre prova

O processo penal é um ritual destinado a instruir o juiz e a proporcionar a reconstrução aproximativa de um fato histórico. Ou seja, busca-se reconstruir à história para que se chegue o mais perto possível do fato acontecido. Nesse sentido, as provas funcionam como meios através dos quais se fará essa reconstrução aproximativa do fato histórico/crime.

Significa dizer que é a partir da prova que o processo penal, dentro da complexidade do ritual em que se insere, cria condições para que o julgador exerça sua atividade cognitiva em ralação ao fato histórico (*story of the case)* narrado pelo acusador. Dessa forma, a prova que integra o processo penal e o próprio processo em si são formas de construção do convencimento do juiz, que prolatará uma sentença com base no seu entendimento extraído dos fatos reconstruídos.

Sobre a atividade do juiz, leciona Aury Lopes[15], citando Jacinto Coutinho:

> "Assim, a atividade do juiz é sempre recognitiva, pois, como define JACINTO COUTINHO, *a um juiz com jurisdição que não sabe, mas que precisa saber, dá-se a missão de dizer o direito no caso concreto.* Daí porque o juiz é, por essência, um ignorante: ele desconhece o fato e terá de conhecê-lo através da prova. Logo, a prova para ele é sempre indireta".

Nesse sentido, analisando a *semiótica das provas*[16]*,* constata-se sua evidente função de, através dos equivalentes sensíveis, ou seja, dos signos do suposto fato, demonstrar se algo ocorreu ou não. Dentro do processo, em face das provas apresentadas, as partes podem levantar distintas hipóteses sobre o que ocorreu para que o juiz, no exercício da recognição, possa adotar a mais provável.

A partir disso, observa-se que a prova desempenha, no bojo da instrução do processo, a função de reconstruir os fatos para que se formule hipóteses e, em seguida, o juiz possa estudar essas hipóteses e se convencer, com base em um conhecimento empírico, de alguma delas. A melhor doutrina denomina essa atividade de função persuasiva da prova.

---

[15] LOPES JÚNIOR, p. 557, 2020.

[16] Idem, ibidem.

Tal função se manifesta, também, na simbologia do ritual envolto da prova. Dentro da complexidade do processo penal, a instrução probatória é um momento de destaque e muito ritualístico, assemelhando-se, inclusive, à certas práticas da Igreja Católica. Exemplo disso é o fato de a testemunha prestar o compromisso de falar a verdade em juízo, muito vezes jurando com a mão sobre a bíblia e sob pena de incorrer em crime, caso minta.

Assim sendo, a prova não serve apenas para persuadir o julgador, mas para estabelecer a crença de que o processo penal determina a "verdade dos fatos", ainda que isso seja impossível. Para que se faça crer no processo penal e na jurisdição, é preciso que se imagine encontrar a verdade ao final de tudo. [17]

Em síntese, o processo penal vai ter como principal finalidade a retrospecção dos fatos, que se torna possível através das provas, para que seja possível a atividade recognitiva do julgador acerca daquele fato histórico, cuja conclusão decorrente dessa atividade fundamentará uma futura sentença.

3.2 Cadeia de custódia da prova

É evidente a inegável influência das provas, independe do momento em que tenham sido produzidas, no resultado do processo penal. Nesse sentido, louvável inovação feita pela Lei nº13.964/2019 no CPP, ao introduzir expressamente a chamada cadeia de custódia, cuja definição está no artigo 158-A do código processual:

> Art. 158-A Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte.

Tal norma revela a imprescindibilidade da adequada manutenção do caminho percorrido pela prova até chegar às "mãos" do julgador e, por conseguinte, da indispensável preservação da integridade destes elementos de prova pelo tempo necessário, que será informado caso a caso, pelo próprio processo penal.

Sendo assim, qualquer erro no manuseio dos elementos de convicção empregados para basear ou alicerçar uma investigação criminal provoca prejuízo irreparável ao devido processo legal e, mais ainda, à pessoa acusada. Como exposto, o processo penal realiza a retrospectiva de fatos históricos, atividade que torna impossível, por essência, que se encontre a exata realidade dos fatos acontecidos, uma vez que nada nunca se repete de forma igual à anterior.

---

[17] TARUFFO, Michele. *La Prueba de los Hechos.* Madrid, Trotta, 2002, p. 80.

Nesse sentido, a devida observância dos procedimentos da cadeia de custódia é imprescindível ao devido desenvolvimento do processo penal à luz dos normas constitucionais e processuais, de modo que a "quebra" dessa cadeia causa danos insanáveis para a defesa do acusado.

Sobre o tema, o professor Alexandra Morais da Rosa e a defensora pública Fernanda Mambrini aproximam a teoria da "perda de uma chance", oriunda do direito civil, ao processo penal, afirmando:

> "Dadas as especificidades de cada área, não se pode pretender aplicar a teoria da perda de uma chance ao direito processual penal sem qualquer critério diferenciador, fazendo-se necessário realizar uma aproximação, a partir da noção de processo penal como jogo. Deve-se partir do pressuposto – que não é objeto de discussão neste artigo – de **que não se apura a famigerada verdade real, mas sim, uma verdade que é produzida no jogo processual** (LOPES Jr., 2014). Não se pode negar que, em determinados casos, o acusado poderia até ser condenado com os elementos constantes dos autos, **mas também não se afasta a veracidade da constatação de que a produção das demais provas possíveis (perícias, depoimentos, filmagens etc.), sempre carga da acusação, poderia enfraquecer a tese acusatória ou mesmo levar à absolvição**. No campo do processo penal, pois, a ideia que preside é a acumulação dos elementos de convicção por parte da acusação. Em uma frase, **toda prova é necessária e nada é dispensável**" (grifos nossos)[18]

Em suma, a teoria civilista da "perda de uma chance" advém da ideia de um dano causado pela perda de oportunidade de obter uma vantagem ou de evitar um prejuízo, cuja consequência deve ser a responsabilização daquele que deu causa[19]. Aplicado ao processo penal, tal raciocínio é cabível quando o réu perde a chance de ver reconhecida a sua inocência em razão de alguma falha na cadeia de custódia da prova, uma vez que o acesso aos elementos probatórios afetados acaba sendo restringido e o acusado perde a chance de contradizê-los de forma apropriada ou até de usá-los como fundamento para eventual tese absolutória.

Diante do exposto, é indubitável a relevância da prova para o resultado do processo. A inclusão da cadeia de custódia no CPP demonstra a preocupação do legislador brasileiro em garantir e preservar os elementos de convicção e formação da prova através da previsão de *um procedimento específico a ser seguido* (cadeia), o qual envolve uma série de etapas que vão do reconhecimento até o descarte do vestígio. Paralelo a isso, tem-se a inadmissibilidade das provas ilícitas, quais sejam aquelas obtidas em violação a normas constitucionais ou legais, conforme o art. 157 do CPP, que segue garantia já positivada no art. 5º, LVI, da CF,

---

[18] ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal / The theory of loss of chance probative applied to criminal proceedings. Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 455-471, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095 Acesso em 22 set 2022.

[19] NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

como outro exemplo da importância da integridade dos elementos probatórios para o processo penal.

3.3 Da prova obtida através do reconhecimento de pessoas e o artigo 226 do CPP

Na mesma toada do debate acerca das provas em geral, cumpre trazer à baila a análise da prova obtida a partir do reconhecimento de pessoas e o procedimento estabelecido no art. 226 do CPP, que prevê, *in verbis:*

> "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;
>
> Il - 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 no III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento."

Ensina Aury Lopes que o reconhecimento é um ato por meio do qual alguém é levado a analisar alguma pessoa ou coisa e, recordando o que havia percebido em certo contexto, compara as duas experiências. Havendo uma coincidência entre a recordação empírica e a nova experiência levada a cabo em audiência ou no inquérito policial, acontece o reconhecer[20].

É válido mencionar, ainda, a determinação do art. 228 do CPP, que visa evitar a ocorrência de erros possíveis de acontecer diante da influência da memória e das emoções no momento do reconhecimento. Vejamos: "se várias forem as pessoas chamadas a efetuar o reconhecimento de pessoa ao de objeto, cada uma fará a prova em separada, evitando-se qualquer comunicação entre elas".

O reconhecimento de pessoas e coisas pode acontece tanto na fase pré-processual quanto na processual. Conforme exposto acima, o procedimento para a produção dessa prova está estritamente definido em lei, mas, na prática, impera a inobservância, por juízes e delegados, da forma prevista pelo CPP.

---

[20] LOPES JÚNIOR, p.770, 2020.

Os chamados "reconhecimentos informais" feitos na praxe forense são justificados, por aqueles que o fazem, pelo princípio do livre convencimento motivado. Contudo, o desprezo pela formalidade do ato probatório fere de morte o princípio do devido processo legal e, principalmente, o direito de não produzir prova contra si mesmo, regras que refletem na presunção de inocência do acusado.

Não por acaso, o STF declarou a inconstitucionalidade da condução coercitiva de investigados ou réus para o interrogatório, constante no art. 260 do CPP, no julgamento das ADPF 395 e 444, diante da incompatibilidade com as normas e princípios da Constituição Federal. Na esteira do voto do Min. Gilmar Mendes, a Corte estendeu tal entendimento a vedação de condução coercitiva de investigados ou réus para reconhecimento pessoal, em respeito ao *nemo tenetur detegere* e à presunção de inocência.

3.3.1 Reconhecimento por fotografia na jurisprudência dos tribunais superiores

O reconhecimento de pessoas por fotografia é utilizado em muitos casos, inclusive quando o réu se recusa a participar do reconhecimento pessoal, em pleno exercício do seu direito ao silêncio/de não produzir provas contra si mesmo. Entretanto, de acordo com a leitura do referido art. 226, I, do CPP, o reconhecimento fotográfico só deve ser utilizado como ato preparatório do reconhecimento pessoal propriamente dito, não como um substituto deste.

Ensina Maria Isabel Huertas Martin que essa modalidade de reconhecimento não deve carregar grande validade probatória, pois é um instrumente com grandes chances de erros[21]. A autora ainda chama atenção para as investigações e/ou processos com alta repercussão midiática, situação que aumenta ainda mais as chances de erro no reconhecimento por fotografia, uma vez que a foto do suspeito ou réu é amplamente difundida e pode facilmente levar ao induzimento.

Sobre o tema, até outubro de 2020 o STJ sustentava o entendimento de que a forma prevista no art. 226 do CPP era uma "mera recomendação" e, dessa forma, sua inobservância não anularia a prova. Felizmente, no julgamento do HC 598.886/SC, de relatoria do Min. Rogério Schietti Cruz, o STJ revisitou a matéria e alterou substancialmente o seu entendimento[22]. Vejamos:

---

[21] HUERTAS MARTIN, Maria Isabel. *El Sujeito Pasivo del Processo Penal como Objeto de la Prueba.* Barcelona, Bosch, 1999, p.263.

[22] HC 598.886/SC, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020.

> HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. RIGOR PROBATÓRIO. NECESSIDADE PARA EVITAR ERROS JUDICIÁRIOS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.
> 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.
> 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, consequentemente, causar erros judiciários de efeitos deletérios e muitas vezes irreversíveis.

Nesse sentido, o STJ pacificou o entendimento de que o reconhecimento de pessoas deve o seguir o procedimento previsto no art. 226 do CPP, mesmo que seja feito o reconhecimento por fotografia, pois tais formalidades estabelecidas pela lei não configuram "meras recomendações", mas representam garantia mínima para aqueles que estão na condição de suspeitos da prática de um delito penal.

O Min. Relator deixa claro, ainda, que a inobservância de tal procedimento legal enseja a nulidade da prova obtida e, portanto, não pode ser usada como fundamento para uma eventual condenação penal. Isso porque, o reconhecimento pessoal por meio fotográfico é ainda mais problemático do que o reconhecimento tradicional, uma vez que sofre influência do caráter estático, da qualidade da foto, da ausência de expressões faciais e corporais, além de outros inúmeros fatores que podem comprometer a confiabilidade do ato.

Por isso, frisou-se, no julgado em discussão, a necessidade de que se exigir que as policiais judiciárias exerçam sua função investigativa com máximo respeito às formalidades estabelecidas em lei para o reconhecimento de pessoas. Nessa toada, o Ministério Público tem a célebre função de fiscalizar a aplicação da lei penal, haja vista ser um órgão de controle externo da atividade policial e por sua função de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais.

Portanto, concluiu-se, no referido julgado do STJ:

> 12. Conclusões: 1) O reconhecimento de pessoas deve 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;
> 2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento

> da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo;
> 3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva a partir do exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento;
> 4) O reconhecimento do suspeito por simples 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.
> 13. Ordem concedida, para: a) com fundamento no art. 386, VII, do CPP, absolver o paciente Vânio da Silva Gazola em relação à prática do delito objeto do Processo n. 0001199-22.2019.8.24.0075, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Tubarão - SC, ratificada a liminar anteriormente deferida, para determinar a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso; b) reconhecer a causa geral de diminuição relativa à participação de menor importância no tocante ao paciente Igor Tártari Felácio, aplicá-la no patamar de 1/6 e, por conseguinte, reduzir a sua reprimenda para 4 anos, 5 meses e 9 dias de reclusão e pagamento de 10 dias-multa.
> Dê-se ciência da decisão 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.

Indubitavelmente, esse novo posicionamento do STJ representa uma vitória para processo penal garantista de matriz acusatória, pois combate a prática de "informalidades" na produção da prova do reconhecimento pessoal por fotografia e, por conseguinte, cumpre os princípios e normas constitucionais e processuais que vinham sendo atacados por aquela prática.

Diante da dinamicidade do direito, outra questão crucial precisou ser analisada pelos tribunais superiores: a (in)suficiência do reconhecimento pessoal fotográfico como único meio de prova fundante para uma condenação. A decisão foi assim ementada[23]:

> HABEAS CORPUS. ROUBO MAJORADO E CORRUPÇÃO DE MENORES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DE PESSOA REALIZADO NA FASE DO INQUÉRITO POLICIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 226 DO CPP. PROVA INVÁLIDA COMO FUNDAMENTO PARA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO QUE SE MOSTRA DEVIDA. ORDEM CONCEDIDA. 1. A Sexta Turma desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do HC n. 598.886/SC (Rel. Ministro Rogerio Schietti), realizado em 27/10/2020, conferiu nova interpretação ao art. 226 do CPP, a fim de superar o entendimento, até então vigente, de que referido o artigo constituiria "mera recomendação" e, como tal, não ensejaria nulidade da prova eventual descumprimento dos requisitos formais ali previstos. Na ocasião, foram apresentadas as seguintes conclusões: 1.1) O reconhecimento de pessoas deve 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; 1.2) À vista dos efeitos e dos riscos de um reconhecimento falho, a inobservância do procedimento descrito na referida norma processual torna inválido o reconhecimento

[23] HC 712.781/RJ, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 28/03/2022.

> da pessoa suspeita e não poderá servir de lastro a eventual condenação, mesmo se confirmado o reconhecimento em juízo; 1.3) Pode o magistrado realizar, em juízo, o ato de reconhecimento formal, desde que observado o devido procedimento probatório, bem como pode ele se convencer da autoria delitiva com base no exame de outras provas que não guardem relação de causa e efeito com o ato viciado de reconhecimento; 1.4) O reconhecimento do suspeito por simples 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. 2. Necessário e oportuno proceder a um ajuste na conclusão n. 4 do mencionado julgado. Não se deve considerar propriamente o reconhecimento fotográfico como "etapa antecedente a eventual reconhecimento pessoal", mas apenas como uma possibilidade de, entre outras diligências investigatórias, apurar a autoria delitiva. Não é necessariamente a prova a ser inicialmente buscada, mas, se for produzida, deve vir amparada em outros elementos de convicção para habilitar o exercício da ação penal. Segundo a doutrina especializada, o reconhecimento pessoal, feito na fase pré-processual ou em juízo, após o reconhecimento fotográfico (ou mesmo após um reconhecimento pessoal anterior), como uma espécie de ratificação, encontra sérias e consistentes dificuldades epistemológicas.

Para o STF, ainda que realizado em conformidade ao modelo estabelecido pelo art. 226 do CPP, o reconhecimento pessoal é válido, porém não possui força probante absoluta, de modo que não pode ensejar, por si só, a certeza de que aquela pessoa reconhecida é a autora do crime investigado/processado, já que é uma prova de fragilidade epistêmica. O Min. Relator frisa que caso seja inválido o reconhecimento – ou seja, caso tenha sido descumprido o rito do art. 226 do CPP, não deve servir sequer para lastrear outras decisões de menor rigor, a exemplo a decretação de prisão preventiva ou o recebimento de denúncia ou pronúncia. Significa dizer que, ainda que seja menos rigoroso o standard de prova exigido para tais decisões, o reconhecimento pessoal inválido é completamente descartável.

É sabido que o resultado do reconhecimento depende quase que exclusivamente da capacidade de memorização do reconhecedor, que pode ser substancialmente alterada por diversos aspectos externos, como o tempo de duração do crime, a existência ou não de violência, as condições do ambiente (visibilidade do local, horário do dia etc.), o tempo em que o suposto criminoso ficou em contato com a vítima/reconhecedor. Se caso adotada a premissa de que a busca da verdade, no processo penal, se sujeita a balizas epistemológicas e também éticas que assegurem o mínimo de idoneidade às provas e garantam que pessoas inocentes não sejam injustamente presas e condenadas, é preciso evitar que essa prova tão importante seja viciada.

Nesse mesmo sentido, consta na decisão:

> Se outros fins, que não a simples apuração da verdade, são também importantes na atividade investigatória e persecutória do Estado, algum sacrifício epistêmico, como alerta Jordi Ferrer-Beltrán, pode ocorrer, especialmente quando o processo penal busca, também, a proteção a direitos fundamentais e o desestímulo a práticas autoritárias. 11. Impõe compreender que a atuação dos agentes públicos responsáveis

> pela preservação da ordem e pela apuração de crimes deve dar-se em respeito às instituições, às leis e aos direitos fundamentais. Ou seja, quando se fala de segurança pública, esta não se pode limitar à luta contra a criminalidade; deve incluir também a Convém, ainda, lembrar que as prescrições legais relativas às provas cumprem não apenas uma função epistêmica, i. e., de conferir fiabilidade e segurança ao conteúdo da prova produzida, mas também uma função de controlar o exercício do poder dos órgãos encarregados de obter a prova para uso em processo criminal, vis-à-vis os direitos inerentes à condição de suspeito, investigado ou acusado. Nesse sentido, é sempre oportuna a lição de Perfécto Ibañez, que divisa, na exigência de cumprimento das prescrições legais relativas à prova, uma função implícita, a saber, a de induzir os agentes estatais à observância dessas normas, o que se perfaz com a declaração de nulidade dos atos praticados de forma ilegal. 14. O zelo com que se houver a autoridade policial ao conduzir as investigações determinará não apenas a validade da prova obtida – "sem bons ingredientes não haverá forma de fazer um bom prato" (como metaforicamente lembra Jordi Ferrer-Beltrán) –, mas a própria legitimidade da atuação policial e sua conformidade ao modelo legal e constitucional. Sem embargo, conquanto as instituições policiais figurem no centro das críticas, não são as únicas a merecê-las.

Conforme exposto, é preciso que os integrantes do sistema de justiça criminal utilizem técnicas pautadas nos avanços científicos para reverter a realidade dos constantes erros no reconhecimento de pessoas no Brasil.

Na esteira do que foi falado, no julgamento do RHC nº 206.846/SP, em 22/02/2022, a 2ª Turma do STF, por maioria, deu provimento ao recurso ordinário em habeas corpus para absolver o recorrente em razão da nulidade do reconhecimento pessoal realizado e a ausência de outras provas de autoria. Nas palavras do relator Min. Gilmar Mendes, em seu célebre voto[24]:

> "Trata-se de meio de prova típico, que deve seguir o rito legalmente determinado para a sua produção. Ainda que o dispositivo preveja que a forma deve ser atendida "se possível", tal flexibilização somente pode ser admitida em casos excepcionais, quando totalmente inviável a conformidade ao modelo legal e após atuação ativa dos órgãos estatais para tentar atendê-lo, o que deverá ser detalhadamente justificado pelo juízo. Ademais, destaca-se que a repetição do ato de reconhecimento por diversas vezes não é uma garantia de maior precisão e confiabilidade, especialmente se a primeira vez foi realizada de um modo a eventualmente induzir uma falsa memória. Ou seja, simplesmente repetir em juízo um reconhecimento realizado na fase policial em total desrespeito à forma não garante a precisão da prova produzida. **Portanto, como regra geral, o reconhecimento pessoal há de seguir as diretrizes determinadas pelo Código de Processo Penal, de modo que a irregularidade deve ocasionar a nulidade do elemento produzido, tornando-se imprestável para justificar eventual sentença condenatória em razão de sua fragilidade cognitiva**. 8 Revisado RHC 206846 / SP Ademais, a repetição em juízo do ato anteriormente produzido em desconformidade legal não garante a sua confiabilidade, de modo que igualmente não se presta a fundamentar a condenação. **O juízo deverá sempre analisar a prova produzida e, existindo irregularidade em sua produção, desconsiderar o seu resultado, visto que imprestável para fins condenatórios**. Assim, a sentença poderá, eventualmente, justificar-se em outras provas produzidas em contraditório e independentes daquela considerada nula" (grifos nossos)
>
> (RHC 206846/SP, Rela Ministro Gilmar Mendes

[24] RHC 206846/SP, Relator Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 25/05/2022.

Conforme esmiuçado em ambas as decisões trazidas acima, o reconhecimento pessoal, de modo geral, busca indicar da forma mais precisa possível a pessoa em relação a quem se tem uma grande suspeita de ser a autora de determinado crime sob investigação. Restou-se provado que o procedimento do art. 226 não é uma "mera recomendação", tampouco uma "formalidade inútil", mas uma condição *sine qua non* para a credibilidade do instrumento probatório.

3.3.2 Problematização do reconhecimento pessoal à luz da Psicologia Judiciária

Ainda na esteira da jurisprudência supracitada, faz-se mister examinar brevemente a influência da memória humana na prova do reconhecimento pessoal e sua credibilidade, questão perene na doutrina e na prática forense.

Segundo a psicologia, a memória é um conjunto de processos complexos pelos quais o indivíduo codifica, armazena e resgata informações[25]. A recuperação de uma memória consiste numa lembrança daquela informação anteriormente armazenada através de um estímulo. Nesse processo, a emoção desempenha um papel determinante, pois pode contribuir para que aconteçam distorções, ampliações ou qualquer alteração no conteúdo daquela memória.

Tomando como o base o fato de o reconhecimento pessoal ser um método no qual a pessoa faz uma comparação entre uma percepção presente e outra vivida no passado, provavelmente envolvendo alguma emoção – como o medo, lembranças distorcidas ou até de eventos que nunca aconteceram podem vir à tona. Trata-se do fenômeno que a ciência denomina de "falsa memória"[26].

No momento do reconhecimento pessoal, inclusive fotográfico, em sede de inquérito policial ou em juízo, a pessoa que o faz pode expressar completa certeza, mas ainda assim estar equivocada, pois, ainda que inconscientemente, está sob influência de emoções ou até de sugestões dadas por outras pessoas ou pela própria situação.

Além da carência de rigor técnico na realização do reconhecimento na prática forense, o próprio método utilizado, denominado *show-up,* torna o ato questionável diante do grande risco de falso reconhecimento. O *show-up* é caracterizado quando a autoridade mostra apenas

---

[25] MENDONÇA, André R. **Memória: Definição e tipos.** Disponível em: http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/mem%C3%B3ria.html Acesso em 26 set 2022.

[26] ROEDIGER, H. L. III.; MCDERMOTT, K. B. Distortions of memory. In E. Tulving; F. I. M. Craik. The Oxford Handbook of Memory, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 149-162; STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. Psicologia: Reflexão e Crítica, 14, 2001, p. 353-366.

a pessoa suspeito ou sua foto para que a vítima ou testemunha reconheça, ou não, se essa pessoa é autora do delito. É um procedimento com efeito indutor, ao passo que estabelece um pré-juízo acerca daquela pessoa exibida, o que pode facilmente comprometer ou distorcer a memória dos fatos e levar a um falso reconhecimento.

Um fator que não pode deixar de ser considerado na presente discussão é o *weapon focus effect,* segundo o qual, quando o crime envolve o emprego de arma de fogo, a atenção da vítima tende a se focar na arma, e não no rosto do autor do delito. Por conseguinte, aumentam- se as chances de erro no reconhecimento. Nesse sentido, LECIONA Aury Lopes Júnior[27]:

> "A presença de arma distrai a atenção do sujeito de outros detalhes físicos importantes do autor do delito, reduzindo a capacidade de reconhecimento. O chamado efeito do foco na arma é decisivo para que a vítima não se fixe nas feições do agressor, pois o fio condutor da relação de poder que ali se estabelece é a arma. Assim, tal variável deve ser considerada altamente prejudicial para um reconhecimento positivo, especialmente nos crimes de roubo, extorsão e outros delitos em que o contato agressor--vítima seja mediado pelo uso de arma de fogo."

O chamado *cross-race effect* também é crucial no processo de identificação, armazenamento e recuperação de informação pela memória. Consiste no fato de pessoas de um mesmo grupo racial estar propenso a ter dificuldades em reconhecer características fisionômicas de pessoas de outra raça[28]. Significa dizer que o reconhecimento tende a ser mais exato em relação a uma face do mesmo grupo racial daquele que reconhece.

Não se pode passar pelo tema raça sem mencionar a influência gritante do racismo estrutural no reconhecimento de pessoas. Em uma sociedade tradicionalmente racista onde as instituições foram criadas a partir do processo histórico de discriminação, não é preciso muito esforço para perceber que a população negra é a mais estigmatizada no processo criminal e, consequentemente, a mais injustiçada. Não por acaso, estes foram os dados obtidos pelo Conselho Nacional das Defensoras e Defensores Públicos-Gerais (Condege) em parceria com a Defensoria Pública do Rio de Janeiro a partir da análise de casos oriundos de diversos estados sobre o reconhecimento fotográfico realizado em sede de inquérito policial[29]:

> O relatório mais recente, de fevereiro de 2021, produzido com informações enviadas por defensores de 10 Estados diferentes, engloba o período de 2012 a 2020. Neste

---

[27] LOPES JÚNIOR, Aury. *Você confia na sua memória? Infelizmente, o processo penal depende dela*. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2014-out-03/limite-penal-voceconfia-memoria-infelizmente-processo-penal-depende-delaparte Acesso em: 24 set. 2022.

[28] WILSON, John Paul; HUGENBERG, Kurt; J. BERNSTEIN, Michael. *The Cross-Race Effect and Eyewitness Identification: How to Improve Recognition and Reduce Decision Erros in Eyewitness Stituations.* Social Issues and Policy Review. Vol. 7, 1, p. 83-113, jan.2013.

[29] CONDEGE. Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial. Fev. 2021. Disponível em: https://trello-attachments.s3.amazonaws.com/5ed9417e30b44d560232a308/60772821f2f8e58a1b92f563/a9a3f1f6a00bf3b6dbfb4dc9ba61ea79/Relat%C3%B3rio_CONDEGE_-_DPERJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf Acesso em: 24 set. 2022.

> estudo foram contabilizados 28 processos, quatro deles com dois suspeitos, envolvendo assim 32 acusados diferentes. O estado que apresenta maior número de casos é o Rio de Janeiro, com 46% das ocorrências. Neste caso, apenas 3 acusados não tiveram informações sobre a cor incluídas no processo. **Um percentual de aproximadamente 83% das pessoas apontadas como suspeitas também era negro. De acordo com os documentos, de 2012 a 2020 foram realizadas ao menos 90 prisões injustas por meio de reconhecimento fotográfico. Desse total, 79 contam com informações conclusivas sobre a raça dos acusados, sendo 81% deles pessoas negras, somando-se pretos e pardos conforme a definição do IBGE**. (grifos nossos).

A partir da leitura desses dados, nota-se que os injustiçados, na maioria dos casos, têm o mesmo perfil: pessoas negras, pobres e da periferia. Afinal, a facilidade com a qual a foto de uma pessoa negra pode integrar o rol policial de suspeitos não poderia resultar em outra coisa senão no fato de a presunção de inocência de toda a população preta ser tão deficitária, o que estimula a seletividade do sistema penal. É como se o processo penal evoluísse a passos mais lentos para as pessoas pretas, de modo que ainda vivenciam quase que uma absoluta presunção de culpa no lugar da inocência.

De modo geral, para que se garanta o mínimo de confiabilidade à prova, o reconhecimento de pessoas precisa ser feito estritamente com base nos ditames da lei processual, inclusive o reconhecimento por fotografia. O não cumprimento integral da norma do art. 226 deve ser justificado com base no caso concreto, pois a cláusula “se possível”, presente no inciso II do referido artigo, não significa uma autorização imediata para a inobservância do procedimento, diante do princípio da razoabilidade.

Historicamente, o reconhecimento pessoal representa uma das provas mais influentes do processo penal porque a ela se atribui um grande valor probatório, contudo, mesmo diante da relevância que essa prova carrega, impera o descumprimento do procedimento legal.

Diante da problemática discutida no presente capítulo, convém discutir o valor dessa prova à luz do tema do *standard* probatório.

4 *STANDARD* DE PROVA E A VALORAÇÃO DO RECONHECIMENTO PESSOAL

4.1 Considerações sobre *standards* probatórios e a verdade no processo penal

A partir de uma teoria de matriz anglo-saxã, pode-se conceituar o *standard* de prova como o conjunto de critérios "para aferir a suficiência probatória, o quanto de prova é necessário para aferir uma decisão, o grau de confirmação da hipótese acusatória".[30]

Em outras palavras, o *standard* probatório representa o marco do grau mínimo de prova para que se possa considerar efetivamente provado um fato, afinal, "a arte do processo não é, na realidade nada além da arte da administração da prova", como bem afirmou Jeremy Bentham[31]. Apenas quando esse marco é atingido é que se alcança "o suficiente" para legitimar uma decisão.

Para definir esse marco, foram estabelecidos os seguintes padrões, em ordem crescente de exigência: prova clara e convincente (*clear and convincing evidence*), prova mais provável que sua negação (*more probable than not*), preponderância da prova (*preponderance of the evidence*) e prova além da dúvida razoável (*proof beyond a reasonable doubt*).

No âmbito do processo penal acusatório, deve-se adotar este último critério como o *standard,* ou seja, a prova que fundamenta uma sentença penal deve ir além da dúvida razoável, deve ser robusta o suficiente para confirmar a hipótese acusatória. Isso porque "existe um tensionamento constante entre prova e decisão que culmina na necessidade de um controle epistêmico que permeia a admissão, produção, valoração e decisão". [32]

Nesse sentido, Matida, Nardelli e Herdy demonstram que o tratamento jurídico probatório precisa, antes de tudo, passa por uma "filtragem epistêmica" capaz de ajustar a prova no contexto jurídico dentro dos limites do processo.[33] Sobre esse tema, é crucial pontuar o papel da verdade no processo penal, que não se confunde com a lógica da teoria geral do processo nem do processo civil diante das diferenças fenomenológicas, como aponta Aury Lopes.

O modelo processual acusatório, alinhado ao sistema de garantias constitucionais, é incompatível com a busca incansável pela "verdade real", mito baseado nas crenças da

---

[30] LOPES JÚNIOR, p. 574, 2020.

[31] BENTHAM, Jeremy. *A Treatise on Judicial Evidence. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham.* Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825, p. 2.

[32] LOPES JÚNIOR, p. 561, 2020.

[33] MATIDA, Janaina; MASCARENHAS NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. *A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica.* Revista Consultor Jurídico, 13 mar. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica#_ftn3 Acesso em 27 set 2022.

Inquisição, segundo as quais a "verdade" deve ser descoberta a qualquer custo pelo juiz-inquisidor (daí porque a prática da tortura era amplamente adotada nos tribunais da inquisição). Ora, a "verdade real" ou absoluta nada mais é do que uma ilusão, pois, seguindo a linha de pensamento daqueles que pretendem encontra-la, ela diz respeito ao fato objeto do processo penal. Entretanto, o crime é um fato histórico, irrepetível, passado, impossível de reproduzir do início ao fim. Diante disso, evidente que não vale a pena abrir mão de direitos e garantias para permitir, por exemplo, a tortura de um réu para arrancar-lhe a confissão, sob a justificativa de que, a partir dessas práticas inquisitórias, se encontrará a "verdade real" porque ela simplesmente não existe.

Ou seja, a verdade a ser almejada no processo criminal é aquela que pode ser obtida através das provas, pois, como pontuado no capítulo anterior, o processo é uma reconstrução aproximativa de um fato passado. Aury Lopes cita Ferrajoli para trazer o conceito de *verdade processual jurídica*[34], que é justamente aquela que diz respeito à análise e qualificação dos fatos passados a partir de seus efeitos e consequências com base em critérios pré-estabelecidos, o que se faz por meio de um procedimento qualificatório. Ainda segundo Ferrajoli, Lopes diz que a *verdade jurídica* se diferencia da *verdade fática* porque esta se refere aos fatos históricos, é justamente o que se denomina de "verdade real".

Seguindo o mesmo raciocínio da doutrina ora trazida, é preciso entender que a verdade, ainda que seja a *verdade jurídica*, não é elemento fundante do processo penal acusatório, é um elemento contingencial. Significa dizer que o juiz não tem o papel de revelar a verdade absoluta na sentença, pois incumbe às partes, na atividade probatória e por meio do contraditório, a busca pelo convencimento do julgador. É claro que a sentença pode corresponder ao melhor entendimento acerca dos fatos históricos, mas a função principal do processo não pode ser encontrar uma verdade absoluta sobre eles, até porque a cognição do juiz encontra limites no próprio processo penal, já que ele não é um "oráculo" que "emite a sua decisão sempre baseada em proposições fáticas que se correspondem à realidade, descrições verdadeiras dos fatos sobre os quais não sobrevive qualquer dúvida"[35]

Ao relacionar o tema da verdade no processo penal analisada sob a ótica da racionalidade judicial aos *standards* de prova, Janaína Matida escreve[36]:

> "Os *standards* de prova integram precisamente um horizonte de reflexões sobre soluções institucionais às limitações cognitivas que acometem os juízes: são barreiras

[34] LOPES JÚNIOR, p. 566, 2020.

[35] MATIDA, Janaina. *Standards* de prova: A modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. Arquivos de Resistência: Ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP. Ed. 1, pg. 93.

[36] Idem, ibidem, p. 95.

> que o desenho institucional pode – e deve – colocar à irracionalidade judicial. Desenvolver teorizações sobre standards é, nesse sentido, em primeiro lugar, reconhecer a necessidade de se refletir sobre a suficiência das hipóteses fáticas produzidas em juízo e a partir de que ponto, de que patamar, elas podem justificadamente ocupar a função de premissa menor de uma decisão condenatória e, em segundo lugar, determinar em que ponto de exigência determinado sistema jurídico deve fixar o seu próprio standard de prova. Em outras palavras – ou dado que não contamos com oráculos, não sobra qualquer racionalidade em se preservar um desenho institucional que possibilite decisões condenatórias fundamentadas numa supervalorizada referência ao "convencimento do juiz"; num suposto estado mental de convicção. O caminho de apreço à racionalidade envolve o abandono da convicção do julgado entendida como prova suficiente para a condenação. Já é tempo de substituir o "há prova porque há convicção" por "há convicção porque há prova". Esse é sentido racional da relação entre prova e convicção".

4.2 *Standards* probatórios e as decisões condenatórias fundadas em reconhecimento pessoal

Ainda na esteira dos ensinamentos de Janaina Matida, é imprescindível refletir sobre o problema das decisões condenatórias baseadas unicamente em prova de reconhecimento pessoal, questão já debatida, inclusive, na jurisprudência dos tribunais superiores.

Antes de se discutir a função dos standards de prova nas decisões condenatórias, faz-se mister pontuar que a produção e a valoração da prova são etapas anteriores ao julgamento, e, por isso, exercem grande influência na decisão. Nesse sentido, com base num processo penal acusatório que se compromete com a verdade (não a absoluta, mas a que pode ser extraída no momento da recognição dos fatos através das provas), é indispensável que o processo conte com regras que se ocupem com a redução de erros.

As normas processuais relativas ao procedimento de reconhecimento pessoal, já destrinchadas no capítulo anterior, demonstram que o legislador se preocupou em evitar sugestões ou possíveis falhas da memória ao determinar, por exemplo, que o suspeito descrito pela vítima seja colocado ao lado de outras pessoas. Por isso os posicionamentos recentes do STJ e do STF significam grande avanço em matéria de prova no processo penal, pois rechaçaram de uma vez por todas a interpretação do art. 226 como "mera recomendação".

Contudo, não se pode esquecer que, mesmo produzida de acordo com o procedimento legal estabelecido, a prova do reconhecimento pessoal continua dependendo da memória, portanto, aquele que reconhece pode alterá-la, consciente ou inconscientemente, como explicado no tópico sobre psicologia judiciária. Dessa maneira, é preciso muita cautela por parte do julgador no momento de apreciação e valoração daquela prova.

Isso porque, é no momento da decisão que a aplicação do standard acontece. Para Janaína Matida, a escolha de determinado standard é resultado de uma escolha político-moral

que consiste em dar mais importância, no âmbito do processo penal, ao combate a erros que possam levar à condenação de inocentes. Entre todos os erros possíveis, até mesmo a absolvição de culpados, à luz do princípio da presunção de inocência e demais correlatos previstos na CF, a condenação injusta é o mais grave. Isso impõe o estabelecimento de um standard elevado que, de modo geral, vai dificultar condenações para reduzir as chances de condenações de pessoas inocentes. Assim sendo, a escolha de um standard menos elevado coloca em pé de igualdade as condenações injustas e as absolvições injustas, como se significassem a mesma coisa e fossem "injustas" na mesma medida. Vejamos[37]:

> "Ora, se não enxergamos como pior a condenação de inocentes, não há porque fixar a exigência de prova da hipótese acusatória em patamares especialmente mais altos. Ou seja, levar a sério a adoção de um standard de prova significa ter em consideração duas perguntas: a pergunta sobre se existe preferência por evitar alguma classe de erro frente a outra e, em caso positivo, a pergunta sobre onde fixar a exigência do standard (de modo a que ele reflita a proporção dos erros que estamos dispostos a experimentar na vida em sociedade).
>
> Esclarecida a função de um standard de prova, é preciso compreender que ele é apenas uma das ferramentas para a determinação dos fatos. Para que ele possa, nos casos individuais, oferecer-nos a resposta sobre se a hipótese acusatória está suficientemente provada, é preciso entende-lo como uma peça operativa pertencente *uma etapa posterior* à seleção das hipóteses mais prováveis. Qualquer que seja o standard, ele se aplica às hipóteses já valoradas pelo julgador. Não por outra razão, a aplicação de um standard pertence ao momento da decisão, e não ao momento da valoração."

Isso porque, é no momento da decisão que a aplicação do standard acontece. Para Janaína Matida, a escolha de determinado standard é resultado de uma escolha político-moral que consiste em dar mais importância, no âmbito do processo penal, ao combate a erros que possam levar à condenação de inocentes.

Na realidade brasileira, existe um standard probatório estabelecido? A resposta para essa pergunta remete à exposição anterior do princípio da presunção de inocência. A Constituição Cidadã consagrou a presunção de inocência e princípios correlatos, como o *In Dubio Pro Reo,* fazendo uma verdadeira escolha político-processual que mudou os rumos do processo penal no Brasil.

Significa dizer que, ao lado da presunção de inocência, o princípio do *In Dubio Pro Reo* determina que a condenação de uma pessoa seja baseada em prova robusta, que supere a dúvida

[37] Idem, ibidem, p. 101.

razoável, pois, na dúvida, que se favoreça o réu. Ou seja, caso a prova não atinja um grau determinado de confiabilidade que aponte como verdadeira a hipótese acusatória, não pode o réu ser condenado. Conforme já explicado parágrafos acima, num sistema processual penal de matriz acusatória, é preferível absolver o culpado do que condenar o inocente.

Nessa ótica, é evidente que a Constituição adotou, com clareza, o standard probatório mais elevado para o processo penal, qual seja, o *proof beyond reasonable doubt* ("além da dúvida razoável").

Sendo assim, a prova, tomando como base que foi adequadamente produzida e valorada, sempre em conformidade com os ditames legais e constitucionais, deve ser robusta e confiável, de forma que demonstre um grau elevado de certeza (dentro dos limites do que se entende por "verdade" no processo penal). Nesse momento, se aplica o standard para que se verifique a superação de qualquer dúvida sobre questões fundamentais do caso penal e, dessa forma, a prova seja considerada apta para fundamentar uma condenação.

No caso da prova de reconhecimento pessoal, percebe-se que há, na prática jurídica, seja em sede policial ou no judiciário, uma hiper valorização dessa prova. Por esta razão, surge o problema do que Aury Lopes denomina de *rebaixamento de standard conforme a natureza do crime.* O fato de a vítima afirmar, com "certeza", que reconhece aquele suspeito como o culpado do crime, somado ao depoimento de alguma testemunha que "ouviu dizer", é suficiente para elucidar a autoria do delito e fundamentar uma condenação justamente porque a palavra da vítima/da pessoa que reconhece é hipervalorizada.

Dessa maneira, ensina Aury Lopes[38]:

> "Constitui um grande erro supor que determinados crimes (seja pela gravidade ou complexidade) admitam "menos prova" para condenar do que outros. É absolutamente equivocada a prática decisória brasileira de, por exemplo, supervalorizar a palavra da vítima em determinados crimes (violência doméstica, crimes sexuais, crimes contra o patrimônio mediante violência ou grave ameaça etc.) e admitir a condenação exclusivamente com base na palavra da vítima ou quase exclusivamente, quando se recorre, por exemplo, a "testemunhas de ouvir dizer" (hearsay) que nada viram, mas apenas ouviram... Em outros casos, se tem a palavra da vítima mais o reconhecimento pessoal (feito pela própria vítima), ou seja, não se rompe com a circularidade probatória da "palavra da vítima" e em última análise, ainda que não pareça, se está condenando apenas com base na palavra dela. Tal prática se traduz em um rebaixamento não justificado e não autorizado do standard

[38] LOPES JÚNIOR, p. 578-579, 2020.

> probatório. Até porque a presunção de inocência não é “maior ou menor”, “mais robusta ou mais frágil”, conforme a natureza do crime”.

Por todo o exposto no presente capítulo e nos antecedentes, é imperioso discutir sobre possíveis formas de aprimorar o procedimento do reconhecimento pessoal para que os resultados estejam alinhados às normais constitucionais, mormente ao princípio da presunção de inocência, e ao standard probatório adotado no Brasil para que haja, na prática, redução de erros e, consequentemente, redução de condenações injustas baseadas em prova epistemologicamente frágil.

5 CONCLUSÕES. POSSÍVEIS MEDIDAS DE APRIMORAMENTO DO RECONHECIMENTO PESSOAL

A partir dos argumentos levantados sobre o reconhecimento pessoal em relação às falsas memórias e ao standard de prova, é imprescindível que se pense em possíveis reformas processuais fundadas na necessidade urgente de aprimorar o procedimento estabelecido para essa prova. Ainda que abandonados os "costumes" da prática jurídica que consistem em desconsiderar o procedimento já estabelecido, é evidente que, para dar maior confiabilidade a esta prova e garantir a presunção de inocência, em todos os seus aspectos, de modo a evitar condenações injustas, é preciso melhorar o método existente.

Para isso, a psicologia jurídica tem apresentado algumas possíveis soluções para tornar o reconhecimento pessoal mais seguro e confiável, a exemplo[39]:

a) um número mínimo de *fillers*, ou seja, de pessoas semelhantes ao investigado, que devem ser apresentadas junto a ele no momento do reconhecimento, mas que se sabe inocentes;
b) a instrução do reconhecedor antes do procedimento para que ele compreenda que o autor do fato pode ou não estar entre aquelas pessoas exibidas alinhada à vedação de *feedbacks* confirmatórios depois do ato, ou seja, qualquer retorno que possa fazer o reconhecedor confiar mais ou menos no reconhecimento feito;
c) a adoção do procedimento duplo-cego para que os servidores que organizam e conduzem o procedimento também não saibam quem é o suspeito em identificação, o que evita, inclusive, os *feedbacks* confirmatórios;
d) a adoção de "critérios de 'suspeita razoável' para realizar o procedimento, ou seja, as investigações devem levar ao reconhecimento, não partir deste"[40].

Uma medida simples e que não exige qualquer alteração legislativa é a adoção de um teste de confiabilidade da testemunha ou vítima, que, segundo Aury Lopes, citando Cecconello, consiste em:

> "Apresentar, primeiramente, um reconhecimento somente com a presença de suspeitos distratores, contudo, não é dito a ela que será apresentado mais de um grupo de suspeitos. Caso a testemunha faça alguma identificação nesse reconhecimento, então ela pode ser descartada, e, caso a testemunha não faça nenhuma identificação

[39] CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M.; DE AVILA, Gustavo N. 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, v. 177, p. 359-368, 2021.
[40] Idem, ibidem, 2021.

> no primeiro reconhecimento, então pode ser dada continuidade ao procedimento, apresentando o segundo reconhecimento com a presença do suspeito alvo. Dados indicam que testemunhas que não fazem identificações no primeiro reconhecimento são muito mais confiáveis"

Essa é uma alternativa viável de ser implementada no Brasil a partir do diálogo entre as instituições, que deve começar dentro das delegacias. Desse modo, aplicando-se um modelo mais eficiente já na fase pré-processual de investigação, torna-se possível, inclusive, reduzir o número de denúncias temerárias e desprovidas de justa causa, pois baseadas, muito provavelmente, em reconhecimentos com alta probabilidade de erros diante da simplicidade do procedimento adotado.

Sobre o tema, Aury Lopes lembra da preocupação que se deve ter com a excessiva exposição midiática, já comentada neste texto, havendo a exibição de fotografias e imagens do suspeito, fator que tem o claro poder de induzir o reconhecedor. Vejamos[41]:

> "Por último, de nada serve tamanha preocupação em bem realizar o reconhecimento pessoal quando, previamente ao ato, existe a excessiva exposição midiática, com fotografias e imagens do suspeito. Há, nesse caso, inegável prejuízo para o valor probatório do ato, pois a indução é evidente. Assim, ao mesmo tempo em que se busca reduzir os danos processuais das falsas memórias na prova testemunhal e no reconhecimento pessoal, há que se restringir a publicidade abusiva. Pensamos estar seriamente comprometida a credibilidade e validade probatória do reconhecimento quando, previamente ao ato, há o induzimento decorrente da publicidade abusiva. Daí a necessidade, novamente evidenciada, de dar um limite ao bizarro espetáculo midiático".

Esta é uma medida que também reflete na garantia da presunção de inocência, especialmente sob o viés dessa presunção como regra de tratamento. Isso porque, conforme exposto no primeiro capítulo deste trabalho, o acusado deve ser tratado como inocente não só dentro do processo, mas também fora dele, por toda a sociedade. É cediço que a exposição midiática contribui para um pré-julgamento do suspeito/acusado/réu que se baseia unicamente nos elementos, na maioria das vezes tendenciosos, trazidos pela mídia, fato que "quebra" a regra da presunção de inocência.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, o Projeto de Lei nº 676, de 2021, de autoria do Senador Marcos do Val (PODEMOS/ES) e em debate na Câmara dos Deputados, o qual propõe as seguintes alterações no procedimento de reconhecimento pessoal do CPP:

> "Art. 1º Os arts. 226 e 227 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passam a vigorar com a seguinte redação:
> Art. 226. Sempre que houver necessidade de fazer-se o reconhecimento de pessoa, proceder-se-á pela seguinte forma:
> II - a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada ao lado de ao menos outras duas que com ela tiverem qualquer semelhança, convidando-se quem tiver de fazer o reconhecimento a apontá-la;

[41] LOPES JÚNIOR, p. 783-784, 2020.

> V - deve ser consignada no auto de que trata o inciso IV deste artigo a raça declarada da pessoa que tiver que fazer o reconhecimento, bem como a raça declarada da pessoa eventualmente reconhecida;
> VI - a pessoa que tiver que fazer o reconhecimento deve ser expressamente advertida de que o autor do crime pode não estar presente ao ato.
> § 1º O disposto no inciso III deste artigo não terá aplicação na fase da instrução criminal ou em plenário de julgamento.
> § 2º O descumprimento das formalidades previstas neste artigo ensejará a ilicitude da prova produzida, alcançando eventuais reconhecimentos posteriores feitos pela mesma pessoa, na forma do art. 157, § 1º, deste Código."[42]

Consta, ainda, na célebre proposta, a introdução da regulamentação do reconhecimento pessoal por fotografia, tema perene nas discussões jurisprudenciais, conforme demonstrado, que consiste no seguinte texto:

> "Art. 2º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, passa a vigorar acrescido do seguinte art. 226-A:
> Art. 226-A. No reconhecimento de pessoa feito a partir de fotografia, proceder-se-á com as cautelas estabelecidas no art. 226 deste Código, que deverão ser adicionadas das seguintes:
> I - as fotografias apresentadas à pessoa que tiver que fazer o reconhecimento deverão ser encartadas aos autos, em especial aquela da qual resulte o reconhecimento positivo;
> II - tão logo quanto possível, deverá se proceder ao reconhecimento presencial do suspeito na forma do art. 226 deste Código;
> III - não se poderá restringir a apresentação das fotografias somente a retratos de amigos ou associados conhecidos de suspeito já identificado ou de suspeitos de outros crimes semelhantes.
> Parágrafo único. Não poderá ser proferida sentença condenatória com fundamento apenas no reconhecimento de pessoa feito inicialmente a partir de fotografia".

Nota-se que as alterações propostas no Projeto de Lei em discussão mostram-se de acordo com as premissas elaboradas pelos estudiosos da psicologia judiciária em matéria de reconhecimento pessoal, conforme já discutido alhures, e são perfeitamente implementáveis na realidade brasileira. Caso venha a ser lei, certamente haverá um grande avanço do processo penal brasileiro em direção ao cumprimento da sua função, em alinhamento aos ditames constitucionais, ao menos no que diz respeito à matéria da prova de reconhecimento pessoal.

É válido destacar o parágrafo único do art. 226-A presente na proposta, pois sua redação veda a condenação fundamentada unicamente no reconhecimento de pessoa feito, de início, a partir de fotografia. De acordo com o exposto ao longo deste trabalho, sabe-se que a prova do reconhecimento pessoal é passível de erros em razão da enorme influência da memória no momento do ato, e isso pode se agravar ainda mais caso esse reconhecimento seja feito por fotografia, até porque a foto é um objeto estático e pode não corresponder à realidade. Ora,

---

[42] BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 676/2021.** Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147134. Acesso em 26 set 2022.

qualquer diferença na aparência do suspeito pode alterar a percepção do reconhecedor e até mesmo influenciá-la, elevando a possibilidade de erros.

Diante disso, tais alterações tornariam ainda mais fácil o adequado desempenho da função dos standards de prova, atuantes no momento do julgamento, pois a produção e a valoração da prova foram feitas de maneira mais eficiente, o que otimiza o desempenho do standard (no caso do Brasil, corresponde ao "além da dúvida razoável"). Por conseguinte, a garantia de presunção de inocência ganha "mais tempo de vida" ao longo do processo penal, o que reflete especialmente no objetivo político-processual de "redução de danos" visando o menor índice possível de condenações de pessoas inocentes, que deve ser o compromisso básico de um processo penal guiado pela Constituição e pelas diretrizes de um sistema acusatório.

REFERÊNCIAS

ALVES DE OLIVEIRA, Pedro Luiz Cunha; FRAZÃO, Janaína. **Acórdão do TJ/SP aplica e dá efetividade ao artigo 3ª-a do CPP, referendando definitivamente o sistema acusatório**. Disponível em https://www.migalhas.com.br/depeso/364335/acordao-do-tj-sp-aplica-e-da-efetividade-ao-artigo-3-a-do-cpp . Acesso em 26 set 2022.

BENTHAM, Jeremy. **A Treatise on Judicial Evidence. Extracted from the manuscripts of Jeremy Bentham**. Esq. by M. Dumont. London: Messrs. Baldwin, Cradock, and Joy, Paternoster-Row, 1825, p. 2.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil** (1988). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 13 set. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 676/2021.** Altera o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), para disciplinar o reconhecimento fotográfico de pessoa. Brasília, DF: Senado Federal, 2021. Disponível em https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/147134. Acesso em 26 set 2022.

BRASIL. **RHC 206846/SP**, Relator Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 25/05/2022.

BRASIL. **HC 712.781/RJ**, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 28/03/2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CECCONELLO, William W.; STEIN, Lilian M.; DE AVILA, Gustavo N. 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**, v. 177, p. 359-368, 2021.

CONDEGE. **Relatório sobre reconhecimento fotográfico em sede policial.** Fev. 2021. Disponível em: https://trello-attachments.s3.amazonaws.com/5ed9417e30b44d560232a308/60772821f2f8e58a1b92f563/a9a3f1f6a00bf3b6dbfb4dc9ba61ea79/Relat%C3%B3rio_CONDEGE_-_DPERJ_reconhecimento_fotogr%C3%A1fico.pdf Acesso em: 24 set. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 6ª Ed. Trad.: Ana Paula Zomer Sica et. al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pg. 441.

GAMA LIMA, Lana Lage. O Tribunal do Santo Ofício da Inquisição: o suspeito é o culpado. Dossiê Cidadania e Violência. **Rev. Sociol. Polit.** Disponível em: https://www.scielo.br/j/rsocp/a/vSgDrG75Lkj7C9WzXgp3xfB/?lang=pt. Acesso em 26 set 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal.** 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 139.

MATIDA, Janaina. *Standards* de prova: A modéstia necessária a juízes e o abandono da prova por convicção. **Arquivos de Resistência: Ensaios e anais do VII Seminário Nacional do IBADPP**. Ed. 1, pg. 93.

MATIDA, Janaina; MASCARENHAS NARDELLI, Marcella; HERDY, Rachel. *A prova penal precisa passar por uma filtragem epistêmica.* **Revista Consultor Jurídico**, 13 mar. 2020. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2020-mar-13/limite-penal-prova-penal-passar-filtragem-epistemica#_ftn3 Acesso em 27 set 2022.

MENDONÇA, André R. **Memória: Definição e tipos.** Disponível em: http://bio-neuro-psicologia.usuarios.rdc.puc-rio.br/mem%C3%B3ria.html Acesso em 26 set 2022.

NOVO, Benigno Núñez. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. **Revista Conteudo Juridico,** Brasilia-DF: 22 set 2021. Disponivel em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/57218/a-declarao-dos-direitos-do-homem-e-do- cidado-de-1789 Acesso em 10 set 2022.

ROEDIGER, H. L. III.; MCDERMOTT, K. B. Distortions of memory. In E. Tulving; F. I. M. Craik. The Oxford Handbook of Memory, Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 149-162; STEIN, L. M.; PERGHER, G. K. **Criando falsas memórias em adultos por meio de palavras associadas. Psicologia: Reflexão e Crítica,** 14, 2001, p. 353-366.

ROSA, Alexandre Morais da; RUDOLFO, Fernanda Mambrini. A teoria da perda de uma chance probatória aplicada ao processo penal / The theory of loss of chance probative applied to criminal proceedings. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 13, n. 3, p. 455-471, dez. 2017. ISSN 2238-0604. Disponível em: https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/2095 Acesso em 22 set 2022.

STF. Plenário. **HC: 126292 SP**, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 17/02/2016.

STF. Plenário. **HC: 84078 MG**, Rel. Min. EROS GRAU, julgado em 05/02/2009.

BRASIL. **HC 598.886/SC**, Relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 18/12/2020.

HUERTAS MARTIN, Maria Isabel. **El Sujeito Pasivo del Processo Penal como Objeto de la Prueba.** Barcelona, Bosch, 1999, p.263.

WILSON, John Paul; HUGENBERG, Kurt; J. BERNSTEIN, Michael. The Cross-Race Effect and Eyewitness Identification: How to Improve Recognition and Reduce Decision Erros in Eyewitness Situations. **Social Issues and Policy Review.** Vol. 7, 1, p. 83-113, jan.2013.